

TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-039/24

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Vulneración por cuanto se inició proyecto vial, sin que se hubiera concertado con la comunidad afectada directamente

En razón del incumplimiento de sus deberes legales como empresa contratante, la ANI vulneró el derecho a la consulta previa del consejo comunitario accionante y de las demás comunidades étnicas del municipio... respecto de las cuales se logró constatar la existencia de una afectación directa que puede derivarse de la construcción y entrada en funcionamiento de la variante.

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Exigencia de visita técnica al área de influencia del proyecto, para certificar la presencia de comunidades étnicas/DIRECCION DE CONSULTA PREVIA-Deber de expedir certificación de presencia de comunidades étnicas

(...) la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del ministerio del Interior (DANCP) omitió solicitar información a las alcaldías... sobre las comunidades étnicas existentes en su jurisdicción, particularmente de las que pudieran tener relaciones geográficas de proximidad y exposición con el proyecto vial.

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA-Procedibilidad

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAS-Naturaleza y alcance

DERECHO FUNDAMENTAL A LA DIVERSIDAD E IDENTIDAD CULTURAL DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Protección constitucional

DIVERSIDAD Y AUTONOMIA-Elemento imprescindible para adecuada interpretación y aplicación de normas y principios para protección, respeto y garantía de derechos de comunidades cultural o étnicamente diversas

CONSULTA PREVIA COMO EXPRESION DEL PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Reiteración de jurisprudencia

CONSULTA PREVIA-Derecho complejo que concreta los principios de democracia participativa, autodeterminación y autonomía de los pueblos y justicia ambiental

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES ETNICAS-Aplicación frente a medidas administrativas, de infraestructura, proyecto u obra que pueda afectar territorios étnicos

CONSULTA PREVIA-Afectación directa para determinar su procedencia/CONSULTA PREVIA-Aplicación en caso de afectación directa basada en perturbación al ambiente, a la salud o a la estructura social, espiritual, cultural o económica de la colectividad

La afectación directa se presenta si existe evidencia razonable de que, con la medida, se perjudique i) la salud, así como el ambiente, representado en la inequidad frente a la distribución de cargas y beneficios ambientales; y ii) las estructuras sociales, espirituales, culturales y ocupacionales en un colectivo, que no pueden ser percibidos por estudios técnicos ambientales. Por tal razón el derecho a la consulta previa se encuentra vinculado a los imperativos de justicia ambiental, que busca un reparto equitativo y participativo de los costos y beneficios de los proyectos con impactos ambientales diferenciados.

CONSULTA PREVIA-Asuntos que deben ser consultados o medidas que suponen afectación directa a la comunidad

AFECTACION DIRECTA DE COMUNIDADES ETNICAS O TRIBALES-Sentido y alcance del concepto de afectación directa y su relación con el área de influencia directa

CONSULTA PREVIA-Criterios utilizados para identificar en qué casos procede por existir una afectación directa de los grupos étnicos

DERECHO DE COMUNIDADES ÉTNICAS AL TERRITORIO-Criterios sustantivos que determinan afectación directa

DERECHO DE COMUNIDADES ÉTNICAS AL TERRITORIO-Criterios adjetivos que determinan afectación directa

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Afectación directa en los proyectos de construcción de vías y su relación con el concepto de territorio

DERECHO A LA PARTICIPACION DE COMUNIDADES ETNICAMENTE DIFERENCIADAS-Niveles de participación

CONSULTA PREVIA Y CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO-Deben entenderse en el marco del principio de proporcionalidad y razonabilidad de las medidas/DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y DERECHO AL CONSENTIMIENTO LIBRE E INFORMADO-Diferencias

TERRITORIO ETNICO-Concepto

El territorio de las comunidades se define con parámetros geográficos y culturales. La demarcación es importante para que el derecho de propiedad de las comunidades pueda tener una protección jurídica y administrativa. Sin embargo, ello no puede soslayar que esa franja se expande con los lugares religiosos o culturales. En efecto, estas áreas tienen protección así estén o no dentro de los terrenos titulados... La propiedad colectiva se funda en la posesión ancestral, de manera que el reconocimiento estatal no es constitutivo. Por lo tanto: la ausencia de reconocimiento no implica la inexistencia del derecho; y la tardanza o la imposición de trámites irrazonables para la obtención de ese reconocimiento constituye, en sí misma, una violación al derecho.

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Utilización del estándar de debida diligencia de las empresas

CERTIFICADOS DE PRESENCIA DE COMUNIDADES ETNICAS EXPEDIDOS POR LA DIRECCION DE CONSULTA PREVIA DEL MINISTERIO DEL INTERIOR-Dificultades

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Alcance de la certificación de la presencia de comunidades indígenas proferida por el Ministerio del Interior

PROCESO DE CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Concertación es obligatoria cuando, pese a la certificación de ausencia de colectividad, se verifica su presencia por otros medios probatorios

CONSULTA PREVIA-Sentido y alcance de la etno-reparación

De manera especial, la consulta procede aun cuando el proyecto esté en marcha, e incluso, cuando haya finalizado. En este caso, se dirige a la adopción de actividades, obras o medidas de contingencia para reparar, recomponer, restaurar o recuperar la afectación al tejido cultural, social, económico o ambiental, según el daño sufrido por la comunidad étnica. Las medidas reparatorias deben realizarse con un enfoque diferencial que tome en cuenta las particularidades del pueblo afectado (etno-reparaciones).

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Motivación del acto administrativo

NOTIFICACION DE ACTO ADMINISTRATIVO-Deber de comunicar

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Tercera de Revisión

SENTENCIA T-039 de 2024

Referencia: expediente T-9.370.946

Acción de tutela instaurada por Modesto Manjarrez Salcedo, en calidad de representante legal del consejo comunitario de las comunidades negras de las veredas del municipio de Santa Rosa de Lima-Bolívar, contra Autopistas del Caribe S.A.S.

Magistrada ponente:

Diana Fajardo Rivera

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera, quien la preside, y los magistrados Vladimir Fernández Andrade y Jorge Enrique Ibáñez Najar, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

1. Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Décimo Penal Municipal con

Funciones de Control de Garantía de Cartagena, el 20 de enero de 2023, en el marco de de la acción de tutela promovida por Modesto Manjarrez Salcedo, quien actúa en representación del consejo comunitario de las comunidades negras de las veredas del municipio de Santa Rosa de Lima – Bolívar (en adelante, consejo comunitario accionante o consejo comunitario de Santa Rosa de Lima), contra Autopistas del Caribe S.A.S.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos¹

1. El 6 de enero de 2023, Modesto Manjarrez Salcedo, en calidad de representante legal del consejo comunitario de las comunidades negras del municipio de Santa Rosa de Lima-Bolívar, presentó acción de tutela contra Autopistas del Caribe por considerar que esta empresa vulneró sus derechos a la consulta previa y la participación, al no realizar un proceso de consulta previa con ellos y no tener en cuenta los impactos que el proyecto denominado “construcción de la segunda calzada Bayunca-Clemencia, variante Bayunca, correspondiente a la unidad funcional 3 del proyecto corredor de Carga Cartagena-Barranquilla de la concesión vial Autopistas del Caribe S.A.S” tendría en su territorio ancestral.

1. El accionante relata que el consejo comunitario de Santa Rosa de Lima fue constituido el 11 de diciembre de 2016, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1745 de 19952. Posteriormente, la alcaldía municipal lo registró mediante la Resolución 1197 del 21 de diciembre de 20163.

1. El 6 de septiembre de 2021, la Agencia Nacional de Infraestructura (en adelante, ANI) suscribió el Contrato de Concesión No. 002 con la empresa Autopistas del Caribe S.A.S. para la “Iniciativa privada Autopistas del Caribe Corredor de Carga Cartagena – Barranquilla”4.

1. Mediante oficio del 8 de abril de 2022, Autopistas del Caribe S.A.S. solicitó a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del ministerio del Interior (en adelante, DANCP) que se pronunciara sobre la procedencia y oportunidad de la consulta previa con las comunidades étnicas para el proyecto “Construcción de la segunda calzada Bayunca – Clemencia, variante Bayunca, correspondiente a la Unidad Funcional 3 del proyecto Corredor de Carga Cartagena – Barranquilla de la Concesión Vial Autopistas del Caribe S.A.S.”, localizado en jurisdicción de los municipios de Cartagena de Indias, Santa Rosa y Clemencia, en el departamento de Bolívar.

1. El 29 de abril de 2022, la DANCP solicitó información adicional a Autopistas del Caribe, pues los datos proporcionados eran insuficientes para iniciar los trámites de consulta previa⁵. La empresa concesionaria proporcionó la información adicional solicitada el 31 de mayo de 2022.

1. La DANCP emitió la Resolución ST-1190 del 25 de julio de 2022,⁶ en la cual determinó:

“PRIMERO. Que no procede la consulta previa con Comunidades Indígenas, para el proyecto: [...], en jurisdicción de los municipios de Cartagena De Indias, Santa Rosa y Clemencia, en el departamento de Bolívar, identificado con las coordenadas referidas en la parte considerativa del presente acto administrativo.

SEGUNDO. Que procede la consulta previa con el CONSEJO COMUNITARIO DEL CORREGIMIENTO DE BAYUNCA, registrado ante a Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias (Bolívar) y con procesos de consulta previa activos en el Sistema de Información en Consulta Previa-SICOP, para el proyecto: [...], en jurisdicción de los municipios de Cartagena De Indias, Santa Rosa y Clemencia, en el departamento de Bolívar, identificado con las coordenadas

referidas en la parte considerativa del presente acto administrativo.

TERCERO. Que no procede la consulta previa con Comunidades Rom, para el proyecto: [...]”.

1. Según el accionante, el proceso de consulta previa con el consejo comunitario del corregimiento de Bayunca inició el 18 de agosto de 2022. Al enterarse de lo anterior, el 31 de octubre de 2022, el consejo comunitario accionante informó a Autopistas del Caribe sobre su existencia, su presencia en la zona de influencia del proyecto, y la necesidad de valorar las afectaciones que el proyecto vial generaría en la comunidad.

1. El 29 de noviembre de 2022, Autopistas del Caribe respondió que no era necesario iniciar un proceso consultivo con el consejo comunitario de las comunidades negras de las veredas del municipio de Santa Rosa de Lima, ya que la DANCP había determinado previamente que sólo procedía la consulta con el Consejo Comunitario del Corregimiento de Bayunca. Agregó que el estándar de debida diligencia aplicable a las empresas “no implica la carga automática de solicitar a la DANCP el inicio de un proceso consultivo cuando una comunidad lo reclama”.

1. Según el Consejo Comunitario accionante, la Resolución ST-1190 del 25 de julio de la DANCP fue adoptada sin tener en cuenta la base de datos de comunidades étnicas del municipio de Santa Rosa de Lima, y se basó en una certificación antigua sin una verificación adecuada.⁹ Extrañan un análisis geográfico, cartográfico y antropológico específico, así como la inobservancia de los principios de precaución, justicia ambiental y perturbación territorial. Llamaron la atención sobre el hecho de que la DANCP conoce sobre la existencia de este Consejo Comunitario, por cuanto en la actualidad participan en procesos de consulta previa sobre dos proyectos – PROY-01360: “Construcción y operación del Gasoducto Paiva-Caracolí” y PROY-01845 “Línea de transmisión Sabanalarga-Bolívar a 500 Kv” –que también se desarrollan en el área de influencia del proyecto de construcción de la segunda calzada

Bayunca- Clemencia, variante Bayunca. También indican que no se realizó una visita específica y reciente a territorio para determinar la procedencia de la consulta previa.

1. Agregan que la empresa AUTOPISTAS DEL CARIBE S.A.S. no cumplió con el estándar de debida diligencia y no tuvo en cuenta las advertencias y preocupaciones del consejo comunitario, poniendo en riesgo la pervivencia étnica y cultural de dicha comunidad.

1. Afirman que el área del municipio de Santa Rosa de Lima hace parte del territorio ancestral del Consejo Comunitario accionante, el cual agrupa las comunidades negras de todas las veredas del municipio, entre ellas la vereda Tabacal Buriburi que será atravesada por la variante de Bayunca. Señalan que con la construcción del proyecto se generarán varias afectaciones, entre las que destaca: cambios a la infraestructura vial y social, cambios en la movilidad peatonal y vehicular de las poblaciones, cambios a las actividades económicas locales, cambios en los niveles de accidentalidad, generación de conflictos con la comunidad, participación de instituciones y autoridades locales por la generación de expectativas y descontextualización y afectación al patrimonio arqueológico, etnohistórico y cultural, por obras civiles¹⁰.

1. En consecuencia, el accionante formula las siguientes pretensiones:

“Se tutele el derecho fundamental y colectivo a la CONSULTA PREVIA y la PARTICIPACIÓN al CONSEJO COMUNITARIO DE LAS COMUNIDADES NEGRAS DE LAS VEREDAS DEL MUNICIPIO DE SANTA ROSA DE LIMA con relación al proyecto “CONSTRUCCIÓN DE LA SEGUNDA CALZADA BAYUNCA – CLEMENCIA, VARIANTE BAYUNCA, CORRESPONDIENTE A LA UNIDAD FUNCIONAL 3 DEL PROYECTO CORREDOR DE CARGA CARTAGENA – BARRANQUILLA DE LA CONCESIÓN VIAL AUTOPISTAS DEL CARIBE S.A.S.”, adelantado por la empresa AUTOPISTAS DEL CARIBE S.A.S.

2. Que se ordene en un término de cuarenta y ocho (48) horas a la empresa AUTOPISTAS DEL CARIBE S.A.S., iniciar el proceso administrativo de consulta previa con el CONSEJO COMUNITARIO DE LAS COMUNIDADES NEGRAS DE LAS VEREDAS DEL MUNICIPIO DE SANTA ROSA DE LIMA, con ocasión al proyecto “CONSTRUCCIÓN DE LA SEGUNDA CALZADA BAYUNCA – CLEMENCIA, VARIANTE BAYUNCA, CORRESPONDIENTE A LA UNIDAD FUNCIONAL 3 DEL PROYECTO CORREDOR DE CARGA CARTAGENA – BARRANQUILLA DE LA CONCESIÓN VIAL AUTOPISTAS DEL CARIBE S.A.S.”.

3. Que se ordene a la empresa AUTOPISTAS DEL CARIBE S.A.S. respetar los preceptos establecidos en el Convenio 169 de 1989 adoptado en Colombia a través de la Ley 21 de 1991, las Directivas Presidenciales 10 de 2013 y 08 de 2020, y la jurisprudencia constitucional que le ha venido dando alcance y contenido a la aplicación de este derecho, en especial los preceptos establecidos en las Sentencias SU- 123 de 2018 y SU-121 de 2022”.

2. Trámite de la acción de tutela

1. Mediante Auto del 6 de enero de 2023¹¹, el Juzgado Décimo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartagena (i) admitió la acción de tutela; (ii) vinculó a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del ministerio del Interior y a la Agencia Nacional de Infraestructura; y (iii) corrió traslado a las entidades accionada y vinculadas durante dos días para que se pronunciaran sobre los hechos de la demanda.

* Contestación de Autopistas del Caribe¹²

1. Autopistas del Caribe S.A.S. solicitó negar el amparo ya que, en su opinión, no existen pruebas de que la construcción de las obras del Proyecto genere una afectación directa a la

comunidad, requisito necesario para que se realice la consulta previa. Afirma que el Consejo Comunitario no presentó pruebas de la afectación directa y se limitó a enumerar afectaciones hipotéticas y abstractas. La sociedad accionada sostiene que la consulta previa no es el espacio para determinar la afectación directa, sino que es el resultado de su comprobación previa. Advierte que este caso es similar a otro proceso de tutela relacionado con la construcción de la variante Bayunca, en el cual se negó la consulta previa por falta de pruebas de la afectación directa¹³.

1. De otra parte, la empresa accionada destaca que el casco urbano y la mayoría de las veredas del municipio de Santa Rosa de Lima se encuentran a una distancia considerable del lugar donde se construirá la variante Bayunca, lo cual descarta la existencia de una afectación directa. Sostiene que solo la vereda Buri-Buri del municipio de Santa Rosa de Lima se encuentra dentro del área de influencia del proyecto, pero esos terrenos son de propiedad privada y se explotan económicamente, sin tener una conexión cultural significativa con la comunidad étnica.

1. La empresa también argumenta que no existieron vicios en la expedición de la Resolución 1190 del 25 de julio de 2022, pues para su elaboración se consultaron las bases de datos y se realizaron visitas de verificación que correspondían. Alega que no se encontraron afectaciones directas al consejo comunitario accionante y que la tutela no presentó pruebas que demuestren lo contrario.

* Contestación de la Agencia Nacional de Infraestructura¹⁴

1. La Agencia Nacional de Infraestructura solicitó que se decretara la falta de legitimación por pasiva, pues de los hechos narrados en la acción de tutela no se desprende que la entidad haya desconocido los derechos fundamentales invocados. Agregó que el amparo debe ser negado porque el accionante no demostró las presuntas afectaciones directas que el proyecto causaría en la comunidad.

* Contestación del Ministerio del Interior- Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa¹⁵

1. La jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ministerio del Interior dio respuesta a la acción de tutela. Se remitió al contenido de la Resolución 1190 del 25 de julio de 2022, precisando que, para expedirla, la DANCP agotó todos los análisis correspondientes para la determinación de la procedencia y oportunidad de la consulta previa. Explicó que dicha resolución se expidió con base en un análisis espacial detallado que realizó con el propósito de identificar las comunidades étnicas susceptibles de ser afectadas por el proyecto en cuestión. Afirma que su decisión se fundamenta en la evaluación de relaciones espaciales que podrían influir en la interacción entre el proyecto y las comunidades, teniendo en cuenta factores como la distancia y las condiciones territoriales, económicas y ambientales. En este sentido, realizó un examen específico del consejo comunitario del corregimiento de Bayunca, comunidad que está registrada ante la alcaldía distrital de Cartagena de Indias y cuenta con procesos de consulta activos según el Sistema de Información en Consulta Previa – SICOP; el cual concluyó con la decisión de que únicamente procedía la consulta previa con el consejo comunitario de Bayunca. Señaló que, tras realizar los análisis correspondientes, la DANCP concluyó que el consejo comunitario de Santa Rosa de Lima no se vería afectado directamente con el proyecto vial. De otra parte, agregó que el accionante no logró demostrar que el proyecto cause afectaciones directas en la comunidad a la que representa, razón por la cual no se evidencia la ocurrencia de un daño cierto y actual al consejo accionante.

3. Decisión de instancia¹⁶

1. El Juzgado Décimo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartagena, profirió sentencia de primera instancia el 20 de enero de 2023, declarando improcedente la

acción constitucional por incumplirse el requisito de subsidiariedad. Consideró que el objeto de controversia de la acción de tutela es la Resolución 1190 del 25 de julio de 2022 de la DANCP, para lo cual existen otros mecanismos de defensa judicial.

4. Actuaciones en sede de revisión

1. Mediante Auto del 30 de mayo de 2023, la Sala de Selección de Tutelas Número Cinco de 2023¹⁷ escogió para revisión el expediente de la referencia y lo repartió al despacho de la magistrada Diana Fajardo Rivera¹⁸.

1. En Auto del 18 de julio de 2023 la Magistrada ponente vinculó al proceso las alcaldías municipales de Santa Rosa de Lima, Clemencia y Cartagena de Indias, para que se pronunciaran en relación con los hechos y las pretensiones de la tutela¹⁹ y decretó la práctica de pruebas para resolver el asunto sujeto a examen. En concreto, (i) ordenó la práctica de una inspección judicial al lugar de los hechos, con el propósito de conocer el entorno de la comunidad accionante, así como las problemáticas relacionadas con el proyecto; (ii) pidió a la DANCP un informe sobre el proceso de expedición de la Resolución 1190 del 25 de julio de 2021; (iii) requirió a la ANI información sobre el trazado de la obra, el área de influencia del proyecto y el estado actual de ejecución del mismo; (iv) solicitó al consejo comunitario accionante datos sobre su historia y las afectaciones directas que ocasionará el proyecto; (v) interrogó a Autopistas del Caribe sobre el estado actual de ejecución del proyecto; y (vi) solicitó concepto sobre el caso a entidades expertas y académicas.

1. La alcaldía de Santa Rosa de Lima dio respuesta a la acción de tutela en la cual solicitó que se declare que existe falta de legitimación por pasiva en su contra, comoquiera que no

es responsable de la presunta vulneración de derechos alegada por el accionante. Además, informó que en el territorio del municipio hay presencia de tres comunidades étnicas más, distintas al Consejo Comunitario accionante, las cuales solicitó fueran vinculadas al trámite: consejo comunitario de las comunidades negras, raizales y palenqueras Juan Cerpa de Tabacal, consejo comunitario de comunidades negras de Paiva Mamonal y cabildo indígena Zenú de Chiricoco.

1. Aseguró que tanto el consejo comunitario accionante como el cabildo indígena Zenú de Chiricoco, han realizado consultas previas con otras empresas que pretenden desarrollar otros proyectos en el municipio. Hizo énfasis en que desconoce el alcance del proyecto, pues Autopistas del Caribe no le ha notificado del mismo, y en que la DANCP no le solicitó información sobre la presencia de comunidades étnicas en el territorio.

* Respuesta de la alcaldía de Cartagena de Indias-Bolívar²¹

1. La alcaldía de Cartagena de Indias solicitó que se declare que no está legitimada en la causa por pasiva pues no es la entidad competente para adelantar las acciones destinadas a evitar la vulneración de los derechos fundamentales alegados por el consejo comunitario de Santa Rosa de Lima el cual no pertenece a la jurisdicción del distrito de Cartagena. Indicó además que dentro de este distrito existen 32 consejos comunitarios, dentro de los cuales no se encuentra el accionante.

* Contestación del ministerio del Interior – DANCP²²

1. La DANCP reiteró los argumentos que había manifestado al contestar la acción de tutela. Frente a las preguntas específicas planteadas por la Corte, señaló que la Resolución N°

ST-1190 del 25 de julio de 2022, “es un acto administrativo completo, debidamente motivado, el cual incorpora todos y cada uno de los datos, relación de circunstancias, motivación y documentación que se tomó en cuenta para su expedición.”, que estuvo precedido de un análisis espacial y específico, según el cual sólo era necesario adelantar el proceso de consulta previa con el consejo comunitario del corregimiento de Bayunca. Agregó que “agotó todos los análisis correspondientes para la determinación de procedencia y oportunidad de la consulta previa, quedando claro que sí se consultó la información de la alcaldía municipal, además de la dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras”. Reiteró que la información acopiada fue suficiente para determinar cuáles eran las comunidades que se verían afectadas, siendo innecesario realizar trámites adicionales como adelantar una visita de verificación. Remitió información sobre los consejos comunitarios que figuran en su base de datos, advirtiendo que existen en los municipios de Santa Rosa de Lima y Cartagena de Indias, pero no en el municipio de Clemencia.

* Contestación de Autopistas del Caribe S.A.S23

1. Autopistas del Caribe informó que el proyecto corredor de carga Cartagena – Barranquilla se encuentra en la primera etapa del contrato: preoperativa, en la fase de pre-construcción. Explicó que, en esta etapa inicial, “el Concesionario entre otras debe elaborar y entregar los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico para todas las Unidades Funcionales, cumpliendo con las Especificaciones Técnicas”. En cuanto al proyecto objeto de debate, presentó los estudios de trazado y diseño geométrico y estudios de detalle de la Unidad Funcional 3, presentó el Plan de Obras que fue aprobado por la interventoría, el cual, en su versión actualizada, prevé iniciar la ejecución de las obras correspondientes el 5 de noviembre de 2025 y terminar el 13 de enero de 2030. Por último, señaló que se encuentra realizando las actividades de operación y mantenimiento para la Unidad Funcional 0, y adelantando las gestiones prediales y ambientales necesarias para la ejecución del proyecto.

* Contestación de la Agencia Nacional de Infraestructura²⁴

1. La Agencia Nacional de Infraestructura remitió un plano de trazado de la Unidad Funcional 3 del Proyecto de carga Cartagena -Barraquilla de la concesión vial Autopistas del Caribe S.A.S. Preciso que el área de influencia del proyecto se determina durante la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental el cual se encuentra en proceso de elaboración. Para ello, se tiene en cuenta hasta dónde trascienden los impactos del mismo según los términos establecidos por la ANLA. Anexó planos de las veredas del municipio de Santa Rosa de Lima y del área de Intervención UF3 “donde se aprecia que la vereda que se ve afectada directamente por el trazado de la vía es la vereda BuriBuri”. Por último, informó que actualmente el proyecto se encuentra en etapa de preconstrucción.

* Contestación del Consejo Comunitario de Santa Rosa de Lima²⁵

1. El consejo comunitario de Santa Rosa de Lima, Bolívar envió un breve relato sobre su historia. Cuenta que fue fundado en 2016 y reúne a familias de 12 de las 17 veredas que conforman el municipio. En su relato, detallan los límites del municipio²⁶, y se rememora su historia desde la presencia de indígenas, la mezcla con población africana, y la formación del consejo comunitario de acuerdo con el Decreto 1745 de 1995. La comunidad vive en una relación campo-poblado, donde la tierra, los caminos ancestrales y las fuentes de agua conforman su territorio. La comunidad valora los caminos tradicionales, llamados “mangas”, y los cuerpos de agua, como arroyos y afluentes, que son esenciales para su vida cotidiana y cultura. Sin embargo, la venta de terrenos para proyectos de urbanización y empresas ha alterado su relación con la tierra y el agua, generando cambios en sus prácticas agrícolas y afectando a las comunidades cercanas. El consejo reconoce la importancia de preservar su historia y memoria, especialmente ante las amenazas que enfrentan y destaca la necesidad

de salvaguardar las prácticas culturales y tradiciones ligadas a la producción agrícola, así como de tomar medidas para proteger su territorio de transformaciones negativas. El consejo tiene un calendario biocultural, según el cual la vida y los ritmos de la comunidad se ordenan en torno a la agricultura, a la que se vinculan prácticas de aparcería y trueque. Además, mantienen tradiciones religiosas y festivas, así como medicina tradicional con hierbas. Explican que la creciente llegada de proyectos de desarrollo e infraestructura ha representado amenazas para su identidad cultural, fuertemente anclada en la agricultura. Se refieren, entre otras, al declive del interés en la agricultura; a la falta de inversión y apoyo para esta actividad; así como a las plagas, escasez de agua y pérdida de tierras.

1. De otra parte, precisan que el consejo inicialmente estaba formado por 12 veredas, pero actualmente tres se han convertido en Consejos Comunitarios independientes, con los cuales mantienen diálogo y cooperación. Señalan que la construcción de la Segunda Calzada Bayunca-Clemencia del proyecto Corredor de Carga Cartagena-Barranquilla de Autopistas del Caribe SAS afectará las veredas de Las Charquitas y Buri-buri, esta última agrupada en el consejo comunitario accionante. Acompañan su escrito con un mapa que muestra la ubicación de la comunidad y el proyecto, destacando la importancia de un camino ancestral que será atravesado por la obra, lo cual les afectará directa y gravemente sus derechos y territorio, toda vez que este es usado para comercializar el excedente de las cosechas que recogen, transportar sus productos y que los niños de la comunidad puedan asistir a la escuela en Bayunca. Concluyen enfatizando la preocupación del consejo comunitario por el proyecto y la falta de consulta previa. Aunque reconocen la necesidad de la vía para el desarrollo regional, hacen un llamado para que se garantice que sus derechos sean respetados, especialmente en lo que respecta al uso del camino ancestral y la preservación ambiental de su territorio.

1. Por último, informan a la Corte de una problemática relacionada con la elección de la Junta Directiva y el representante legal del consejo comunitario. Relatan que el proceso de elección se llevó a cabo siguiendo lo dispuesto por el Decreto 1745 de 1995, y se presentó el acta correspondiente para registro ante la alcaldía municipal. Sin embargo, la alcaldía decidió no

reconocer al representante legal argumentando restricciones de reelección consecutiva, basándose en la que los integrantes del consejo consideran una interpretación incorrecta del mencionado decreto. A pesar de presentar recursos y derechos de petición, la alcaldía mantuvo su posición y ratificó su decisión. La comunidad considera que la elección es válida según el decreto y que el reconocimiento de su representante legal debe provenir de la asamblea, no del alcalde.

* Concepto enviado por la Corporación Ilex Acción Jurídica²⁷

1. La Corporación Ilex inicia su intervención señalando la importancia de la consulta previa para las comunidades negras del Caribe colombiano, resaltando que esta consulta es crucial para proteger los derechos colectivos de estas comunidades y evitar posibles riesgos de afectación de su participación y organización. Recuerda que el derecho a la consulta está vinculado al derecho a la participación política y a la preservación de la identidad cultural, así como a la libre determinación de los pueblos étnicos. Se destaca que la consulta no se limita a cuestiones territoriales, sino que abarca todas las acciones administrativas o legislativas que puedan impactar los derechos o intereses de estas comunidades. La Corte Constitucional de Colombia ha establecido la obligación del Estado de consultar a los grupos étnicos en la toma de decisiones que les afecten, y se enfatiza que este derecho es fundamental y tiene implicaciones significativas para la integridad de estas comunidades. Además, subraya que la consulta debe ser un proceso de diálogo entre iguales y flexible, adaptándose a las necesidades de cada asunto. La Corte también ha protegido los derechos de las personas negras/afrocolombianas desde enfoques individuales y colectivos, reconociendo su identidad cultural y étnica diferenciada. Se establecen criterios para determinar la legitimación de las comunidades negras en la reclamación de derechos étnicos y se enfatiza que la identidad étnico-racial se basa en elementos objetivos y subjetivos, no limitándose a criterios raciales o territoriales. Estos enfoques están respaldados por los principios constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos, como el Convenio 169 de la OIT.

1. Luego, se refiere a lo que denomina el estancamiento en las titulaciones colectivas para las comunidades negras en el Caribe colombiano, el cual está relacionado con diversos factores. A pesar de las garantías legales y constitucionales para reconocer a estas comunidades como sujetos étnicos con derechos territoriales, los mecanismos de formalización de consejos comunitarios y de adjudicación de títulos colectivos han tenido un mayor impacto en la región del Pacífico, debido a movilizaciones políticas y un enfoque inicial en esa área. En contraste, en el Caribe colombiano el proceso ha sido más lento y complicado, debido en parte a dificultades en el proceso de autorreconocimiento y a disputas internas entre organizaciones y comunidades rurales. Aunque la región cuenta con una considerable cantidad de solicitudes de titulación pendientes, el proceso de atención a estos reclamos territoriales se ha estancado debido a obstáculos institucionales, como la falta de capacidad de las entidades y decisiones regresivas que dificultan la formalización. Además, las amenazas de proyectos de desarrollo y el conflicto armado han fragmentado y erosionado los territorios negros, afectando tanto su formalización como sus pretensiones territoriales en medio de intereses armados y económicos.

1. Por último, señala que el departamento de Bolívar alberga una significativa cantidad de territorios colectivos de comunidades negras en la región del Caribe, con San Basilio de Palenque como un caso paradigmático. Sin embargo, este proceso de titulación enfrenta desafíos debido a la historia de integración forzada de estas comunidades en la sociedad mayoritaria y las amenazas de expansión de actividades industriales y proyectos de infraestructura. La Corte Constitucional ha tenido que adaptar la legislación de comunidades negras a las particularidades de la región, como se evidencia en casos como la titulación en islas del Rosario (Sentencia T-680 de 2012) y la protección de la comunidad de La Boquilla (Sentencia T-376 de 2012). Concluye que las comunidades negras en el municipio de Santa Rosa de Lima enfrentan un desafío para preservar y recuperar su identidad y formas tradicionales de ocupación territorial tras siglos de integración en la sociedad mayoritaria. Además de la expansión de la ganadería, la agricultura y otras industrias desde el área de influencia de Cartagena, los proyectos de infraestructura que conectan las principales ciudades del Caribe han fragmentado las áreas que previamente formaban parte de la ocupación ancestral de estas comunidades. Por lo tanto, en este caso, insta a la Corte a considerar y respetar la sensibilidad regional que ha mostrado en casos previos, pues en su

opinión, el ministerio del Interior y Autopistas del Caribe S.A.S., no agotaron los recursos a los que pudieron y debieron acudir para proteger a un sujeto constitucional especial como el consejo comunitario de las comunidades negras de las veredas del municipio de Santa Rosa de Lima – Bolívar.

1. El Juzgado 10 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cartagena remitió un link de acceso al expediente completo de la acción de tutela²⁸. Por último, la alcaldía municipal de Clemencia-Bolívar no se pronunció durante el proceso.

* Inspección judicial²⁹

1. El 28 de julio de 2023, en cumplimiento del Auto del 18 de julio del mismo año dictado por la magistrada Diana Fajardo Rivera, y siguiendo lo dispuesto por el artículo 16(g) del Reglamento Interno de la Corte Constitucional, dos funcionarias del despacho de la Magistrada ponente se dirigieron a la Alcaldía Municipal de Santa Rosa de Lima-Bolívar para llevar a cabo inspección judicial ordenada.

* Alcaldía de Santa Rosa de Lima:

1. Explicó que el municipio está conformado por 18 veredas registradas en el EOT. En su territorio, existen tres consejos comunitarios negros y un cabildo indígena³⁰, respecto de los cuales proporcionó detalles de su ubicación. Destacó que las intervenciones en la vía de la Cordialidad afectan a toda la comunidad y que como autoridad municipal siempre ha acompañado a las comunidades étnicas en su legalización. Además, hizo énfasis en que nunca se le solicitó información sobre la presencia de comunidades étnicas en su territorio en

el marco del proyecto objeto de controversia.

* Autopistas del Caribe S.A.S.:

1. Brindó detalles sobre la construcción de la segunda calzada, la relación con el proyecto general de Autopistas del Caribe y con la vía actualmente existente (carretera de la Cordialidad). Aclaró que el proyecto implica la construcción de una vía nueva que se va a adicionar a la ya existente. Precisa que la vía actual mantendrá las condiciones actuales de movilidad, sin modificaciones en el trazado, y que la nueva vía, en algunos de sus tramos, correrá paralela a la ya existente.

* Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de Santa Rosa de Lima:

1. Explicó que el consejo se creó en 2016 con el propósito de defender su territorio ancestral. En ese año, los descendientes de las familias que habían recibido parcelas entre 1945 y 1950, como resultado de una negociación con la Caja Agraria, decidieron agruparse. El Consejo Comunitario se asienta principalmente en los Tabacales, incluyendo Tabacal Buri-Buri, Ahogagato, Tabacal Central y otras áreas cercanas al casco urbano. La creación del Consejo Comunitario tuvo como objetivo principal la defensa de su territorio ante las crecientes amenazas y cambios en la zona, especialmente debido a la llegada de proyectos industriales y de transporte. El territorio, incluyendo caminos ancestrales y vías de comunicación, tiene una profunda importancia cultural, social y económica para las comunidades. Señaló que la vía en construcción afectaría gravemente a varias áreas, especialmente a los hermanos de Buri-Buri y Paiva. También se mencionó la preocupación sobre la fragmentación del camino ancestral y su impacto en la movilidad de las personas y el acceso a la educación de los niños que transitan a diario esa vía para acceder al colegio ubicado en Bayunca.

1. El consejo comunitario accionante informó que se está trabajando en la solicitud de titulación colectiva para el territorio y se destacó la presión de los proyectos industriales que han encarecido las tierras, lo que ha llevado a algunas familias originarias a vender sus propiedades. Hubo un énfasis en las relaciones con el consejo de la vereda Paiva y la importancia de mantener vínculos de colaboración, a pesar de que algunas familias de esta última vereda conformaron un consejo comunitario independiente (Paiva Mamonal).

1. Representantes de otros consejos comunitarios y el cabildo indígena reconocidos en el Municipio de Santa Rosa también expresaron sus puntos de vista. Los integrantes del Consejo Paiva Mamonal expresaron que se independizaron del consejo mayor, pero mantienen relaciones positivas. Indicaron que sus actividades y conexiones ancestrales se verían afectadas por la construcción de la vía. El Cabildo Indígena Zenú de Chiricoco destacó las conexiones espirituales y culturales con su territorio y la importancia de preservar sus prácticas tradicionales.

* Ministerio del Interior – DANCP:

1. Recordó las funciones de la DANCP y procedimientos de consulta previa e hizo énfasis en que siempre realiza análisis basado en criterios técnicos y de afectación directa y que este caso no fue la excepción. Informaron que para el presente caso no solicitaron información sobre presencia de comunidades a las alcaldías porque mantienen actualizadas sus bases de datos y que, en relación con el municipio de Santa Rosa de Lima, en el pasado han visitado a las comunidades de Santa Rosa, Paiva y Chiricoco con ocasión de la consulta de otros proyectos (de hidrocarburos y gasoducto) que se desarrollan en el área.

1. Luego de escuchar las intervenciones de los asistentes, se realizó un recorrido en campo

para comprender mejor la ubicación y efectos del proyecto en el territorio, deteniéndose en puntos clave como el inicio de la variante Bayunca y el cruce de caminos veredales en Buri-Buri.

1. Posterior a la inspección judicial, fueron allegados al expediente los siguientes documentos: (i) pronunciamiento de Autopistas del Caribe sobre la diligencia, en el que reitera que la construcción del proyecto no generará afectación directa al consejo comunitario accionante ni a las demás comunidades étnicas presentes en el territorio del municipio de Santa Rosa de Lima³¹; (ii) informe cartográfico del IGAC sobre el recorrido efectuado en la inspección judicial³²; (iii) informe de la DANCP sobre el desarrollo de la diligencia, acompañado por dos actos administrativos que contienen los informes de visitas de verificación realizados en jurisdicción del municipio de Santa Rosa de Lima en relación con otros proyectos objeto de consulta previa que se desarrollan en el área³³; finalmente, (iv) el consejo comunitario accionante aportó copia de su censo interno.

1. Mediante Auto del 1º de agosto de 2023, la Magistrada ponente accedió a la petición de la Alcaldía Municipal de Santa Rosa de Lima, relativa a la vinculación al proceso del Consejo Comunitario de Comunidades Negras, Raizales y Palenqueras “Juan Cerpa de Tabacal”, el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Paiva Mamonal, y el Cabildo Indígena Zenú de Chiricoco – CAIZECHI. Lo anterior, comoquiera que en la inspección judicial llevada a cabo el 28 de julio de 2023 se pudo verificar que esas tres comunidades étnicas también interactúan en la zona que se verá impactada por el proyecto.

* Respuesta del Cabildo Indígena Zenú de Chiricoco- CAIZECHI³⁴

1. Advierte que la construcción de la nueva vía impacta negativamente la vida y etnia de la

comunidad indígena y se desarrolla sin consulta previa, a pesar de su presencia ancestral en la zona. El proyecto vial generaría deforestación y afectaría las fuentes hídricas, caminos ancestrales, interculturalidad y sitios sagrados, además de causar el desplazamiento de especies animales y destrucción de plantas medicinales. Agrega que las excavaciones necesarias para la vía no cuentan con un Plan de Manejo Arqueológico, como exige la ley, y no se ha realizado la consulta previa con la comunidad indígena, lo cual viola tratados internacionales y leyes nacionales. El cabildo denuncia la falta de notificación e información en el trámite administrativo de certificación, con lo cual se desconoció su derecho al debido proceso. Recalca que el proceso administrativo para la emisión de la Licencia Ambiental tampoco permitió la participación ni notificación al cabildo, vulnerando su derecho al debido proceso. Por lo tanto, solicita a través de esta acción de tutela la salvaguarda de sus derechos constitucionales y la realización de una consulta previa con la comunidad indígena por parte de la empresa Autopistas del Caribe S.A.S. en relación con el proyecto de la doble calzada Bayunca-Clemencia. Además, pide que “se reconozca la interculturalidad y el ENFOQUE ÉTNICO DIFERENCIAL que distingue a las comunidades afro e indígenas y que en consecuencia; que SE ORDENE que la Consulta a realizarse con estas comunidades que debe hacer la empresa accionada, NO SE REALICE DE MANERA COMBINADA sino por aparte las comunidades afro y por aparte la comunidad indígena; dado que tenemos nuestra propia dinámica social, de interacción, ritos y armonización propia para el desarrollo de cada uno de estos mecanismos de participación, distinto al de los consejos Afros”.

* Respuesta del Consejo Comunitario de las Comunidades negras de la vereda de Paiva Mamonal³⁶

1. Kendy Johana Torres Julio, representante legal del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la vereda de Paiva Mamonal, dio respuesta a la acción de tutela relacionada con la ausencia de consulta previa con las comunidades étnicas del municipio de Santa Rosa de Lima, en el marco del proyecto de construcción de la segunda calzada Bayunca – Clemencia. Destaca la importancia de la atención de la Corte en las familias ubicadas en la parte norte del municipio de Santa Rosa de Lima y la necesidad de establecer relaciones con el proyecto.

1. Resalta que Paiva es una de las veredas más pobladas y productivas, conocida por su producción de mango, corozo, yuca, tomate y plátano. La comunidad cuenta con una población de aproximadamente 200 personas y 35 familias y han estado asentados en la zona durante más de 100 años, construyendo un tejido social que la identifica como comunidad negra y la conecta históricamente con otras veredas y el corregimiento de Bayunca. Presenta información relevante en relación con la ubicación de las familias, caminos ancestrales, zonas de caza y pesca, el festival del Mango y la importancia de la recarga de acuíferos en la zona. Destaca que la construcción de la variante podría afectar los acuíferos y la vida cotidiana de la comunidad, pues la vía que más usan es el camino ancestral que los comunica con la vereda Buri-Buri, que será atravesado por la obra. Hace énfasis en que son muy cercanos a esa vereda con la cual comparten diferentes espacios familiares, sociales, de intercambio y de festividades como el majestuoso festival de Mango, además, ese camino ancestral es usado por los jóvenes que están inscritos en el colegio de bachillerato en Bayunca, quienes en semovientes, motos o bicicletas lo transitan para ir al colegio. Finalmente, solicita que se consulte a la comunidad en el proceso del estudio de impacto ambiental y se garantice su participación en la construcción conjunta de soluciones para posibles afectaciones que puedan surgir debido a la obra.

* Pronunciamentos de fondo después del traslado del acta de la inspección judicial

1. El representante legal del cabildo indígena Zenú de Chiricoco CAIZECHI reiteró su preocupación por la falta de reconocimiento de la comunidad étnica que representa en el proceso de desarrollo de proyectos, específicamente en relación al proyecto de la segunda calzada Bayunca - Clemencia. Destacó que tanto las entidades privadas como la Dirección de Consulta Previa (DANCP) han emitido certificados que no reflejan la presencia de la comunidad en el área de influencia del proyecto. Señaló que, durante la audiencia de inspección judicial en Santa Rosa de Lima, se evidenció que la DANCP no consultó ni solicitó

información sobre las comunidades étnicas presentes en el territorio a la alcaldía municipal de Santa Rosa de Lima, con lo cual se han emitido certificados incorrectos y decisiones que desconocen la existencia de la comunidad y las afectaciones que pudieran surgir.

1. De otra parte, resaltó que el criterio utilizado por el Ministerio del Interior para determinar la presencia de comunidades étnicas en el área del proyecto fue equivocado y contravino la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Argumenta que la verificación no se limita a comparar áreas geográficas, sino que debe incluir una evaluación exhaustiva de la influencia del proyecto en las comunidades. En concreto, reitera los cuestionamientos relacionados con la falta de visitas de verificación, lo cual considera va en contra de lo establecido en el Decreto 2893 de 2011. Finalmente, hace énfasis en que la DANCP tenía conocimiento de la existencia de la comunidad en sus bases de datos, lo cual se evidencia en la Resolución ST 1723 de diciembre 16 de 2021³⁷, donde se ordena la consulta previa para otro proyecto que involucra a la comunidad en cuestión. A pesar de ello, la DANCP continuó emitiendo certificados erróneos y no tomó medidas adecuadas para salvaguardar los derechos de la comunidad étnica.

1. El consejo comunitario de comunidades negras, raizales y palenqueras “Juan Cerpa de Tabacal” no se pronunció durante el trámite.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

1. Esta Corte es competente para revisar la decisión judicial descrita, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto

Ley 2591 de 1991, y en virtud del Auto del 30 de mayo de 2023 proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Cinco de 2023, que escogió el expediente para revisión.

2. Análisis de los requisitos formales de procedencia de la acción de tutela

1. De manera preliminar, es importante reiterar que la procedibilidad de las tutelas promovidas por pueblos étnicos y, en general, sujetos de especial protección constitucional debe examinarse con flexibilidad. Tal flexibilidad se justifica en la necesidad de derribar los obstáculos que han impedido que estas poblaciones accedan a los mecanismos judiciales que el Legislador diseñó para la protección de sus derechos en las mismas condiciones en que pueden hacerlo otros sectores de la población. Esta aproximación garantista del acceso a la justicia de poblaciones tradicionalmente alejadas del aparato judicial por razones de aislamiento geográfico, marginalización económica o por su diversidad cultural, tiene plena justificación en el marco de un Estado comprensivo de la diversidad étnica y de las especificidades que caracterizan a aquellos pueblos que se identifican como culturalmente distintos de la sociedad dominante.³⁸ Adicionalmente, el Convenio 169 de la OIT, dispone proteger a los pueblos interesados contra la violación de sus derechos y asegurar que puedan iniciar procedimientos legales, “personalmente o por conducto de sus organismos representativos”, para así garantizar que tales derechos sean respetados³⁹.

1. Los accionantes podían interponer la tutela (legitimación por activa). La Constitución Política estableció, en el artículo 86, la acción de tutela como un mecanismo especial e informal para que toda persona pueda reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección de sus derechos fundamentales.

1. En concordancia con el reconocimiento de los pueblos étnicos como sujetos colectivos titulares de derechos fundamentales, la jurisprudencia ha admitido que la legitimación en la causa está radicada en: “(i) las autoridades ancestrales o tradicionales de la respectiva

comunidad; (ii) los miembros de la comunidad; (iii) las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, y (iv) la Defensoría del Pueblo”⁴⁰.

1. En el caso bajo estudio el accionante, Modesto Manjarrez Salcedo, acreditó ser miembro y el representante legal del consejo comunitario de Santa Rosa de Lima-Bolívar.⁴¹ De esa manera, está facultado para solicitar la protección de los derechos fundamentales del consejo comunitario ante la amenaza o vulneración en la que presuntamente incurrió la entidad accionada.

1. Sin embargo, durante la etapa de revisión del fallo de instancia, el Consejo Comunitario accionante informó a la Corte sobre una controversia relacionada precisamente, con la representación en cabeza del señor Manjarrez Salcedo. En este sentido, advirtió que pese a que el 11 de diciembre de 2022, el Consejo Comunitario eligió su Junta Directiva y nombró al accionante, nuevamente, como su representante legal para el periodo 2023-2025, la Alcaldía de Santa Rosa de Lima se abstuvo de reconocerle tal calidad, alegando que solo podía ser reelegido por una vez consecutiva⁴². La comunidad presentó recurso de reposición indicando que el Decreto 1745 de 1995 sólo establecía este límite para la junta directiva, mas no para el representante legal y reiteró la solicitud de reconocer a al señor Manjarrez Salcedo “dado que, al no ser miembro de la Junta Directiva, por ser una instancia de gobierno distinta, no se le pueden homologar las restricciones establecidas en el artículo 9º del decreto 1745 de 1995, con relación a la reelección consecutiva”. El recurso fue resuelto mediante la Resolución 028 del 30 de enero de 2023, en el sentido de confirmar la decisión inicial⁴³.

1. Pues bien, no le corresponde a esta Sala resolver la controversia que acaba de reseñarse, dado que excede el panorama propuesto en la acción de tutela. Con todo, se advierte que la misma no incide en el cumplimiento del requisito de legitimación en la causa por activa, pues para el momento en que fue interpuesta la acción de tutela no existía duda alguna sobre la calidad de representante legal del consejo accionante del señor Modesto Manjarrez Salcedo, y según lo dispone el artículo 86 de la Carta Política, toda persona que considere que sus

derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá presentar acción de tutela a través de un representante que actúe en su nombre⁴⁴. Asimismo, la acción se interpuso en procura de proteger un interés que sigue siendo de toda la comunidad, quien además reconoce la representación en cabeza del accionante, como se evidenció durante la diligencia de inspección judicial practicada por el despacho sustanciador, en la cual no se controvertió la calidad en la que actuaba sino que, por el contrario, el accionante fue reconocido y sus argumentos apoyados por quienes intervinieron en la misma.

1. Por último, resulta pertinente referirse a lo establecido en la Sentencia T-272 de 2023⁴⁵, donde también existía una inconsistencia en la representación de la comunidad -concretamente, la persona que aparecía en el registro del Ministerio del Interior como gobernadora no era la misma que ejercía dicha función según la comunidad-, en ese caso la Corte reconoció la validez de la representación efectiva. La Sala encontró que, a pesar de la ausencia de registro oficial del gobernador que había actuado durante todo el proceso de tutela, la elección realizada por la comunidad indígena no se invalidaba prima facie. Este criterio se sostuvo en que las peticiones ante las entidades correspondientes fueron presentadas en ejercicio del poder conferido por la comunidad, eliminando así cualquier duda sobre la titularidad del derecho invocado. Además, la Corte aclaró que la verificación de la legitimación por activa en el contexto de la tutela se limita a la revisión de los fallos de instancia, sin que tenga el poder de desconocer a los representantes comunitarios o de alterar el registro ante las autoridades competentes. En este orden de ideas, es claro pues que, en el caso de Modesto Manjarrez Salcedo y el consejo comunitario de Santa Rosa de Lima-Bolívar, la legitimación por activa está suficientemente acreditada, alineándose con el principio de reconocimiento efectivo de la representación comunitaria, más allá de las formalidades administrativas.

1. La tutela se podía interponer contra Autopistas del Caribe (legitimación por pasiva). La legitimación por pasiva se refiere a la aptitud legal de la entidad o el particular contra quien se dirige el amparo, para ser llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho

fundamental invocado. El artículo 86 constitucional, y los artículos 1 y 42 del Decreto 2591 de 1991, establecen que la tutela procede contra la acción y omisión de cualquier autoridad pública o de particulares cuando estos (i) están a cargo de la prestación de un servicio público, (ii) su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo; o (iii) frente a ellos el solicitante tiene una relación de subordinación o indefensión.⁴⁶ En el caso bajo estudio, Autopistas del Caribe es una persona jurídica particular que, en virtud del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 002 suscrito con la ANI el 6 de septiembre de 2021 para construir el “Corredor de Carga Cartagena – Barranquilla”, está encargada de la ejecución de esta obra pública, de la que forma parte la Unidad Funcional 3 (segunda calzada Bayunca – Clemencia, variante Bayunca), cuyas acciones, según lo sostiene la comunidad accionante, han ocasionado una afectación directa⁴⁷. Además, la comunidad accionante tiene una relación de indefensión respecto de Autopistas del Caribe, ya que está supeditada a las acciones que realiza como ejecutora del proyecto vial, sin que entre ellas medie una relación jurídica⁴⁸. Así entonces, el requisito de legitimación en la causa por pasiva se encuentra satisfecho.

1. Adicionalmente, tanto el juez de tutela de instancia, como la Corte durante la etapa de revisión, vincularon al trámite de tutela a varias entidades. En particular, a la ANI, la DANCP y las alcaldías municipales de Santa Rosa de Lima, Clemencia y Cartagena de Indias- Bolívar. En cuanto a las dos primeras, la Sala advierte que se trata de autoridades públicas vinculadas, en el caso de la ANI, al proceso de celebración del contrato de concesión para el proyecto vial que se cuestiona y, en el caso de la DANCP, como responsable de expedir la Resolución ST-1190 de 25 de julio de 2022, en la que sólo se declara la procedencia de la consulta previa con el Consejo Comunitario del Corregimiento de Bayunca, mas no con la comunidad accionante⁴⁹. Entretanto, los municipios de Santa Rosa de Lima, Clemencia y el distrito de Cartagena de Indias, en cuya jurisdicción se desarrollará el proyecto vial objeto de controversia, están encargadas, por mandato constitucional, de ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes (Arts. 311 y 315, C.P.), en razón de lo cual tienen competencias directas relacionadas con la atención de las comunidades étnicas y pueden ser destinatarias de algunas de las órdenes que se expidan en esta sentencia. Por tanto, también cuentan con legitimación en la causa⁵⁰.

1. Inmediatez. El requisito de inmediatez se refiere a que no haya transcurrido un tiempo excesivo, irrazonable o injustificado entre la actuación u omisión cuestionada y el uso del amparo. En el caso bajo estudio se cumple, toda vez que entre la respuesta de Autopistas del Caribe a la petición del Consejo Comunitario accionante para que adelantara un proceso de consulta previa con la comunidad, el 29 de noviembre de 2022, y la presentación de la acción de tutela el 6 de enero de 2023, transcurrieron menos de dos meses, lo cual demuestra una actitud diligente por parte del accionante.

1. Subsidiariedad. Con respecto a la subsidiariedad, conviene recordar que el juez de instancia consideró improcedente el amparo por no satisfacer este requisito. Aunque no señaló expresamente a cuál mecanismo judicial podría acudir la comunidad accionante, sobre el particular, la Corte ha establecido que las acciones contenciosas no son adecuadas para proteger el derecho a la consulta previa cuando las autoridades respaldan acciones que carecen de consulta y que impactan a estas comunidades, pues tales herramientas procesales no “ofrecen una respuesta clara, omnicomprensiva y definitiva a la vulneración de derechos de las comunidades que tienen una especial protección constitucional y vulnerabilidad, ni siquiera, ante la posible imposición de medidas provisionales [...]”⁵¹. La protección que ofrecen las acciones contenciosas del derecho a la consulta previa es insuficiente, porque “estudiar la legalidad de un acto administrativo no implica que se adopten modos de resarcimiento que serían propios del juez de amparo de derecho, rol que obedece a su función protectora de los derechos fundamentales”⁵². Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha sido clara al sostener 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”⁵³.

1. Así, es claro que la acción de tutela es la vía principal que la jurisprudencia constitucional ha reconocido para que los grupos étnicos reclamen la protección de su derecho a la consulta previa, a través del cual se hacen efectivos otros derechos de los que depende su pervivencia como comunidades étnica y culturalmente diversas⁵⁴.

1. A la luz de lo expuesto, y evaluadas las circunstancias del caso concreto, se cumplen los requisitos de procedencia de esta acción de tutela.

3. Presentación del caso, formulación del problema jurídico y estructura de la decisión

1. Dentro del trámite de revisión, la Sala Tercera vinculó a las alcaldías de Cartagena de Indias, Santa Rosa de Lima y Clemencia, entidades territoriales en cuya jurisdicción se localiza el proyecto vial objeto de controversia. En su respuesta, la alcaldía de Santa Rosa de Lima manifestó que ni la empresa concesionaria ni la DANCP les han informado sobre los pormenores del proyecto, como tampoco les han solicitado información sobre la presencia de grupos étnicos en el municipio. Indicó que, además del consejo comunitario accionante, en el Municipio también hay presencia de tres comunidades étnicas más -consejo comunitario de las comunidades negras, raizales y palenqueras Juan Cerpa de Tabacal, consejo comunitario de comunidades negras de Paiva Mamonal y cabildo indígena Zenú de Chiricoco- las cuales solicitó fueran vinculadas al trámite. Tras la práctica de una inspección judicial al municipio de Santa Rosa de Lima, se pudo verificar la presencia de estas comunidades dentro del área de influencia del proyecto y, en consecuencia, se ordenó su vinculación. En sus respuestas a la acción de tutela, la representante legal del consejo comunitario de Paiva Mamonal y el Capitán del cabildo indígena Zenú de Chiricoco se refirieron a las afectaciones directas que se derivan para sus comunidades de la construcción del proyecto vial. Este último, además, solicitó a la Corte adoptar un enfoque étnico diferencial entre comunidades afro e indígenas, de tal suerte que la consulta a estas comunidades no se realice de manera combinada, sino teniendo en cuenta las dinámicas propias de cada una de ellas. La alcaldía de Cartagena solicitó ser desvinculada por no ser competente para adelantar las acciones destinadas a evitar la vulneración de los derechos fundamentales alegados por el Consejo Comunitario accionante. La alcaldía de Clemencia, entretanto, guardó silencio durante el trámite de revisión.

1. En el presente caso se verifica que, aunque el proyecto vial se desarrollará en jurisdicción de Cartagena de Indias, Santa Rosa de Lima y Clemencia (Bolívar), la Resolución ST-1190 del 25 de julio de 2022, proferida por la DANCP, sólo consideró procedente adelantar consulta previa con el consejo comunitario del corregimiento de Bayunca (Cartagena), sin analizar si existía presencia de comunidades étnicas en Santa Rosa de Lima y Clemencia y si estas se verían o no afectadas de manera directa por la obra. Debido al silencio guardado por la alcaldía de Clemencia durante el trámite de revisión, no fue posible a la Sala obtener información directa sobre las comunidades étnicas presentes en dicho municipio y su eventual afectación directa derivada de la construcción del proyecto. Por lo tanto, el análisis del presente caso se circunscribirá a examinar la posible vulneración del derecho a la consulta previa del consejo comunitario accionante y demás comunidades étnicas del municipio de Santa Rosa de Lima vinculadas al trámite de tutela.

1. En tal sentido, le corresponde a la Sala Tercera estudiar el siguiente problema jurídico:

¿Las entidades Autopistas del Caribe S.A.S., ANI y DANCP desconocieron el derecho a la consulta previa y el deber de protección especial a la diversidad étnica y cultural de la comunidad accionante y otras comunidades étnicas en Santa Rosa de Lima al (i) omitir verificar la presencia de estas comunidades en el municipio, (ii) omitir analizar las posibles afectaciones directas que podrían surgir de la construcción de la Unidad Funcional 3 del proyecto vial corredor de carga Cartagena -Barranquilla antes de emitir la Resolución DANCP ST-1190 de 25 de julio de 2022, sobre la consulta previa en dicho proyecto, y (iii) al no dar inicio al proceso de consulta previa con estas comunidades después de tener conocimiento de su presencia y de las posibles afectaciones directas resultantes de la obra?

1. Para dar respuesta al problema jurídico, se reiterará la jurisprudencia de esta Corte sobre el derecho fundamental a la consulta previa, con particular atención a los casos relativos a

proyectos viales (sección 4); sobre esta base, se resolverá el caso concreto (sección 5).

4. El derecho fundamental a la consulta previa frente a proyectos viales. Reiteración de jurisprudencia

1. La Constitución de 1991 plantea un modelo de relación con los grupos étnicos basado en el reconocimiento de su diferencia cultural como algo digno de respeto y valoración, en tanto contribuye a forjar una sociedad plural e incluyente de las múltiples formas de vivir la humanidad. Asimismo, el constituyente reconoció que la construcción de tal diversidad étnica y cultural ha sido en gran medida producto de intensos, y en muchos casos violentos, procesos de dominación colonial, como resultado de los cuales algunas de estas maneras de experimentar, comprender y relacionarse con el mundo y con los otros han llegado a identificarse como propias de la sociedad “mayoritaria”, y han logrado imponerse sobre las de otros grupos humanos que, como consecuencia de esta asimetría, son asumidos como “minorías”⁵⁶.

1. Este modelo de relación con los grupos étnicos establecido en la Constitución, y consolidado con la incorporación al derecho interno del Convenio 169 de 1989 de la OIT⁵⁷, se funda en un enfoque de diversidad y autonomía. Este modelo ha dado lugar a la consagración de una serie de derechos orientados a: (i) garantizar las condiciones para su existencia como pueblos culturalmente diversos; (ii) reconocer espacios de autonomía para definir sus prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y controlar, en la mayor medida posible, su propio desarrollo económico, social y cultural; (iii) corregir y compensar patrones históricos de discriminación, a través de acciones afirmativas que establezcan las condiciones para que la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país sea real y efectiva; (iv) asegurar su participación no sólo en los escenarios donde se toman decisiones susceptibles de afectarles de manera directa, sino además en aquellos donde se definen, con carácter general, las reglas del juego social⁵⁸.

1. Entre estos derechos se destaca la consulta previa, a través del cual se busca hacer efectivo este nuevo modelo de relación con la alteridad basado en el reconocimiento de la diversidad y de la autonomía y en la necesidad de propiciar un intercambio de conocimiento entre distintos saberes en torno al concepto de desarrollo. Además, la consulta previa constituye una garantía específica de las exigencias de la justicia ambiental – equidad distributiva, participación, sostenibilidad y precaución – en relación con los grupos étnicos.⁵⁹ Tales exigencias permean el diseño constitucional de este mecanismo, que toma como punto de partida el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política, donde se establece la obligación estatal de garantizar la participación de las comunidades indígenas previa la explotación de recursos naturales en sus territorios. A su vez, el Convenio 169 de la OIT amplía el alcance del derecho a la consulta previa, cuando en su artículo 6º consagra el deber de “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Esta misma disposición establece como reglas generales: (i) el deber de consultar a los pueblos indígenas y tribales previa la adopción de medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles de manera directa; (ii) la definición de los medios para asegurar su participación en instituciones vinculadas con el diseño e implementación de políticas y programas que les conciernan; (iii) la destinación y provisión de recursos necesarios para el cumplimiento de esos propósitos; (iv) el imperativo de realizar las consultas de buena fe, de una manera apropiada a las circunstancias y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas⁶⁰.

1. A partir de la sentencia SU-039 de 1997⁶¹, donde se amparó el derecho del pueblo U'wa a ser consultado antes de autorizar la realización de actividades de exploración de hidrocarburos en su territorio, la Corte Constitucional ha establecido que la consulta previa opera no sólo tratándose de proyectos de explotación de recursos naturales en territorios de grupos étnicos, sino también en relación con aquellas medidas legislativas y administrativas, así como frente a la ejecución de proyectos, obras o actividades de diversa índole, susceptibles de afectarles de manera directa.

1. Naturaleza, finalidad y principios orientadores de la consulta previa. Sobre la naturaleza y finalidad de la consulta previa, la Corte ha precisado que se trata de un derecho fundamental que protege a los pueblos indígenas y tribales. Lo anterior implica que:

“(i) [E]l objetivo de la consulta previa es intentar lograr en forma genuina y por un diálogo intercultural el consentimiento con las comunidades indígenas y tribales sobre las medidas que las afecten; (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes; (iii) por medio de la consulta se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados; (iv) la consulta debe ser un proceso intercultural de diálogo en el que el Estado debe entonces tomar las medidas necesarias para reducir las desigualdades fácticas de poder que puedan tener los pueblos étnicos; (v) en este diálogo intercultural ni el pueblo tiene un derecho de veto ni el Estado un poder arbitrario de imposición de la medida prevista; (vi) la consulta debe ser flexible, es decir, adaptarse a las necesidades de cada asunto; (vii) la consulta debe ser informada, esto es dispensar a los pueblos indígenas y tribales la información suficiente para que ellos emitan su criterio; (viii) la consulta debe respetar la diversidad étnica y cultural lo que permitirá encontrar mecanismos de satisfacción para ambas partes”⁶⁴.

1. El concepto de susceptibilidad de afectación directa como parámetro determinante para concluir que una medida legislativa o administrativa debe ser objeto de consulta previa⁶⁵. A partir de lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, la jurisprudencia constitucional ha precisado que la consulta previa se activa en presencia de medidas legislativas y administrativas susceptibles de generar una afectación directa a los pueblos étnicos. Como lo precisó la Sala Plena en la Sentencia SU-123 de 2018, “el presupuesto clave para la activación del deber de consulta previa es entonces que una determinada medida sea susceptible de afectar directamente a un pueblo étnico,” señalando a renglón seguido que “por economía del lenguaje suele hablarse del concepto de ‘afectación directa’”⁶⁶, entendida

esta última como “el impacto positivo o negativo que pueda tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica”⁶⁷. En estos términos, “procede entonces la consulta previa cuando existe evidencia razonable de que una medida es susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena o a una comunidad afrodescendiente”⁶⁸.

1. La Corte ha señalado que la “afectación directa” es un concepto de relevancia constitucional, cuya adecuada interpretación y aplicación “exige un acercamiento a la cultura diversa concernida y, especialmente, una disposición a la construcción de un diálogo inter cultural, esto es, en condiciones de igualdad y respetuoso de las diferencias, incluso las radicales”⁶⁹. Asimismo, en la Sentencia SU-123 de 2018 señaló que:

“La afectación directa se presenta si existe evidencia razonable de que, con la medida, se perjudique i) la salud, así como el ambiente, representado en la inequidad frente a la distribución de cargas y beneficios ambientales; y ii) las estructuras sociales, espirituales, culturales y ocupacionales en un colectivo, que no pueden ser percibidos por estudios técnicos ambientales. Por tal razón el derecho a la consulta previa se encuentra vinculado a los imperativos de justicia ambiental, que busca un reparto equitativo y participativo de los costos y beneficios de los proyectos con impactos ambientales diferenciados”⁷⁰.

1. En esta misma decisión, la Sala Plena sistematizó algunos de los eventos en los que la jurisprudencia ha reconocido la existencia de afectación directa a las minorías étnicas, señalando que ella se produce, entre otras hipótesis, cuando:

“(i) (S)e perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales⁷¹; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica⁷²; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el

sustento⁷³ y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio⁷⁴. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido”.

1. Sin embargo, la evidencia razonable requerida para decidir sobre la procedencia de la consulta previa no exige acreditar que la afectación directa que en cada caso se alega efectivamente haya tenido lugar, sino que de manera anticipada pueda concluirse, a partir de la evidencia disponible, que es altamente probable que se produzca como consecuencia de la ejecución del proyecto, obra o actividad de que se trate. Condicionar la procedencia de la consulta a que se acredite que la afectación directa efectivamente se ha producido o se está produciendo desconocería el carácter previo de la consulta. Mas aún, desvirtuaría el sentido de esta figura como mecanismo de diálogo intercultural orientado a garantizar la participación efectiva de los pueblos en la toma de decisiones que tienen el potencial de afectarles de manera directa. De ahí que, si bien por economía del lenguaje se hable de “afectación directa” como condición para la procedencia de la consulta previa, ello no implica desconocer que se trata de una evaluación ex ante de la medida en cuestión a fin de establecer si esta es susceptible de afectar de manera directa a las comunidades étnicas y no de una verificación ex post de las afectaciones ya producidas o en curso.

1. La Corte ha indicado, además, que el concepto de afectación directa difiere del de área de influencia de un proyecto. Mientras este último es una noción técnica que alude al espacio geográfico en el que se desarrollará un proyecto, la afectación directa causada por un determinado proyecto no necesariamente se circunscribe a su área de influencia; a su vez, dentro del área de influencia es necesario identificar, caso a caso, las afectaciones directas que el proyecto cause a las comunidades étnicas que allí se encuentran, por cuanto ambos conceptos no son asimilables⁷⁵. Esto último no implica, sin embargo, que el criterio de área

de influencia directa de un proyecto resulte indiferente para los operadores jurídicos en los casos de consulta previa; así:

“[...] Si las autoridades estiman que el área de influencia directa de un proyecto determinado se traslapa con una comunidad indígena, sin lugar a dudas deberá inferirse que se trata de un supuesto de afectación directa de las comunidades indígenas. Pero, si no es así, las autoridades y también las empresas, en el marco de su responsabilidad hacia la vigencia de los derechos constitucionales, están en la obligación de verificar si otros elementos de juicio indican la eventual afectación a comunidades aledañas; si estas últimas están levantando sus voces de inconformidad con la posición gubernamental y, en fin, privilegiar el análisis conjunto de las pruebas”⁷⁶.

1. La jurisprudencia constitucional también ha señalado que la determinación sobre si un proyecto genera afectaciones directas para las comunidades étnicas debe resultar de la valoración conjunta y ponderada de todos los elementos de juicio disponibles, a partir de una disposición al diálogo intercultural. En varias decisiones, la Corte ha precisado que las comunidades tienen “una carga mínima de evidenciar las afectaciones para que proceda la consulta previa”⁷⁷, pues estas no pueden ser hipotéticas ni abstractas, sino que deben ser “determinables y ligadas a la realidad material de la comunidad étnica que reclama la protección del derecho a la consulta previa”⁷⁸. Esta carga probatoria, sin embargo, debe interpretarse en consonancia con los principios que rigen el trámite de la acción de tutela, en particular con el de prevalencia del derecho sustancial que, como lo señala el Decreto 2591 de 1991 y lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional, impone al juez de tutela un rol activo para recabar oficiosamente y diligentemente las pruebas necesarias,⁷⁹ sin escatimar en los “medios de prueba para que la justicia se materialice”⁸⁰, lo que incluye pedir informes a la autoridad o entidad accionada; en todo caso, el juez podrá fundamentar su decisión en cualquier medio probatorio⁸¹. De existir dudas sobre si un proyecto obra o actividad es susceptible de afectar de manera directa a la comunidad étnica que demanda el amparo, “será imprescindible la realización de visitas al lugar”⁸² y, tratándose de potenciales impactos sobre el ambiente y la salud, aplicar el principio de precaución⁸³.

1. En tal sentido, en la Sentencia SU-123 de 2018, la Sala Plena señaló que “la exigibilidad de la licencia ambiental para desarrollar una actividad es un indicio fuerte de la necesidad de consulta previa”⁸⁴. Asimismo, la Corte ha aplicado la presunción de veracidad en casos en los cuales la parte accionada no responde al requerimiento judicial o no contesta de fondo los interrogantes planteados por el juez. Así, en la Sentencia T-219 de 2022,⁸⁵ en aplicación de dicha presunción, la Corte dio por probada la afectación directa que la construcción de una subestación de energía generaba a la comunidad étnica que reclamaba ser consultada. En aquella ocasión señaló que la aplicación de la presunción de veracidad “tiene especial relevancia cuando el accionante está en condiciones de subordinación, vulnerabilidad o tiene calidad de sujeto de especial protección constitucional”. Reiterando lo establecido por la Sala Plena en la Sentencia C-086 de 2016⁸⁶ en materia de carga dinámica de la prueba, en la Sentencia T-219 de 2022 la Corte recordó que “en relaciones de subordinación o debilidad, la carga de la prueba debe ser distribuida en favor de la parte más débil,” de la suerte que “en materia de tutela, la regla no es ‘el que alega prueba’, sino ‘el que puede probar debe probar’, lo cual redistribuye la carga probatoria en beneficio de la protección de los derechos”⁸⁷.

1. En la Sentencia SU-121 de 2022, la Sala Plena fijó una serie de criterios sustantivos y adjetivos que complementan los ya establecidos en la Sentencia SU-123 de 2018, a efectos de “determinar la intensidad, permanencia y exclusividad con los que un pueblo étnico ha ocupado un determinado territorio” y “establecer el grado de afectación” que generan las medidas legislativas o administrativas que se adopten sobre el mismo⁸⁸. Como criterios sustantivos orientados a establecer el grado de afectación directa prima facie, a menos que se presenten razones en contrario, se plantean los siguientes:

- i. “cuando la preservación de los usos y costumbres de la comunidad étnica se hace evidente y la medida examinada se relaciona directamente con ellos;
- ii. cuando la medida impacta zonas de un territorio en las cuales las comunidades étnicas

han desarrollado sus prácticas culturales de manera permanente, intensa y con pretensión de exclusividad;

iii. cuando el relacionamiento de la comunidad étnica con la sociedad mayoritaria es históricamente reducido y la medida tiene una incidencia específica en las actividades de la comunidad;

iv. cuando la medida que se examina tiene un impacto persistente o continuo en la comunidad;

v. cuando la medida degrada el medio ambiente en general y los efectos adversos del cambio climático impacta el goce de derechos de la comunidad; y

vi. tratándose de la afectación directa que se presenta “i) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales”, “ii) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT” y “iii) si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica”⁸⁹; debe entenderse que se refiere a medidas que se relacionan de manera inescindible con los derechos específicamente reconocidos en el Convenio 169 de la OIT y los establecidos como criterio auxiliar en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁹⁰, entre los que se encuentran, la vida, la integridad física y mental, la igualdad, la libre determinación, la nacionalidad”⁹¹.

1. Adicionalmente, en dicha decisión la Sala Plena estableció unos criterios adjetivos referidos a “la forma de identificar el grado de afectación de una medida,” conforme a los cuales:

i. “la determinación del grado de afectación debe ser el resultado de una cuidadosa consideración y valoración de los diferentes factores en juego en cada caso, teniendo en cuenta lo establecido como criterios sustantivos;

ii. la perspectiva de las comunidades étnicas sobre la caracterización del grado de afectación resulta especialmente importante y, en consecuencia, debe presumirse cierta cuando aporten, en el marco de un diálogo intercultural, elementos y fundamentos mínimos que

permitan identificar el sustento de dicha caracterización;

iii. en caso de que se aporten los elementos y fundamentos mínimos que sustenten la caracterización, corresponde a las autoridades responsables atenerse a dicha caracterización, a menos que se aporte evidencia objetiva, contrastable y significativa acerca de que el grado de afectación es diferente; y

iv. en caso de duda irresoluble acerca de la intensidad de la afectación deberá preferirse el mecanismo de participación más amplio. En consecuencia: i) si existe una duda irresoluble acerca de si la medida implica una “afectación directa intensa” o una “afectación directa” deberá resolverse exigiendo el consentimiento previo, libre e informado; y ii) si existe una duda irresoluble acerca de si la medida implica una “afectación directa” o “afectación indirecta”, deberá resolverse exigiendo la realización de la consulta previa”⁹².

1. Afectación directa en proyectos viales. Tratándose de proyectos viales, la Corte ha establecido que existe afectación directa cuando: (i) se producen destrozos en las viviendas e infraestructura comunitaria situada en la zona aledaña a la carretera (sentencias T-428 de 1992, 93 T-129 de 2011⁹⁴); (ii) se afectan las fuentes hídricas con el material removido con ocasión de la construcción, ampliación o mejoramiento de una vía (sentencias T-428 de 1992, T-745 de 2010, 95 T-129 de 2011 y T-154 de 2021⁹⁶); (iii) se modifican las geoformas originales del terreno, se desencadenan procesos erosivos, aumenta la temperatura y el riesgo de inundación de las tierras como efecto de la remoción de árboles (sentencias T-745 de 2010 y T-129 de 2011), afectando con ello los cultivos de la comunidad y, en consecuencia, su sustento alimentario (T-444 de 2019⁹⁷). También cuando se presenta (iv) migración de fauna terrestre y aérea (T-745 de 2010, T-129 de 2011); (v) emisión de gases y material particulado e incremento de los niveles de ruido y vibraciones durante la fase de construcción (T-745 de 2010), afectando la salud de personas y animales, la integridad de los cultivos, la dimensión espiritual de la comunidad, sustentada en el silencio necesario para la conexión con los “espíritus mayores”, así como la práctica de la medicina tradicional (T-154 de 2021); (vi) instalación de una planta para transformar piedra en gravilla a pocos metros del asentamiento de la comunidad, lo que generó afectaciones materiales e inmateriales en el territorio (T-541 de 2019⁹⁸); (vii) afectación de las dinámicas ambientales, socio-

económicas y culturales de las comunidades ubicadas en la zona de influencia del proyecto vial (T-745 de 2010). Asimismo, cuando la construcción de la vía (viii) atraviesa las tierras de un resguardo, fragmenta el territorio, impacta sitios sagrados y obliga a la reubicación de viviendas y escuela de la comunidad (T-129 de 2011); (ix) propicia el ingreso de vehículos, personas foráneas y grupos armados a un territorio indígena (T-129 de 2011); (x) afecta la movilidad y los patrones de vivienda y vestuario de la comunidad, como consecuencia de la mayor presencia de foráneos que circulan por la carretera (T-129 de 2011); (xi) impide el acceso al espacio vital donde la comunidad tradicionalmente realizaba actividades de pesca, comprometiendo así su soberanía alimentaria (T-348 de 2012⁹⁹); (xii) atraviesa el ámbito territorial de una comunidad negra, aunque éste no se encuentre titulado como territorio colectivo (T-657 de 2013¹⁰⁰); (xiii) perturba un cerro sagrado que se encontraba por fuera del territorio titulado, pero dentro del territorio ancestral, al que las comunidades accionantes acuden a realizar rituales y pagos (T-436 de 2016¹⁰¹); (xiv) afecta los cultivos y el acceso a plantas medicinales de las que la comunidad deriva su sustento y emplea para la prevención y tratamiento de enfermedades (T-436 de 2016, T-154 de 2021); (xv) el trazado vial interrumpe los caminos que las familias de la comunidad emplean para transportarse, comunicarse entre sí, desarrollar sus actividades tradicionales y, con ello, perdurar en el tiempo como grupo culturalmente diverso (T-444 de 2019). También constató la existencia de afectación directa cuando (xvi) la ampliación del ancho de la vía, como resultado de un proyecto de mejoramiento vial, genera incremento del tráfico, aumento de la velocidad y continua presencia de maquinaria y vehículos pesados, poniendo en riesgo la integridad de los miembros de la comunidad (T-154 de 2021). Adicionalmente, ha constatado la afectación directa generada por (xvii) no involucrar a la comunidad en el tratamiento de los hallazgos arqueológicos encontrados en el área de construcción de un proyecto vial (T-444 de 2019). Este conjunto de eventos da cuenta de la amplitud de afectaciones directas derivadas de proyectos viales que la Corte ha reconocido en los casos sobre los que ha decidido, pero no constituye una lista taxativa.

1. Solo en cuatro de las diez y seis sentencias de tutela relativas a la consulta previa de proyectos viales proferidas hasta el presente la Corte ha negado el amparo¹⁰². En dos de estos casos por considerar que las comunidades no acreditaron la afectación directa generada por los proyectos por los que demandaban ser consultadas¹⁰³. En los dos casos

restantes, la Corte concluyó que no se verificaba el incumplimiento de compromisos acordados durante la consulta previa, alegado por las comunidades accionantes¹⁰⁴.

1. La consulta previa como manifestación del derecho a la participación. Niveles de garantía a la luz del principio de proporcionalidad. A partir del año 2012, la jurisprudencia constitucional comenzó a interpretar el derecho a la participación de los grupos étnicos a la luz del principio de proporcionalidad, en un continuo que comprendía los derechos a (i) la simple participación; (ii) la consulta previa y (iii) el consentimiento libre, previo e informado¹⁰⁵. Sobre esta base, en la unificación jurisprudencial llevada a cabo en la Sentencia SU-123 de 2018 se incluyó la siguiente regla:

“A la luz del principio de proporcionalidad, la consulta previa como manifestación del derecho a la participación se presenta en diferentes niveles: participación básica, consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado. Una afectación intensa requiere del consentimiento previo, libre e informado y procede ante: i) el traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento; ii) medidas que implican un alto impacto social, cultural y ambiental que ponga en riesgo su subsistencia; o iii) las relacionadas con el almacenamiento y eliminación de materiales peligrosos -tóxicos- en sus tierras y territorios. En los demás casos procederá, por regla general, la consulta previa, salvo en el caso en el que se evidencia que no existe afectación directa de la comunidad, situación en la que se deberá aplicar el estándar básico de participación”¹⁰⁶.

1. Consulta previa y territorio. Asimismo, la Corte ha enfatizado que la consideración del territorio es determinante para establecer la afectación que un proyecto, obra o actividad puede generar a una comunidad. Este Tribunal ha insistido en la importancia del territorio para la pervivencia física, cultural y espiritual de los grupos étnicos, y ha constatado las enormes dificultades que en muchos casos tiene la determinación de los territorios de las comunidades indígenas y negras, debido, entre otros factores, a (i) la inoperancia e ineffectividad de las instituciones y procedimientos establecidos para garantizar la

delimitación y adecuada titulación de resguardos y territorios colectivos y la protección de territorios ancestrales¹⁰⁷; (ii) a que hay territorios que no han sido objeto de posesión ancestral por razones ajenas a los pueblos étnicos, como la violencia (en el caso colombiano, especialmente el desplazamiento forzado), la ocupación de los territorios por agentes económicos o debido al carácter nómada o semi nómada de ciertas comunidades¹⁰⁸; (iii) a que fenómenos de colonización interna han generado el asentamiento de colonos y foráneos, así como la permanente llegada de proyectos de desarrollo a territorios indígenas o de comunidades negras¹⁰⁹.

1. En esos eventos, no puede el juez constitucional negar válidamente los derechos asociados al territorio, entre ellos la consulta previa, pues ello supondría una nueva violación a los derechos fundamentales de grupos étnicos que se reconocen como sujetos de especial protección constitucional¹¹⁰. Respecto a la estrecha relación entre los derechos al territorio y a la consulta previa, la Corte ha señalado que: “cuando un programa, proyecto, política, plan o medida afecta el territorio de los pueblos indígenas, por definición, existe una afectación directa, pues el territorio es uno de los derechos fundamentales de los pueblos. En esos eventos, por regla general, procede la consulta previa. Además, cuando la afectación es particularmente intensa, puede ser necesario el estándar de consentimiento previo, libre e informado, en los términos establecidos por la jurisprudencia constitucional”¹¹¹.

1. De ahí que la jurisprudencia haya decantado una serie de criterios para determinar el ámbito territorial sobre el cual se garantiza el derecho a la consulta previa, los cuales fueron sintetizados en la Sentencia SU-123 de 2018 en los siguientes términos:

“(i) El territorio de las comunidades se define con parámetros geográficos y culturales. La demarcación es importante para que el derecho de propiedad de las comunidades pueda tener una protección jurídica y administrativa. Sin embargo, ello no puede soslayar que esa franja se expande con los lugares religiosos o culturales. En efecto, estas áreas tienen protección así estén o no dentro de los terrenos titulados. (Sentencias T-525 de 1998, T-693

de 2011, T-698 de 2011, T-235 de 2011 y T-282 de 2012).

(ii) Los argumentos sobre la ausencia de reconocimiento oficial de una comunidad son insuficientes para que el Estado o un privado se nieguen a consultar una medida con una comunidad étnica. (Sentencias T-372 de 2012, T-693 de 2012, T-993 de 2012, T-657 de 2013 y T-172 de 2013).

(iii) La propiedad colectiva se funda en la posesión ancestral, de manera que el reconocimiento estatal no es constitutivo. Por lo tanto: la ausencia de reconocimiento no implica la inexistencia del derecho; y la tardanza o la imposición de trámites irrazonables para la obtención de ese reconocimiento constituye, en sí misma, una violación al derecho. (Sentencias T-693 de 2011 y T-698 de 2011).

(iv) La interferencia que padecen los grupos étnicos diferenciados en sus territorios comprende las zonas que se encuentran tituladas, habitadas y exploradas y todas aquellas franjas que han sido ocupadas ancestralmente y que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas, religiosas y espirituales. En esta concepción amplia de territorio adquieren importancia los lugares sagrados que no se encuentran al interior de los resguardos, pues en ellos la comunidad indígena puede desenvolverse libremente según su cultura y mantener su identidad”¹¹².

1. De igual manera, en esta sentencia la Corte reiteró que “el concepto de territorio de las comunidades étnicas trasciende el espacio físico (concepto geográfico de territorio) y se vincula a elementos culturales, ancestrales, así como espirituales (concepto amplio de territorio), de manera que no es posible equipararlo al concepto de propiedad del derecho civil”¹¹³. Además, precisó la distinción entre el concepto geográfico de territorio, que comprende el espacio reconocido legalmente bajo la figura del resguardo u otras figuras semejantes, como la de territorios colectivos de las comunidades negras, y el concepto

amplio de territorio, referido a las zonas que habitualmente ha ocupado la comunidad étnica y los lugares donde desarrolla sus actividades sociales, económicas, espirituales o culturales. También se incluye dentro de esta segunda noción el territorio al que se desplazan las comunidades étnicas, por razones como el conflicto armado, grandes proyectos ambientales, o por las grandes obras de infraestructura, cuando allí desarrollan sus prácticas de supervivencia. Y, consciente de la precariedad de la garantía con que cuentan los grupos étnicos sobre este espacio definido como territorio en sentido amplio, la Corte indicó que “la ausencia de reconocimiento oficial de una comunidad es insuficiente para que el Estado o un privado se niegue a consultar una medida con una comunidad étnica”¹¹⁴.

1. Conforme a la normatividad y a la jurisprudencia en vigor, no cabe excluir la procedencia de la consulta previa respecto de proyectos que generan una afectación directa sobre comunidades cuyo territorio no se encuentra titulado bajo la figura de resguardo indígena o territorio colectivo. Tal conclusión emerge de una interpretación sistemática del Convenio 169 de la OIT, que consagra un concepto de territorio que no se circunscribe a zonas tituladas, cuando en su artículo 13.2 estipula que “la utilización del término ‘tierras’ en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.”. De igual manera, se desprende de la definición de territorio indígena contenida en el artículo 2 del Decreto 2164 de 1995¹¹⁵, según la cual “son las áreas poseídas de forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena y aquellas que, aunque no se encuentren poseídas en esa forma, constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales”. Asimismo, de lo previsto en el artículo 2 del Decreto 1320 de 1998¹¹⁶ respecto a la determinación de territorio para efectos de la realización de la consulta previa:

“La consulta previa se realizará cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras. Igualmente, se realizará consulta previa cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y

permanente por dichas comunidades indígenas o negras, de conformidad con lo establecido en el siguiente artículo”¹¹⁷.

1. A partir de tal comprensión, en reiterados pronunciamientos la Corte ha amparado el derecho a la consulta previa de comunidades indígenas y negras cuyos territorios, no titulados como resguardos o territorios colectivos, eran susceptibles de ser afectados de manera directa por la realización de diversos proyectos, obras o actividades. Desde la Sentencia SU-039 de 1997¹¹⁸, donde la Sala Plena amparó el derecho del pueblo U’wa a ser consultado antes de autorizar la realización de actividades de exploración de hidrocarburos en un área situada dentro de su territorio ancestral, pero por fuera del área delimitada como resguardo, la jurisprudencia ha sostenido que lo decisivo para establecer la procedencia de la consulta previa es que la medida sea susceptible de afectar el territorio de la comunidad, con independencia de que el mismo se encuentre o no titulado como resguardo indígena o territorio colectivo.¹¹⁹

1. Esta regla de decisión fue reiterada por la Sala Plena en la Sentencia SU-123 de 2018, que amparó el derecho a la consulta previa del pueblo Awá frente a un proyecto de explotación de hidrocarburos desarrollado dentro de su territorio ancestral, pero por fuera del área titulada como resguardo.¹²⁰ En la Sentencia T-219 de 2022 la Corte incluso precisó que la afectación directa generada por la construcción inconsulta de una subestación de energía en el territorio, aún no titulado, de una comunidad afrodescendiente, se veía agravada cuando “la comunidad está en proceso de construir su organización y consolidar sus derechos en el territorio”¹²¹. Para el caso específico de proyectos viales susceptibles de afectar de manera directa territorios no titulados como resguardos o territorios colectivos, se encuentran las sentencias T-657 de 2013¹²², donde la Sala Primera de Revisión tuteló este derecho a los integrantes del Consejo Comunitario de Mulaló (Yumbo, Valle), afectados por la definición inconsulta del trazado de una vía que fragmentaba su territorio; T-436 de 2016¹²³, proferida por la Sala Octava de Revisión, que amparó los derechos de varias parcialidades indígenas afectadas por la construcción inconsulta de la doble calzada Sincelejo – Toluviejo; T-281 de 2019¹²⁴, donde la Sala Sexta de Revisión amparó los derechos de dos comunidades del

pueblo Nasa frente a la realización inconsulta de un tramo de la doble calzada Popayán – Santander de Quilichao; y T-444 de 2019125, proferida por la Sala Sexta de Revisión, en la que se amparan los derechos de la comunidad indígena de Mokaná vulnerados por la omisión de certificar su presencia y efectuar consulta previa respecto del proyecto vial Cartagena-Barranquilla – Circunvalar de la Prosperidad.

1. Debida diligencia del Estado y las empresas. En la Sentencia SU-123 de 2018, la Corte también precisó el deber de diligencia que asiste tanto al Estado como a las empresas en relación con la garantía del derecho a la consulta previa de las comunidades.¹²⁶ Al respecto formuló la siguiente regla¹²⁷:

“Para determinar la posible afectación de los mandatos de la consulta previa, la Corte considera necesario tomar en cuenta los parámetros (deberes) de debida diligencia del Estado y las empresas, previstos en la Observación General número 24 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración de Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos¹²⁸ (Principios Ruggie), y los informes del Relator Especial para los derechos humanos y las libertades de los pueblos indígenas, a través de sus informes¹²⁹, dado que constituyen criterios relevantes de interpretación normativa para valorar su actuación, en relación con el deber de desarrollar la consulta previa”.

1. Conforme a dichos estándares, (i) los Estados tienen el deber de proteger los derechos humanos, por ejemplo, contra violaciones cometidas por las empresas comerciales y otras terceras partes, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia; a su vez, (ii) las empresas deben respetar los derechos humanos, actuando con la debida diligencia para no vulnerar los derechos humanos o contribuir a vulnerarlos; asimismo, deben procurarse (iii) vías de recurso efectivas para reparar las violaciones cuando se producen. De manera específica, en ello se contempla el deber de las empresas de celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas y tribales interesados por medio de las instituciones representativas de los pueblos indígenas a fin de

obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de iniciar actividades. Esas consultas deben permitir la identificación de los posibles efectos negativos de las actividades y de las medidas a fin de mitigarlos y contrarrestarlos. También deben propiciar la creación de mecanismos de participación en los beneficios derivados de las actividades. El deber de diligencia de Estados y empresas frente a los pueblos indígenas y tribales comprende (i) el deber de debida diligencia en el reconocimiento, (ii) el deber de diligencia sobre las tierras, territorios y recursos naturales, y (iii) el deber de diligencia en consultar¹³⁰. Como lo precisó la Corte en la Sentencia T-219 de 2022, este deber de diligencia comprende la obligación de las empresas de informar a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa – DANCP – del Ministerio del Interior sobre la presencia de comunidades étnicas que son susceptibles de ser directamente afectadas por el proyecto, incluso si el acceso a esa información es posterior a la certificación del Ministerio sobre la procedencia de consulta previa para el proyecto u obra correspondiente¹³¹.

1. La certificación del Ministerio del Interior y la garantía del derecho a la consulta previa. Uno de los aspectos en el que se concretan los deberes de debida diligencia de Estado y empresas frente a comunidades étnicas se refiere al trámite de la certificación que debe expedir la dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa -DANCP- del ministerio del Interior sobre la procedencia de la consulta previa con comunidades étnicas para proyectos, obras o actividades. Este acto administrativo resulta decisivo en la materialización del derecho a la consulta previa, pues es el que abre o cierra la puerta a este mecanismo de diálogo intercultural. Además, para garantizar la seguridad jurídica de las comunidades, de la personas naturales y jurídicas interesadas en llevar a cabo proyectos, obras o actividades en sus territorios, y de la sociedad en general.

1. Pese a su importancia, una constante en la ya larga historia jurisprudencial sobre consulta previa es la reiterada constatación de las múltiples deficiencias en el trámite y expedición de dichas certificaciones por parte del ministerio del Interior. Antes de que se conformara la Dirección de Consulta Previa, dichas certificaciones eran expedidas por la entonces Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia con fundamento en la información que

reposaba en dicha dependencia, sin realizar visitas de verificación o, cuando ésta se practicaba, lo era de una manera superficial y, en ocasiones, se limitaba a un simple recorrido aéreo por la zona del proyecto. Debido a ello, era usual que el Ministerio certificara la no presencia de comunidades en áreas habitadas por grupos étnicos, o que emitiera certificaciones contradictorias al respecto¹³². Las deficiencias continuaron tras la creación de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, que certificaba la presencia (o ausencia) de comunidades a partir, principalmente, de un análisis cartográfico basado en la información suministrada por el interesado en ejecutar el proyecto, la disponible sobre comunidades y territorios titulados en bases de datos de entidades del nivel central y, en algunos casos, en visitas de verificación. La jurisprudencia del período 2011-2018 abunda en ejemplos de actos administrativos proferidos por esta dependencia que, contrariando la evidencia en terreno, certificaban la inexistencia de comunidades a partir de la mera verificación cartográfica de traslape entre área de influencia del proyecto y tierras tituladas de grupos étnicos, sin considerar la visión amplia y cultural de territorio y, con ella, las perturbaciones culturales, ambientales o en la salud de los grupos étnicos. A su vez, con fundamento en tales certificados de inexistencia, las empresas y entidades públicas concernidas insistían en eximirse de adelantar consultas previas en casos en los que era constatable tanto la presencia de comunidades como las afectaciones directas causadas por los proyectos¹³³.

1. Este desconocimiento reiterado y sistemático del deber de debida diligencia por parte de la dirección de Consulta Previa del ministerio del Interior llevó a que en la Sentencia SU-123 de 2018 la Corte dedicara una sección entera a especificar los requisitos que deben reunir los certificados expedidos por dicha dependencia para ajustarse a las reglas jurisprudenciales que han precisado el concepto de afectación directa y formuló una regla expresa sobre dichas certificaciones:

“En cuanto a la validez de la certificación que expide el Ministerio del Interior sobre la no presencia de comunidades indígenas y tribales en el área de influencia de un proyecto, esta sentencia precisa que esta no es válida para eximirse de la consulta previa cuando se advierta o acredite una afectación directa a un pueblo étnico. El operador administrativo será responsable en este trámite por incumplimiento de las normas del Convenio 169 OIT. Por tal

razón, la Corte considera que los certificados de presencia de las comunidades étnicas deben incluir un estudio particular y expreso sobre la posible afectación directa que pueda causar un proyecto, obra o actividad a las comunidades étnicas, con independencia de la limitación del área de influencia”¹³⁴.

1. De manera específica, en esta sentencia de unificación la Corte se refirió a la obligación de recurrir, entre otras, a las entidades territoriales para determinar la presencia y afectación de las comunidades étnicas:

“Para determinar la presencia y afectación de las comunidades étnicas, las autoridades competentes deberán, cuando sea relevante, recurrir a las entidades territoriales, a las corporaciones regionales y a las instituciones académicas, culturales o investigativas especializadas (p.e. el Instituto Colombiano de Antropología e Historia –ICAHN– o el Instituto Geográfico Agustín Codazzi –IGAC–) con el fin de obtener la información que permita establecer con la mayor seguridad jurídica si un pueblo indígena o afrocolombiano se encuentra o podría resultar afectado por un proyecto o actividad dentro de un determinado territorio. Esta consulta a las entidades territoriales y a las instituciones especializadas se justifica por cuanto ellas poseen en muchas ocasiones la información más actualizada y precisa sobre la presencia y características de los grupos étnicos en los territorios”¹³⁵.

1. Asimismo, en el resolutivo sexto de dicha sentencia la Corte decidió:

“EXHORTAR al Gobierno Nacional y al Congreso de la República para que, con base en los lineamientos expuestos en esta sentencia: adopten las medidas pertinentes para regular lo relacionado con los certificados de presencia y afectación de comunidades étnicas, que hagan efectivo el derecho a la consulta previa, en los términos del Convenio 169 de la OIT; así mismo se realicen los ajustes para que la institución encargada de otorgar los certificados de presencia y afectación de comunidades étnicas cuente con autonomía e independencia

administrativa y financiera, necesarias para ejercer adecuadamente su función”.

1. En cumplimiento de lo ordenado en la Sentencia SU-123 de 2018, el Gobierno expidió el Decreto 2353 de 2019¹³⁶, cuyo artículo 16 confiere autonomía administrativa y financiera a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa. Además, de manera expresa se estableció el criterio de afectación directa para determinar la procedencia de la consulta previa¹³⁷. Asimismo, la Directiva Presidencial N° 8 del 9 de septiembre de 2020, “Guía para la realización de consulta previa”, en sus numerales 3.2 y 3.3 señala que, una vez recibida la solicitud por parte de una entidad promotora o ejecutora de un POA, la DANCP deberá:

“3.2. Solicitar y consultar la información que reposa en la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, en la Dirección de Asuntos Indígenas ROM y Minorías del Ministerio del Interior, y en la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior; en el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en la Agencia Nacional de Tierras, en el Instituto Nacional de Antropología e Historia, y en las demás entidades que se considere pertinente.

3.3. En caso de que la información suministrada por la entidad promotora o el ejecutor del POA y consultada por la DANCP – Subdirección Técnica de Consulta Previa sea insuficiente para determinar la procedencia de la consulta previa, realizar una visita de verificación en territorio. La visita de verificación en territorio comprenderá una extensión superior al área identificada por la entidad promotora o el ejecutor del POA, que permita determinar posibles afectaciones directas”¹³⁸.

1. Pero tales ajustes normativos e institucionales no han sido suficientes para resolver las deficiencias que aquejan a los ahora llamados certificados “sobre la procedencia de la consulta previa con comunidades étnicas para proyectos, obras o actividades” que expide la DANCP. En los casos seleccionados para revisión luego de proferida la Sentencia SU-123 de 2018, la Corte ha llamado la atención sobre cuatro tipos de problemas que presentan estas certificaciones, relacionados con: (i) insuficiente motivación; (ii) metodología inadecuada; (iii) falta de articulación entre el nivel central de la administración y las entidades territoriales, reflejada en la reiterada omisión por parte de la DANCP de solicitar información a las entidades territoriales sobre la presencia de comunidades étnicas; (iv) falta de participación

de las comunidades en el trámite administrativo de certificación sobre la procedencia de la consulta previa. A continuación, se examinan algunos de estos casos, específicamente referidos a proyectos viales.

1. En la Sentencia T-281 de 2019¹³⁹ la Corte constató que la DANCP había omitido solicitar información a las entidades territoriales sobre la presencia de comunidades étnicas en el área donde se desarrollaría una de las unidades funcionales del proyecto vial “Segunda Calzada Popayán – Santander de Quilichao”. Concluyó que dicha omisión no sólo desconocía las directrices fijadas en la Sentencia SU-123 de 2018, sino que vulneraba los derechos a la participación y al debido proceso administrativo de las comunidades próximas al área del proyecto en el trámite administrativo de expedición de la certificación de procedencia de consulta previa¹⁴⁰. Este déficit de participación en el trámite de certificación no permitió a las comunidades accionantes obtener información sobre el proyecto y sus potenciales impactos; situación que, en el caso concreto, les había impedido conocer y dar a conocer al juez de tutela las afectaciones directas que el proyecto vial podría entrañar para ellas.

1. Al no dar por probadas en ese caso las afectaciones directas, la Sala Sexta de Revisión tuteló por vía indirecta el derecho a la consulta previa de las comunidades del pueblo Nasa, accionantes en el proceso, a través de la protección al debido proceso en el trámite de la certificación de procedencia de la consulta previa ante el Ministerio del Interior. Para ello dejó sin efecto la resolución que certificaba la inexistencia de grupos étnicos en la zona de influencia del proyecto, así como la licencia ambiental y demás actos administrativos emitidos con sustento en dicha certificación. Además, ordenó la expedición de una nueva certificación, en cuyo trámite debía garantizarse la participación de las comunidades étnicas ubicadas en Caldon y Piendamó, para establecer cuáles de ellas presentan un impacto que amerite un proceso de consulta previa. Surtido este trámite, debía iniciarse el proceso de consulta previa con las comunidades respecto de las cuales se haya determinado la existencia de afectaciones directas¹⁴¹.

1. Meses después, en la Sentencia T-444 de 2019¹⁴², la Sala Sexta de Revisión tuteló el derecho a la consulta previa de la comunidad indígena Mokaná de Malambo, vulnerado por la construcción inconsulta del proyecto vial Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad. La Corte concluyó que las certificaciones del Ministerio de Interior que negaron la presencia de la comunidad en el área de influencia del proyecto vulneraron su derecho a la consulta previa, por cuanto la metodología empleada (contraste cartográfico) era insuficiente para detectar su presencia, ya que esta no tiene un asentamiento específico ni registros territoriales a su favor; tampoco se consultó la información que la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior tenía sobre la existencia de la comunidad en la zona, ni se tuvo en cuenta lo expresado por las entidades territoriales. Tras haber sido advertidas por los representantes de la comunidad sobre su existencia y posibles afectaciones, ni la empresa concesionaria ni el Ministerio del Interior hicieron nada para evaluar las posibles afectaciones de la comunidad y, en cambio, decidieron defender a ultranza el acto administrativo que negaba su presencia en la zona del proyecto, sin considerar la realidad material. La Corte insistió en “la importancia de establecer un proceso confiable de certificación de la presencia de comunidades étnicas para la seguridad jurídica de la sociedad, de los grupos étnicos y de los inversionistas”.

1. En ese caso la Corte estableció que la violación del derecho a la consulta se producía no sólo por las irregularidades en la expedición de la certificación de la no presencia de la comunidad accionante, sino por las afectaciones directas causadas por la construcción del proyecto vial, las cuales estaban suficientemente documentadas en el expediente. En consecuencia, el remedio dispuesto en la Sentencia T-444 de 2019 consistió en ordenar la realización de la consulta previa para establecer las etno-reparaciones en relación con las afectaciones causadas por las etapas del proyecto que ya habían concluido y para prevenir, mitigar, corregir y recuperar los impactos derivados de las etapas pendientes de ejecutar o en ejecución.

1. Poco tiempo después, en la Sentencia T-541 de 2019¹⁴³, la Sala Octava de Revisión amparó el derecho a la consulta previa de la parcialidad indígena Jatani Dtona (pueblo

Huitoto – Murui Muina), vulnerado por la realización inconsulta de un proyecto de mejoramiento vial en su territorio. En esta decisión la Corte reiteró las directrices establecidas en los pronunciamientos anteriores sobre la necesidad de que la motivación de las certificaciones de la DANCP incluya consideraciones expresas sobre las comunidades presentes en el área del proyecto y las razones por las cuales se afirma o descarta respecto de ellas la procedencia de la consulta previa. Insistió en que para cualificar estas motivaciones era necesario, además de solicitar información a las entidades territoriales y efectuar visitas de campo al lugar del proyecto, propiciar la participación de las comunidades indígenas próximas a las áreas donde se adelantan obras y proyectos en el trámite de certificación de la DANCP. Tras constatar las afectaciones directas causadas por el proyecto, el amparo se concretó en la orden de desarrollar un proceso consultivo y postconsultivo en relación con el proyecto vial, e instó a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación para que apoyaran, acompañaran y vigilaran el cumplimiento del fallo.

1. En la Sentencia T-154 de 2021144, la Sala Sexta de Revisión tuteló el derecho a la consulta previa de la comunidad indígena “Telar Luz del Amanecer”, también desconocido por la realización inconsulta de un proyecto de mejoramiento de vías terciarias en su territorio. En esta decisión, la Corte llamó la atención sobre las limitaciones en el diseño del proceso de consulta, cuyos cauces de inicio sólo están diseñados para que sean los ejecutores del proyecto los que den inicio al trámite ante la DANCP. Advirtió sobre la necesidad de que también las comunidades étnicas puedan promoverlo pues, conforme a las regulaciones administrativas vigentes, la única vía que queda a estas para hacer valer su derecho es la acción de tutela. Concluyó que tal diseño no sólo conculca el derecho al debido proceso administrativo de las comunidades, sino también su derecho a la consulta previa. Por su relevancia para la decisión del presente caso, se transcriben las consideraciones relativas a este punto:

“93. [...] la reglamentación existente en relación con los procesos asociados a la consulta previa implica que esta se encuentra asociada a un proceso administrativo cuyo inicio es una prerrogativa del ejecutor del proyecto, obra o actividad. No solo en la medida en que la

reglamentación referida hace alusión a él como el solicitante, en forma expresa y exclusiva, sino además porque, desde el punto de vista práctico, la petición que abre paso al trámite administrativo implica un conocimiento especializado del proyecto, unas categorías técnicas para su inserción en la solicitud, que difícilmente otra persona pueda referir. Esta dificultad, se incrementa si pensamos en la posibilidad de que sea una comunidad que no comparte los sistemas de medición mayoritarios, pues se le exige la identificación por coordenadas, que son propias de un sistema de referencia geográfico que hace parte de un campo del conocimiento científico mayoritario.

Son los ejecutores del proyecto quienes suministran la información del mismo, advierten y alertan sobre la existencia de las comunidades que, según ellos mismos identifiquen, podrían verse afectadas por el desarrollo de la medida de la que se trate. En ese orden de ideas, son ellos quienes prevén, en forma preliminar, si existe necesidad de desarrollar el proyecto de consulta previa. Si así lo estiman, efectúan las solicitudes y estudios del caso. De lo contrario, no se activa ningún mecanismo en relación con ella. En esa medida, una comunidad aledaña a un proyecto que, en contravía con la percepción del ejecutor, precise de la definición de la procedencia de la consulta previa no puede, reglamentariamente ni en la práctica, efectuar la solicitud especializada que precisa el Ministerio del Interior para esos efectos, tal y como se describió anteriormente.

94. La limitación de acceso a los indígenas y demás comunidades étnicas a estos canales de verificación e iniciación del proceso administrativo tendiente a la materialización de la consulta previa, cuando el ejecutor de un proyecto descarta, omite o evita iniciar el trámite conducente por cualquier razón, y las comunidades sí perciben su afectación directa, les impone una limitación desproporcionada en materia de consulta previa.

La razón es que, tal y como se encuentra reglamentada, no se les ofrecen alternativas distintas para defender sus intereses ante la administración y ante los órganos encargados de la concreción de la consulta previa. Por el contrario, el desarrollo de la consulta previa,

como mecanismo de pervivencia cultural y de conservación de la diversidad étnica, se sustrae de su margen de acción para otorgarle prerrogativas a quien se encuentra interesado en el desarrollo del proyecto, del que depende la activación del procedimiento administrativo correspondiente, como se verificó. Esta situación revela una lesión, no solo en relación con el debido proceso administrativo, sino respecto de la participación y del derecho a la consulta previa en sí mismo considerado, al cercenar las posibilidades de su exigibilidad, más allá de la acción de tutela.

95. Al respecto, es importante destacar que el derecho de la comunidad tribal a la consulta previa subsiste, pese a que el ejecutor del proyecto del que se trate haya optado por no adelantar el trámite administrativo correspondiente. No depende de la conclusión que el ejecutor haga sobre la ausencia de daños derivados de la obra o sobre el nivel de incidencia de las afectaciones sobre la dinámica de un grupo étnico. Tampoco de que los ejecutores cumplan sus obligaciones al respecto”¹⁴⁵.

1. En la Sentencia SU-121 de 2022¹⁴⁶, la Sala Plena recogió algunas de las consideraciones planteadas por las Salas de Revisión sobre las deficiencias que persisten en el trámite administrativo ante el Ministerio del Interior. En este pronunciamiento la Corte insistió en la necesidad de que, antes de expedir la certificación sobre procedencia de consulta previa, la DANCP solicite información a las entidades territoriales, ya que estas “pueden tener mayor conocimiento sobre los pueblos indígenas con presencia en su territorio y, con ello, se evita que las decisiones al respecto sean tomadas únicamente con base en información de oficinas centrales con ubicación en Bogotá, que carecen de elementos de primera mano para conocer los territorios y sus dinámicas” .

1. En la Sentencia T-219 de 2022¹⁴⁷, la Sala Sexta de Revisión reiteró el precedente fijado en las decisiones antes mencionadas al amparar los derechos al debido proceso y a la consulta previa de los integrantes del Consejo Comunitario COCONEBO, desconocidos debido a la omisión de certificar su presencia y consultarlos respecto de la construcción de una

subestación de energía y la instalación de líneas de transmisión en su territorio por parte del Grupo de Energía de Bogotá (GEB). La Sala Sexta concluyó que, en el trámite de certificación de presencia de comunidades étnicas, la entonces Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior (actual DANCP) vulneró el derecho al debido proceso de la comunidad accionante, “entendido como una garantía indispensable del derecho a la consulta previa”. La vulneración se produjo porque (i) a pesar de conocer la existencia de la comunidad y su ubicación, impidió su participación en la expedición de la certificación de presencia de comunidades; (ii) omitió estudiar el impacto del proyecto en la comunidad; y (iii) desatendió las solicitudes posteriores de la empresa ejecutora del proyecto, quien solicitó a dicha entidad estudiar la situación de la comunidad accionante. Asimismo, la Sala Sexta concluyó que se había vulnerado el derecho a la consulta previa al desconocer que el proyecto en cuestión afectaba directamente a la comunidad accionante. En consecuencia, ordenó a la DANCP y al GEB adelantar el proceso de consulta previa con dicha comunidad y a la entidad encargada del licenciamiento ambiental, tener en cuenta los acuerdos derivados de la consulta previa en la evaluación del estudio de impacto ambiental. Asimismo, en el resolutivo cuarto de esta providencia, la Sala Sexta decidió:

“EXHORTAR a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior para que, en eventos futuros, notifique los actos administrativos que profiera en los trámites de consulta previa a las comunidades étnicas que están presentes los entes territoriales en los cuales serán desarrollados los proyectos, obras y actividades, sin importar si aquellas resultan o no afectadas con la iniciativa, para que puedan ejercer sus derechos fundamentales en el marco del proceso administrativo”.

1. La consulta previa en el tiempo. Oportunidad y continuidad de la consulta previa. La Corte ha reiterado que la consulta (i) debe ser previa al inicio del respectivo proyecto, obra o actividad; sin embargo, (ii) no se agota en un único momento, sino que es un proceso que acompaña todas las fases del proyecto y que se activa toda vez que ocurre un cambio sustancial en sus condiciones; por lo anterior (iii) no se configura un daño consumado cuando se ha omitido la consulta previa al inicio de un proyecto, pues esta procede aun cuando el

proyecto esté en marcha o, incluso, haya finalizado, con el propósito de definir las etnorreparaciones por las afectaciones causadas por el proyecto, obra o actividad inconsulta.

1. La doctrina constitucional sobre este punto fue sintetizada en la Sentencia SU-123 de 2018 en los siguientes términos:

“17.11. En relación con la operatividad de la consulta previa y su aplicabilidad en el tiempo, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la consulta debe ser previa, por lo cual debe existir una preconsulta, pero que en todo caso opera en todas las fases del proyecto, obra o actividad. En este sentido, todo cambio sustancial en las condiciones del proyecto que implique la adopción de nuevas medidas o altere significativamente el sentido de las medidas ya tomadas renueva el deber de consulta previa.

17.12. De manera especial, la consulta procede aun cuando el proyecto esté en marcha, e incluso, cuando haya finalizado. En este caso, se dirige a la adopción de actividades, obras o medidas de contingencia para reparar, recomponer, restaurar o recuperar la afectación al tejido cultural, social, económico o ambiental, según el daño sufrido por la comunidad étnica. Las medidas reparatorias deben realizarse con un enfoque diferencial que tome en cuenta las particularidades del pueblo afectado (etno-reparaciones)”¹⁴⁸.

1. Con fundamento en estas consideraciones, procede la Sala a examinar el caso concreto.

5. Examen del caso concreto

1. El proyecto cuya consulta reclama el Consejo Comunitario accionante y las demás comunidades étnicas del Municipio de Santa Rosa de Lima vinculadas a este trámite de tutela consiste en la “Construcción de la segunda calzada Bayunca – Clemencia, variante Bayunca, correspondiente a la Unidad Funcional 3 del proyecto Corredor de Carga Cartagena – Barranquilla de la Concesión Vial Autopistas del Caribe S.A.S”. El proyecto se localiza en el departamento de Bolívar, en jurisdicción del corregimiento Bayunca de Cartagena de Indias y de los municipios de Santa Rosa de Lima y Clemencia.

1. Según explicó el director Ambiental de Autopistas del Caribe en la diligencia de inspección judicial practicada por el Despacho Ponente, esta obra constituye un tramo de un proyecto mayor, denominado Autopistas del Caribe, que conecta a Barranquilla y Cartagena con un total de 253 km de vía. La fase de construcción se divide en nueve (9) unidades funcionales, la tercera de las cuales corresponde al proyecto objeto de controversia. Por cada unidad funcional se adelanta un trámite de licencia ambiental ante la ANLA, un trámite de procedencia de consulta previa ante la DANCP y se realiza un trámite conjunto ante el ICANH para las nueve unidades funcionales¹⁴⁹.

1. Conforme a la descripción del proyecto consignada en los antecedentes de la Resolución DANCP ST-1190 del 25 de julio de 2022¹⁵⁰:

“La Unidad Funcional 3 inicia con la construcción de la Intersección a nivel tipo Glorieta en el cruce de la Transversal 90A (Une la Vía al Mar con la Cordialidad) y finaliza en Clemencia con una longitud total de 10,2 km. Esta Unidad Funcional comprende la Construcción de la Segunda Calzada entre Bayunca y Clemencia, en el departamento de Bolívar, en una longitud de 7.4 km. Igualmente se contempla la construcción de la Variante de Bayunca en Calzada Sencilla con una longitud aproximada de 2.8 km. Se proyecta la construcción de una estación de peaje en la segunda calzada en inmediaciones del peaje existente”.

1. El plano del Trazado Unidad Funcional 3 aportado por la ANI (Plano 1), permite apreciar (en el trazado de color rojo) los tres principales componentes de esta obra: (i) la Glorieta en el cruce de la Transversal 90A, punto de inicio de la obra; (ii) la Variante de Bayunca, con una extensión aproximada de 2.8 km, tramo que implica la construcción de una nueva vía que atraviesa la vereda Buri-Buri del municipio de Santa Rosa, paralela a la vía actualmente existente (la Cordialidad, en naranja en el plano); y (iii) la Segunda Calzada entre Bayunca y Clemencia, tramo que se construiría sobre la vía actualmente existente, en jurisdicción del corregimiento Bayunca de Cartagena de Indias y del municipio de Clemencia.

Plano 1. Trazado Unidad Funcional 3 – ANI151

Plano 2. Trazado Unidad Funcional 3 – DANCP153

1. El proyecto Unidad Funcional 3 comprende tres grandes fases: (i) preconstrucción, en la que se realiza la compra de predios, el replanteamiento topográfico y la información a las comunidades y autoridades. Continúa con la fase de (ii) construcción, que implica la demolición de la infraestructura existente; la relocalización de la infraestructura y servicios interceptados; descapote, poda y remoción de vegetación; transporte de materiales de construcción y sobrantes de excavación; movimientos de tierras (excavaciones, cortes y rellenos, compactación); construcción de obras civiles (muros, cunetas, protección de taludes y/o banca; construcción y/o adecuación de obras hidráulicas; transporte, colocación y compactación de concreto asfáltico; demarcación vial, señalización vertical y horizontal; y empradización. Concluida la construcción se inicia la fase de (iii) operación y mantenimiento, que incluye el transporte vial; recaudo de peaje; mantenimiento periódico de infraestructura

vial, de obras hidráulicas y drenajes y de la señalización vertical y horizontal; poda, rocería y tala de la cobertura vegetal; atención de accidentes de tránsito; atención de emergencias, derrames e inundaciones¹⁵⁴.

1. Según información suministrada por la ANI el proyecto actualmente se encuentra en la fase de preconstrucción, de la cual se cuenta con los diseños de detalle y de trazado y diseño geométrico¹⁵⁵. Asimismo, esta entidad indicó que, antes de dar inicio a la fase de construcción, el concesionario debe: (i) haber obtenido las licencias y permisos necesarios, incluida la Licencia Ambiental; (ii) respecto del cumplimiento del proceso de consulta previa, para los casos en que ello proceda, deberá haber logrado los acuerdos definitivos y protocolizados por parte del Ministerio del Interior¹⁵⁶.

1. Por su parte, la empresa concesionaria precisó que la fase de preconstrucción concluirá en la fecha en que se suscriba el acta de inicio de la fase de construcción. Condición para la firma del acta de inicio es la obtención del cierre financiero, el cual, debido a una prórroga del plazo originalmente establecido, actualmente está previsto para el 14 de marzo de 2024¹⁵⁷.

1. Conforme a lo expresado por la ANI, el área de influencia directa del proyecto se determina durante la realización del Estudio de Impacto Ambiental, el cual se encuentra actualmente en proceso de elaboración¹⁵⁸. Ello no obsta para que desde ya se tenga claro, a partir de los planos 1 y 2, que ilustran el trazado de la Unidad Funcional 3, y del contenido de la Resolución DANCP ST-1190 de 25 de julio de 2022, que el proyecto se localiza en jurisdicción de Cartagena de Indias (específicamente en el corregimiento Bayunca), Clemencia y Santa Rosa de Lima. En relación con este último Municipio, la información cartográfica aportada por la ANI evidencia que la Variante de Bayunca atravesará la vereda Buri-Buri, localizada en el costado noroccidental del municipio; indica, además, la presencia de comunidades en todas las veredas del municipio, a excepción de las dos marcadas en rojo, como se explica en las convenciones del Plano 3:

Plano 3. Veredas Municipio de Santa Rosa de Lima y trazado UF 3 – ANI159

1. Pese a tener claro que la proyectada Unidad Funcional 3 atravesará, además del corregimiento Bayunca de Cartagena de Indias, áreas localizadas en jurisdicción de los municipios de Santa Rosa de Lima y Clemencia, la Resolución DANCP ST-1190 de 25 de julio de 2022 no contiene mención alguna de las indagaciones llevadas a cabo para verificar la presencia de comunidades étnicas en estos dos municipios. En ella se señala que, para determinar la procedencia de consulta previa para este proyecto, la DANCP consideró los siguientes aspectos: (i) “el concepto de afectación directa definido por la Corte Constitucional en Sentencia SU-123 de 2018”; (ii) “el análisis de relaciones espaciales que podrían determinar una posible interacción entre los contextos del proyecto y comunidades, teniendo en cuenta las características del proyecto, factores de distancia y condiciones territoriales, económicas y ambientales de las mismas”; sobre esta base, (iii) “se determinó realizar el análisis de los contextos del proyecto y el Consejo Comunitario del Corregimiento de Bayunca, dado que se evidenció que, entre el proyecto y esta comunidad, se presentan relaciones espaciales de proximidad y exposición”¹⁶⁰. Con fundamento en lo anterior, la DANCP concluyó que – solo- procedía efectuar consulta previa con el Consejo Comunitario de Bayunca, sin hacer mención alguna de si se había verificado la existencia de otras comunidades étnicas, tanto en el Corregimiento de Bayunca, como en los municipios de Santa Rosa de Lima y Clemencia, o de las razones por las cuáles concluyeron que la única comunidad que tenía “relaciones espaciales de proximidad y exposición” con el proyecto vial era la agrupada en el mencionado consejo comunitario de Bayunca.

1. En respuesta al requerimiento de información formulado por el Despacho Ponente en el Auto del 18 de julio de 2023, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Interior indicó que, tras realizar “los análisis correspondientes”, la DANCP “no encontró que el CONSEJO COMUNITARIO DE LAS COMUNIDADES NEGRAS DE LAS VEREDAS DEL MUNICIPIO DE

SANTA ROSA DE LIMA pudiera ser afectado directamente por la ejecución del proyecto [...]” al que se refiere la presente acción de tutela. Añadió que, al momento de expedir la Resolución ST-1190 del 25 de julio de 2022, la Subdirección Técnica de la DANCP concluyó que la información de la que disponían era suficiente, y no era necesario adelantar trámites adicionales como la visita de verificación, para alcanzar la “plena certeza de las comunidades étnicas que se verían o no afectadas” por el proyecto vial en cuestión¹⁶¹.

1. A la pregunta por el criterio que utilizó la DANCP para concluir por qué para este proyecto procedía la consulta previa con al Consejo Comunitario de Bayunca y no con el Consejo accionante, el Ministerio del Interior respondió que, en tanto la Resolución ST-1190 es un acto administrativo completo y debidamente motivado, “todos y cada uno de los aspectos relativos al mismo, deben ser consultados en dicho acto”. Añadió que con dicha Resolución “no busca desconocer la existencia per se de una comunidad étnica”, pues el eje que establece o no la procedencia de la consulta previa es el criterio de afectación directa¹⁶².

1. En el mismo escrito, el ministerio del Interior informó que, tras revisar la base de datos física y electrónica de la dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras logró establecer que “existen consejos comunitarios en los municipios de Santa Rosa de Lima y Cartagena de Indias, mientras que en el municipio de Clemencia no”¹⁶³. Esta respuesta se acompaña de una tabla que relaciona en total 21 consejos comunitarios, 20 de los cuales figuran en jurisdicción de Cartagena, y sólo uno de ellos en el municipio de Santa Rosa de Lima. Se trata precisamente del “Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Santa Rosa de Lima Norte de Bolívar”, es decir, de la organización accionante¹⁶⁴. Lo anterior evidencia que la DANCP del ministerio del Interior conocía de la existencia del consejo comunitario accionante en el municipio de Santa Rosa de Lima. Ello se confirma, además, con las actas de reunión y seguimiento a los acuerdos alcanzados en las consultas previas de los proyectos “PROY-01360: CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DEL GASODUCTO PAIVA-CARACOLI”, del 14 de abril de 2023, y “PROY-01845: LÍNEA DE TRANSMISIÓN SABANALARGA-BOLÍVAR A 500 KV”, del 16 de febrero de 2022, también aportados por el ministerio, en las cuales figura el consejo comunitario de Santa Rosa de

Lima como la comunidad consultada¹⁶⁵. Además, la DANCP conocía de la existencia del cabildo indígena Zenú de Chiricoco – CAIZECHI, también localizado en el municipio de Santa Rosa de Lima, como se evidencia en Resolución ST-1723 de diciembre 16 de 2021, donde se ordena la consulta previa para otro proyecto que involucra a dicha comunidad¹⁶⁶.

1. Adicionalmente, la Sala constata que en el trámite de expedición de la Resolución DANCP ST-1190 se presentan las cuatro deficiencias sobre las cuales ya ha advertido la Corte, tanto en la Sentencia SU-123 de 2018, como en decisiones posteriores que fueron examinadas en la sección anterior: (i) insuficiente motivación; (ii) metodología inadecuada; (iii) falta de articulación entre el nivel central de la administración y las entidades territoriales, reflejada en la omisión por parte de la DANCP de solicitar información a las entidades territoriales sobre la presencia de comunidades étnicas; (iv) falta de participación de las comunidades en el trámite administrativo que conduce a la expedición del certificado de procedencia de la consulta previa.

1. Insuficiente motivación. La Resolución DANCP ST-1190 no ofrece ningún argumento para sustentar por qué la única comunidad étnica afectada de manera directa por la construcción de la Unidad Funcional 3 del proyecto Corredor de Carga Cartagena – Barranquilla es el Consejo Comunitario de Bayunca. Para fundamentar adecuadamente esta conclusión, dicho acto administrativo ha debido, al menos, (i) relacionar las comunidades étnicas que existen en los tres municipios en los que se localiza el proyecto; (ii) expresar cuáles de ellas están en situación de recibir afectaciones directas por el proyecto en cuestión y cuáles no; y (iii) exponer la evidencia específica que sustenta los puntos i y ii y la metodología empleada para obtenerla.

1. Ninguno de estos aspectos se encuentra en la Resolución DANCP ST-1190. Apenas se menciona que entre el proyecto y la comunidad agrupada en el Consejo Comunitario de Bayunca “se presentan relaciones espaciales de proximidad y exposición”, pero no se dice nada acerca de si en dicho corregimiento y en los municipios de Santa Rosa y Clemencia

existen otras comunidades étnicas, pese a que la DANCP conocía de la existencia de al menos una en cada municipio. Menos aún, se dice por qué dichas comunidades no serían afectadas de manera directa por la construcción del proyecto vial. Por eso, no entiende la Sala como se puede tener “plena certeza” – como lo afirma el Ministerio del Interior en su respuesta – sobre la no afectación directa de comunidades cuya existencia ni siquiera se tiene en cuenta para efectuar el análisis. En la Sentencia SU-123 de 2018 la Corte llamó la atención sobre la necesidad de que los certificados del Ministerio del Interior incluyan “un estudio particular y expreso sobre la posible afectación directa que pueda causar un proyecto, obra o actividad a las comunidades étnicas, con independencia de la limitación del área de influencia”. El punto de partida de este estudio debe ser, en todo caso, indagar por -y reconocer- la existencia de las comunidades. En el presente caso no hubo tal indagación ni reconocimiento.

1. Metodología inadecuada. La insuficiente motivación resulta, a su vez, de las deficiencias metodológicas que se advierten en el estudio que condujo a la certificación contenida en la Resolución DANCP ST-1190 de 25 de julio de 2022. En los considerandos de este acto administrativo se describe, en términos genéricos, la metodología empleada, que se compone de los nueve pasos que se sintetizan a continuación:

1. Verificar que la información aportada por el solicitante cumpla con los requisitos para adelantar el trámite.
2. Identificar las actividades a desarrollar en el POA objeto de análisis que han sido señaladas por el peticionario.
3. Incorporar en la base de datos geográfica el área específica objeto de intervención aportada por el solicitante.
4. Incorporar en la base de datos geográfica el área de influencia aportada por el solicitante.
5. Consultar las bases de datos de comunidades étnicas de las siguientes entidades para

identificar aquellas que posiblemente sean susceptibles de ser afectadas por el desarrollo del POA: Agencia Nacional de Tierras y de las direcciones de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías y de Comunidades Negras, Raizales y Palenqueras del ministerio del Interior; adicionalmente se mencionan, como “fuentes de información secundaria”, los registros sobre comunidades étnicas disponibles en las alcaldías municipales, el ministerio de Cultura, el ICANH, el IGAC y el DANE.

6. Realizar el análisis cartográfico, correspondiente a la topografía, hidrografía, vías de acceso, división político-administrativa e infraestructura social, entre otros, existentes en el contexto territorial del POA y de las comunidades étnicas que surjan del análisis anterior (paso 5).

7. En caso de identificar comunidades étnicas susceptibles de ser afectadas por el POA, se realiza el análisis geográfico de dichas comunidades, consistente en identificar las zonas de asentamientos, usos y costumbres, tránsito y movilidad; el contexto territorial y las relaciones que se dan en ese entorno.

8. Análisis geográfico del proyecto, consistente en el estudio de las relaciones (de orden político, social, económico o cultural) que se tejen entre individuos, naturaleza y sociedad en un espacio y tiempo determinado, haciendo uso de técnicas asociadas a la ubicación y distribución de fenómenos geográficos.

9. Establecer si hay coincidencia o no entre los contextos geográficos del proyecto (puntos 6 y 8) y de las comunidades étnicas (puntos 6 y 7), a fin de determinar la posibilidad de afectaciones directas. De ello surgen tres eventos: i) si existe coincidencia, se emite un concepto que determina la procedencia de consulta previa; ii) si no existe coincidencia, se emite un concepto de no procedencia de consulta previa; iii) si la información no permite determinar la coincidencia, se deberá realizar visita de verificación en campo.¹⁶⁷

1. Sin embargo, en el análisis del caso concreto queda en evidencia que el paso 5 de la metodología no se llevó a cabo conforme a lo descrito. De haberlo hecho, habrían emergido en el análisis, para el caso del Municipio de Santa Rosa de Lima, los consejos comunitarios de (i) Santa Rosa de Lima, (ii) “Juan Cerpa de Tabacal” y (iii) Paiva Mamonal, así como (iv) el

Cabildo Indígena Zenú de Chiricoco – CAIZECHI, pues tales son las comunidades reconocidas y registradas en la alcaldía municipal de Santa Rosa de Lima¹⁶⁸. La primera de estas organizaciones, además, aparece listada en la base de datos de consejos comunitarios de la dirección de Comunidades Negras, Raizales y Palenqueras del ministerio del Interior, como ya se indicó. Ninguna de estas comunidades se menciona en el análisis del caso adelantado, como tampoco las razones para considerar que respecto de ellas no procedía dar aplicación a los pasos 6 y 7 de la metodología. Esta falencia afecta el resto del análisis del caso efectuado por la DANCP en la Resolución ST-1190 de 25 de julio de 2022, en el que, por lo demás, tampoco se detallan los análisis cartográficos y geográficos en los exigentes términos descritos en los pasos 6 a 9 de la metodología antes descrita. Lo anterior advierte sobre la inconsistencia entre la descripción general de la metodología que debe aplicarse y la manera en que efectivamente se aplicó al análisis de este caso concreto.

1. Omisión por parte de la DANCP de solicitar información a las entidades territoriales sobre la presencia de comunidades étnicas. Contrario a lo que se afirma en la Resolución ST-1190 sobre consultar los registros sobre comunidades étnicas de las alcaldías municipales como “fuentes de información secundaria”, lo cierto es que en el presente caso ello no ocurrió. Así lo señaló la alcaldía municipal de Santa Rosa de Lima en su respuesta a al Auto del 18 de julio de 2023¹⁶⁹. También se constató en la inspección judicial practicada en dicho Municipio diez días más tarde, donde los funcionarios de la DANCP que asistieron a la diligencia reconocieron no haber solicitado información a las alcaldías de Santa Rosa de Lima, Clemencia y Cartagena, aunque señalaron haber visitado las veredas de Paiva y Chiricoco con ocasión de la consulta de otros proyectos (de gas e hidrocarburos) que se adelantan en el Municipio de Santa Rosa de Lima¹⁷⁰. Sin embargo, el conocimiento situado de las comunidades étnicas adquirido por los funcionarios de la DANCP en dichas visitas no se reflejó en el análisis efectuado en la mencionada Resolución ST-1190, fuera para conceptuar sobre la procedencia o no procedencia de la consulta previa con las comunidades de uno de los municipios en los que va a desarrollarse el proyecto vial objeto de análisis.

1. Este caso pone de manifiesto que, pese a los reiterados llamados de este Tribunal para

superar la falta de articulación entre el nivel central de la administración y las entidades territoriales en lo relativo al trámite de certificación de procedencia de consulta previa – recientemente sintetizados en la Sentencia SU-121 de 2022–, persiste la omisión por parte de la DANCP de solicitar información a las alcaldías sobre las comunidades étnicas existentes en los municipios donde se localizan los proyectos, obras o actividades. Sin esta información, no sólo se pierde un valioso insumo para el análisis; además, se cercena la participación de las comunidades en dicho trámite.

1. Falta de participación de las comunidades en el trámite de certificación. Como lo ha reiterado la Corte, para el caso de proyectos viales, en las sentencias T-281 de 2019, T-444 de 2019, T-541 de 2019, y T-154 de 2021¹⁷¹, el no pedir información a las entidades territoriales sobre las comunidades étnicas existentes en su jurisdicción genera el desconocimiento de los derechos a la participación y al debido proceso administrativo de las comunidades próximas al área del proyecto, los cuales representan “una garantía indispensable de la consulta previa,”¹⁷² pues niega a dichas comunidades la posibilidad de intervenir en el trámite de certificación de procedencia de consulta previa que se surte ante la DANCP. Por lo anterior, en la Sentencia T-219 de 2022, la Corte exhortó a esta última entidad para que “en eventos futuros, notifique los actos administrativos que profiera en los trámites de consulta previa a las comunidades que están presentes en los entes territoriales en los cuales serán desarrollados los proyectos, obras y actividades, sin importar si aquellas resultan o no afectadas con la iniciativa, para que puedan ejercer sus derechos fundamentales en el marco del proceso administrativo”¹⁷³.

1. Dicha intervención es benéfica para todas las partes concernidas en el desarrollo de un proyecto, obra o actividad. Lo es, en primer lugar, para las comunidades, pues les permite obtener información directa y fidedigna sobre el POA objeto de certificación. Esto contribuye a contrarrestar uno de los primeros efectos negativos que tiene la noticia de la llegada de un proyecto de desarrollo a un territorio: la incertidumbre de sus habitantes, sobre lo que va a acontecer y sobre lo que el proyecto significará para sus vidas y para las relaciones que tejen con los demás seres que habitan su territorio. Permitir que las comunidades próximas al área

del proyecto participen en el trámite de certificación contribuye así a conjurar el rumor, un factor que puede en sí mismo ser muy perturbador, en este caso para quienes habitan en las zonas en las que proyecta ejecutarse alguna iniciativa de desarrollo. No menos importante, la información que obtienen las comunidades gracias a su temprana intervención en el trámite de certificación les permite efectuar análisis, basados en evidencia, sobre las potenciales afectaciones directas que para ellas pueden derivarse del proyecto en cuestión. Un argumento común para negar el derecho a la consulta previa – invocado en el presente caso por la accionada, Autopistas del Caribe – consiste en señalar que las comunidades no logran demostrar las afectaciones directas, sino que se limitan a hacer meras afirmaciones genéricas al respecto. Para lograr satisfacer esta carga probatoria, cuyo incumplimiento ha llevado a esta Corte a negar el amparo a comunidades que reclamaban su derecho a ser consultadas¹⁷⁴, es preciso garantizar que ellas puedan participar en el trámite de certificación que se surte ante la DANCP.

1. La intervención de las comunidades en el trámite administrativo de certificación beneficia a los ejecutores de los proyectos, pues les permite desde temprano considerar perspectivas sobre potenciales afectaciones directas, y con ello, efectuar a tiempo los ajustes al proyecto a que haya lugar, a fin de minimizarlas. También contribuye a dotar de mayor seguridad jurídica sus actividades, pues así podrán establecer desde antes de iniciar actividades en terreno, cuáles son los grupos étnicos que deberán ser consultados y, frente a aquellos con los cuales no proceda la consulta, tendrán un acto administrativo sólidamente motivado que sustente las razones de dicha improcedencia. Finalmente, propiciar la participación de las comunidades en el trámite de certificación beneficia a la propia DANCP, pues le permite enriquecer los insumos para tomar la decisión que abre para algunas comunidades, y cierra para otras, las puertas del proceso de consulta. Ello habrá de traducirse en una más sólida motivación de estas decisiones, lo que a su vez contribuye, tanto a prevenir litigios promovidos por comunidades excluidas del proceso de consulta, como a reducir para esta entidad el riesgo de perderlos. En definitiva, la participación de las comunidades en el trámite de certificación ante la DANCP permite garantizar la seguridad jurídica de la sociedad, de los grupos étnicos y de los inversionistas.

1. Abrir espacio a dicha participación no requiere grandes ajustes al procedimiento ni a la

ruta metodológica que la DANCP declara seguir en el trámite de certificación. Basta con que, surtidas las etapas 1 a 5, y requerida efectivamente la información a las entidades territoriales, el acto de inicio del trámite de certificación se notifique a las comunidades étnicas existentes en los municipios en los que va a llevarse a cabo el POA objeto de certificación, por cuanto ellas también tienen un interés directo y legítimo en este trámite, y las tenga en cuenta en los estudios previstos en las etapas 6 a 9 de la ruta metodológica antes descrita¹⁷⁵.

1. En el presente caso no fueron tenidas en cuenta ni llamadas a participar en el trámite de certificación las comunidades étnicas asentadas en el municipio de Santa Rosa de Lima, pues como acaba de explicarse, la DANCP omitió el deber de consultar las distintas bases de datos de las entidades nacionales y territoriales que cuentan con información sobre las mismas. Información que era su deber corroborar y ampliar consultando a las entidades territoriales en las que se llevarán a cabo las obras de la Unidad Funcional 3 del proyecto Corredor de Carga Cartagena – Barranquilla de la Concesión Vial Autopistas del Caribe.

1. Pero más grave aún, como quedó demostrado durante el proceso y reseñado previamente en el considerando 131 de esta providencia, la DANCP conocía de la existencia del consejo comunitario accionante, como también de la existencia del cabildo indígena Zenú de Chiricoco – CAIZECHI, y aun así omitió el deber que le asistía de indagar sobre la posible ocurrencia de afectaciones directas a estas comunidades, a efectos de determinar la procedencia de la consulta previa respecto de ellas.

1. Así entonces, la Sala encuentra una doble omisión por parte de la DANCP que, en el caso concreto, se tradujo en la vulneración de los derechos al debido proceso administrativo, a la participación y a la consulta previa de la comunidad accionante y las demás que hicieron parte del trámite de tutela. Frente a la primera porque, conociendo de la existencia del consejo Comunitario de comunidades negras de Santa Rosa y del cabildo indígena Zenú de Chiricoco – CAIZECHI, no evaluó la potencial afectación directa del proyecto vial sobre estas

comunidades al expedir la Resolución ST-1190 de 25 de julio de 2022. Frente a los consejos comunitarios “Juan Cerpa de Tabacal” y Paiva Mamonal, porque no consultó la base de datos de comunidades étnicas del municipio disponible en la alcaldía de Santa Rosa de Lima; de haberlo hecho, habría podido identificarlas y evaluar si el proyecto vial es susceptible de afectarlas de manera directa.

1. Estas omisiones, sumadas a las deficiencias metodológicas advertidas y a la insuficiente motivación de la Resolución ST-1190 de 25 de julio de 2022, permiten a la Sala concluir que dicho acto administrativo no cumplía con las condiciones necesarias para determinar la improcedencia de la consulta previa no sólo respecto del consejo comunitario accionante, sino de las demás comunidades étnicas con asiento en Santa Rosa de Lima. Las deficiencias que acusa este trámite de certificación desconocieron los derechos a la participación y al debido proceso administrativo de la accionante y de las demás comunidades étnicas que guardan relaciones geográficas de proximidad y exposición con el mencionado proyecto vial; también vulneraron su derecho a ser consultadas en el evento de que se configuren afectaciones directas en relación con ellas.

1. Por lo anterior, en aplicación del precedente contenido en la sentencia T-281 de 2019, la Sala dejará sin efecto la certificación n.º ST-1190 del 25 de julio de 2022, y ordenará reiniciar el trámite administrativo con la participación de las comunidades étnicas localizadas en el municipio de Santa Rosa de Lima, así como aquellas que se logren identificar en el municipio de Clemencia y en el corregimiento Bayunca de Cartagena de Indias, conforme a la información que para el efecto suministren la alcaldías a la DANCP. En todo caso, en el trámite deberán participar el consejo comunitario de comunidades negras de Santa Rosa, el consejo comunitario de comunidades negras, raizales y palenqueras “Juan Cerpa de Tabacal”, el consejo comunitario de comunidades negras de Paiva Mamonal, y el cabildo indígena Zenú de Chiricoco -CAIZECHI- cuya presencia en el municipio de Santa Rosa de Lima y, en particular, en las veredas próximas al proyecto vial objeto de controversia, quedó acreditada en este trámite de revisión. Esta decisión no afecta las conclusiones a las que llegó la DANCP sobre la procedencia de la consulta previa en relación con el consejo

comunitario de Bayunca.

1. Afectación directa a las comunidades étnicas del municipio de Santa Rosa de Lima. Además de las deficiencias en el trámite de certificación ante la DANCP, en el presente caso esta Sala pudo constatar la afectación directa que la construcción de la Variante Bayunca generará a las comunidades negras agrupadas en los consejos comunitarios de Santa Rosa de Lima y de Paiva Mamonal, así como la comunidad indígena que integra el cabildo indígena Zenú de Chiricoco – CAIZECHI, debido a que el trazado de esta vía interrumpirá el camino veredal de Buri-Buri.

1. A partir de la información aportada al expediente por la alcaldía municipal de Santa Rosa de Lima, y por las tres organizaciones étnicas antes mencionadas, así como por las declaraciones de funcionarios de la administración municipal y de representantes e integrantes de estas tres comunidades, recaudados en la inspección judicial practicada por el despacho ponente, la Sala encuentra probados los siguientes hechos relativos a la presencia de comunidades étnicas en dicho Municipio:

i. A partir de 2016, la población afrodescendiente del municipio de Santa Rosa de Lima se organizó en el consejo comunitario de comunidades negras de Santa Rosa de Lima, el cual obtuvo reconocimiento en dicho año por la alcaldía municipal.

i. El consejo comunitario de Santa Rosa es reconocido como el “consejo comunitario base” o “madre”, por cuanto fue la primera organización de este tipo conformada en Santa Rosa de Lima y porque agrupa familias de las distintas veredas del municipio. Por tal motivo, no tiene un asentamiento propio y diferenciado al del resto de los habitantes de Santa Rosa; las familias que lo integran habitan en las distintas veredas del municipio, teniendo en la actualidad particular presencia en las veredas de Tabacal Ahogagato, Tabacal Central, Tabacal Buri-Buri, Chiricoco, Pita, Cacunda y Paralelo 38176. Según explicó el accionante

Modesto Manjarrés en la diligencia de inspección judicial: en los Tabacales (las diversas veredas que se identifican con este nombre viven entre 150 a 180 familias, que son “la fuerza de nosotros”, “el pulmón del consejo madre”¹⁷⁷.

i. El consejo comunitario de Santa Rosa de Lima no tiene territorio colectivo titulado. Según explicó el asesor jurídico de esta organización, en la actualidad están terminando de reunir la documentación para iniciar el trámite de titulación ante la ANT. Entretanto, han aprovechado los procesos de consultas para comprar tierras propias a fin de impulsar proyectos productivos. Hasta el momento han logrado adquirir dos predios para la comunidad en Tabacal Central¹⁷⁸. Sin embargo, identifican su territorio ancestral con el del municipio de Santa Rosa, en particular con el de las veredas donde históricamente han estado asentadas las familias que en 2016 se agruparon en este consejo comunitario¹⁷⁹.

i. Debido a dinámicas propias de los procesos sociales, desde el año de 2022 algunas familias del sector Tabacal-Salto el Burro y de la Vereda Paiva -Mamonal, inicialmente pertenecientes al consejo comunitario de Santa Rosa, se separaron de éste y conformaron dos nuevas organizaciones. Se trata, respectivamente, del consejo comunitario de comunidades negras raizales y palenqueras “Juan Cerpa de Tabacal”, constituido el 6 de marzo de 2022 y reconocido por la alcaldía de Santa Rosa el 3 de octubre del mismo año, y el consejo comunitario de comunidades negras de Paiva-Mamonal, constituido el 19 de agosto de 2022 y reconocido por la alcaldía de Santa Rosa el 12 de diciembre de 2022¹⁸⁰. Este último cuenta con una población de aproximadamente 200 personas y 35 familias.

i. Entretanto, la población indígena de Santa Rosa de Lima se encuentra organizada en el Cabildo Indígena Zenú de Chiricoco – CAIZECHI, el cual fue reconocido por la Alcaldía Municipal mediante Resolución 654 del 24 de mayo de 2019 y por el Cabildo Mayor del Pueblo Zenú por Resolución 114 del 14 de febrero de 2020¹⁸¹. Según explicó la Secretaría de Gobierno y Cultura del Municipio, aunque su cabildo fue reconocido hace algunos años, en realidad existe desde mucho antes y uno de sus miembros fundadores, que aún vive, tiene

más de 100 años. Agregó que esta comunidad indígena tiene 431 miembros agrupados en 136 núcleos familiares. Aunque su principal asentamiento se encuentra en la vereda Chiricoco, también cuentan con un territorio en el sector de los Tabacales que se encuentra en proceso de formalización¹⁸².

1. A excepción del Consejo Comunitario “Juan Cerpa de Tabacal”, las comunidades étnicas del Municipio de Santa Rosa de Lima participaron en el trámite de revisión. Durante la inspección judicial practicada el 28 de julio de 2023 y en los escritos enviados antes y con posterioridad a esta diligencia, los integrantes de los consejos comunitarios de Santa Rosa de Lima y de Paiva – Mamonal, así como el capitán del cabildo indígena Zenú de Chiricoco – CAIZECHI, enfatizaron en las siguientes afectaciones directas que, en su criterio, se derivan de la construcción y operación de la variante de Bayunca: (i) interrupción de sus caminos ancestrales, lo que impactará su movilidad y dinámicas sociales, económicas y culturales. (ii) Afectaciones a las fuentes hídricas, en particular al arroyo Cacunda, lo que impactará negativamente sus fuentes hídricas y las actividades de pesca. (iii) También se afectarán sus actividades de caza y (iv) sus cultivos. (v) El capitán del cabildo indígena llamó la atención sobre las afectaciones que la nueva vía causará a actividades tradicionales como la recolección de plantas y raíces medicinales, la realización de rituales en el predio que poseen en la vereda Tabacal y en sitios aledaños que reconocen como sitios sagrados. Además, la realización inconsulta de la obra les impedirá participar en la elaboración del Plan de Manejo Arqueológico de los hallazgos que encuentren durante las obras de construcción de la vía. Finalmente, los integrantes de las comunidades insistieron en que la construcción de la vía propiciará (vi) el aumento de población foránea en el territorio, lo que puede generar diferentes problemáticas sociales y contribuir a la desintegración cultural de las comunidades.

1. Durante el recorrido de la inspección judicial, los delegados de Autopistas del Caribe pusieron en duda la existencia de las afectaciones directas identificadas por los integrantes del Consejo Comunitario accionante y de las demás comunidades étnicas que participaron en ella. Luego de su práctica, la entidad accionada presentó un escrito con sus conclusiones

respecto de esta diligencia, en el cual sostiene que la misma permitió verificar en campo que no existe evidencia de afectación directa, en tanto no se producen impactos que impliquen “degradación real al estilo de vida” de las comunidades ni “riesgo para su supervivencia”¹⁸³. En apoyo de esta conclusión presenta los siguientes argumentos: (i) Dado que no existe un territorio titulado colectivamente al consejo comunitario de Santa Rosa o al resto de los grupos étnicos, se debe aplicar el concepto de territorio amplio y, por tanto, tener en cuenta los criterios de intensidad y permanencia efectiva y grado de exclusividad en la ocupación. (ii) No existe exclusividad en la ocupación, presencia permanente e intensa o vínculos culturales de las comunidades étnicas con el territorio que recibirá los impactos de la obra, pues los inmuebles situados en el área de influencia de la variante Bayunca son predios privados que pertenecen a sociedades mercantiles o entidades públicas que administran activos en proceso de extinción de dominio. (iii) El casco urbano y la mayoría de las veredas que integran el municipio de Santa Rosa se encuentran a una distancia considerable del lugar en el que se va a construir la variante Bayunca, lo cual descarta la existencia de una afectación directa. (iv) Las “presuntas” fuentes de sustento de la comunidad no se afectan por la construcción del proyecto. (v) Tampoco se verifican las afectaciones alegadas por las comunidades en relación con el arroyo Cacunda. Finalmente, (vi) no se afectará la movilidad de las comunidades como consecuencia del cruce del proyecto con caminos o senderos.

1. Con el fin de evaluar los argumentos de ambas partes y la evidencia que los soporta, a la luz de lo observado durante la inspección judicial, a continuación, se explicará el recorrido efectuado durante esta diligencia. Seguidamente, la Sala concentrará su análisis en la afectación del camino veredal de Buri-Buri, la cual logró acreditarse en este proceso. Finalmente, analizará los argumentos presentados por la entidad accionada relativos a la falta de titulación colectiva y el carácter privado de los predios situados en el área de influencia del proyecto como razones para descartar la afectación directa y, con ello, la procedencia de la consulta previa.

1. Inspección judicial. En esta diligencia participaron los representantes legales y algunos integrantes de los consejos comunitarios de Santa Rosa de Lima y Paiva – Mamonal y del cabildo indígena Zenú de Chiricoco – CAIZECHI, funcionarios de la Alcaldía de Santa Rosa de

Lima, representantes de la empresa concesionaria, de la DANCP, de la ANI, así como funcionarios del IGAC y de la ANT, entidades que respondieron a la solicitud de asistencia técnica formulada por el despacho. Durante la diligencia se realizaron preguntas y se obtuvieron respuestas de las diferentes entidades y comunidades que participaron, así como un recorrido vehicular por el área en la que se construirá el proyecto vial. Durante el recorrido se efectuaron cinco paradas que se identifican en los planos que aparecen a continuación. El Plano 4, elaborado por la magistrada auxiliar comisionada para la diligencia sobre un plano incluido en la Resolución DANCP 1190 del 25 de julio de 2022, muestra el recorrido de la inspección judicial en relación con el proyecto vial; el Plano 5, elaborado por el funcionario del IGAC que acompañó la diligencia, identifica con triángulos verdes los puntos de las coordenadas de las cinco paradas que se efectuaron en el trayecto¹⁸⁴.

Plano 4. Recorrido de la inspección judicial y trazado del proyecto vial – Elaborado por la magistrada auxiliar comisionada a partir del Plano 2 (DANCP)

Plano 5. Coordenadas de los puntos recorridos en la inspección judicial – IGAC

1. La primera parada (P1) se hizo en el kilómetro 14+350 de la ruta nacional 9006, intersección con la 90A (carretera de La Cordialidad, en dirección Cartagena – Barranquilla, poco antes de llegar al casco urbano del corregimiento Bayunca). Este es el sitio donde se proyecta construir la glorieta que servirá como punto de inicio de la obra. Desde este lugar, el despacho sustanciador pudo constatar que la Variante de Bayunca, segundo componente del proyecto Unidad Funcional 3, implicará la construcción de una nueva vía que atravesará las veredas Buri-Buri y Cacunda del municipio de Santa Rosa de Lima. El recorrido continuó por la carretera La Cordialidad y, al ingresar en el casco urbano de Bayunca, se hizo un giro a la derecha para tomar un camino que cruza los barrios Media Tapa y 16 de julio y que conecta a Bayunca con la vereda Buri-Buri y otras pertenecientes al municipio de Santa Rosa.

Las paradas 2, 3 y 4 se hicieron sobre este camino veredal, que los integrantes de las comunidades étnicas que participaron en el recorrido denominaron el “camino de Buri-Buri” e identifican como un camino ancestral. La segunda parada (P2) se efectuó en el punto donde este camino se interseca con el arroyo Cacunda; la tercera (P3) se realizó en el punto donde la variante Bayunca se cruzará con el camino Buri-Buri; la cuarta (P4) se hizo al frente de la finca Campoalegre (o La Esperanza), último punto de este camino por el que fue posible avanzar en los vehículos, debido al estado de la vía. Luego de retornar por el camino de Buri-Buri hasta salir de nuevo a la vía La Cordialidad en Bayunca, se avanzó en sentido norte y luego se dio un giro a la derecha buscando el camino que conduce hacia la vereda Cacunda. La quinta y última parada del recorrido (P5) se efectuó en el punto Las Charquitas o Caraquitas, en las afueras del casco urbano de Bayunca, donde la vía que viene del corregimiento se encuentra con un segundo camino veredal que comunica a Buri-Buri con la vereda Cacunda y que los integrantes de las comunidades identificaron como el “camino de Cacunda”. No fue posible avanzar más allá de este punto, debido al mal estado de la vía.

1. Es importante precisar que las paradas efectuadas en el sector de la Finca Campoalegre (o la Esperanza) (P4) y Caraquita (P5) se realizaron debido a que fueron los últimos puntos en los que fue posible avanzar por los caminos de Buri-Buri y Cacunda, respectivamente, debido al mal estado de la vía, no porque correspondieran a lugares específicos que la comunidad señalara como fuentes de sustento. Ante la imposibilidad de avanzar, uno de los integrantes del Consejo Comunitario de Santa Rosa indicó que la Finca Campoalegre (o La Esperanza), en la que desde el exterior se apreciaban cultivos de maíz, yuca, mango y otros frutales, ilustraba un patrón de ocupación del territorio que se repetía en las parcelas de las comunidades étnicas que no fue posible visitar directamente¹⁸⁵.

1. El anterior recorrido le permitió al despacho ponente reconocer en terreno el trazado de la futura Unidad Funcional 3 del proyecto Corredor de Carga Cartagena – Barranquilla, específicamente de dos de sus componentes – (i) la Glorieta que servirá como punto de inicio y (ii) la variante de Bayunca, constatando que ambos implican la construcción de nueva estructura vial. Dicho recorrido, junto a la evidencia cartográfica aportada al proceso, hizo

posible verificar la afectación directa que para la comunidad accionante y las demás que participaron en la inspección judicial se derivará de la fractura del camino veredal de Buri-Buri por la construcción del proyecto vial.

1. La futura variante de Bayunca interrumpirá el camino de Buri-Buri, aproximadamente en el sitio donde se efectuó la parada 3 (P3) del recorrido de la inspección judicial. El camino de Buri-Buri es una de las principales vías de comunicación que las comunidades de Santa Rosa tienen con el corregimiento de Bayunca y, cuando se construya y entre en operación la variante de Bayunca, será atravesado por una vía destinada al tráfico pesado, pues el propósito de esta variante – diseñada para ser en el futuro de doble calzada – es liberar de vehículos de carga y tráfico pesado el tramo de la vía la Cordialidad que atraviesa el casco urbano de Bayunca.

1. Durante la inspección judicial se evidenció la importancia que tiene la comunicación con Bayunca para las comunidades de Santa Rosa. Pese a estar situado fuera de la jurisdicción de su municipio, los integrantes de estas comunidades se desplazan cotidianamente a Bayunca. Allí se encuentran los establecimientos educativos a los que acuden niñas, niños y jóvenes de las comunidades que habitan en las veredas Buri-Buri, Paiva, Tabacal y Cacunda, entre otras. Como lo expresa Ronald Batista, integrante del Consejo Comunitario accionante y residente en la vereda Buri-Buri: “Nuestros niños salen en burro o bicicleta al colegio que queda en Bayunca. No tenemos una inseguridad tan elevada, los niños se van en grupo a estudiar. Si construyen la vía los niños ya no van a poder transitar esta vía ancestral solos, porque al momento de atravesarla cómo van a hacer”¹⁸⁶. Los adultos también acuden frecuentemente al casco urbano de Bayunca por diversos motivos, entre los cuales destacaron la necesidad de comercializar el excedente de sus cosechas. Además, la salida a Bayunca conecta a los integrantes de estas comunidades con la vía de La Cordialidad, desde donde se desplazan hacia la Vía al Mar o hacia Cartagena, donde algunos de ellos trabajan o realizan gestiones de diversa índole pues, como lo explicó la secretaría de Gobierno y Cultura del municipio de Santa Rosa: “Nosotros como municipio estamos conformados en su mayoría por comunidades negras. Por la cercanía con Cartagena, toda intervención que hagan allá nos va

a afectar aquí. [...]. Todo lo que pasa por la Cordialidad va a afectar la comunidad”¹⁸⁷. Por lo anterior, la interrupción del camino veredal de Buri-Buri por una autopista destinada al tráfico pesado previsiblemente creará un riesgo para los integrantes de estas comunidades, que se verán en la necesidad de cruzar dicha autopista para llegar a Bayunca y allí alcanzar la vía de La Cordialidad.

1. Además de afectar la salida a Bayunca, la interrupción de este camino representará una fractura significativa de los circuitos de intercambio y las relaciones sociales que los integrantes de estas comunidades sostienen entre sí y con sus vecinos. Los caminos son arterias por las que fluye la vida social; son determinantes para la configuración y el mantenimiento de relaciones sociales y comerciales; su interrupción significa una fractura de los circuitos de intercambio y movilidad. Cualquier cambio en la forma de vivir la movilidad genera un impacto en la interacción social, económica y cultural de las comunidades. El camino de Buri-Buri representa hoy la principal vía de comunicación interveredal de la zona, pues conecta a los habitantes de Paiva, Tabacal y otras veredas circundantes. Su importancia se hizo evidente durante la cuarta parada (ver punto P4 en el Plano 4), donde los integrantes de las comunidades que acompañaron el recorrido explicaron que, debido a que un viejo camino que comunica a Paiva con Bayunca fue cerrado por los propietarios que adquirieron los predios por donde cruza la vía, en la actualidad la comunicación veredal por esa zona sólo se efectúa a través del camino de Buri-Buri¹⁸⁸. La representante del consejo comunitario de Paiva - Mamonal señaló que a través de este camino comparten diferentes espacios familiares, sociales, de intercambio y de festividades. Precisa que uno de los intercambios culturales que se verá afectado por la construcción de la vía es “el majestuoso festival de mango.” Indica que “es un espacio festivo y de fortalecimiento y salvaguardia de la memoria cultural”, el cual “celebra la producción de la fruta que representa el sustento de gran parte de las familias del consejo y que se ha constituido en símbolo de ancestría y resistencia”. Explica que dicha festividad se realiza hace 20 años con una duración de tres días (del 29 de abril al 1 de mayo), y al mismo concurren las familias del consejo en pleno, al igual que las familias que habitan en Buri-Buri y demás veredas circundantes e incluso de la cabecera municipal¹⁸⁹. En tal sentido, de acuerdo con la tipología de afectaciones directas expuesta en la Sentencia SU-123 de 2018, la interrupción de este camino por la construcción del proyecto vial perturbará las estructuras sociales, culturales y las fuentes de sustento de las

familias agrupadas en el Consejo Comunitario accionante y en las demás comunidades vinculadas a este trámite de tutela.

1. El Plano 6 ilustra las interacciones que posibilita el camino de Buri-Buri (naranja) entre las familias del Consejo Comunitario accionante que habitan a su vera, las zonas de caza y siembra de la comunidad, el colegio al que acuden los jóvenes de esta y otras comunidades, y la afectación que para dichas interacciones representará la construcción de la variante de Bayunca (azul):

Plano 6. Intersección de la futura Variante de Bayunca (azul) con el Camino de Buri-Buri (naranja). Fuente: Consejo Comunitario de Santa Rosa de Lima.¹⁹⁰

1. La empresa accionada descartó la existencia de afectación directa por la interrupción de este camino veredal con dos argumentos. En primer lugar, indicó que “el cruce del proyecto con cualquier camino o sendero no implica su afectación permanente, toda vez que, tras la construcción de la vía, se debe garantizar que los accesos a predios cuenten con iguales o mejores condiciones que las iniciales”. En segundo lugar, señaló que “los miembros de las comunidades podrán seguir desplazándose sobre la zona rural y urbana del municipio en las mismas condiciones que lo realizan actualmente, teniendo en cuenta que las obras constructivas de la variante Bayunca y la intersección en el cruce de la Ruta 90ª se ejecutaran sin utilizarse vías industriales o caminos veredales”¹⁹¹. En relación con el primer argumento, la Sala encuentra que el mismo no toma en cuenta que la afectación por el cierre de un camino no implica sólo un problema de acceso a predios, sino la ruptura de dinámicas de movilidad e intercambios sociales, económicos y culturales, a los que no da respuesta la empresa accionante. Adicionalmente, el argumento expuesto por la empresa reconoce que habrá una afectación, al menos de carácter temporal, luego de la cual se tomarán medidas

para garantizar condiciones de acceso. Precisamente el sentido de la consulta previa consiste en posibilitar a las comunidades étnicas que se verán afectadas por la interrupción de sus caminos tomar parte activa en el diseño de las medidas orientadas a restablecer las condiciones de movilidad de una forma social y culturalmente adecuada, que tenga en cuenta los patrones de movilidad, circuitos de intercambio y relaciones sociales entre los integrantes de estas comunidades y demás pobladores de la zona. Frente al segundo argumento, aun cuando la construcción de la Variante de Bayunca no implique la utilización de los caminos veredales, sí implicará, como se advierte en el Plano 4, el corte de al menos uno de estos caminos. Y es dicha fractura la que señalan las comunidades étnicas como causante de la afectación directa objeto de análisis. Por tanto, la Sala concluye que los argumentos expuestos por la empresa accionada no desvirtúan la afectación directa que para estas comunidades representará la interrupción del camino veredal de Buri-Buri por la futura variante de Bayunca.

1. Además de la interrupción de este camino veredal, la comunidad accionante y las demás que participaron en el trámite de revisión se refirieron a las afectaciones que la construcción del proyecto vial causará a (i) sus fuentes hídricas, en particular al arroyo Cacunda; (ii) a sus actividades de caza; (iii) sus cultivos; (iv) actividades tradicionales como la recolección de plantas y raíces medicinales, la realización de rituales en los lugares que la comunidad indígena de CAIZECHI reconoce como sus sitios sagrados; (v) el patrimonio arqueológico; así como las afectaciones derivadas del (vi) aumento de población foránea en el territorio, lo que puede generar diferentes problemáticas sociales y contribuir a la desintegración cultural de las comunidades. Si bien la evidencia disponible en el expediente no permite a la Sala tener por probadas estas afectaciones, tampoco puede desestimar su ocurrencia. Por tanto, se ordenará a la DANCP que, en el marco del proceso previo a la expedición del acto administrativo de procedencia de la consulta previa y conforme al mandato de debida diligencia del Estado, adopte las medidas necesarias para que la metodología empleada en el trámite de certificación contemple una verificación rigurosa en torno a las posibles afectaciones referidas por los representantes de las comunidades étnicas que participen en el mismo. Esta verificación debe atender la fase en la que se encuentra el proyecto -preconstrucción- de tal suerte que la misma no puede llevar a descartar afectaciones que hoy no se han presentado, porque aún no se ha iniciado la fase de construcción del proyecto

vial, pero que pueden llegar a presentarse durante las fases de construcción y operación del proyecto. De igual manera, atendiendo a los criterios planteados por la jurisprudencia constitucional, esta verificación debe incorporar y valorar la perspectiva de las comunidades étnicas.

1. Sobre otros argumentos presentados por Autopistas del Caribe para descartar la existencia de afectaciones directas. La empresa accionada sostiene que, en tanto no existe un territorio titulado colectivamente al Consejo Comunitario de Santa Rosa o al resto de los grupos étnicos, se debe aplicar el concepto de territorio amplio y, por tanto, tener en cuenta los criterios de intensidad y permanencia efectiva y grado de exclusividad en la ocupación, establecidos en la Sentencia SU-123 de 2018. Aduce que el carácter privado de los inmuebles situados en el área de influencia de la obra permite descartar la exclusividad en la ocupación, así como la presencia permanente e intensa o los vínculos culturales de las comunidades étnicas con el territorio que recibirá los impactos de la obra. Además, descarta la existencia de afectaciones directas a las comunidades debido a que el casco urbano y la mayoría de las veredas que integran el municipio de Santa Rosa se encuentran a una distancia considerable del lugar en el que se va a construir la variante Bayunca.

1. Como lo señala la empresa accionada, en la Sentencia SU-123 de 2018 la Sala Plena se refirió a los criterios para determinar el alcance del territorio en sentido amplio y la intensidad de las afectaciones que para el mismo y la comunidad que lo habita pueden derivarse de un proyecto, obra o actividad:

1. En dicha oportunidad, al resolver el caso concreto, se tuteló el derecho a la consulta previa de la comunidad Awá de La Cabaña respecto de un proyecto de explotación de hidrocarburos que se desarrollaba en varias veredas del municipio de Puerto Asís, departamento del Putumayo. En el proceso logró establecerse que la comunidad accionante, había llegado a la

vereda La Cabaña del corregimiento Teteyé, municipio de Puerto Asís, en la década de 1970, procedente del departamento de Nariño. Tras su llegada a la zona, se asentaron en un predio de 43 hectáreas adquirido como propiedad colectiva pero pendiente de titulación como resguardo. Asimismo, se acreditó que el proyecto de explotación de hidrocarburos se adelantaba en un área localizada a 400 metros del predio habitado por la comunidad Awá¹⁹³. Igualmente se determinó que el área impactada por el proyecto no era habitada en exclusiva por la comunidad accionante, pues dentro de la audiencia pública ambiental practicada en el trámite de modificación de la licencia ambiental del proyecto se constató la presencia de 58 juntas de acción comunal, así como de la comunidad Nasa del Resguardo Indígena Alto Lorenzo.¹⁹⁴ En suma, ni en las consideraciones, ni en la regla que efectivamente controló la decisión del caso resuelto en la Sentencia SU-123 de 2018 se condicionó la procedencia de la consulta previa a que la obra se encontrara dentro de un territorio titulado o a que la comunidad ocupara con exclusividad la zona impactada por el proyecto.

1. En el presente caso, se encuentra acreditado que las familias agrupadas en los consejos comunitarios de Santa Rosa de Lima y Paiva Mamonal, así como en el cabildo indígena Zenú de Chiricoco – CAIZECHI tienen fuertes lazos de arraigo con su territorio, pues descienden de la población negra africana que, hacia 1772, se asentó en la zona de los Tabacales y se mezcló con la población indígena nativa. Aunque sus procesos organizativos son relativamente recientes, no existe evidencia que controvierta el reclamo de arraigo territorial que expresan dichas comunidades, narrado en las historias de origen remitidas al expediente en respuesta a los autos de pruebas del 18 de julio y 1 de agosto de 2023, y en las declaraciones recolectadas durante la inspección judicial¹⁹⁵. Además, el hecho de que los integrantes de las comunidades étnicas accionante y vinculadas no tengan sus territorios titulados como territorios colectivos o resguardos, y que dentro de su ámbito territorial existan predios de propiedad privada, no desvirtúa la procedencia de la consulta previa respecto de la construcción de la variante Bayunca, por las razones que la Sala pasa a explicar.

1. Como lo evidencia la decisión adoptada por la Sala Plena en la Sentencia SU-123 de 2018, la noción amplia de territorio no admite ser interpretada como un mecanismo para debilitar la protección del derecho a la consulta previa de las comunidades cuyos territorios no se encuentran titulados bajo la figura de resguardos indígenas o territorios colectivos, o en los cuales habiten personas no pertenecientes a dichas comunidades. Tal comprensión, además de ser contraria al criterio jurisprudencial sostenido por esta Corte desde su primera decisión sobre el tema y hasta el presente,¹⁹⁶ implicaría acentuar la vulnerabilidad de comunidades étnicas que, por carecer de títulos que amparen el espacio que habitan y reclaman como suyo, se verían privadas de una herramienta a través de la cual procuran ser tenidas en cuenta en decisiones relativas a proyectos susceptibles de impactar de manera directa sus territorios y sus vidas. De ahí que los criterios de intensidad, permanencia efectiva o grado de exclusividad en su ocupación – establecidos en la Sentencia SU-123 de 2018 para determinar el alcance del territorio en sentido amplio y la intensidad de las afectaciones al mismo – no puedan ser entendidos en el sentido de descartar la existencia de afectaciones directas a una comunidad que no ocupe de manera exclusiva el territorio que habita, como parece entenderlo la accionada. Condicionar la protección de las comunidades étnicas y de sus territorios a que acrediten la ocupación exclusiva de sus territorios supone desconocer la realidad territorial de las comunidades indígenas y negras en Colombia y las consecuencias que, en la ocupación del territorio y en el mapa catastral, han dejado los largos procesos de colonización que han soportado. Por eso, la regla de decisión establecida en aquella sentencia de unificación, antes que excluir afectaciones directas allí donde una comunidad no tenga exclusividad sobre el territorio que habitan, busca, en cambio, que la valoración de dichas afectaciones tenga en cuenta la complejidad que está presente en esos territorios plurales en los que, además de comunidades étnicas, también están presentes otros pobladores.

1. Así lo ratifica la Sentencia SU-121 de 2022, donde la Sala Plena fijó una serie de criterios sustantivos y adjetivos que complementan los ya establecidos en la Sentencia SU-123 de 2018, a efectos de “determinar la intensidad, permanencia y exclusividad con los que un pueblo étnico ha ocupado un determinado territorio” y “establecer el grado de afectación” que generan las medidas legislativas o administrativas que se adopten sobre el mismo¹⁹⁷. La aplicación de dichos criterios al presente caso permite concluir que la construcción de la

variante Bayunca impactará zonas del territorio tradicionalmente habitado por las familias agrupadas en los consejos comunitarios de Santa Rosa de Lima y Paiva Mamonal, así como en el cabildo indígena Zenú de Chiricoco – CAIZECHI. Quedó establecido que el trazado de esta vía interrumpirá el camino veredal de Buri-Buri, empleado por los integrantes de dichas comunidades y otros pobladores de la zona para acceder al corregimiento de Bayunca, donde se encuentran los centros educativos y de comercio, así como la vía a La Cordialidad, a través de la cual se comunican con la ciudad de Cartagena.

1. La interrupción de este camino impactará las relaciones sociales, económicas y culturales que mantienen los integrantes de estas comunidades entre sí y con sus vecinos. El desplazamiento de niños, niñas y adolescentes de la comunidad a sus centros educativos, que hoy realizan en bicicleta o en burro, se verá afectado cuando deban cruzar una doble calzada destinada al tráfico pesado para ir y volver del colegio. Manifestaciones culturales, como “el majestuoso festival del mango”, que representa para las comunidades étnicas de Santa Rosa de Lima un “símbolo de ancestría y resistencia”, como se describe en el considerando 159 de esta providencia, también se verá afectada cuando una vía de doble calzada destinada al tráfico pesado se erija como un obstáculo para que las familias de la zona se congreguen en la vereda Paiva a celebrar dicha festividad.

1. Por lo anterior, se cumple parcialmente con el segundo de los criterios sustantivos previstos en la Sentencia SU-121 de 2022, toda vez que la medida impacta zonas de un territorio en el cual las comunidades étnicas accionante y vinculadas “han desarrollado sus prácticas culturales de manera permanente e intensa y con pretensión de exclusividad”. Se cumple totalmente con el cuarto de dichos criterios sustantivos, toda vez que la fractura territorial representada por la construcción de la variante de Bayunca tendrá un “impacto persistente o continuo” en estas comunidades.

1. Autopistas del Caribe sostiene que la existencia de predios privados en la zona desvirtúa la exclusividad en la ocupación, así como la presencia permanente e intensa o los vínculos

culturales de las comunidades étnicas con el territorio que recibirá los impactos de la obra. En ese orden de ideas, enfatiza el carácter privado de los predios que se encuentran en el área de influencia del proyecto, de los cuales señala que en su mayoría “pertenecen a sociedades mercantiles o Entidades Públicas que administran activos en proceso de extinción de dominio”¹⁹⁸. Tal circunstancia es indicativa de uno de los factores que ha dificultado la titulación de territorios colectivos para comunidades negras en el Caribe colombiano, sobre la cual llama la atención la Corporación Ilex Acción Jurídica en el concepto presentado durante el trámite de revisión, relativa a la expansión de actividades industriales y otros proyectos de desarrollo que obstaculizan el acceso a la propiedad colectiva de la tierra a estas comunidades¹⁹⁹.

1. Al respecto, en la inspección judicial el asesor jurídico del consejo comunitario accionante llamó la atención sobre el cambio en la configuración productiva y de la propiedad del suelo de Santa Rosa: “era agrícola y ahora hay una llegada de proyectos industriales, de transporte. Esas tierras se han encarecido de un día para otro, entonces llegan los terratenientes ofreciendo dinero y eso incita a la gente a vender”. Señaló, además, que varias de las familias originarias del Consejo Comunitario que habían adquirido la propiedad de sus parcelas en procesos de titulación efectuados a mediados del siglo pasado, las han ido vendiendo por la situación económica y las ofertas de personas y empresas interesadas en adquirir tierras en una zona que se ha valorizado mucho debido a su cercanía con Cartagena y a los proyectos de desarrollo que allí se adelantan. A pesar de ello, en la vereda Buri-Buri, la más cercana al proyecto vial y una de las más impactadas por los cambios en la vocación productiva y la propiedad del suelo, aún existen cerca de 23 familias de la comunidad accionante, además de las existentes en las veredas de Paiva, Tabacal, Cacunda y otras cercanas al área en la que se construirá la variante de Bayunca. Lo anterior indica a la Sala que estos cambios en la configuración productiva y en la propiedad de la tierra en la zona no han significado la desaparición de las comunidades que tradicionalmente la han habitado. La evidencia de predios de propiedad privada en la zona del proyecto, aportada por la empresa accionada, precisamente confirma lo señalado por el asesor del consejo comunitario accionante sobre la vulnerabilidad de la base territorial de estas comunidades, pero en modo alguno desvirtúa su presencia, sus vínculos sociales, económicos y culturales con un territorio que, si bien no ocupan con carácter exclusivo, no por ello deja de ser su lugar en el

mundo.

1. Adicionalmente, Autopistas del Caribe se refiere a la distancia que separa las veredas donde habitan las comunidades étnicas del municipio del área del proyecto vial. Señala que: “el casco urbano del municipio de Santa Rosa de Lima y la mayoría de las veredas que lo integran están a una distancia considerable del lugar donde se va a construir la variante Bayunca (Paiva 4Km aprox, Frente Civil 8.3Km aprox., Tabacal 7.1 Km aprox. y el casco urbano de Santa Rosa a 7.3Km aprox)”. Sobre esta base, descarta la existencia de afectaciones directas en el presente caso, citando como respaldo uno de los considerandos de la Sentencia T-422 de 2020²⁰⁰, que negó a una comunidad negra la tutela del derecho a la consulta previa frente a un proyecto de exploración de hidrocarburos. Entre los argumentos para no otorgar el amparo, la Sala Cuarta de Revisión tuvo en cuenta el concepto de territorio amplio de la comunidad y su distancia de 8 kilómetros con el área de influencia del proyecto.

1. Al respecto, la Sala advierte, en primer lugar, que el criterio empleado en ese entonces por la Sala Cuarta de Revisión para descartar la afectación directa no puede trasladarse, sin más, a la decisión del presente caso, pues se trata de proyectos de índole muy diversa. No es lo mismo una exploración de hidrocarburos que la construcción y operación de una vía destinada al tráfico pesado. La diversidad de impactos que genera uno y otro proyecto debe ser tomada en cuenta al momento de establecer la distancia que permite llegar a descartar afectaciones directas, razón por la cual aquella decisión no constituye precedente aplicable al presente caso. En segundo lugar, aún si el criterio empleado en la Sentencia T-422 de 2020 fuera aplicable, el cálculo de distancias que presenta Autopistas del Caribe no sólo no incluye las veredas de Buri-Buri y Cacunda (las más próximas al área del proyecto, en tanto serán atravesadas por la Variante de Bayunca), sino que además muestra que otras veredas donde habitan las comunidades étnicas del Municipio, como Paiva (4 km) y Tabacal (7.1 km,²⁰¹ las cuales se encuentran a una distancia menor a la considerada por la Sala Cuarta de Revisión en dicho pronunciamiento (8 km).

1. En síntesis, acreditados al menos dos de los criterios sustantivos establecidos en la Sentencia SU-121 de 2022 (específicamente los criterios ii y iv), quedan por examinar el presente caso a la luz de los criterios adjetivos fijados en aquella decisión. Conforme al primero de dichos criterios, “la determinación del grado de afectación debe ser el resultado de una cuidadosa consideración y valoración de los diferentes factores en juego”²⁰², a la luz de los criterios sustantivos antes analizados. En el presente caso, dicha evaluación – que se acaba de efectuar, en los párrafos precedentes – lleva a la Sala a concluir que la construcción de la variante de Bayunca, a su paso por el municipio de Santa Rosa de Lima, atravesará una zona habitada por población afrodescendiente e indígena agrupada en tres consejos comunitarios, uno de ellos el accionante, y un cabildo indígena, todos los cuales se encuentran en proceso de consolidación de su organización comunitaria y formalización de sus derechos territoriales. El territorio tradicionalmente habitado por las familias agrupadas en el Consejo Comunitario accionante y en las demás comunidades étnicas del municipio de Santa Rosa de Lima se encuentra en un corredor estratégico que conecta a las ciudades de Cartagena y Barranquilla, dentro del cual han tenido lugar diversos proyectos de desarrollo e infraestructura, entre ellos el proyecto vial por el que reclaman ser consultadas. Esta oferta de desarrollo, a la vez que ha representado oportunidades para los integrantes de estas comunidades y otros habitantes del municipio, ha debilitado su base territorial e implicado un relacionamiento continuo con población ajena a sus comunidades. El hecho de que la conformación de consejos comunitarios y cabildos indígenas en el municipio de Santa Rosa de Lima sea relativamente reciente, el que sus territorios se encuentren en proceso de formalización y su pretensión de exclusividad se enfrente a la creciente llegada de personas y empresas interesadas en invertir en la zona, no desvirtúa el arraigo territorial de estas comunidades ni la comprobada afectación directa que la construcción de la variante Bayunca representará para el camino veredal de Buri-Buri, a través del cual los integrantes de estas comunidades se comunican entre sí y con su entorno.

1. En este punto cobra relevancia el segundo de los criterios adjetivos establecidos en la Sentencia SU-121 de 2022, según el cual “la perspectiva de las comunidades étnicas sobre la caracterización del grado de afectación resulta especialmente importante y, en consecuencia, debe presumirse cierta cuando aporten, en el marco de un diálogo intercultural, elementos y fundamentos mínimos que permitan identificar el sustento de

dicha caracterización”²⁰³. La Sala encuentra satisfecha dicha carga mínima en relación con la afectación directa que representará la interrupción del camino veredal de Buri-Buri por la construcción de la Variante de Bayunca. A través de los escritos presentados en el trámite de revisión y de su participación en la inspección judicial realizada por el despacho ponente el 28 de julio de 2023, suministraron toda la evidencia que estaba a su alcance, así como su conocimiento situado del territorio que habitan, para sustentar dicha afectación. Siendo así, entra en juego el tercero de los criterios adjetivos fijados por la Sala Plena en la Sentencia SU-121 de 2022, conforme al cual “en caso de que se aporten los elementos y fundamentos mínimos que sustenten la caracterización, corresponde a las autoridades responsables atenerse a dicha caracterización, a menos que se aporte evidencia objetiva, contrastable y significativa acerca de que el grado de afectación es diferente”²⁰⁴. En el presente caso, las entidades accionadas refutaron la existencia de dicha afectación, pero no aportaron evidencia objetiva, contrastable y significativa que permitiera desvirtuar lo alegado por las comunidades respecto a que la ejecución del proyecto vial interrumpirá el camino de Buri-Buri. En la inspección judicial practicada tampoco se encontró evidencia para refutar lo dicho por las comunidades, y si en cambio se pudo constatar la importancia que dicho camino tiene para las mismas. En ese orden de ideas, no han razones para desvirtuar la veracidad de lo afirmado por los integrantes del Consejo Comunitario accionante y las demás comunidades étnicas que participaron en este trámite de revisión en relación con la afectación directa derivada de la fractura del camino de Buri-Buri.

1. En cualquier caso, de existir dudas acerca de la intensidad de la afectación, debe darse aplicación al cuarto de los criterios fijados en la Sentencia SU-121 de 2022, conforme al cual, “en caso de duda irresoluble acerca de la intensidad de la afectación deberá preferirse el mecanismo de participación más amplio”²⁰⁵. En el presente caso, la empresa accionada ha puesto en duda la mencionada afectación, señalando que se trata apenas de una afectación indirecta, debido a la distancia entre las zonas habitadas por la comunidad y el trazado de la futura vía, son apenas afectaciones indirectas. En aplicación del mencionado criterio, “si existe una duda irresoluble acerca de si la medida implica una ‘afectación directa’ o ‘afectación indirecta’, deberá resolverse exigiendo la realización de la consulta previa”²⁰⁶. Esta solución encuentra además sustento en el criterio fijado en la Sentencia SU-123 de 2018, conforme al cual “la exigibilidad de la licencia ambiental para desarrollar una actividad

es un indicio fuerte de la necesidad de consulta previa, toda vez que evidencia impactos ambientales -que constituyen una afectación directa-”207.

6. Síntesis de las reglas empleadas en la decisión de este caso y respuesta al problema jurídico

1. Las siguientes son las reglas recogidas en esta Sentencia, principalmente de lo dispuesto en las sentencias SU-123 de 2018 y SU-121 de 2022, así como de las decisiones relativas a consulta previa de proyectos viales, a partir de las cuales se resolvió el caso concreto y se dictan las ordenes que se detallan más adelante:

1. El concepto de susceptibilidad de afectación directa como parámetro determinante para concluir que una medida legislativa o administrativa debe ser objeto de consulta previa. El deber de consulta se activa cuando existe evidencia razonable de que las medidas legislativas o administrativas son susceptibles de generar una afectación directa a los pueblos étnicos. Dicha afectación directa se define como el impacto, ya sea positivo o negativo, que una medida pueda tener en las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que conforman la base de la cohesión social de una comunidad étnica, y para cuya determinación cabe acudir a los criterios sustantivos fijados en las sentencias SU-123 de 2018, SU-121 de 2022 y, para el caso objeto de controversia, a los precedentes en materia de afectación directa de proyectos viales. Atendiendo al carácter previo de la consulta, la evidencia razonable requerida para decidir sobre la procedencia de la consulta previa no exige acreditar que la afectación directa que en cada caso se alega efectivamente haya tenido lugar, sino que ex ante pueda concluirse, a partir de la evidencia disponible, que es probable que se produzca como consecuencia de la ejecución del proyecto, obra o actividad de que se trate. La comprensión de la afectación directa requiere un enfoque intercultural y un diálogo respetuoso de las diferencias. La Sala hizo especial énfasis en que

la afectación directa no se limita al área de influencia de un proyecto, y puede extenderse más allá de este límite. Las autoridades y las empresas deben verificar si existen otros indicios de afectación a comunidades cercanas, incluso si el área de influencia no se superpone con sus territorios. Asimismo señaló que, si bien las comunidades tienen una carga mínima de aportar evidencia sobre las afectaciones directas que pueden derivarse del proyecto, dicha carga probatoria debe interpretarse a la luz de los principios que rigen el trámite de la acción de tutela, en particular con el de prevalencia del derecho sustancial, el rol activo que en materia de prueba corresponde al juez de tutela, la carga dinámica de prueba, la presunción de veracidad y los criterios adjetivos para identificar el grado de afectación de una medida sintetizados en la Sentencia SU-121 de 2022.

1. Consulta previa y territorio. El territorio es esencial para la supervivencia física, cultural y espiritual de los grupos étnicos y su consideración es determinante para establecer la afectación que un proyecto, obra o actividad puede generar a una comunidad. Se reconoce la distinción entre los conceptos geográfico y amplio de territorio, precisando que no cabe excluir la procedencia de la consulta previa respecto de proyectos que generan una afectación directa sobre comunidades cuyo territorio no se encuentra titulado bajo la figura de resguardo indígena o territorio colectivo. Lo anterior se deriva de una interpretación sistemática del Convenio 169 de la OIT, encuentra respaldo en la definición de territorio indígena prevista en el Decreto 2164 de 1995 y en las disposiciones del Decreto 1320 de 1998, que establecen que la consulta previa debe llevarse a cabo cuando se planeen proyectos en áreas no tituladas pero habitadas de manera regular y permanente por comunidades indígenas o negras. En consonancia con estas premisas, la Corte ha respaldado en repetidas ocasiones el derecho a la consulta previa de comunidades indígenas y negras cuyos territorios no están titulados como resguardos o territorios colectivos, siempre que dichos territorios se vean afectados directamente por proyectos viales u otras iniciativas similares²⁰⁸.

1. Responsabilidades en relación con la consulta previa – debida diligencia. El Estado y las empresas tienen responsabilidades claras en relación con la garantía del derecho a la

consulta previa de las comunidades étnicas en cuyos territorios se lleven a cabo proyectos, obras o actividades susceptibles de impactarles de manera directa. En este contexto, el deber de diligencia de Estados y empresas frente a los pueblos indígenas y tribales comprende (i) el deber de debida diligencia en el reconocimiento e identificación de las comunidades, (ii) el deber de diligencia respecto de las tierras, territorios y recursos naturales de las comunidades en las que se lleven a cabo dichos proyectos, que implica el deber de evaluar las afectaciones directas que estos puedan llegar a producir, y (iii) el deber de diligencia en consultar. El adecuado cumplimiento de cada uno de estos deberes es condición necesaria para la satisfacción del siguiente. La entidad ejecutora no cumple a cabalidad con el deber de debida diligencia si no informa a la DANCP sobre la presencia de comunidades étnicas que son susceptibles de ser directamente afectadas por el proyecto, incluso si el acceso a esa información es posterior a la certificación del Ministerio sobre la procedencia de consulta previa para el proyecto u obra correspondiente.

1. Certificaciones del Ministerio del Interior. El proceso de certificación sobre la procedencia de la consulta previa con comunidades étnicas para proyectos, obras y actividades que adelanta la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa – DANCP – del Ministerio del Interior es crucial para la garantía de este derecho fundamental. En los casos seleccionados para revisión luego de proferida la Sentencia SU-123 de 2018, la Corte ha llamado la atención sobre cuatro tipos de problemas que persisten en estas certificaciones: (i) motivación insuficiente; (ii) metodología inadecuada; (iii) falta de articulación entre el nivel central de la administración y las entidades territoriales; y (iv) falta de participación de las comunidades en el trámite administrativo de certificación sobre la procedencia de la consulta previa. Reiterando los precedentes contenidos sobre este punto en las sentencias T-281 de 2019, T-444 de 2019, T-541 de 2019, T-154 de 2021, SU-121 de 2022 y T-219 de 2022, la Corte insistió en el deber de la DANCP, y de las personas naturales o jurídicas interesadas en llevar a cabo proyectos, obras o actividades, de solicitar información a las entidades territoriales en las que vayan a adelantarse dichos proyectos sobre la presencia de comunidades étnicas bajo su jurisdicción, con el propósito de facilitar que aquellas que puedan llegar a recibir impactos participen en el trámite administrativo de certificación de procedencia de la consulta previa. Tal participación permite, a su vez, garantizar que la metodología de análisis de procedencia definida por la DANCP incluya a todas las

comunidades étnicas que deben ser tenidas en cuenta en dicho estudio y, con ello, que los certificados emitidos por dicha entidad motiven de manera suficiente por qué la consulta previa procede respecto de algunas de estas comunidades y no procede respecto de las demás que fueron consideradas en dicho estudio.

1. Oportunidad. La consulta (i) debe ser previa al inicio del respectivo proyecto, obra o actividad; sin embargo, (ii) no se agota en un único momento, sino que es un proceso que acompaña todas las fases del proyecto y que se activa cuando ocurre un cambio sustancial en sus condiciones; por lo anterior (iii) no se configura un daño consumado cuando se ha omitido la consulta previa al inicio de un proyecto, pues esta procede aun cuando el proyecto esté en marcha o, incluso, haya finalizado, con el propósito de definir las etnorreparaciones por las afectaciones causadas por el proyecto, obra o actividad inconsulta.

1. En suma, se reafirma la naturaleza fundamental del derecho a la consulta previa, y su finalidad de obtener el consentimiento genuino a través del diálogo intercultural y principios como la buena fe y la participación efectiva. Además, se destaca que el deber de consulta se activa cuando, desde una perspectiva ex ante, existe evidencia razonable de que las medidas legislativas o administrativas son susceptibles de generar una afectación directa a los pueblos étnicos, con una comprensión intercultural de la misma, y se hace énfasis en que la falta de títulos formales de una comunidad sobre su territorio no debe ser un obstáculo para su aplicación. Se precisa que si bien las comunidades tienen una carga mínima de aportar evidencia sobre las afectaciones directas que pueden derivarse del proyecto, dicha carga probatoria debe interpretarse a la luz del principio de prevalencia del derecho sustancial, el rol activo que en materia de prueba corresponde al juez de tutela, la carga dinámica de prueba, la presunción de veracidad y los criterios adjetivos para identificar el grado de afectación de una medida sintetizados en la Sentencia SU-121 de 2022. Asimismo, la Sala subraya la responsabilidad tanto del Estado como de las empresas en el proceso de consulta previa, incluyendo la necesidad de una debida diligencia y la adopción, por parte de la DANCP, de un proceso de certificación riguroso que involucre la participación de las comunidades étnicas de los municipios donde se realizará el proyecto en el trámite mismo de

certificación. Estas reglas buscan asegurar que la consulta previa sea un mecanismo efectivo y equitativo para proteger los derechos de las comunidades afrocolombianas en un contexto de diversidad cultural y étnica.

1. Con fundamento en estas reglas, la Sala examinó el caso concreto y, en respuesta al problema jurídico formulado²⁰⁹, llegó a las siguientes conclusiones:

1. En relación con el proyecto “Construcción de la segunda calzada Bayunca -Clemencia, Variante Bayunca, correspondiente a la Unidad Funcional 3 del proyecto Corredor de Carga Cartagena – Barranquilla”, la entidad accionada, Autopistas del Caribe S.A.S., incumplió su deber de debida diligencia por cuanto, tras conocer de la existencia del Consejo Comunitario de Santa Rosa de Lima y de su presencia en uno de los municipios en los que se adelantará este proyecto vial, no informó a la DANCP sobre tal circunstancia a fin de que dicha entidad evaluara las potenciales afectaciones directas que podía causar la obra en la comunidad accionante y, sobre esta base, determinara si procedía adelantar consulta previa con ella. Este incumplimiento afectó directamente a la comunidad étnica involucrada.

1. Una comunicación del Secretario de Planeación del Municipio de Santa Rosa, fechada el 11 de julio de 2022, indica que Autopistas del Caribe habría solicitado “información cartográfica con la división administrativa del municipio y sus unidades territoriales menores, como corregimientos y veredas (formato KMZ, SHP, DWG) de manera que sea posible identificar las comunidades que intercepta el proyecto y que serán objeto de impacto por obras”, al igual que “el instrumento de ordenamiento territorial (POT, PBOT, EOT) vigente del municipio con sus respectivos anexos, para fines de caracterización del área de estudio”²¹⁰. Este hecho sugiere un intento por identificar las comunidades que podrían verse afectadas con el proyecto, aunque llama la atención que en la solicitud elevada por el concesionario a la alcaldía de Santa Rosa de Lima no se indague específicamente por las comunidades étnicas existentes en el municipio. En cualquier caso, debido a que la Sala no tuvo acceso al contenido del expediente administrativo que culminó con la expedición de la Resolución

ST-1190 del 25 de julio de 2022, no se tiene certeza si la empresa proporcionó datos completos sobre la presencia de comunidades en la zona del proyecto para el proceso de certificación de consulta previa ante la DANCP.

1. A pesar de esto, tal como se ha venido reseñando a lo largo de esta providencia, la DANCP certificó en julio de 2022 que solo era necesaria una consulta previa con el Consejo Comunitario del Corregimiento de Bayunca. La Resolución ST-1190, en su resolutivo séptimo, establece la obligación del ejecutor del proyecto de informar a la DANCP sobre cualquier impacto directo a comunidades étnicas detectado durante el desarrollo del proyecto:

“SÉPTIMO: Si el ejecutor advierte o estima posibles afectaciones directas, con ocasión del desarrollo de sus actividades, sobre comunidades étnicas, en el marco del estándar de la debida diligencia, deberá manifestarlo a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, con el fin de evaluar lo expresado, en el marco de sus competencias”.

1. Esta disposición implica que la debida diligencia no se limita a la etapa previa a la decisión de la autoridad competente sobre la procedencia de consulta previa. Por el contrario, se extiende a lo largo del proyecto, e implica que cualquier detección posterior de comunidades no contempladas inicialmente sea comunicada inmediatamente a la DANCP para que, en ejercicio de sus competencias, adopte las decisiones a que haya lugar.

1. En el caso actual, la Comunidad de Santa Rosa de Lima dio a conocer su presencia a Autopistas del Caribe mediante escrito del 31 de octubre de 2022. La respuesta de la empresa, aludiendo a la decisión previa de la DANCP de no requerir más consultas que la del Consejo Comunitario del Corregimiento de Bayunca²¹¹, refleja un claro incumplimiento de las instrucciones de la DANCP -contenidas en la Resolución de julio de 2022- y una usurpación de sus competencias. Autopistas del Caribe no solo pasó por alto lo que le advirtió la DANCP en la Resolución ST-1190 sobre la obligación que tenía de informar sobre la

presencia de comunidades étnicas, sino que, además, invadió la competencia exclusiva de dicha entidad para determinar si procedía o no iniciar un proceso de consulta previa con el Consejo Comunitario accionante. El cumplimiento del estándar de debida diligencia implicaba en este caso, como se recuerda en la Sentencia T-219 de 2022, el deber de la empresa concesionaria de informar a la DANCP sobre la existencia del consejo comunitario de Santa Rosa de Lima y demás comunidades étnicas asentadas en los municipios en los que se realizará el proyecto de las que hubiere tenido conocimiento antes, durante o con posterioridad a la emisión de la Resolución ST-1190 del 25 de julio de 2022, a fin de que esta entidad evaluara si la obra es o no susceptible de afectarlas de manera directa.

1. La falta de diligencia en (i) identificar y reconocer a las comunidades étnicas ubicadas en los municipios en los que se desarrollará el proyecto vial conlleva (ii) un incumplimiento en la evaluación de posibles impactos al territorio, recursos naturales y derechos de dichas comunidades. Esta omisión también implica (iii) el desconocimiento del deber de consultar a las comunidades que son susceptibles de verse directamente afectadas.

1. En suma, la Sala concluye que Autopistas del Caribe faltó al deber de diligencia de identificar y reconocer al Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de Santa Rosa de Lima pese a que desde el 31 de octubre de 2022 este le informó a la empresa concesionaria de su presencia en la zona del proyecto y de las afectaciones que este último podría generarles. Esto implicó también la omisión de valoración del impacto que el proyecto vial podría generar tanto a la comunidad como a las tierras, territorios y recursos naturales. En tanto el cumplimiento de estos deberes de forma parte del contenido exigible a las empresas en virtud del derecho fundamental a la consulta previa, la Sala concluye que Autopistas del Caribe vulneró el derecho a la consulta previa del Consejo Comunitario accionante.

1. Por su parte, la Agencia Nacional de Infraestructura, ANI, también faltó a estos deberes de debida diligencia en (i) el reconocimiento e identificación de las comunidades étnicas localizadas en la zona en la que se desarrolla el proyecto vial al que se refiere esta tutela; como también en la supervisión de que la empresa contratista cumpliera con su obligación de (ii) verificar potenciales afectaciones directas sobre estas comunidades e (iii) iniciara el

proceso de consulta previa con aquellas frente a las cuales existan dichas afectaciones. Conforme al artículo 3º del Decreto 4165 de 2011²¹², la ANI tiene a su cargo “planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar proyectos de concesiones y otras formas de Asociación Público Privada (APP), para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública de transporte [...]”. Para cumplir con su objeto, el artículo 4 del citado Decreto le asigna, entre otras, las siguientes funciones generales:

“2. Planear y elaborar la estructuración, contratación y ejecución de los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública y de los servicios conexos o relacionados, que hayan sido previamente identificados por el Ministerio de Transporte o asignados por el Gobierno Nacional.

[...]

6. Elaborar los estudios y adelantar las acciones necesarias para recopilar la información de carácter predial, ambiental y social requerida para una efectiva estructuración y gestión de los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo.

7. Identificar y proponer, como resultado del análisis de viabilidad técnica, económica, financiera y legal, las modificaciones requeridas a los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo, con la finalidad de asegurar condiciones apropiadas para el desarrollo de los mismos.

[...]

9. Coordinar y gestionar, directa o indirectamente, la obtención de licencias y permisos, la negociación y la adquisición de predios y la realización de las acciones requeridas en el desarrollo de los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo.

[...]

15. Ejercer las potestades y realizar las acciones y actividades necesarias para garantizar la oportuna e idónea ejecución de los contratos a su cargo y para proteger el interés público, de

conformidad con la ley”.

1. De estas disposiciones se infiere que, en cumplimiento de sus funciones generales, a la ANI le compete un deber activo de recopilar la información de carácter ambiental y social necesaria para la efectiva estructuración y gestión del proyecto que da origen a esta acción de tutela. Dicha información comprende la relativa a la presencia de comunidades étnicas en los municipios en los que se localizará la Unidad Funcional 3 del proyecto Corredor de Carga Cartagena – Barranquilla, información que resulta necesaria para asegurar el deber de debida diligencia del Estado y de la empresa contratista en relación con dichas comunidades. Asimismo, le corresponde identificar y proponer las modificaciones al proyecto vial que pudieran resultar del análisis de dicha información. También velar por la debida obtención de licencias y permisos, lo que incluye la adecuada tramitación del certificado de procedencia de consulta previa ante la DANCP y la inclusión de las comunidades directamente afectadas por el proyecto en la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental necesario para obtener la licencia ambiental.

1. En el presente caso, el incumplimiento por parte de la ANI del deber de recopilar información sobre la presencia de comunidades étnicas en la zona del proyecto vial, llevó a que tampoco se ocupara de verificar que la empresa contratista suministrara a la DANCP la información completa para tramitar el certificado de procedencia de consulta previa, ni vinculara a las comunidades afectadas de manera directa por la construcción y operación de la vía a la realización del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto. En razón del incumplimiento de sus deberes legales como empresa contratante, la ANI vulneró el derecho a la consulta previa del consejo comunitario accionante y de las demás comunidades étnicas del municipio de Santa Rosa de Lima – consejo comunitario de comunidades negras de Paiva – Mamonal y cabildo indígena Zenú de Chiricoco, CAIZECHI – respecto de las cuales se logró constatar la existencia de una afectación directa que puede derivarse de la construcción y entrada en funcionamiento de la variante de Bayunca.

1. Entretanto, la DANCP vulneró los derechos a la participación y al debido proceso administrativo de las comunidades étnicas asentadas en el municipio de Santa Rosa de Lima,

con ocasión del trámite administrativo de certificación de procedencia de consulta previa para el proyecto vial “Construcción de la segunda calzada Bayunca-Clemencia, Variante Bayunca, correspondiente a la Unidad Funcional 3 del proyecto Corredor de Carga Cartagena – Barranquilla de la Concesión Vial Autopistas del Caribe S.A.S”, que condujo a la expedición de la Resolución ST-1190 de 25 de julio de 2022, por la cual la DANCP certificó la procedencia de consulta previa sólo en relación con el consejo comunitario del corregimiento Bayunca.

1. La Sala llegó a esta conclusión tras verificar que el trámite que condujo a la expedición de la Resolución ST-1190 de 25 de julio de 2022, y el contenido mismo de este acto administrativo, presentan cuatro graves deficiencias sobre las cuales la Corte ha llamado la atención en decisiones anteriores: (i) la falta de articulación entre el nivel central de la administración y las entidades territoriales, reflejada en la omisión por parte de la DANCP de solicitar información a las entidades territoriales del nivel local sobre la presencia de grupos étnicos. En este caso, la DANCP omitió solicitar información a las alcaldías de Cartagena de Indias, Santa Rosa de Lima y Clemencia sobre las comunidades étnicas existentes en su jurisdicción, particularmente de las que pudieran tener relaciones geográficas de proximidad y exposición con el mencionado proyecto vial. Dicha omisión se tradujo en la (ii) ausencia de participación de estas comunidades en el trámite administrativo que condujo a la expedición de la Resolución ST-1190, lo que vulneró sus derechos a la participación y al debido proceso administrativo. Las dos omisiones anteriores implicaron, a su vez, (iii) deficiencias metodológicas en el estudio efectuado durante el trámite de certificación, pues no se consultaron todas las fuentes de información previstas en el paso 5 de la metodología definida por la DANCP; debido a ello, no quedó claro por qué en las etapas siguientes (6 a 9) sólo se tuvo en cuenta al Consejo Comunitario de Bayunca, cuando no se trata de la única organización étnica que guarde relaciones geográficas de proximidad y exposición con el proyecto vial. Finalmente, (iv) esta ausencia de análisis explícito sobre la procedencia de consulta respecto de este Consejo Comunitario y la improcedencia frente a otras comunidades étnicas del municipio de Santa Rosa de Lima implicó una insuficiente motivación del mencionado acto administrativo de certificación.

1. Adicionalmente, en este trámite de tutela se pudo constatar la existencia de una afectación directa derivada de este proyecto vial, específicamente de uno de sus componentes – la Variante de Bayunca – para las comunidades agrupadas en el Consejo Comunitario de Santa Rosa de Lima, el Consejo Comunitario de Paiva – Mamonal y el Cabildo Indígena Zenú de Chiricoco, CAIZECHI. Esta afectación directa consiste en la interrupción del camino veredal de Buri-Buri por la proyectada Variante de Bayunca, camino que las comunidades emplean para salir al corregimiento de Bayunca y a través de los cuales mantienen intercambios sociales, económicos y culturales entre ellas y sus vecinos. Debido a esta afectación directa, la Sala concluye que, al omitir certificar la procedencia de consulta respecto de estas comunidades y dar inicio al respectivo proceso de consulta, la DANCP igualmente vulneró sus derechos a la consulta previa y a la protección de su autonomía y diversidad étnica y cultural.

1. Dicha afectación directa no pudo ser verificada respecto a la comunidad agrupada en el consejo comunitario de comunidades negras, raizales y palenqueras “Juan Cerpa de Tabacal”, cuya existencia en el municipio de Santa Rosa de Lima fue acreditada en este trámite de tutela, y al cual fue vinculada en sede de revisión. Sin embargo, ante el silencio que los representantes de esta comunidad guardaron durante el trámite de revisión, no es posible contar con elementos de juicio suficientes para acreditar la ocurrencia de esta u otra afectación directa y, por tanto, que se haya vulnerado el derecho de esta comunidad a la consulta previa. Lo que sí pudo acreditarse es que, en razón de su existencia y proximidad geográfica al proyecto, se desconocieron los derechos a la participación y al debido proceso administrativo de la comunidad agrupada en consejo comunitario de comunidades negras, raizales y palenqueras “Juan Cerpa de Tabacal” por no haber sido convocada a participar en el trámite de certificación ante la DANCP que concluyó con la expedición de la Resolución ST-1190 de 25 de julio de 2022.

7. Órdenes a impartir

1. De acuerdo con lo expuesto en esta providencia, la Corte revocará la sentencia proferida, en primera instancia, por el Juzgado Décimo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartagena, el 20 de enero de 2023, que declaró improcedente la acción de tutela objeto de revisión. En su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales a la participación, al debido proceso administrativo y a la consulta previa de las comunidades agrupadas en el consejo comunitario de comunidades negras de las veredas del municipio de Santa Rosa de Lima, el consejo comunitario de comunidades negras de Paiva Mamonal, y el cabildo indígena Zenú de Chiricoco, CAIZECHI, en relación con el proyecto “Construcción de la segunda calzada Bayunca-Clemencia, Variante Bayunca, correspondiente a la Unidad Funcional 3 del proyecto Corredor de Carga Cartagena – Barranquilla de la Concesión Vial Autopistas del Caribe S.A.S”.

1. En consecuencia, la Sala dejará sin efecto la certificación proferida por la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, DANCP, No. ST-1190 del 25 de julio de 2022, y ordenará a esta entidad que, dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes a la notificación de esta providencia reinicie el trámite administrativo de certificación de procedencia de consulta previa para el proyecto “Construcción de la segunda calzada Bayunca – Clemencia, Variante Bayunca, correspondiente a la Unidad Funcional 3 del proyecto Corredor de Carga Cartagena – Barranquilla de la Concesión Vial Autopistas del Caribe S.A.S” con la participación de las comunidades étnicas localizadas en el corregimiento Bayunca de Cartagena de Indias y en los municipios de Santa Rosa de Lima y Clemencia, teniendo en cuenta la información que para el efecto las alcaldías deberán suministrar a la DANCP, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia. En todo caso, en el trámite deberán participar el consejo comunitario de comunidades negras de las veredas del municipio de Santa Rosa de Lima, el consejo comunitario de comunidades negras, raizales y palenqueras “Juan Cerpa de Tabacal”, el consejo comunitario de comunidades negras de Paiva Mamonal, y el cabildo indígena Zenú de Chiricoco – CAIZECHÍ – cuya presencia en el municipio de Santa Rosa de Lima y, en particular, en las veredas próximas al proyecto vial objeto de controversia, quedó acreditada en este trámite de revisión. Esta decisión no afecta las conclusiones a las que llegó la DANCP relación con el consejo comunitario del corregimiento de Bayunca, por lo que se dejará en firme lo dispuesto en el resolutivo segundo de la Resolución ST-1190 de 25 de julio de 2022.

El nuevo trámite de certificación, y el acto administrativo que resulte del mismo, deberá adelantarse teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en esta providencia, particularmente las relacionadas con los requisitos de (i) adecuada coordinación entre la DANCP y entidades territoriales; (ii) participación de las comunidades de los municipios en los que se adelantarán los proyectos; (iii) aplicación rigurosa de la metodología definida por la DANCP para el estudio de procedencia; y (iv) motivación suficiente del acto administrativo de certificación, considerando la afectación directa que pudo ser comprobada en este trámite de revisión.

1. Además, teniendo en cuenta que la evidencia disponible en el expediente no permite a la Sala tener por probadas las demás afectaciones alegadas por las comunidades que participaron en este trámite de revisión, pero tampoco desestimar su ocurrencia, se ordenará a la dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa – DANCP que, en el marco del proceso previo a la expedición del acto administrativo de procedencia de la consulta previa, y conforme al mandato de debida diligencia del Estado, adopte las medidas necesarias para que la metodología empleada en el trámite de certificación contemple una verificación rigurosa en torno a las posibles afectaciones referidas por estas comunidades, en particular sobre sus (i) fuentes hídricas; (ii) pesca; (iii) caza y cultivos; (iv) medicina tradicional; (v) patrimonio arqueológico; (vi) cohesión social, territorialidad e identidad étnica y cultural. Esta verificación debe atender la fase en la que se encuentra el proyecto vial de tal suerte que la misma no puede llevar a descartar afectaciones que hoy no se han presentado, pero que pueden llegar a presentarse durante las fases de construcción y operación del proyecto. De igual manera, atendiendo a los criterios planteados por la jurisprudencia constitucional, esta verificación debe incorporar y valorar la perspectiva de las comunidades étnicas.

1. También se ordenará a la dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa – DANCP que, de conformidad con lo expuesto en esta providencia, y lo reiterado por la Corte Constitucional en las sentencias SU-123 de 2018, T-281 de 2019, T-444 de 2019, T-541 de 2019, T-154 de 2021 y SU-121 de 2022, entre otras, en adelante y en todos los casos en los que tramite certificaciones sobre la procedencia de la consulta previa con comunidades

étnicas para proyectos, obras o actividades, garantice la (i) adecuada coordinación entre la DANCP y entidades territoriales, para lo cual deberá solicitar información sobre las comunidades étnicas existentes en su jurisdicción a las alcaldías de los municipios y distritos en los que vaya a desarrollarse el respectivo proyecto, obra o actividad objeto de certificación; (ii) la participación de las comunidades próximas a la zona del proyecto en el trámite administrativo de certificación de procedencia de la consulta previa; (iii) la aplicación rigurosa de la metodología definida por la DANCP para el estudio de procedencia; y (iv) motivación suficiente del acto administrativo de certificación.

1. Con el fin de facilitar la coordinación entre la DANCP y las entidades territoriales en el presente caso, la Sala ordenará a las alcaldías de Cartagena de Indias, de Santa Rosa de Lima y de Clemencia, departamento de Bolívar, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia informen a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, DANCP, a la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI y a Autopistas del Caribe S.A.S sobre las comunidades étnicas existentes bajo su jurisdicción, información que, para el caso de la alcaldía de Cartagena de Indias, se enfocará de manera específica en las comunidades étnicas existentes en el corregimiento de Bayunca. Asimismo, deberán suministrar a estas entidades toda la información sobre dichas comunidades de la que dispongan y que pueda ser relevante para el trámite de certificación de procedencia de consulta previa en relación con el proyecto “Construcción de la segunda calzada Bayunca - Clemencia, Variante Bayunca, correspondiente a la Unidad Funcional 3 del proyecto Corredor de Carga Cartagena – Barranquilla de la Concesión Vial Autopistas del Caribe S.A.S”.

1. Asimismo, se ordenará a la DANCP que en el acto administrativo que expida en cumplimiento de lo ordenado por la Corte en esta decisión, certifique la procedencia de la consulta previa, en relación con la afectación directa derivada de la interrupción del camino de Buri Buri, respecto de las comunidades étnicas del municipio de Santa Rosa de Lima agrupadas en el consejo comunitario de comunidades negras de las veredas del municipio de Santa Rosa de Lima, el consejo comunitario de comunidades negras de Paiva Mamonal, y el cabildo indígena Zenú de Chiricoco, CAIZECHI. Lo anterior, como consecuencia de haberse

demostrado dicha afectación en el marco de este trámite de tutela, y sin perjuicio de la verificación rigurosa que deberá desplegar la entidad en torno a las presuntas afectaciones referidas por los representantes de las citadas comunidades étnicas y a otras posibles afectaciones que lleguen a ser comprobadas en desarrollo del proceso previo a la expedición del acto administrativo de procedencia de la consulta previa.

1. También se ordenará a la Agencia Nacional de Infraestructura y a Autopistas del Caribe S.A.S. que garanticen la participación de las comunidades agrupadas en el consejo comunitario de comunidades negras de las veredas del municipio de Santa Rosa de Lima, el consejo comunitario de comunidades negras de Paiva Mamonal, y el cabildo indígena Zenú de Chiricoco, CAIZECHI, y otras que puedan verse afectadas de manera directa por el proyecto, en la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental para el proyecto “Construcción de la segunda calzada Bayunca – Clemencia, Variante Bayunca, correspondiente a la Unidad Funcional 3 del proyecto Corredor de Carga Cartagena – Barranquilla de la Concesión Vial Autopistas del Caribe S.A.S”.

III. 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 Política,

Primero. REVOCAR la sentencia proferida, en primera instancia, por el Juzgado Décimo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartagena, el 20 de enero de 2023, que declaró improcedente la acción de tutela objeto de revisión. En su lugar, CONCEDER el

amparo de los derechos fundamentales a la participación, al debido proceso administrativo y a la consulta previa de las comunidades agrupadas en el consejo comunitario de comunidades negras de las veredas del municipio de Santa Rosa de Lima, el consejo comunitario de comunidades negras de Paiva Mamonal, y el cabildo indígena Zenú de Chiricoco, CAIZECHI, en relación con el proyecto “Construcción de la segunda calzada Bayunca-Clemencia, Variante Bayunca, correspondiente a la Unidad Funcional 3 del proyecto Corredor de Carga Cartagena – Barranquilla de la Concesión Vial Autopistas del Caribe S.A.S”.

Segundo. DEJAR SIN EFECTO la certificación proferida por la dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, DANCP, mediante Resolución No. ST-1190 del 25 de julio de 2022, a excepción de lo dispuesto en el resolutivo segundo de dicho acto administrativo, y ORDENAR a esta entidad que, dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes a la notificación de esta providencia reinicie el trámite administrativo de certificación de procedencia de consulta previa para el proyecto “Construcción de la segunda calzada Bayunca-Clemencia, Variante Bayunca, correspondiente a la Unidad Funcional 3 del proyecto Corredor de Carga Cartagena – Barranquilla de la Concesión Vial Autopistas del Caribe S.A.S” con la participación de las comunidades étnicas localizadas en el municipio de Santa Rosa de Lima y aquellas que también sean identificadas en el corregimiento de Bayunca de Cartagena y el municipio de Clemencia, teniendo en cuenta la información que las alcaldías de Cartagena de Indias, Santa Rosa de Lima y Clemencia le suministren para el efecto.

En todo caso, en el trámite deberán participar el consejo comunitario de comunidades Negras de las veredas del municipio de Santa Rosa de Lima, el consejo Comunitario de comunidades negras, raizales y palenqueras “Juan Cerpa de Tabacal”, el consejo comunitario de comunidades negras de Paiva Mamonal, y el cabildo indígena Zenú de Chiricoco – CAIZECHI. Dicho trámite, y el acto administrativo que resulte del mismo, deberá adelantarse teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en esta providencia, particularmente las relacionadas con los requisitos de (i) adecuada coordinación entre la DANCP y entidades territoriales; (ii) participación de las comunidades de los municipios en los que se adelantarán

los proyectos; (iii) aplicación rigurosa de la metodología definida por la DANCP para el estudio de procedencia; y (iv) motivación suficiente del acto administrativo de certificación, considerando la afectación directa que pudo ser comprobada en este trámite de revisión.

En el marco del proceso previo a la expedición del acto administrativo de procedencia de la consulta previa, y conforme al mandato de debida diligencia del Estado, la dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa – DANCP deberá adoptar las medidas necesarias para que la metodología empleada en el trámite de certificación contemple una verificación rigurosa en torno a las posibles afectaciones referidas por los representantes del consejo comunitario de comunidades negras de las veredas del municipio de Santa Rosa de Lima, el consejo comunitario de comunidades negras, raizales y palenqueras “Juan Cerpa de Tabacal”, el consejo comunitario de comunidades negras de Paiva Mamonal, y el cabildo indígena Zenú de Chiricoco – CAIZECHI, sobre sus (i) fuentes hídricas; (ii) pesca; (iii) caza y cultivos; (iv) medicina tradicional; (v) patrimonio arqueológico; (vi) cohesión social, territorialidad e identidad étnica y cultural. Esta verificación debe atender la fase en la que se encuentra el proyecto vial de tal suerte que la misma no puede llevar a descartar afectaciones que hoy no se han presentado, pero que pueden llegar a presentarse durante las fases de construcción y operación del proyecto. De igual manera, esta verificación debe incorporar y valorar la perspectiva de las comunidades étnicas, atendiendo a las consideraciones expuestas en esta providencia.

Tercero. ORDENAR a la dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa – DANCP que, de conformidad con lo expuesto en esta providencia, lo reiterado por la Corte Constitucional en las sentencias SU-123 de 2018, T-281 de 2019, T-444 de 2019, T-541 de 2019, T-154 de 2021, SU-121 de 2022 y el exhorto formulado en la Sentencia T-219 de 2022, en adelante y en todos los casos en los que tramite certificaciones sobre la procedencia de la consulta previa con comunidades étnicas para proyectos, obras o actividades, garantice la (i) adecuada coordinación entre la DANCP y entidades territoriales, para lo cual deberá solicitar información sobre las comunidades étnicas existentes en su jurisdicción a las alcaldías de los municipios y distritos en los que vaya a desarrollarse el respectivo proyecto, obra o actividad

objeto de certificación; (ii) la participación de las comunidades próximas a la zona del proyecto en el trámite administrativo de certificación de procedencia de la consulta previa; (iii) la aplicación rigurosa de la metodología definida por la DANCP para el estudio de procedencia; y (iv) motivación suficiente del acto administrativo de certificación. Con tal propósito, deberá notificar los actos administrativos que profiera en los trámites de consulta previa a las comunidades étnicas que están presentes los entes territoriales en los cuales serán desarrollados los proyectos, obras y actividades, sin importar si aquellas resultan o no afectadas con la iniciativa, para que puedan ejercer sus derechos fundamentales en el marco del proceso administrativo.

Cuarto. ORDENAR a las alcaldías de Cartagena de Indias, de Santa Rosa de Lima y de Clemencia, departamento de Bolívar, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia informen a la dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, DANCP, a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI y a Autopistas del Caribe S.A.S. sobre las comunidades étnicas existentes bajo su jurisdicción, información que, para el caso de la alcaldía de Cartagena de Indias, se enfocará de manera específica en las comunidades étnicas existentes en el corregimiento de Bayunca. Asimismo, deberán suministrar a estas entidades toda la información sobre dichas comunidades de la que dispongan y que pueda ser relevante para el trámite de certificación de procedencia de consulta previa en relación con el proyecto “Construcción de la segunda calzada Bayunca-Clemencia, Variante Bayunca, correspondiente a la Unidad Funcional 3 del proyecto Corredor de Carga Cartagena – Barranquilla de la Concesión Vial Autopistas del Caribe S.A.S”.

Quinto. ORDENAR a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, DANCP, que en el acto administrativo que expida en cumplimiento de lo ordenado en el resolutivo segundo de esta providencia, certifique la procedencia de la consulta previa, en relación con la afectación directa derivada de la interrupción del camino de Buri Buri, respecto de las comunidades étnicas del municipio de Santa Rosa de Lima agrupadas en el consejo comunitario de comunidades negras de las veredas del municipio de Santa Rosa de Lima, el consejo comunitario de comunidades negras de Paiva Mamonal, y el cabildo indígena Zenú

de Chiricoco, CAIZECHI, como consecuencia de haberse demostrado dicha afectación en el marco de este trámite de tutela, y sin perjuicio de la verificación rigurosa que deberá desplegar la entidad en torno a las presuntas afectaciones referidas por los representantes de las citadas comunidades étnicas y a otras posibles afectaciones que lleguen a ser comprobadas en desarrollo del proceso previo a la expedición del acto administrativo de procedencia de la consulta previa.

Sexto. ORDENAR a la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI y a Autopistas del Caribe S.A.S. que garanticen la participación de las comunidades agrupadas en el consejo comunitario de comunidades negras de las veredas del municipio de Santa Rosa de Lima, el consejo comunitario de comunidades negras de Paiva Mamonal, y el cabildo indígena Zenú de Chiricoco, CAIZECHI, y otras que puedan verse afectadas de manera directa por el proyecto, en la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental para el proyecto “Construcción de la segunda calzada Bayunca-Clemencia, Variante Bayunca, correspondiente a la Unidad Funcional 3 del proyecto Corredor de Carga Cartagena – Barranquilla de la Concesión Vial Autopistas del Caribe S.A.S”.

Séptimo. LIBRAR las comunicaciones – por la secretaría general de la Corte Constitucional -, así como DISPONER las notificaciones – a través del juez de tutela de instancia -, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

DIANA FAJARDO RIVERA

MAGISTRADA

Con aclaración de voto

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

Con salvamento de voto

VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE

Magistrado

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA T-039/24

Referencia: expediente T-9.370.946

Acción de tutela instaurada por Modesto Manjarrez Salcedo, en calidad de representante legal del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de las veredas del municipio de Santa Rosa de Lima-Bolívar, contra Autopistas del Caribe S.A.S.

Magistrada ponente:

Diana Fajardo Rivera

1. Acompaño la decisión de la Sala Tercera de amparar los derechos fundamentales a la participación, al debido proceso administrativo y a la consulta previa de las comunidades agrupadas en el consejo comunitario de comunidades negras de las veredas del municipio de Santa Rosa de Lima, el consejo comunitario de comunidades negras de Paiva Mamonal, y el cabildo indígena Zenú de Chiricoco, CAIZECHI, en relación con el proyecto “Construcción de la segunda calzada Bayunca-Clemencia, Variante Bayunca, correspondiente a la Unidad Funcional 3 del proyecto Corredor de Carga Cartagena – Barranquilla de la Concesión Vial Autopistas del Caribe S.A.S”. Sin embargo, aclaro mi voto porque considero que no sólo se logró acreditar la afectación directa derivada de la interrupción del camino veredal de Buri Buri, sino también la afectación que esta obra de infraestructura tendrá (i) en las fuentes hídricas que abastecen a las comunidades accionante y vinculadas de agua y alimento, (ii) en sus actividades de caza y cultivos, (iii) en su medicina tradicional, rituales y patrimonio arqueológico, (iv) así como aquella derivada del aumento de población foránea.

1. Para explicar estas conclusiones iniciaré retomando, brevemente, las reglas establecidas por la jurisprudencia constitucional, y reiteradas en esta providencia, sobre la susceptibilidad de la afectación – y no la afectación ya causada – como parámetro determinante para establecer la procedencia de la consulta previa, y sobre la carga probatoria de la afectación directa. Luego, me referiré en detalle a los hallazgos de la inspección judicial realizada por mi despacho a partir de los cuales, como lo anuncié, era posible concluir que se demostraron afectaciones mucho más amplias de lo que reconoció la mayoría de la Sala.

1. La valoración de la prueba de las afectaciones efectuada por la mayoría de la Sala se aleja de la forma como la jurisprudencia de esta Corte ha entendido -y aplicado- el concepto de afectación directa como criterio esencial para la activación de la consulta previa a pueblos étnicos, en el marco de medidas legislativas o administrativas que puedan impactarles. Basándose en el Convenio 169 de la OIT, la jurisprudencia constitucional, recogida actualmente en la Sentencia SU-123 de 2018, ha establecido que la consulta previa es obligatoria cuando hay evidencia razonable de que una medida es susceptible de afectar de manera directa a un grupo étnico. Esta afectación directa se entiende en un sentido amplio, y abarca impactos diversos como cambios en las estructuras sociales, espirituales, culturales, económicas y ambientales, los cuales son fundamentales para la cohesión social de estas comunidades. Así, la consulta previa se presenta no solo como un mecanismo de protección de los derechos de los pueblos étnicos, sino también como una práctica esencial para el diálogo intercultural y la justicia ambiental, promoviendo que las comunidades puedan contribuir con su conocimiento y experiencias de mundo a la definición sobre la viabilidad de proyectos que les causen impactos sociales, culturales y ambientales, así como un reparto equitativo de los beneficios y cargas derivados de dichos proyectos.

1. Tal como se expone en la parte motiva de esta Sentencia -ver § 80 a 89 y 180-, el deber de consulta se activa cuando existe evidencia razonable de que las medidas legislativas o administrativas son susceptibles de generar una afectación directa a los pueblos étnicos. Dicha afectación consiste en el impacto – sea positivo o negativo – que una medida puede tener sobre las prácticas culturales y sociales, las fuentes de sustento y el territorio, así como

sobre las demás condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que conforman la base de la cohesión social de una comunidad étnica. Como se señala en la Sentencia, atendiendo al carácter previo de la consulta, la evidencia razonable de afectación directa no requiere demostrar que el impacto ya haya ocurrido, sino que, examinado desde una perspectiva ex ante, existe una alta probabilidad de que se produzca como consecuencia de la ejecución del proyecto, obra o actividad de que se trate. Y si bien las comunidades tienen una carga mínima de aportar evidencia sobre las afectaciones directas, dicha carga probatoria debe interpretarse a la luz del principio de prevalencia del derecho sustancial, el rol activo que en materia de prueba corresponde al juez de tutela, la carga dinámica de prueba, la presunción de veracidad y los criterios adjetivos para identificar el grado de afectación de una medida sintetizados en la Sentencia SU-121 de 2022213.

1. Este enfoque refleja un compromiso con la protección efectiva de los derechos de los pueblos étnicos, enfatizando la importancia de realizar una valoración conjunta y ponderada de todos los elementos disponibles en cada caso, destacando que las comunidades tienen la carga de evidenciar las afectaciones, pero esta carga es mínima y atiende a una perspectiva ex ante, si se aplica un enfoque que privilegia el diálogo intercultural respetuoso y en igualdad de condiciones y el principio de precaución que rige los asuntos ambientales.

1. Pues bien, de cara al caso resuelto en esta sentencia, la aplicación de estos criterios permitía concluir que también estaban probadas las siguientes afectaciones:

1. Afectación al arroyo Cacunda. Respecto a la afectación al arroyo Cacunda, advierto que las pruebas recogidas en el proceso, particularmente mediante la inspección judicial, revelaron de manera contundente cómo la construcción del proyecto causará impactos directos significativos sobre las fuentes de agua vitales para las comunidades de las veredas de Buri-Buri, Paiva, y Cacunda. A diferencia de lo concluido por la mayoría, las afectaciones que sufrirá el arroyo Cacunda con la construcción de la obra repercutirán, indudablemente, en los derechos de las comunidades étnicas involucradas.

1. En este punto considero útil retomar el Plano 4214 el cual da cuenta de la interacción entre la obra proyectada y las fuentes hídricas:

1. Este plano ilustra la red de pequeños arroyos y corrientes de agua que irrigan las veredas en las que habitan las comunidades étnicas del municipio de Santa Rosa de Lima. En particular, los integrantes de los consejos comunitarios de Santa Rosa de Lima y de Paiva-Mamonal destacaron las afectaciones que sufrirá el arroyo Cacunda. Este arroyo, que se desprende de la microcuenca arroyo Tabacal, marca el límite entre el corregimiento Bayunca y el municipio de Santa Rosa. El Plano 4 muestra los diversos puntos en los que la vía proyectada se interseca con el arroyo Cacunda y otras fuentes hídricas de la zona²¹⁵. Tal intersección puede implicar una afectación directa para estas comunidades, por cuanto varias de las actividades desarrolladas en la fase de construcción (remoción de vegetación, movimientos de tierras, construcción de obras hidráulicas) pueden llegar a alterar las características fisicoquímicas y microbiológicas del agua, así como el cauce y el caudal de esta corriente de agua. Estos posibles impactos se advierten en la Resolución de la DANCP ST-1190 de 25 de julio de 2022 donde se señala, en el componente hidrología, que este proyecto vial es susceptible de generar “cambios en la calidad del agua superficial” y “alteración en la capacidad de transporte del agua.”²¹⁶ Estos impactos, a su vez, pueden llegar a incidir en el déficit hídrico que presenta la zona, al que se refirieron tanto el consejo comunitario accionante como los integrantes de las demás comunidades étnicas que participaron en la inspección judicial.

1. Durante la inspección judicial²¹⁷ también fue posible apreciar que, a pesar del escaso caudal y la contaminación que presenta el arroyo Cacunda en el punto en el que se interseca con el camino de Buri-Buri, los niños de las comunidades lo utilizan para recrearse²¹⁸. Asimismo, los líderes de las comunidades étnicas que acompañaron el recorrido indicaron que se abastecen de sus aguas, aunque precisaron que no eran aptas para el consumo

humano²¹⁹. Señalaron, además, que en ciertos tramos del arroyo pueden pescar especies como Lisa, Mojarra Amarilla, Monchorro, entre otras, que representan una fuente de proteína animal para su dieta²²⁰.

1. Pese a que Autopistas del Caribe descartó tales afectaciones, la evidencia de intersección de dos puntos del arroyo por el proyecto vial, como se aprecia en el Plano 4, permitía concluir la probable afectación directa. La inspección del arroyo Cacunda se limitó al tramo que se cruza con la vía que de Bayunca conduce a la vereda Buri-Buri, punto en el cual, para la mirada de quien no habita ese territorio ni encuentra en él su fuente de sustento, puede parecer un lugar poco apto para la pesca. Sin embargo, los integrantes de la comunidad precisaron que desarrollaban sus actividades de pesca en otros tramos del arroyo, alejados del casco urbano de Bayunca, que resultaban más propicios para esta actividad. En tanto la inspección practicada no incluyó la visita a todo el curso del arroyo Cacunda, ni la empresa accionada aportó pruebas que soportaran su conclusión de que este no ofrece un ecosistema adecuado para el consumo de especies animales, encuentro que no fue desvirtuada la veracidad de la afirmación de los integrantes de las comunidades étnicas, quienes coincidieron en valorar la importancia de esta fuente, que no solo les abastece de agua (para otras actividades distintas al consumo humano), sino de pesca para alimentarse. Adicionalmente, durante la inspección se pudo constatar que esta fuente de agua también es un espacio de recreación para los niños de estas comunidades²²¹.

1. Afectaciones en caza y cultivos. Los integrantes de las comunidades indicaron que la construcción y operación de la Variante Bayunca afectará sus actividades de caza, debido a que ahuyentará a especies que utilizan para alimentarse, como conejos, codornices, torcazas, armadillos, ponches, entre otros²²². También señalaron que el proyecto afectará sus cultivos, punto sobre el cual la representante del Consejo Comunitario de Paiva – Mamonal señaló que las familias de su vereda están certificadas como productores orgánicos de mango, cultivos que se verán impactados negativamente por los gases contaminantes que generará el tráfico pesado que circulará por la vía²²³. La empresa accionada descartó que la zona fuera apta para desarrollar actividades de caza, por cuanto se trata de “pastos

limpios”, esto es, “predios de gran extensión con ganado de pastoreo”, pasturas que, en su criterio, “no son adecuadas para sustentar cultivos ancestrales, ni proporcionar hábitat para la fauna de caza”²²⁴.

1. Durante la inspección judicial se pudo constatar que, en efecto, existen grandes extensiones de predios ocupados con pastos limpios, pero también otros cultivados con maíz y árboles frutales, como se aprecia en el video tomado en la cuarta parada (P4), cerca de la finca Campoalegre²²⁵. Aunque el mal estado de las vías impidió visitar el cultivo orgánico de mango que impulsa el Consejo Comunitario de Paiva-Mamonal, no existe evidencia que permita dudar de su existencia, afirmada por la representante de esta comunidad. Además, las condiciones logísticas del recorrido no permitieron una observación detallada de la vegetación del lugar ni recorrer los espacios de caza de las comunidades, para lo cual habría sido necesario abandonar el camino veredal e internarse en el campo abierto. Si bien, por sus limitaciones, la observación en terreno efectuada durante la inspección judicial no permitió verificar tales afectaciones, en el expediente no obraba evidencia concluyente para descartarlas. La empresa accionada no demostró que allí no se encuentra el tipo de especies – conejos, codornices, torcazas, armadillos, ponches, etc. – que las comunidades afirman cazar para alimentarse, simplemente se limitó a negar tal afirmación sin aportar prueba alguna de que ello no era cierto.

1. Considerando la evidencia disponible, la Sala ha debido aplicar el principio de precaución – uno de los componentes de la justicia ambiental y, en general, del derecho al ambiente sano – que aconseja que las comunidades que conocen su territorio y señalan que este tipo de afectaciones llegarán a producirse como resultado del proyecto vial, puedan participar y ser tenidas en cuenta en la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental, el cual, conforme a lo establecido en el artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT debe ser efectuado en cooperación con los pueblos interesados²²⁶.

1. Afectación de la medicina tradicional, rituales y patrimonio arqueológico. Lo mismo ocurrió con las afectaciones sobre las que llamó la atención el capitán del cabildo indígena Zenú de Chiricoco, quien señaló que la construcción y operación de la variante de Bayunca afectará

de manera directa actividades tradicionales como la recolección de plantas y raíces medicinales, la realización de rituales en el predio que poseen en la vereda Tabacal y en sitios aledaños que reconocen como sitios sagrados; y agregó que la realización inconsulta de la obra les impedirá participar en la elaboración del Plan de Manejo Arqueológico de los hallazgos que encuentren durante las obras de construcción de la vía. Como lo advertí previamente, el mal estado de las vías y las condiciones logísticas del recorrido impidieron llegar hasta el predio que la comunidad indígena posee en la vereda Tabacal, así como efectuar recorridos por los lugares donde los integrantes de la comunidad recolectan plantas y raíces medicinales. Sin embargo, tales limitaciones no permitían concluir que estas afectaciones no iban a producirse con la construcción y operación de la vía proyectada. Es más, sobre estas afectaciones, la empresa accionada no presentó objeciones específicas, razón por la cual, la Sala habría podido aplicar la presunción de veracidad, y tenerlas por probadas para efectos de determinar la procedencia de la consulta previa en el presente caso²²⁷.

1. Aumento de población foránea. Finalmente, cabe recordar que los integrantes de las comunidades insistieron en que la construcción de la vía propiciará el aumento de población foránea en el territorio, lo que puede generar diferentes problemáticas sociales y contribuir a la desintegración cultural de las comunidades. Esta es una de las afectaciones directas que, en el pasado, la Corte ha reconocido al decidir sobre acciones de tutela relativas a la consulta previa de proyectos viales²²⁸. En este caso era razonable inferir que la construcción de la variante Bayunca estimulará el tránsito y asentamiento de población foránea, lo que puede amenazar su ya frágil territorialidad y los procesos de fortalecimiento de la identidad étnica y cultural que adelantan los consejos comunitarios y el cabildo indígena del Municipio. Como lo señala el concepto presentado por la Corporación Ilex Acción Jurídica: “las comunidades negras en el municipio de Santa Rosa de Lima enfrentan un desafío para preservar y recuperar su identidad y formas tradicionales de ocupación territorial tras siglos de integración en la sociedad mayoritaria. Además de la expansión de la ganadería, la agricultura y otras industrias desde el área de influencia de Cartagena, los proyectos de infraestructura que conectan las principales ciudades del Caribe han fragmentado las áreas que previamente formaban parte de la ocupación ancestral de estas comunidades” ²²⁹. En estas circunstancias, la llegada de nuevos pobladores atraídos por las oportunidades que

ofrece esta nueva vía podía representar, por tanto, una afectación directa a las condiciones constitutivas de la cohesión social de las comunidades étnicas del municipio de Santa Rosa de Lima, por el riesgo que ello implica para el mantenimiento de la base territorial y la identidad como sujeto colectivo de estas comunidades, las cuales, al no contar aún con títulos de propiedad colectiva, ya sea bajo la forma de territorios colectivos (para el caso de los consejos comunitarios) o de resguardo indígena (para el caso del cabildo indígena CAIZECHI), se encuentran en circunstancias de mayor vulnerabilidad para afrontar la llegada de población foránea a su territorio²³⁰.

1. Una valoración detallada y ponderada de los hallazgos obtenidos en la inspección judicial que, reitero, no fueron desvirtuados por la empresa accionada, conducía, necesariamente a la conclusión de que la afectación directa que causará la construcción del proyecto vial bajo estudio es mucho más extensa de lo que se reconoció. Por lo tanto, la Sala habría podido adoptar remedios constitucionales adicionales que permitieran la salvaguarda integral de los derechos fundamentales de las comunidades accionante y vinculadas.

1. Por ejemplo, habría podido poner en conocimiento a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, ANLA, y a la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique, CARDIQUE, de este proceso para que, en el marco de sus competencias, garantizaran los derechos a la participación de las comunidades étnicas agrupadas en el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Santa Rosa, el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Paiva Mamonal, y el Cabildo Indígena Zenú de Chiricoco, CAIZECHÍ, y otras situadas en el área del proyecto analizado, en la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental, en el trámite de licenciamiento ambiental y en el posterior control y seguimiento del mismo. También se les habría podido requerir para que se abstuvieran de expedir licencia ambiental u otro tipo de autorizaciones ambientales para este proyecto hasta tanto no se efectúe la consulta previa con las comunidades étnicas mencionadas y con otras respecto de las cuales la DANCP certifique la procedencia de consulta previa en relación con el mismo. Esto era posible porque, pese a que ni la ANLA ni CARDIQUE participaron en el proceso, ello se encuentra dentro del marco de sus funciones legales y reglamentarias²³¹ y no significaría,

de manera alguna, que se les estuviese señalando como responsables de la vulneración de derechos encontrada en el caso concreto.

1. En suma, quiero subrayar que las afectaciones directas que la construcción de la variante Bayunca implicará para las comunidades étnicas del municipio de Santa Rosa de Lima no se limitan a la interrupción del camino veredal de Buri Buri; los potenciales impactos de esta obra trascienden a afectaciones multifacéticas que comprometen la vida y sustento de las comunidades afectadas. Se demostró que la obra de infraestructura cuestionada es susceptible de generar una afectación significativa no solo de las fuentes hídricas y la disponibilidad de recursos naturales esenciales para la subsistencia, sino también en la preservación de prácticas culturales, rituales, medicina tradicional y patrimonio arqueológico, que son piedra angular de la identidad de las comunidades accionante y vinculadas. Además, la amenaza del aumento de población foránea podría desencadenar un cambio demográfico que impacte aún más las condiciones de vida de las comunidades originarias, poniendo en riesgo su cohesión social y cultural.

1. También quiero hacer énfasis en que la carga probatoria exigida a las comunidades, entendida en el marco del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, debe ser interpretada con la flexibilidad que amerita la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran. Este Tribunal ha reconocido la importancia de adoptar un enfoque que permita a las comunidades accionantes aportar evidencia de las afectaciones sufridas, sin ser sometidas a estándares probatorios inalcanzables que obstruyan su acceso a la justicia.

1. En consecuencia, esta aclaración de voto busca resaltar que, más allá del reconocimiento de los derechos vulnerados, es fundamental considerar la amplitud y profundidad de las afectaciones demostradas durante el proceso. Este enfoque no solo es coherente con la jurisprudencia de esta Corte en cuanto a la protección de los derechos de las comunidades étnicas y sus territorios, sino que además se alinea con el compromiso de garantizar la justicia y equidad en el acceso a los recursos naturales y la preservación de las culturas

ancestrales.

1. En este sentido, la Sentencia T-039 de 2024 debe ser un punto de partida para una reflexión más profunda sobre cómo las decisiones judiciales pueden y deben incorporar una comprensión holística de las realidades de las comunidades afectadas, asegurando que la justicia no solo sea accesible, sino sustancialmente equitativa. Por ello, en futuras decisiones se deben considerar la totalidad de las afectaciones para así poder adoptar medidas que prevengan la consumación de daños, asegurando la protección efectiva de los derechos fundamentales de las comunidades más vulnerables, en aras de una justicia más inclusiva y representativa de las realidades complejas y multidimensionales de las comunidades afectadas por decisiones de gran impacto ambiental y cultural.

Fecha ut supra.

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

A LA SENTENCIA T-039/24

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por indebida legitimación por activa (Salvamento de voto)

CONSULTA PREVIA-Improcedencia por no mediar afectación directa de comunidades (Salvamento de voto)

Acción de tutela instaurada por Modesto Manjarrez Salcedo, en calidad de representante legal del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de las veredas del Municipio de Santa Rosa de Lima, Bolívar, contra Autopistas del Caribe S.A.S.

Magistrado Ponente: Diana Fajardo Rivera

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, procedo a presentar las razones que me llevan a salvar mi voto en esta oportunidad. Para tal propósito, comenzaré por dar cuenta de la decisión de la mayoría y, a partir de ella, daré cuenta del sentido y alcance de mi discrepancia.

En este caso, la Sala revocó la sentencia proferida en primera instancia, por el Juzgado Décimo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartagena, la cual declaró improcedente la acción de tutela, y en su lugar, concedió el amparo de los derechos fundamentales a la participación, al debido proceso administrativo y a la consulta previa de las comunidades agrupadas en el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de las veredas del Municipio de Santa Rosa de Lima, el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Paiva Mamonal, y el cabildo indígena Zenú de Chiricoco, CAIZECHI, en relación con el proyecto “Construcción de la segunda calzada Bayunca-Clemencia, Variante Bayunca, correspondiente a la Unidad Funcional 3 del proyecto Corredor de Carga Cartagena – Barranquilla de la Concesión Vial Autopistas del Caribe S.A.S.”

Para el caso concreto referente a las comunidades negras, la referida decisión aplicó las reglas contenidas en las sentencias SU-123 de 2018 y SU-121 de 2022, de la siguiente forma:

i. La consulta previa es un derecho fundamental orientado a obtener el consentimiento genuino de las comunidades sobre las medidas que se adopten y éste debe ser flexible, adaptable, informado y proporcional.

i. El concepto de susceptibilidad de la afectación de la medida en las comunidades implicadas como elemento de procedibilidad de la consulta previa, no implica evidenciar que la afectación efectivamente haya tenido lugar, sino que ex ante, se pueda concluir que, a partir de la evidencia disponible, es probable que se produzca y que dicha afectación se puede extender más allá del límite de influencia del proyecto.

i. El derecho fundamental a la consulta previa hace uso de un concepto amplio del territorio,

pues no condiciona su procedibilidad únicamente a aquellos titulados como resguardos o territorios colectivos, sino a que dicho territorio sufra una afectación directamente del proyecto en cuestión.

i. El Estado y las empresas tienen una serie de responsabilidades en relación con la consulta previa de cara a los pueblos indígenas o tribales, entre las cuales se encuentra el deber de diligencia en la identificación de las comunidades, la afectación sobre sus territorios, tierras y recursos naturales y en consultar.

i. El proceso de certificación ante la Dirección de la Autoridad Nacional de consulta previa (DANCP) del Ministerio del Interior es crucial para la garantía del derecho fundamental a la consulta previa, el cual debe llevarse a cabo de acuerdo con los rigores del caso, lo que incluye una identificación juiciosa de todas las comunidades que deben ser tenidas en cuenta en el proceso y una motivación suficiente.

i. La oportunidad de la consulta previa debe ser previa, acompaña todas las fases del proyecto, no se configura un daño consumado cuando se ha omitido la consulta previa al inicio del proyecto, pues ésta procede aun cuando el proyecto esta en marcha o ha finalizado.

Haciendo uso de las mencionadas reglas jurisprudenciales, previstas para las comunidades indígenas de AWÁ La Cabaña y el pueblo Arhuaco, Kogi-Malayo-Arhuaco y Businchama de la Sierra Nevada de Santa Marta, la mayoría de la Sala de Revisión consideró que el deber de consulta previa para las comunidades afrodescendientes se activa ex ante, esto es, desde el momento en que exista evidencia razonable de que las medidas a implementar son susceptibles de generar una afectación directa, y además, que la falta de títulos formales sobre su existencia y la existencia de su territorio no constituye un obstáculo para su materialización. A su turno, adujo que sin perjuicio del deber de las comunidades negras de

aportar una carga mínima que den cuenta de las afectaciones, aquella debe interpretarse a la luz del principio de prevalencia del derecho sustancial, la carga dinámica de prueba, la presunción de veracidad y los criterios adjetivos para identificar el grado de afectación.

Dicho lo anterior y, para dar cuenta del sentido y alcance de mi discrepancia, debo destacar, en primer término, que el caso adolecía del requisito de legitimación en la causa por activa, pues la ponencia no era el espacio propicio para tomar partido por uno u otro representante de una comunidad y menos resolver la controversia entre la Alcaldía de Santa Rosa de Lima y el Consejo Comunitario de Santa Rosa de Lima, a fin de reconocer al ciudadano Modesto Manjarrez Salcedo como su representante legal. Ello, pues el Consejo Comunitario hizo referencia a una problemática relacionada con la elección de la Junta Directiva y la designación de su representante legal, el señor Modesto Manjarrez Salcedo.

En síntesis, se adujo que el 11 de diciembre de 2022 el Consejo eligió su Junta Directiva y se nombró al accionante como representante para el periodo 2023-2025, no obstante, la Alcaldía Municipal de Santa Rosa de Lima, en la Resolución 016 del 16 de enero de 2023, se abstuvo de reconocerlo como tal, alegando que solo podía ser reelegido por una vez consecutiva, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 9 y 2.5.1.2.9 del Decreto 1745 de 1995. El Consejo Comunitario adujo que presentó varios recursos y derechos de petición arguyendo que de acuerdo con las mencionadas disposiciones normativas, dicho condicionamiento requisito solo le aplica a los miembros de la Junta Directiva. Sin embargo, la Alcaldía confirmó la decisión inicial, mediante la Resolución 028 del 30 de enero de 2023.

Al respecto, la Sentencia T-039 de 2004 señaló que “no le corresponde a esta Sala resolver la controversia que acaba de reseñarse, dado que excede el panorama propuesto en la acción de tutela” y que ello no incide en el cumplimiento del requisito de legitimación en la causa por activa, pues para resolver la acción de tutela, no existía duda sobre la calidad del representante legal. Además, que de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución, toda persona puede presentar acción de tutela a través de representante cuando considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados, que el amparo se interpuso para proteger un interés que es de toda la comunidad y que en sede de revisión no se contravirtió tal

calidad.

En este contexto, de cara al mencionado requisito de procedibilidad, debo poner de presente que no comparto el análisis realizado por la Sala. Pues bien, considero que la aseveración anterior puede dar lugar a pasar por alto un problema de legitimación en la causa por activa que no es menor relevancia y que incluso puede interferir en la representación de las comunidades negras de la referencia. Sobre esta problemática, se trae a colación el caso de la elección de Zarwawiko Torres Torres como Cabildo Gobernador del Resguardo de la Sierra Nevada. En ese caso, la Sala Plena de esta Corporación, se ha visto en la necesidad de adelantar una serie de medidas debido al conflicto político generado por la elección de los miembros de la Directiva General del Resguardo, entre ellas, un conjunto de medidas provisionales, de decreto de pruebas, así como la celebración de una audiencia pública con el propósito de darle solución a esta controversia.²³²

Por lo cual, con el propósito último de evitar que esta Corte se vea inmersa en situaciones que escapan de sus competencias, se sugirió declarar improcedente la tutela.

En segundo término, también considero que no hubo pruebas que evidenciaran la afectación directa a las comunidades referidas. Del acervo probatorio obtenido en sede de revisión, no se advirtió una afectación directa sobre el camino vereda de Buri-Buri y el camino de Cancuda.

De acuerdo con lo explicado en la sentencia, el camino Bari-Bari es una de las principales vías de comunicación que las comunidades de Santa Rosa tienen con el corregimiento de Bayunca, y cuando se construya la variante de Bayunca, se atravesaría el camino por una vía destinada al tráfico pesado. Se adujo que la importancia de comunicación con Bayunca la cual se ubicaba por fuera del corregimiento. Allí se encuentran los establecimientos educativos, los adultos van a comercializar el resto de sus cosechas y los conecta con la vía

de La Cordialidad, desde donde se desplazan a otros lugares, entre ellos, Cartagena. En este entendido, se señaló que la interrupción del camino veredal Bari-Bari podría crear un riesgo para los integrantes de las comunidades que deben cruzar la autopista para llegar a Bayunca y de ahí a La Cordialidad. En síntesis, se sostuvo que la interrupción del camino presentaría una fractura en los circuitos de intercambios sociales, culturales y de movilidad de la comunidad. Ello, con fundamento en lo dispuesto en la Sentencia SU-123 de 2018.

La razón que me impide apoyar el amparo de los derechos fundamentales incoados por el accionante es la falta de claridad en la afectación, de la cual depende la necesidad de adelantar la consulta previa correspondiente. Primero, no es posible evidenciar la afectación en el camino de Cancuda, pues la inspección judicial no pudo llegar hasta allí, en razón al mal estado de la vía. En consecuencia, considero que acorde con los elementos probatorios recolectados, no fue posible advertir una afectación sobre el mencionado camino veredal. Segundo, tampoco se vislumbró evidencia suficiente que permita concluir que el camino Buri Buri y el de Cancuda son las principales vías de comunicación que tienen con el corregimiento de Bayunca. La sentencia sostuvo que la futura variante de Bayunca interrumpirá el camino de Buri Buri, pues cuando se construya y entre en operación, atravesaría el camino e impediría la fluidez del mencionado camino de comunicación, lo que incluye circuitos de intercambio y relaciones sociales. Sin embargo, ello no se desprende del plano que muestra las interacciones que posibilita el camino de Buri-Buri, pues todos los puntos donde se encuentran las familias de consejos comunitarios están debajo de la línea por donde se cruza el camino con el proyecto de construcción vial, en donde se encuentran los establecimientos educativos.

Tercero, sobre la presunta afectación a sus fuentes hídricas, entre ellas al arroyo de Cancuda, a sus actividades de caza, cultivos, recolección de plantas y raíces medicinales, así como al patrimonio arqueológico y al aumento en la población foránea, la sentencia dijo que “[s]i bien la evidencia disponible en el expediente no permite a la Sala tener por probadas estas afectaciones, tampoco puede desestimar su ocurrencia.” Frente a ello, manifiesto mi total desacuerdo, en tanto y cuanto la Corte no puede dar por probadas como afectaciones

directas, eventuales afectaciones, frente a las cuales no tiene certeza de su concreción. Máxime, cuando conforme lo dispuso esta Corporación en la Sentencia SU-123 de 2018, existe una afectación directa de las minorías étnicas cuando; (i) se perturban las estructuras sociales y culturales; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento; (iii) se imposibilita realizar los oficios propios y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar, impactos que no se evidencian en este caso.

Cuarto y último, tampoco comparto la aplicación del concepto que se utilizó en la sentencia en relación con la ampliación del territorio. En la Sentencia SU-123 de 2018, esta Corporación recordó la existencia de dos conceptos de territorio; el geográfico y el territorio amplio. Este último, incluye “las zonas que habitualmente ha ocupado la comunidad indígena, al igual que los lugares en donde tradicionalmente los mencionados sectores de la sociedad han desarrollado sus actividades sociales, económicas, espirituales o culturales.” Para determinar el alcance del territorio amplio, así como si procede o no la consulta previa, la Corte ha dicho que es posible que las autoridades competentes evalúen la intensidad, la permanencia efectiva y el grado de exclusividad en la ocupación, entre otras variables. Ello es así, por cuanto los derechos de los pueblos indígenas sobre su territorio amplio no tienen el mismo alcance que aquellos concernientes a su territorio geográfico. Por lo cual, y ahí está mi discrepancia, no toda medida que pueda tener un impacto en ese territorio amplio implica automáticamente una afectación, y por consiguiente, que se haga exigible la consulta previa.

En el acta de la inspección judicial del 28 de julio de 2023, se dejó constancia que se está haciendo el trámite para la titulación colectiva. Además, se precisó que debido a que el terreno se ha venido encareciendo, sus propietarios han procedido a vender, por lo que algunos de esos territorios hacen parte de familias privadas. Sobre el particular, la sentencia adujo que “Aunque sus procesos organizativos son relativamente recientes, no existe evidencia que controvierta el reclamo de arraigo territorial que expresan dichas comunidades (...) [y que] “el hecho de que los integrantes de las comunidades étnicas accionante y vinculadas no tengan sus territorios titulados como territorios colectivos o resguardos, y que

dentro de su ámbito territorial existan predios de propiedad privada, no desvirtúa la procedencia de la consulta previa respecto de la construcción de la variante Bayunca.” A juicio de la Sala, dichos cambios en la configuración productiva y en la propiedad de la zona no implica la desaparición de las comunidades de la zona.

Con fundamento en todo lo expuesto, me aparto de la conclusión a la que llegó la Sala Tercera de Revisión, porque como lo expliqué previamente: (i) no existía legitimación en la causa, (ii) no hay certeza de una afectación real a las comunidades accionantes, y (iii) además, no existe una titulación colectiva que acredite su dominio sobre el territorio. A pesar de que la jurisprudencia de esta Corte ha ampliado el concepto de territorio a otras áreas habitualmente ocupadas por las comunidades indígenas, estas reglas no pueden ser extrapoladas sin un riguroso estudio a las comunidades afrodescendientes, en especial, por el concepto amplio de territorio – lo que incluye la consulta previa – por lo que al carecer de evidencia suficiente que compruebe la afectación, no había lugar a concederla.

En los anteriores términos, de manera respetuosa, dejo planteado mi disenso respecto de la decisión adoptada en la Sentencia T-039 de 2024.

Fecha ut supra.

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

2 Las páginas 69 y 68 del archivo “0.1DEMANDA” del expediente, corresponden a una copia de la Resolución No. 1197 del 21 de diciembre de 2016 “Por medio de la cual se reconoce y se inscribe la junta directiva del consejo comunitario de la comunidad negra del municipio de Santa Rosa del Norte del Departamento de Bolívar”, emitida por el alcalde municipal de Santa Rosa, norte de Bolívar.

3 Resolución No. 1907 del 31 de diciembre de 2019 “Por medio de la cual se reconoce y se inscribe la Junta Directiva del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de las diferentes del municipio de Santa Rosa Norte del Departamento de Bolívar” emitida por el alcalde municipal de Santa Rosa, Norte de Bolívar. Páginas 74 y 75 del archivo “0.1DEMANDA” del expediente digital.

4 Páginas 162 a 278, anexos de la demanda.

5 En este sentido, requirió información sobre (i) actos administrativos previos a la solicitud en relación con el proyecto y determinar claramente si la solicitud correspondía a áreas adicionales o cambios de actividades; (ii) “se requiere una descripción detallada de las actividades principales y complementarias de los proyectos, que se pretenden desarrollar desde la fase inicial hasta la etapa final.|| De igual manera, se deben describir los posibles impactos que puedan causar las actividades del proyecto en cualquier medio (físico-biótico, abiótico y socioeconómico), la descripción del uso de los recursos naturales del área, y si genera aprovechamiento de cuerpos de agua especificar los nombres de las fuentes hídricas, también especificar si se realizará emisiones atmosféricas y/o vertimientos, etc. || Lo anterior debido a que solo se adjunta un documento de alertas socio ambientales, pero en ninguna parte nombra las actividades puntuales del proyecto”. Páginas 70 a 73, anexos de la demanda.

6 Página 139 a 156, anexos de la demanda.

7 Página 156 a 159, anexos de la demanda.

8 Páginas 160 y 161, anexos de la demanda.

9 El Consejo Comunitario accionante afirma que la DANCP profirió la Resolución ST-1190 del 25 de julio de 2022, utilizando como antecedente la Certificación No. 1452 del 20 de octubre

de 2015 para el proyecto “ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA CONCESIÓN AUTOPISTAS DEL CARIBE UNIDAD FUNCIONAL 3 BAYUNCA-CLEMENCIA CONSTRUCCIÓN SEGUNDA CALZADA Y VARIANTES EN DOBLE CALZADA”, sin consultar la base de datos de la Administración municipal de Santa Rosa de Lima, la base de datos de la Dirección de Comunidades Negras, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, ni la base de datos de las CARs e instituciones académicas, culturales o investigativas. Página 59 del escrito de tutela.

10 Páginas 26 y 27 del escrito de tutela.

11 Archivo “Auto Admisorio Y-O Inadmisorio” <https://n9.cl/7bfox>

12 Archivo “05CONTESTACION” <https://onx.la/43bd5>

13 Se refiere a la acción de tutela presentada por el Consejo Comunitario de Comunidades Negras “Jamigton Balvín de Horta” contra el Ministerio del interior – Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa DANCP, Agencia Nacional de Infraestructura ANI y La Empresa Autopistas Del Caribe S.A.S., la cual fue resuelta, en primera instancia, por el juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena-Bolívar, y en segunda instancia, por el Tribunal Administrativo de Bolívar. Archivo “06CONTESTACIÓN” <https://onx.la/2f5ec>

14 <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/desarrollo/zipExpedientes//file.php?Id=C040377DA62260DF485C19EF113FCFDF1E19C98>

15 <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/desarrollo/zipExpedientes//file.php?Id=09BA0EF9A31641B1E33FA81ED23181C793C6135D>

16 <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/desarrollo/zipExpedientes//file.php?Id=63444B1FC3979FA35154DFCAC037FF604A442A7F>

17 Conformada por la magistrada Natalia Ángel Cabo y el magistrado Juan Carlos Cortés González.

19 La Magistrada sustanciadora advirtió que estas tres autoridades municipales pueden tener interés directo en este proceso, “comoquiera que (i) la acción de tutela está relacionada con el proyecto denominado “Construcción de la segunda calzada Bayunca – Clemencia, variante

Bayunca, correspondiente a la Unidad Funcional 3 del proyecto Corredor de Carga Cartagena – Barranquilla de la Concesión Vial Autopistas del Caribe S.A.S.”, localizado en jurisdicción de los municipios de Cartagena de Indias, Santa Rosa y Clemencia, en el departamento de Bolívar; (ii) estas autoridades cuentan con información relevante sobre la comunidad accionante, sobre la ejecución del proyecto que dio origen a la acción de tutela y la presencia de otros consejos comunitarios en el área de influencia, y (iii) podrían ser destinatarias de las órdenes que, eventualmente, dicte la Sala”.

20 <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?ld2=6537>

21 <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?ld2=653>

<https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?ld2=6542>

<https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?ld2=6544>

22 A la DANCP se le solicitó información sobre: (i) Cuál fue el proceso de expedición de la Resolución 1190 del 25 de julio de 2021. Especifique cuáles fueron las bases de datos consultadas, si realizó un análisis cartográfico del caso y visitas de verificación sobre la presencia de comunidades étnicas. Acompañe su respuesta con los documentos y constancias pertinentes; (ii) Cuál fue el criterio que utilizó para concluir que, para el proyecto “Construcción de la segunda calzada Bayunca – Clemencia, variante Bayunca, correspondiente a la unidad funcional 3 del proyecto corredor de carga Cartagena – Barranquilla de la concesión vial Autopistas del Caribe S.A.S”. procede la consulta previa con el Consejo Comunitario del Corregimiento De Bayunca, registrado ante a Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias-Bolívar; y no con el Consejo Comunitario de las comunidades negras de las veredas del Municipio de Santa Rosa de Lima-Bolívar. (iii) Indique cuál es el estado actual de los siguientes procesos de consulta previa, cuáles comunidades hacen parte de los mismos, e información cartográfica sobre los trazados y áreas de influencia de los mismos: (a) PROY-01360: “Construcción y operación del Gasoducto Paiva-Caracolí” b) PROY-01845 “Línea de transmisión Sabanalarga-Bolívar a 500 Kv.” (iv) Envíe cualquier otra información que considere relevante para resolver el caso de la referencia. <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?ld2=6534>

23 A la accionada se le pidió información sobre estado actual de ejecución del proyecto

“Construcción de la segunda calzada Bayunca-Clemencia, variante Bayunca, correspondiente a la unidad funcional 3 del proyecto corredor de carga Cartagena – Barranquilla de la concesión vial Autopistas del Caribe S.A.S.”
<https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?Id2=6536>

24 A la ANI se le solicitó (i) Información cartográfica sobre el trazado de la obra correspondiente a la “Construcción de la segunda calzada Bayunca-Clemencia, variante Bayunca, correspondiente a la unidad funcional 3 del proyecto corredor de carga Cartagena – Barranquilla de la concesión vial Autopistas del Caribe S.A.S.”, en adelante, el proyecto. (ii) Información precisa sobre el área de influencia directa del proyecto y el estado actual de avance en su ejecución. (iii) Indique cuáles son las veredas del Municipio de Santa Rosa de Lima que hacen parte del trazado del proyecto. (iv) Cuál es el estado actual de ejecución del proyecto. (v) Envíe cualquier otro tipo de información que considere relevante para resolver el asunto de la referencia. <https://onx.la/54ddd>

25 Al consejo comunitario accionante se le solicitó información sobre (i) La historia de sus comunidades, cuántas comunidades negras agrupan, cuántas personas hacen parte de ellas, su ubicación geográfica -de ser posible, haciendo énfasis en relación con el área de influencia del proyecto-, sus costumbres, las actividades económicas base de su sustento. Si lo considera pertinente, acompañe su respuesta con elementos cartográficos que ilustren a la Corte la localización de las comunidades agrupadas en este consejo comunitario en relación con el proyecto respecto de cual solicitan ser consultadas. (ii) Indique cuáles son las afectaciones directas que generaría el proyecto de construcción de la segunda calzada Bayunca-Clemencia, variante Bayunca, correspondiente a la unidad funcional 3 del proyecto corredor de carga Cartagena – Barranquilla de la concesión vial Autopistas del Caribe S.A.S., en su comunidad, en especial, explique de qué manera se ve impactado su territorio, sus actividades económicas, su cultura, sus estructuras sociales y sus formas de socialización. (iii) Cualquier otro aspecto que consideren relevante para resolver el caso. <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?Id2=6543>

26 Al sur con el Municipio de Turbaco, al este con el municipio de Villanueva, al oeste con el distrito de Cartagena, y al norte con los municipios de Clemencia y el corregimiento de Bayunca. La extensión del territorio municipal se divide en un 81,46% de zona rural y un 18,54% de zona urbana.

27 <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?Id2=6535>

28 Archivo “Anexo secretaria Corte Rta. Juzgado 10 Penal Municipal Función Control de Garantías Cartagena. <https://n9.cl/6ty2g>

29 <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?Id2=6672>

30 Consejo comunitario de la comunidad negra de Santa Rosa de Lima, Juan Cerpa de Tabacal, comunidades negras de Paiva Mamonal, cabildo indígena Zenú de Chiricoco.

31 Archivo “Rta. Autopistas del Caribe”.

32 Archivo “T-9370946 – Documentos Inspección Judicial Auto 18 -Julio de 2023” <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?Id2=6672>

33 Los actos administrativos aportados por la DANCP son: (i) la Resolución No. 42 del 10 de noviembre de 2016, mediante la cual se revocó parcialmente la Certificación No. 639 del 13 de mayo de 2015, con relación al proyecto “Gasoducto Variante Mamonal – Paiva”; y (ii) la Resolución N° 1723 del 16 de diciembre de 2021, por medio del cual se resuelve el recurso de reposición contra la Resolución N° ST-0504 del 31 de mayo de 2021, con relación al proyecto “Área de influencia del estudio de impacto ambiental área de perforación exploratoria SN-15.”

34 <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?Id2=6670>

35 Reconocidos por la Alcaldía del Municipio de Santa Rosa de Lima mediante Resolución 114 del 14 de febrero de 2020.

36 <https://lc.cx/siEikZ>

37 Esta resolución fue aportada al expediente por la DANCP, con ocasión de la inspección judicial, y se refiere al proceso de consulta previa con la empresa HOCOL S.A. para el proyecto de exploración de gases e hidrocarburos SN15.

38 Sentencia T-576 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. SPV. Mauricio González Cuervo.

39 OIT (1989). Convenio 169, artículo 12.

40 Sentencia T-172 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. En el mismo sentido, puede consultarse la Sentencia T-466 de 2012. M.P. (e) Adriana María Guillén Arango, que aceptó la legitimación de la ONIC para presentar acción de tutela, “a) es una entidad constituida para la defensa de los derechos constitucionales fundamentales de estas comunidades y b) su labor ha sido reconocida por éstas”.

41 Resolución No. 1907 del 31 de diciembre de 2019 de la Alcaldía Municipal de Santa Rosa de Lima-Bolívar, Por medio de la cual se reconoce y se inscribe la directiva del consejo comunitario de la comunidad negra de las diferentes del municipio de Santa Rosa Norte del Departamento de Bolívar, páginas 74 y 75 de los anexos de la demanda.

42 Resolución 016 del 16 de enero de 2023 por medio del cual se reconoce y registra el consejo comunitario de comunidades negras de Santa Rosa.

43 Resolución 028 del 30 de enero de 2023, por medio del cual resuelve el recurso de reposición y ratifica lo señalado en la Resolución 016 del día 16 de enero de 2023. Adicionalmente, radicaron dos derechos de petición a la dirección de Comunidades Negras del ministerio del Interior con radicados 202313030236492 ID 107236 y 202313030068952 ID 76165, en los cuales impugnaron la decisión del ente municipal y formularon una consulta jurídica respecto al tema.

44 El artículo 86 de la Constitución Política, establece el derecho que tiene toda persona para interponer una acción de tutela por sí misma o por medio de quien actúe a su nombre, con el fin de reclamar ante la administración de justicia la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estos hayan sido amenazados o vulnerados. El Decreto 2591 de 1991 recoge la legitimidad en el artículo 10 así: el amparo constitucional puede ser presentado i) por la persona directamente afectada; ii) a través de su representante legal, como es el caso de los niños o adolescentes, iii) mediante apoderado judicial o iv) por medio de agente oficioso. Al respecto, en la Sentencia T- 164 de 2021. M.P. Alejandro Linares Cantillo, se encontró satisfecho el requisito de legitimación en la causa por activa en un caso en el que la tutela fue interpuesta por el representante legal de un consejo comunitario, que había perdido dicha calidad antes de que la tutela fuera escogida para revisión por la Corte. En esa oportunidad, se tuvo en cuenta que (i) para el momento que interpuso la acción de tutela, el actor era el representante legal de la comunidad; y (ii) la persona que fue nombrada

posteriormente en ese cargo, envió un escrito en el que expresó que coadyuvaba y respaldaba los argumentos presentados por la comunidad durante todo el trámite de la tutela.

45 M.P. Juan Carlos Cortés González. SPV. Diana Fajardo Rivera.

46 Sentencias T-011 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger y SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes (c); reiteradas, entre otras, en las sentencias T-154 de 2021. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-032 de 2023. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar. SV. Antonio José Lizarazo Ocampo.

48 Sentencia T-154 de 2021. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

49 Sentencia T-541 de 2019. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. SV. Carlos Bernal Pulido.

50 En casos similares al que aquí se analiza, la Corte encontró acreditada la legitimación por pasiva de varias entidades de derecho público (Ministerio del Interior, de Transporte, la ANI y la ANLA) a las que comunidades indígenas de los pueblos Nasa y Mokaná acusaban de vulnerar su derecho a la consulta previa por haber desarrollado de manera inconsulta un proyecto vial en sus territorios. Al analizar este factor de procedibilidad, la Corte concluyó que todas las entidades tenían legitimación por pasiva, precisando que ello no significaba que “desde el punto de vista del análisis de fondo, pueda atribuírseles necesariamente la responsabilidad en el presunto compromiso de los derechos fundamentales de las accionantes”. Sentencias T-281 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-444 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-154 de 2021. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

51 Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes [E]. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. Carlos Bernal Pulido.

52 Sentencia T-436 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

53 Sentencia SU-383 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis. SV. Jaime Araújo Rentería. SPV. Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández, reiterada entre otras, en las sentencias T-698 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Humberto Antonio Sierra Porto y SU-111 de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SV. Alberto Rojas Ríos. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo.

54 Ver, entre otras, las sentencias SU-383 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis. SV. Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández; T-698 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; SU-111 de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SV. Alberto Rojas Ríos. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo; SU-121 de 2022. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. SV. Diana Fajardo Rivera y Karena Caselles Hernández [E]. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo.

55 Autopistas del Caribe. Respuesta a acción de tutela. 18 de enero de 2023, pp. – 4. Disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/desarrollo/zipExpedientes//file.php?Id=996795B8F1DA176EE7557B4C0A6B3153D4F89BB5>

56 Sentencia T-294 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

57 “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”.

58 Sentencia T-294 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

59 Sobre la relación entre el derecho a la consulta previa y la justicia ambiental, ver sentencias T-294 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa y SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes. AV. Carlos Bernal Pulido. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

60 Otras disposiciones del Convenio 169 de la OIT contienen obligaciones específicas en materia de consulta y participación en la elaboración de planes de desarrollo y en los estudios de impacto de medidas que puedan afectar a los pueblos indígenas y tribales (art. 7); la prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (art. 15); y la obligación de obtener el consentimiento cuando se pretenda trasladar a los pueblos de su territorio ancestral (art. 16). Además, en 2007, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI), donde se plasma el consenso actual sobre el alcance, contenido e interpretación de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Entre sus disposiciones sobre la materia se destacan la regla general de celebrar consultas orientadas a obtener el consentimiento libre, previo e informado (CLPI, en adelante) antes de adoptar y aplicar medidas administrativas o legislativas que afecten a los pueblos indígenas (art. 19),

de aprobar cualquier proyecto que afecte tierras, territorios, recursos, particularmente minerales, hídricos y otros (Art. 32), o de adoptar medidas orientadas a alcanzar los fines de la Declaración (art. 38). Además, establece la obligación de obtener el CLPI para el traslado de poblaciones (art. 10) y el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en sus territorios (Art. 29), así como el derecho a obtener reparación por las tierras, territorios y recursos que hayan sido utilizados, dañados, tomados, ocupados o confiscados sin CLPI (Art. 28).

61 M.P. Antonio Barrera Carbonell. SV Hernando Herrera Vergara, Vladimiro Naranjo Mesa, Fabio Morón Díaz, Jaime Vidal Perdomo.

62 Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes (conjuez). AV. Carlos Bernal Pulido. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. En esta decisión, la Corte amparó los derechos del pueblo Awá frente a la realización inconsulta de actividades de explotación petrolera en su territorio. Para ello sistematizó y unificó los estándares de consulta previa desarrollados por la Corte en su jurisprudencia anterior, retomando muchas de las consideraciones planteadas en la Sentencia SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa. AV. María Victoria Calle Correa. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Alejandro Linares Cantillo. SPV. Antonio José Lizarazo Ocampo, que decidió la tutela interpuesta por la comunidad Zenú de Jaraguay a raíz de la ampliación del relleno sanitario de Loma Grande. Entretanto, las reglas sintetizadas en la SU-123 de 2018 fueron retomadas y algunas de ellas reformuladas en la Sentencia SU-121 de 2022. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo. SV. Diana Fajardo Rivera. SV. Karena Kaselles Hernández (e), que resuelve la tutela interpuesta por autoridades del pueblo Arhuaco a raíz de la proliferación de centenares de proyectos exploratorios y extractivos inconsultos dentro del espacio de la Línea Negra.

63 Sentencia SU-121 de 2022. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo. SV. Diana Fajardo Rivera. SV. Karena Kaselles Hernández [E].

64 Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes (Conjuez). AV. Carlos Bernal Pulido. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez, párrafo 17.2.

65 Ibidem, párrafo 21.1.

66 Ibidem, párrafo 7.1.

67 Ibidem, párrafos 7.2 y 17.3.

68 Ibidem, párrafo 7.2.

69 Sentencia SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa. AV. María Victoria Calle Correa. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Alejandro Linares Cantillo. SPV. Antonio José Lizarazo Ocampo.

70 Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes (Conjuez). AV. Carlos Bernal Pulido. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez, párrafo 17.8.

72 Sentencia T-733 de 2017. M.P. ¿?.

73 Sentencia T-1045A de 2010. M.P. ¿?.

74 Sentencia T-256 de 2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez (e).

75 Sobre la distinción entre los conceptos de área de influencia y afectación directa, ver, entre otras, las sentencias SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa. AV. María Victoria Calle Correa. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Alejandro Linares Cantillo. SPV. Antonio José Lizarazo Ocampo; SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes (Conjuez). AV. Carlos Bernal Pulido. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-242 de 2023. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

76 Sentencia SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa. AV. María Victoria Calle Correa. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Alejandro Linares Cantillo.

77 Sentencias T-422 de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-164 de 2021. M.P. Alejandro Linares Cantillo. SPV. Paola Andrea Meneses Mosquera; T-242 de 2023. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-375 de 2023. M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

78 Sentencia T-164 de 2021. M.P. Alejandro Linares Cantillo. SPV. Paola Andrea Meneses Mosquera.

79 Decreto 2591 de 1991, artículos 3, 19, 21 y 32. En reiteradas ocasiones, la Corte ha

señalado que el juez de tutela está obligado, antes de tomar su decisión, a procurar el esclarecimiento del hecho, ordenando de oficio las pruebas pertinentes y necesarias para el efecto. Al respecto, se pueden consultar el Auto 208 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. AV. Alejandro Linares Cantillo, en el que, a su vez, se citan los siguientes fallos T-990 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-883 de 2004. M.P. Humberto Sierra Porto; T-591 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-600 de 2009 M.P. Juan Carlos Heno Pérez; T-923 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

80 Sentencia SU-768 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

81 Decreto 2591 de 1991, artículo 21, inciso final.

82 Sentencia SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa. AV. María Victoria Calle Correa. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Alejandro Linares Cantillo, párrafo 175. En aplicación de esta regla, la Corte ha ordenado la práctica de inspecciones judiciales o de visitas por parte de la Defensoría del Pueblo en el trámite de acciones de tutela en los que se solicita el amparo del derecho a la consulta previa y otros derechos fundamentales cuando existían dudas sobre la potencial afectación directa a las comunidades accionantes derivada de la ejecución de proyectos, obras o actividades. Ver, entre otras, las sentencias T-428 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón. AV. José Gregorio Hernández Galindo; T-129 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes (Conjuez). AV. Carlos Bernal Pulido. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

83 Sentencia T-614 de 2019. M.P. Alberto Rojas Ríos.

84 Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes (Conjuez). AV. Carlos Bernal Pulido. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez, párrafo 21.2.

85 Sentencia T-219 de 2022. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

86 Sentencia C-086 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado. En esta decisión, al declarar exequible por los cargos analizados, la expresión “podrá” contenida en el artículo 167 del Código General del Proceso, la Corte señaló que “en algunos casos el decreto oficioso de pruebas o la distribución de su carga probatoria dejan de ser una potestad del juez y se erige en un verdadero deber funcional”.

87 Sentencia T-219 de 2022. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, párrafo 87.

88 Sentencia SU-121 de 2022. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo. SV. Diana Fajardo Rivera. SV. Karena Kaselles Hernández (e), párrafos 112 a 114.

89 Como se recogió en el fundamento 7.3 de la SU-123.

90 Aprobada por la Resolución 61/295.

91 Sentencia SU-121 de 2022. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo. SV. Diana Fajardo Rivera. SV. Karena Kaselles Hernández (e), párrafo 112.

92 Ibidem, párrafo 113.

93 Sentencia T-428 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón. AV. José Gregorio Hernández Galindo, ampara a la comunidad Embera – Chamí de Cristianía (Andes, Antioquia) por los daños ocasionados por la ampliación, rectificación y pavimentación de la Troncal del Café.

94 Sentencia T-129 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, ampara los derechos de las comunidades Embera – Katío de los resguardos Pescadito – Chidima y Tolo (Acandí, Chocó), quienes alegaban la vulneración de sus derechos fundamentales, entre ellos el de consulta previa, debido a la omisión de consultar el otorgamiento de títulos mineros en su territorio, la construcción de un tramo de la carretera Acandí – Unguía que atravesaba el área de ambos resguardos y la instalación de torres y redes eléctricas destinadas al proyecto de interconexión vial entre Panamá y Colombia.

95 Sentencia T-745 de 2010 (M.P. Humberto Sierra Porto) tuteló el derecho a la consulta previa de las comunidades negras de los corregimientos de Pasacaballos y Barú (Cartagena), con ocasión de la construcción y mejoramiento de la vía transversal Barú.

96 Sentencia T-154 de 2021 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) tuteló los derechos al reconocimiento de la identidad y autonomía, consulta previa y petición de la comunidad indígena Telar Luz del Amanecer, vulnerado por la realización inconsulta de un proyecto de mejoramiento de vías terciarias en los municipios de Orito y Valle de Guamuez (Putumayo), como también por la posición adoptada por la Alcaldía de Orito sobre la irrelevancia de la consulta previa y la omisión de la Gobernación de Putumayo de dar respuesta a las

peticiones de la comunidad en relación con el proyecto vial.

97 Sentencia T-444 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, amparó los derechos de la comunidad indígena de Mokaná vulnerados por la omisión de certificar su presencia y efectuar consulta previa respecto del proyecto vial Cartagena-Barranquilla – Circunvalar de la Prosperidad.

98 T-541 de 2019. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. SV. Carlos Bernal Pulido, tuteló el derecho a la consulta previa de la parcialidad indígena Jatani Dtona (pueblo Murui Muina o Huitoto) contra el Invías, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, Corpoamazonía y el Consorcio Andino 049, afectado por la realización inconsulta del proyecto de mejoramiento vial Villagarzón – San José del Fragua (San José del Fragua, Caquetá).

99 Sentencia T-348 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, resolvió la tutela interpuesta por los integrantes de una asociación de pescadores artesanales que se vieron privados del acceso a la playa donde tradicionalmente habían ejercido su oficio a raíz de la construcción del Anillo vial Malecón de Crespo en Cartagena. La Corte no amparó el derecho a la consulta previa pues no se probó que la asociación actora hiciera parte de una comunidad indígena, afrodescendiente o tribal; sin embargo, amparó sus derechos a la participación, alimentación, trabajo y libre escogencia de profesión u oficio.

100 Sentencia T-657 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa), amparó el derecho a la consulta previa de los integrantes del consejo comunitario de Mulaló (Yumbo, Valle) vulnerado debido a la definición inconsulta del trazado de la vía Paso de la Torre – Loboguerrero, el cual fragmentaba el ámbito territorial de la comunidad.

101 Sentencia T-436 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos, concedió la tutela interpuesta por varias parcialidades indígenas del pueblo Zenú afectadas por la construcción inconsulta de la doble calzada Sincelejo – Toluviéjo.

102 La Corte ha tutelado los derechos de comunidades indígenas y negras afectadas por la construcción de proyectos viales o la no certificación de presencia en su área de influencia en las sentencias T-428 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón. AV. José Gregorio Hernández Galindo; T-745 de 2010. M.P. Humberto Sierra Porto; T-129 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-348 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-693 de 2012. M.P. María Victoria Calle

Correa; T-993 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa; T-657 de 2013; T-436 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-281 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-444 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-541 de 2019. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. SV. Carlos Bernal Pulido; T-154 de 2021. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

103 Sentencias T-416 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo. SV. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-242 de 2023. M.P. Alejandro Linares Cantillo. En la primera de ellas, la Sala Tercera de Revisión concluyó que, a pesar de existir un traslape entre el proyecto vial Pacífico Tres y el territorio de la comunidad Embera-Chamí de La Albania (Caldas), esta no había demostrado las afectaciones directas que ello ocasionaba a su cosmovisión, tradición cultural y espiritual o a sus modos de subsistencia. En la segunda decisión, la Sala Quinta de Revisión consideró que la comunidad Inga de Santiago (Putumayo) tampoco había demostrado dichas afectaciones en relación con un proyecto de mejoramiento de vías urbanas que se adelantaba frente a la Casa Cabildo.

104 En la Sentencia T-112 de 2018. M.P. Alejandro Linares Cantillo, la Sala Cuarta de Revisión consideró que no se evidenciaba el incumplimiento de los compromisos acordados con la Parcialidad Indígena de la Laguna de Pejendino (Pasto, Nariño) durante la consulta del proyecto vial “Rumichaca – Pasto – Chachagüi – Aeropuerto”, pues se adelantaba el proceso de estructuración de los proyectos requeridos para cumplir dichos acuerdos. Entretanto, en la Sentencia T-151 de 2019 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas) la Sala Octava de Revisión concluyó que, pese a los inconvenientes en el trámite de reubicación de algunas familias del consejo comunitario de la comunidad negra de Tafetanes (Sopetrán, Antioquia), acordado en la consulta previa del Proyecto Autopista del Mar, no podía concluirse que existía incumplimiento pues se estaban adelantando medidas para cumplir con lo concertado.

105 La génesis de esta interpretación puede verse, entre otras en las sentencias T-376 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa; T-661 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez; C-389 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa. AV. María Victoria Calle Correa. AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Jorge Iván Palacio Palacio. AV. y SPV. Luis Ernesto Vargas Silva. SPV. Alejandro Linares Cantillo; y SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa. AV. María Victoria Calle Correa. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Alejandro Linares Cantillo. SPV. Antonio José Lizarazo Ocampo.

106 Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes (conjuez). AV. Carlos Bernal Pulido. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez, párrafo 17.10.

107 En relación con este punto, la Corte ha identificado un patrón de dilación injustificada en los procesos de delimitación, saneamiento y titulación de territorios a comunidades indígenas y negras. Ver, entre otras, las Sentencias T-380 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-433 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo; T-693 de 2011. M.P. José Ignacio Pretelt Chaljub; T-698 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Humberto Sierra Porto; T-009 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-379 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-530 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-737 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo; y T-153 de 2019. M.P. Alberto Rojas Ríos. SV. Carlos Bernal Pulido.

108 Sentencia SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa. AV. María Victoria Calle Correa. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Alejandro Linares Cantillo. SPV. Antonio José Lizarazo Ocampo.

109 La Corte ha examinado este fenómeno, entre otras, en las Sentencias SU-510 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. SV. José Gregorio Hernández Galindo, Vladimiro Naranjo Mesa, Hernando Herrera Vergara; y C-047 de 2022. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo. AV. Diana Fajardo Rivera. AV. Jorge Enrique Ibáñez Najar. AV. Alejandro Linares Cantillo. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo. AV. José Fernando Reyes Cuartas. SPV. Alberto Rojas Ríos.

110 Sentencia SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa. AV. María Victoria Calle Correa. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Alejandro Linares Cantillo. SPV. Antonio José Lizarazo Ocampo.

111 Ibidem., párrafo 164.

112 Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes (conjuez). AV. Carlos Bernal Pulido. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez, párrafo 8.9.

113 Ibidem, párrafo 17.5.

115 Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el

territorio nacional, incorporado en el artículo 2.14.7.1.2 del Decreto 1071 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo, Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural.

116 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.

117 Subrayas añadidas.

118 M.P. Antonio Barrera Carbonell. SV. Hernando Herrera Vergara, Vladimiro Naranjo Mesa, Fabio Morón Díaz, Jaime Vidal Perdomo.

119 Entre las decisiones que han amparado el derecho a la consulta previa de comunidades étnicas respecto de obras susceptibles de afectar porciones de su territorio no tituladas como resguardo o territorio colectivo, véase las sentencias T-547 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo (Puerto Multipropósito Brisa en territorio de los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta); T-693 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (proyecto Oleoducto de los Llanos en territorio no titulado de las comunidades Turpial-La Victoria y Achagua Piapoco); T-294 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa (construcción relleno sanitario en territorio no titulado de la comunidad indígena Venado, pueblo Zenú); SU-133 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. Aquiles Arrieta Gómez [E]. AV. María Victoria Calle Correa. SV. Alejandro Linares Cantillo. SV. Antonio José Lizarazo Ocampo. AV. Jorge Iván Palacio Palacio (explotación aurífera en Marmato, en territorio habitado por la parcialidad indígena de Cartama y la población afrodescendiente del municipio); T-446 de 2021. M.P. José Fernando Reyes Cuartas (construcción de una antena de comunicaciones en territorio del consejo comunitario de las comunidades negras de Mindalá); T-219 de 2022. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado (construcción de subestación eléctrica y líneas de transmisión en territorio no titulado del consejo comunitario COCONEBO); T-375 de 2023. M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera (proyectos mineros de carbón a cielo abierto en territorio ancestral del pueblo Yukpa).

120 Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes (conjuez). AV. Carlos Bernal Pulido. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez, párrafo 22.19 a 22.21.

121 Sentencia T-219 de 2022. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, párrafo 91.

122 Sentencia T-657 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa, la cual precisa que “para que un proyecto sea consultado no es necesario que la afectación se produzca en territorios colectivos”.

123 Sentencia T-436 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos, donde se señala que: “los proyectos de infraestructura vial tienen la posibilidad de afectar de manera directa a las comunidades que se encuentran en su zona de influencia, de modo que las colectividades deben ser consultadas sobre esas medidas. La interferencia que padecen los grupos étnicos diferenciados en sus territorios comprende las zonas que se encuentran tituladas, y todas aquellas franjas que han sido ocupadas ancestralmente y que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas, religiosas y espirituales. En esta denotación amplia de territorio adquieren importancia los lugares sagrados que no se encuentran al interior de los resguardos, pues en ellos la comunidad indígena puede desenvolverse libremente según su cultura y mantener su identidad”.

124 Sentencia T-281 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. En ella la Corte indica que: “no puede asumirse que cuando se alude a la afectación directa se hace referencia, únicamente, a la tierra de la comunidad y, mucho menos, a la tierra titulada, que el Estado le ha reconocido. Ello cobra mayor sentido si se tiene en cuenta que la dinámica territorial de una comunidad puede variar por fuerzas internas o externas a ella”. Señala además que: “los proyectos de infraestructura vial pueden generar afectaciones directas cuando intervienen el territorio ancestral o étnico, y no solo las tierras tituladas a favor de las comunidades¹²⁴. Es decir, hay afectación directa cuando el plan o proyecto vial se concentra en áreas en las que la comunidad indígena se desarrolla espiritual, ritual, económica y/o socialmente”.

125 Sentencia T-444 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

126 Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes (conjuez). AV. Carlos Bernal Pulido. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez, sección 13.

127 Ibidem, párrafo 17.9.

128 Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”, resolución 17/4, de 16 de junio de 2011, A/HRC/17/31.

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

130 Este párrafo sintetiza las consideraciones sobre debida diligencia de Estado y empresas contenida en la sección 13 de la Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes (conjuez). AV. Carlos Bernal Pulido. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

131 Sentencia T-219 de 2022. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. En aplicación de dicha regla, la Sala Sexta de Revisión concluyó que la empresa accionada (Grupo de Energía de Bogotá) había actuado en el marco de la debida diligencia por cuanto, luego de haber tramitado la certificación de procedencia de consulta previa, y tras conocer de la presencia del consejo comunitario accionante (COCONEBO) en la zona donde adelantaba un proyecto, adelantó las gestiones necesarias ante el Ministerio del Interior para que la DANCP determinara la procedencia de consulta previa respecto de dicha comunidad. Además, realizó acercamientos de buena fe con ella a fin de evaluar los impactos del proyecto y consultarles sobre las obras, pese a la negativa de la DANCP de adelantar el respectivo trámite de certificación.

132 Un ejemplo de ello es el caso decidido en la Sentencia T-880 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

133 Para citar solo las decisiones proferidas en este período en relación con proyectos viales inconsultos debido a la expedición irregular de las certificaciones del Ministerio del Interior, véase las sentencias T-693 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa; T-993 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa; T-657 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa; y T-436 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

134 Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes (conjuez). AV. Carlos Bernal Pulido. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez, párrafo 17.13, que condensa las consideraciones desarrolladas en la sección 12.

135 Ibidem., párrafo 12.10.

136 Por el cual se modifica la estructura del Ministerio del Interior y se determinan las funciones de algunas dependencias.

137 Así en el numeral 1º del artículo 16A del Decreto 2353 de 2019 indica como función de la Subdirección Técnica de Consulta Previa: “Determinar la procedencia y oportunidad de la consulta previa para la adopción de medidas administrativas y legislativas y la ejecución de los proyectos, obras, o actividades, de acuerdo con el criterio de afectación directa, y con fundamento en los estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que se requieran”. (Subrayas añadidas).

138 Directiva Presidencial No. 08 del 9 de septiembre de 2020, “Guía para la realización de consulta previa”.

139 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

140 Sentencia T-281 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. En ella la Sala Sexta de Revisión señala: “con fundamento en el apoyo de las entidades territoriales sugerido en la Sentencia SU-123 de 2018, el proceso de verificación de la existencia de afectaciones directas en relación con un determinado proyecto vial, debe involucrar en forma participativa a las comunidades presentes en las entidades territoriales sobre las que pasa o habrá de pasar la vía. Ello implica no solo la garantía de la participación efectiva de las comunidades, sino que puede hacer más efectivo el proceso de verificación, al someterlo a la depuración material de la información suministrada por el ejecutor de la obra”. (Subrayas añadidas).

141 Ibidem.

142 Sentencia T-444 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

143 Sentencia T-541 de 2019. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. SV. Carlos Bernal Pulido.

144 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

145 Sentencia T-154 de 2021. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, consideraciones 93 a 95. (subrayas añadidas)

146 Sentencia SU-121 de 2022. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo. SV. Diana Fajardo Rivera. SV. Karena Kaselles Hernández [E]. Párrafo 53.

147 Sentencia T-219 de 2022. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

148 Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes (conjuez). AV. Carlos Bernal Pulido. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez, párrafos 17.11 y 17.12.

149 Acta de inspección judicial, expediente T-9.370.946, pág. 4, disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?Id2=6672>

150 “Sobre la procedencia de la consulta previa con comunidades étnicas para proyectos obras o actividades”, págs. 9-10, disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/desarrollo/zipExpedientes//file.php?Id=69C65131F965430181F26FFFD5C45AC157263654>

151 <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?Id2=6545>

152 Acta de inspección judicial, expediente T-9.370.946, pág. 4, disponible en: <https://n9.cl/4veyg>

153 DANCP, Resolución ST-1190 de 25 de julio de 2022, “Sobre la procedencia de la consulta previa con comunidades étnicas para proyectos obras o actividades”, pág. 2, disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/desarrollo/zipExpedientes//file.php?Id=69C65131F965430181F26FFFD5C45AC157263654>

154 Ibidem, pp. 4-7.

155 ANI, Respuesta Auto 265-2023, disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?Id2=6545>

156 ANI, Comunicación enviada el 10 de agosto de 2023, pág. 4, disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?ld2=6669>.

157 Autopistas del Caribe, Respuesta a la información solicitada en el Auto del 18 de julio de 2023, disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?ld2=6536>.

158 ANI, Respuesta Auto 265-2023, disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?ld2=6545>.

159 Disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?ld2=6545>.

160 DANCP, Resolución ST-1190 de 25 de julio de 2022, “Sobre la procedencia de la consulta previa con comunidades étnicas para proyectos obras o actividades”, p. 14.

161 Ministerio del Interior, Informe de respuesta Auto 18 de julio de 2023 (Radicado 2023-2-001404-032444), pág. 19, disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?ld2=6534>

162 Ibidem, p. 20.

163 Ibidem, p. 21.

165 Ambas actas están disponibles en <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?ld2=6534>

166 Esta resolución fue aportada al expediente por la DANCP, como parte de la información que le fue solicitada por el Despacho durante la diligencia de la inspección judicial, y se refiere al proceso de consulta previa con la empresa HOCOL S.A. para el proyecto de exploración de gases e hidrocarburos SN15. Disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?ld2=6662> (Archivo “Rta. Ministerio del Interior”).

167 DANCP, Resolución ST-1190 de 25 de julio de 2022, sobre la procedencia de la consulta previa con comunidades étnicas para proyectos obras o actividades, pp. 11-12.

168 Alcaldía Municipal de Santa Rosa de Lima, Respuesta al Auto del 18 de julio de 2023, p. 11, disponible en <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?ld2=6537>

169 Ibidem, p. 4.

170 Acta de inspección judicial, pág. 8 y Audio 01-Instalación IJ e intervenciones en la Alcaldía de Santa Rosa, disponibles en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?ld2=6732> (Archivo 38 T-9370946 – Documentos Inspección Judicial).

171 Las cuales fueron analizadas en la sección 4 de esta providencia.

172 Sentencia T-219 de 2022. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

173 Ibidem, resolutivo cuarto.

174 Ver, para el caso de proyectos viales, las sentencias T-416 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo. SV. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-242 de 2023. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

175 Sobre la necesidad de notificar el acto de iniciación y sus resultados no sólo a la entidad ejecutora del proyecto sino a las comunidades localizadas en los municipios bajo cuya jurisdicción se desarrollará el proyecto, llamó la atención la Corte en la Sentencia T-281 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

176 Así lo acreditan: (i) el Acta de la Asamblea General del Consejo Comunitario de Santa Rosa de Lima realizada el 11 de diciembre de 2022, disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?ld2=6543> ; (ii) el Censo del Consejo Comunitario de Santa Rosa de Lima, disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?ld2=6662> (link de CamScanner contenido en el archivo “Rta. Consejo Comunitario de Santa Rosa”).

177 Acta de inspección judicial, pág. 5, disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?ld2=6732> (Archivo 38 T-9370946 – Documentos Inspección Judicial).

178 Ibidem, pág. 6.

179 Archivo “Respuesta a la magistrada – Santa Rosa de Lima 07-2023”, págs. 7-8, disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?ld2=6543>.

180 Copias de las Resoluciones 142 de 3 de marzo de 2023 y 351 de 28 de marzo de 2023, por las cuales la Alcaldía de Santa Rosa de Lima reconoce la junta directiva de los consejos comunitarios “Juan Cerpa de Tabacal” y Paiva Mamonal, respectivamente, para el período 2023-2025 fueron aportadas por la Secretaria de Gobierno y Cultura del municipio durante la inspección judicial practicada en el trámite de revisión, disponibles en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?ld2=6732> (Archivo 38 T-9370946 – Documentos Inspección Judicial)

181 La Secretaria de Gobierno y Cultura del Municipio de Santa Rosa aportó copia de estos durante la diligencia de inspección judicial, disponibles en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?ld2=6732> (Archivo 38 T-9370946 – Documentos Inspección Judicial)

182 Acta de inspección judicial, pp. 3-4, disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?ld2=6732> (Archivo 38 T-9370946 – Documentos Inspección Judicial)

183 Archivo “Rta. Autopistas del Caribe” y, dentro de este, “ADC_0007903_0”, pp. 2-3, disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?ld2=6662>

184 IGAC, Informe Técnico y Cartografía, disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?ld2=6547>

185 Acta de inspección judicial, pág. 9, videos 10 “Parada 4-vereda Buri-Buri cerca la Y”, minuto 7 y ss, 11 y 12 “Parada 5 – Caraquitas”, disponibles en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?ld2=6732> (Archivo 38 T-9370946 – Documentos Inspección Judicial).

En tal sentido, no es exacto lo que afirma Autopistas del Caribe cuando señala que: “En el marco de la inspección y por iniciativa de los miembros de la comunidad se verificaron los siguientes lugares que se señalaban como fuentes de sustento: (i) Finca la Esperanza; (ii)

Arroyo Cacunda y (iii) Caraquita”. Archivo “Rta. Autopistas del Caribe” y, dentro de este, “ADC_0007903_0”, pág. 3, disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?Id2=6662>

186 Acta de inspección judicial, pág. 6, disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?Id2=6732> (Archivo 38 T-9370946 – Documentos Inspección Judicial). También la representante del Consejo Comunitario de Paiva Mamonal señaló que el camino de Buri-Buri “es usado por nuestros jóvenes que están inscritos en el colegio de bachillerato en bayunca, quienes en semovientes, motos o bicicletas lo transitan para ir al colegio”. Archivo “Rta. Consejo Comunitario Comunidades Negras Vereda Paiva Mamonal”, p. 3, disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?Id2=6662>

187 Acta de inspección judicial, p. 4, disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?Id2=6732> (Archivo 38 T-9370946 – Documentos Inspección Judicial).

188 Ibidem, p. 9. Véase además video 10 “Parada 4, vereda Buri-Buri cerca de la Y”, disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?Id2=6732> (Archivo 38 T-9370946 – Documentos Inspección Judicial).

189 Archivo “Rta. Consejo Comunitario Comunidades Negras Vereda Paiva Mamonal”, p. 4, disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?Id2=6662>.

190 Extraído del documento presentado por el Consejo Comunitario de Santa Rosa de Lima en respuesta al Auto de pruebas del 18 de julio de 2023, disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?Id2=6543> (Archivo “Respuesta a la magistrada – Santa Rosa de Lima, p. 24).

191 Archivo “Rta. Autopistas del Caribe” y, dentro de este, “ADC_0007903_0”, págs. 4 y 5, disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?Id2=6662>

192 Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes (conjuez). AV. Carlos Bernal Pulido. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez, párrafo 17.7.

193 Ibidem, párrafos 20.2 y 20.4.

194 Ibidem, párrafos 24.7 y 24.11.

196 Ver la síntesis de algunas de estas decisiones en los considerandos 96 a 98 de esta providencia.

197 Sentencia SU-121 de 2022. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo. SV. Diana Fajardo Rivera. SV. Karena Kaselles Hernández (e), párrafos 112 a 114. Estos criterios son recogidos en los párrafos 87 y 88 de esta providencia.

198 Archivo “Rta. Autopistas del Caribe” y, dentro de este, “ADC_0007903_0”, p. 5, disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?Id2=6662>. Para sustentar esta afirmación, la empresa accionada presenta el Certificado Catastral Nacional 5425-552182-51874-3722057 del 11 de junio de 2022 y un total de ocho (8) certificados de tradición de predios al parecer ubicados en la zona donde se adelantará el proyecto.

199 Corporación Ilex Acción Jurídica, disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?Id2=6535>

200 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

201 Debe señalarse, además, que el cálculo de distancia entre la vereda Tabacal y la proyectada Variante de Bayunca, presentado por la accionada, no especifica desde cuál de los sectores de la Vereda Tabacal se llevó a cabo la medición. Como lo indicó la Secretaría de Gobierno y Cultura del Municipio de Santa Rosa de Lima en la inspección judicial, la Vereda Tabacal, una de las más grandes del municipio, comprende los sectores de Salto el Burro, Ahogagato y Central. Acta de inspección judicial, pág. 3, disponible en: <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?Id2=6732> (Archivo 38 T-9370946 – Documentos Inspección Judicial)

202 Sentencia SU-121 de 2022. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo. SV. Diana Fajardo Rivera. SV. Karena Kaselles Hernández [E], párrafo 113.

203 Ibidem, párrafo 113.

204 Ibidem.

205 Ibidem.

206 Ibidem.

207 Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes (Conjuez). AV. Carlos Bernal Pulido. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez, párrafo 21.2.

208 Ver al respecto las decisiones sistematizadas en los considerandos 96 a 98 de esta providencia.

209 ¿Las entidades Autopistas del Caribe S.A.S., ANI y DANCP desconocieron el derecho a la consulta previa y el deber de protección especial a la diversidad étnica y cultural de la comunidad accionante y otras comunidades étnicas en Santa Rosa de Lima al (i) omitir verificar la presencia de estas comunidades en el municipio, (ii) omitir analizar las posibles afectaciones directas que podrían surgir de la construcción de la Unidad Funcional 3 del proyecto vial corredor de carga Cartagena-Barranquilla antes de emitir la Resolución DANCP ST-1190 de 25 de julio de 2022, y (iii) no dar inicio al proceso de consulta previa con estas comunidades después de tener conocimiento de su presencia y de las posibles afectaciones directas resultantes de la obra?

210 <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?Id2=6732> Ruta de acceso: Carpetas, Rta. Autopistas del Caribe, Rta. Autopistas del Caribe Anexos, Respuesta radicado interno 1051 Alcaldía de Santa Rosa.

211 Ver hechos 8 y 9.

212 Por el cual se cambia la naturaleza jurídica, cambia de denominación y se fijan otras disposiciones del Instituto Nacional de Concesiones (INCO).

213 En la Sentencia SU 121 de 2022 la Sala Plena señaló, entre los criterios para identificar el grado de afectación de una medida, que “la perspectiva de las comunidades étnicas sobre la caracterización del grado de afectación resulta especialmente importante y, en consecuencia, debe presumirse cierta cuando aporten, en el marco de un diálogo intercultural, elementos y fundamentos mínimos que permitan identificar el sustento de

dicha caracterización”.

214 El Plano 4 muestra el recorrido de la inspección judicial en relación con el proyecto vial.

215 El arroyo Cacunda está representado en el plano 4 por la línea verde que, partiendo del arroyo Tabacal, sube en dirección vertical y se cruza por primera vez con el proyecto vial (representado en doble línea amarilla y rosada) en un punto por debajo del que marca la parada 2 (P2) de la inspección judicial, realizada en el punto en el que el arroyo Cacunda se cruza con el camino Buri-Buri. El segundo cruce se aprecia más arriba, en el punto en el que la línea verde (arroyo Cacunda) que sigue a la derecha en sentido horizontal luego de la parada 5 (P5) se cruza con el proyecto vial (representado en doble línea ama