

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA A COMUNIDADES INDIGENAS Y AFRODESCENDIENTES-Improcedencia por cuanto no se observa una afectación directa sobre las comunidades étnicas que vulnere el derecho fundamental a la consulta previa

(...) la construcción y puesta en funcionamiento de una planta de almacenamiento de gas licuado de petróleo (GLP)..., no se ejecuta dentro del territorio de la Comunidad Negra ..., al estar ubicada en la Zona Franca ... y que, al no existir evidencia concreta sobre la afectación directa del proyecto en la estructura territorial, cultural, social, espiritual o económica de la comunidad afrodescendiente, no es posible advertir la vulneración al derecho a la consulta previa de la comunidad accionante.

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA DE COMUNIDAD AFRODESCENDIENTE-Toda persona que acredite la condición de hacer parte de una comunidad étnica está legitimada para solicitar protección de sus derechos

ACCION DE TUTELA PARA LA PROTECCION DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Reglas de procedencia

(...) concurren dos hechos que permiten acreditar el requisito de subsidiariedad: (i) se trata de comunidades étnicas; y (ii) existe un reproche a la implementación del proyecto de GLP, que no fue precedido por la consulta previa, lo que, potencialmente desconocería el derecho fundamental de dichas comunidades.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS Y GRUPOS ETNICOS-Contenido y alcance

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS Y GRUPOS ETNICOS-Convenio 169 de la OIT, bloque de constitucionalidad y jurisprudencia constitucional

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

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

|                      |                               |                        |         |
|----------------------|-------------------------------|------------------------|---------|
| ZONAS                | FRANCAS-Definición/ZONAS      | FRANCAS-Finalidad/ZONA | FRANCA- |
| Reglamentación/ZONAS | FRANCAS-Regla de exclusividad |                        |         |

(...) una Zona Franca es un espacio dentro del territorio nacional en donde se desarrollan actividades industriales o comerciales, bajo una normatividad especial en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior. En ese sentido, una de las restricciones que rige el desarrollo de cualquier actividad en este lugar es el “principio de exclusividad”, que implica los usuarios industriales de bienes o servicios deberán estar instalados exclusivamente en las áreas declaradas como zona franca y garantizar que el desarrollo su objeto social y actividad generadora de renta se produzca exclusivamente en las áreas declaradas como zona franca.

PRINCIPIO DE PREVENCIÓN AMBIENTAL-Aplicación

(...) el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena -EPA Cartagena- y demás autoridades ambientales competentes deberán, en el marco de sus funciones constitucionales y legales: (i) vigilar el cumplimiento de las medidas de mitigación de riesgos e impacto ambiental del proyecto; y (ii) y dar a conocer en favor de la comunidad accionante las medidas que les puedan permitir adoptar respuestas ante una posible emergencia.

DERECHO DE PETICIÓN DE COMUNIDAD AFRODESCENDIENTE-Orden de entregar información sobre plan de manejo ambiental y de potenciales riesgos

Referencia: Expediente T-7.876.208

Acción de tutela interpuesta por el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Pasacaballos contra Plexaport S.A.S.; la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias -Secretaría del Interior-; la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique -CARDIQUE-; la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-; y la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, Paola Andrea Meneses Mosquera

y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES

#### A. LA DEMANDA DE TUTELA

1. El señor Juan David Cassiene Fuentes, en calidad de representante legal de la Junta Directiva del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de Pasacaballos (en adelante, el “Consejo Comunitario”), interpuso acción de tutela contra Plexaport S.A.S. (en adelante, “Plexaport”); la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias -Secretaría del Interior-; la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique -CARDIQUE-; la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-; y la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

1. En concepto del actor, las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales de petición, de identidad étnica y cultural, libre determinación, autonomía y participación del

Consejo Comunitario, por haber omitido la realización del proceso de consulta previa para la ejecución del proyecto de construcción de una planta de almacenamiento de Gas Licuado de Petróleo (GLP), que, presuntamente, genera una afectación directa a la comunidad afrodescendiente.

1. Por lo anterior, solicitó al juez de tutela que (i) ampare los derechos fundamentales vulnerados; (ii) ordene a todas las entidades demandadas que, a la mayor brevedad posible, convoquen al Consejo Comunitario para adelantar un proceso de consulta previa, “que consistirá en conocer plenamente el proyecto, en identificar los impactos ambientales, espirituales, culturales y sociales que la actividad realizada por PLEXAPORT genera en la comunidad afro de Pasacaballos”; y (iii) vincule a la Procuraduría Delegada para Asuntos Étnicos de Cartagena, a la Personería Distrital de la misma ciudad y a la Defensoría del Pueblo.

#### A. HECHOS RELEVANTES

1. El actor manifestó que los miembros del Consejo Comunitario, se reconocen como una comunidad étnica afrodescendiente, que comparte un territorio, usos, costumbres ancestrales y afinidades históricas. Adujo que el propósito de la comunidad es velar por el respeto y la integridad de su territorio ancestral, procurar que en este se garantice la protección ambiental, así como la participación en los diferentes tipos de proyectos que puedan generar una afectación directa o perjuicios sobre este (portuarios, urbanísticos, industriales y turísticos)<sup>1</sup>.

1. Afirmó que por “rumores” e información suministrada, de manera informal, por miembros de la comunidad negra de Pasacaballos, el Consejo Comunitario tuvo conocimiento de que la empresa Plexaport estaba realizando un proyecto que implica la manipulación de hidrocarburos -sin especificar- en proximidades de la jurisdicción del corregimiento de

Pasacaballos. En concreto, adujo que la obra colinda no sólo con la vía principal de entrada a la comunidad, sino que “se encuentra peligrosamente cerca de sectores periféricos, donde habitan comunidades en situaciones precarias de vida, necesidades insatisfechas e incluso asentamientos humanos [en los que, presuntamente, residen ancianos, niños y niñas]”<sup>2</sup>.

1. Con base en las experiencias que ha tenido el Consejo Comunitario con este tipo de proyectos, consideró que la actividad desarrollada por la entidad accionada es susceptible de afectarlos directamente, razón por la que “se [les] debe garantizar [su] derecho fundamental a la participación y consulta previa y plenamente informada”, en los términos establecidos por la Ley 21 de 1991 y el Convenio 169 de la O.I.T.

1. Por lo anterior, el accionante, en calidad de representante legal del Consejo Comunitario, en escrito del 7 de febrero de 2019, solicitó a PLEXAPORT que accediera a las siguientes peticiones: “1. Sírvase solicitar a la dirección de consulta previa del ministerio del interior (sic) dar inicio al proceso de consulta previa, libre e informada con el Consejo Comunitario (...), por los posibles riesgos en la vulneración a la supervivencia, identidad étnica y cultural y consulta previa en el desarrollo del proyecto. 2. Si tal trámite se realizó, solicito la entrega de la certificación de presencia o no de grupos étnicos en la zona de influencia directa del proyecto expedida por la dirección de consulta previa del Ministerio del Interior. 3. En este mismo sentido expídase copia por medio idóneo de plan de manejo ambiental, estudio de impacto ambiental y los potenciales riesgos a los que está sometiendo la comunidad por el desarrollo de su proyecto. 4. En aras de surtir un proceso respetuoso y amigable queremos tener una reunión formal con ustedes”<sup>3</sup>.

1. El 21 de febrero de 2019, el señor Ever Darío Rodríguez, en calidad de Director de Proyecto de Plexaport, dio respuesta a la solicitud del accionante. Esta se divide en tres ejes, a saber:

i. La naturaleza de la entidad<sup>4</sup> e información del objeto, alcance y manejo ambiental del proyecto de construcción de la planta de almacenamiento de GLP;

i. Respecto del objeto del proyecto, indicó que se trata de una construcción de una planta de almacenamiento de gas licuado de petróleo (“GLP”), mediante 12 tanques estacionarios cuya capacidad es de 90.000 galones cada uno, los cuales permitirán la entrega del producto a cisternas a través de un sistema de tuberías y válvulas controladas por un sistema totalmente automatizadas que cumple con todas las especificaciones técnicas y de seguridad para efectuar este tipo de operaciones;

i. En cuanto al área de influencia del proyecto, informó que “se encuentra en un área industrial de una Zona Franca (Zofranca S.A.) terreno que a la luz del Plan de Ordenamiento Territorial, tiene como actividades permitidas la industria petroquímica, así las cosas, es legítimo la construcción y desarrollo del mismo en este terreno”<sup>5</sup>; y

i. Con relación a las medidas ambientales, adujo que la obra no requiere de licencia ambiental por sus características y de acuerdo con lo previsto en el numeral 1, artículo 8 del Decreto 1220 de 2005. No obstante, señaló que radicó ante el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena (en adelante, “EPA Cartagena”), tanto el plan de manejo ambiental, como el plan de emergencias y contingencias, en los cuales se puede evidenciar que los posibles impactos ambientales del proyecto no generan afectación directa a la comunidad de Pasacaballos ni mucho menos transgrede o lastimar las costumbres, áreas sagradas o ancestrales de dicha colectividad<sup>6</sup>.

i. Igualmente, señaló Plexaport en su contestación los compromisos adquiridos por la entidad con la comunidad de Pasacaballos en el marco del desarrollo de la obra. En este punto, manifestó que más de 20 personas de este grupo étnico están vinculadas al proyecto como contratistas, lo que, a su juicio, demuestra que ha venido trabajando de manera mancomunada con ellos. Por último, no accedió a realizar una reunión con la parte accionante, bajo el argumento que esta ya se había llevado a cabo con los representantes del Consejo Comunitario<sup>7</sup>.

1. Al respecto, el accionante manifestó que dicha comunicación, además de que violó el derecho fundamental de petición, afectó la garantía de participación de la comunidad porque omitió responder los puntos 2 y 3 de su solicitud (ver supra, numeral 7), y citó normas derogadas en materia de licencia ambiental. En su concepto, la norma vigente aplicable es el Decreto 1076 de 2015, que establece que las plantas de almacenamiento de hidrocarburos sí requieren de dicha licencia, por lo que la entidad accionada no sólo estaba obligada a tramitarla, sino también a garantizar la consulta previa a la comunidad<sup>8</sup>.

1. Por lo anterior, el 26 de noviembre de 2019, el Consejo Comunitario, por intermedio del representante legal, presentó acción de tutela contra Plexaport S.A.S, la Secretaría del Interior de la Alcaldía de Cartagena, CARDIQUE, la ANLA y la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, con el fin de que fueran amparados los derechos fundamentales mencionados, los cuales, presuntamente, resultaron vulnerados por haberse omitido tanto la realización de la consulta previa como la adopción de medidas de protección en favor de la comunidad, pese a que, a su juicio, el proyecto relacionado con la manipulación de hidrocarburos afecta el medio ambiente, la salud, la estructura social, económica y cultural de este grupo étnico.

#### A. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS<sup>9</sup>

Plexaport S.A.S.

1. El representante legal de Plexaport manifestó que no era procedente su vinculación al proceso en razón a que la comunidad accionante no se encuentra asentada dentro del área delimitada como Zona Franca Permanente de Cartagena, único lugar en el que la empresa puede desarrollar su objeto<sup>10</sup>. En todo caso, advirtió que el proyecto fue socializado con la Junta de Acción Comunal, “legítimamente constituida”, el 4 de julio de 2019<sup>11</sup>.

1. La accionada negó la violación de los derechos fundamentales invocados bajo el argumento que el actor no demostró, en los términos establecidos por la sentencia SU-123 de 2018, que, con ocasión del proyecto, se hubiesen generado daños y/o afectaciones directas ni indirectas a la comunidad de Pasacaballos. Aseveró que se tratan de suposiciones contradictorias, ya que en el mismo escrito de tutela se manifestó que no tienen certeza de los alcances de la obra.

1. Con relación a los cuestionamientos realizados a la respuesta de la petición presentada por el accionante, el 7 de febrero de 2019, sostuvo que esta fue emitida en debida forma y aclaró que no allegó la certificación de la licencia ambiental, debido a que, por las características propias de la construcción desarrollada, no le resulta exigible dicho requisito (artículo 2.2.2.3.2.2. del Decreto 1076 de 2015)<sup>12</sup>. En ese sentido, consideró que los posibles impactos ambientales que puedan derivarse del proyecto se encuentran cubiertos por el plan de manejo ambiental y el plan de emergencia y contingencia “debidamente” registrado ante la autoridad competente<sup>13</sup>. Por lo tanto, concluyó que no es menester dar inicio a un proceso de consulta previa.

Ministerio del Interior – Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa-

1. La líder del área jurídica de consulta previa de esta cartera solicitó negar el amparo de los derechos invocados. En caso contrario, que se ordenara a esta Dirección agotar su competencia y pronunciarse acerca de la procedencia de la consulta previa, realizando el correspondiente análisis de posibles afectaciones directas que pudiera generar el proyecto de Plexaport al Consejo Comunitario.

1. Frente a los hechos de la demanda, señaló que el actor basa la posible afectación de la comunidad en rumores, porque, tal y como lo manifestó, no cuenta con información formal del alcance del proyecto. En ese sentido, recordó que la afectación directa para efectos de la consulta previa corresponde al análisis técnico realizado por un grupo interdisciplinario de expertos, con base en los lineamientos previstos en la Directiva No. 10 de 2013 y la jurisprudencia constitucional. Ello implica una visita que se realiza al área del proyecto por solicitud del ejecutor de este. Agregó que la determinación de la licencia ambiental es un asunto de competencia de la ANLA (Decreto 1076 de 2015).

1. A partir de un recuento del marco normativo de la consulta previa, señaló las razones por las que, en el caso estudiado, no se cumplen los supuestos para aplicar este proceso ni tampoco para acceder a las pretensiones del accionante. Primero, con el escrito de tutela no se aportó prueba siquiera sumaria ni se expusieron las razones específicas por las que el proyecto genera una afectación directa a los derechos de la comunidad. Segundo, el ejecutor del proyecto no ha solicitado al Ministerio el estudio de las posibles afectaciones a dicha comunidad étnica. Tercero, la certificación de presencia o no de estas comunidades en el área de influencia del proyecto no opera de oficio<sup>14</sup>. Cuarto, la comunidad tutelante podría participar en la ejecución del proyecto a través de otros mecanismos diferentes a la consulta previa<sup>15</sup>. Por lo demás, concluyó que no es dado imponerle a la empresa accionada la realización de la consulta previa, pues se trata de un asunto de competencia de este Ministerio.

la Oficina Asesora Jurídica-

1. El Secretario del Interior y Convivencia Ciudadana de Cartagena solicitó la desvinculación del presente proceso. Afirmó que, de conformidad con el Decreto 2893 de 2011, no es la alcaldía, sino el Ministerio del Interior, la autoridad competente de adelantar la consulta previa.

1. Por su parte, la Oficina Asesora Jurídica de esta alcaldía solicitó que se negara el amparo reclamado. Argumentó que carece de legitimación en la causa por pasiva debido a que la empresa accionada es la responsable de adelantar los trámites para la realización de la consulta previa, en supuesto de que sea procedente. Agregó que el accionante tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, tales como la acción popular o los medios de control ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-

1. La apoderada de la ANLA solicitó que se negaran las pretensiones del accionante, por falta de legitimación en la causa por activa. Esto, por cuanto no tuvo participación alguna en el desarrollo de las omisiones expuestas en el escrito de tutela y la competencia para realizar la consulta previa es exclusiva del Ministerio del Interior, a través de la empresa que lo solicite. Informó que Plexaport no cuenta con ningún trámite o instrumento ambiental otorgado por esta entidad, además que no es la competente para ejercer el control del proyecto que aquella ejecuta (artículo 2.2.2.3.2.2. del Decreto 1076 de 2015)<sup>16</sup>. Por lo tanto, enfatizó en que no existe fundamento jurídico para imputarle ningún tipo de responsabilidad en el daño reclamado por el actor.

## Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique -CARDIQUE-

1. El Director General Encargado de CARDIQUE solicitó que se negara la solicitud de amparo, en razón a que no existe nexo de causalidad entre los hechos narrados por el actor y las funciones de la corporación. Esto, en razón a que Plexaport se encuentra ubicada dentro de la jurisdicción y competencia reglamentaria de la autoridad ambiental EPA Cartagena. Además, el Ministerio del Interior es el encargado de coordinar el proceso de consulta previa, si a ello hubiere lugar.

## Vinculada: Procuraduría General de la Nación -Regional Bolívar-

1. La Procuraduría Regional de Bolívar remitió el informe elaborado por la Procuradora Delegada para Asuntos Étnicos, en el que indicó que frente a los hechos objeto de la tutela “no reposan antecedentes” en dicha dependencia. No obstante, manifestó que, en el presente caso, se observaba la omisión del deber de garantizarles la participación efectiva y eficaz al Consejo Comunitario, quienes tienen derecho a que se les socialice el desarrollo del proyecto, el plan de manejo ambiental y el plan de emergencias y contingencias de esta.

1. A partir de un recuento de la normatividad y de la jurisprudencia constitucional en materia de consulta previa, el Ministerio Público señaló que el derecho a la participación “no se satisface solo de manera formal como tampoco es solo frente a proyectos que se ubique en el territorio de Pasacaballos, sino igualmente, aquellos que se desarrollen en su área de influencia que les pueda afectar positiva o negativamente, en su desarrollo social, económico, ambiental y de afectación de los recursos naturales asociados al mismo”. En ese sentido, consideró relevante vincular al EPA Cartagena, a fin de que se estableciera el trámite impartido al plan de manejo ambiental presentado por la empresa accionada, esto es, si se emitió concepto técnico y/o si el proyecto cuestionado fue puesto en conocimiento de la ANLA (artículo 2.2.2.3.2.2. del Decreto 1076/15).

1. Mediante auto del 6 de diciembre de 2019, el juzgado de tutela de primera instancia dispuso la vinculación del EPA Cartagena, sin embargo, esta entidad guardó silencio y no se manifestó en el proceso.

#### A. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: Sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena, el 10 de diciembre de 2019

1. El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena resolvió negar el amparo de los derechos invocados por el accionante. En concreto, argumentó que la empresa accionada se encuentra dentro de una zona franca en calidad de usuario calificado, por lo que no hace parte de la jurisdicción del corregimiento de Pasacaballos y, en consecuencia, no necesita certificado de presencia de grupos étnicos. Estimó que esta tampoco requiere de la licencia ambiental para la ejecución del proyecto porque la resolución de marzo de 2019, expedida por CARDIQUE, certifica que se presentó el plan de contingencias para manejo de derrame de hidrocarburos, que se exige para obras que no necesitan dicha licencia (artículo 2.2.3.3.4.1.4., Decreto 1076 de 2015).

1. Sumado a lo anterior, consideró que no existe evidencia de la violación del derecho a la consulta previa de la comunidad accionante porque la presunta afectación directa generada por el proyecto de la accionada se basó en rumores y apreciaciones subjetivas. Por el contrario, encontró que Plexaport ha actuado de manera diligente, puesto que, a pesar de que no tenía la obligación, socializó la obra de construcción, los planes de manejo ambiental

y de contingencias con la representante legal del Consejo Comunitario y el presidente de la Junta de Acción Comunal, que asistieron a la reunión del 4 de julio de 2019.

1. Finalmente, concluyó que la empresa accionada no violó el derecho de petición del accionante, por cuanto le brindó respuesta de fondo a sus solicitudes, aclarando que no tiene la obligación de obtener certificación de grupos étnicos en el territorio (punto 2) y que los planes relacionados con los aspectos ambientales del proyecto fueron suministrados a los representantes del Consejo Comunitario, en la reunión mencionada (punto 3).

Impugnación: Consejo Comunitario<sup>18</sup>

1. El accionante impugnó el fallo de tutela de primera instancia, al considerar que la empresa accionada sí requiere solicitar la licencia ambiental y, en efecto, realizar la consulta previa a la comunidad. Insistió en que, de conformidad con el artículo 2.2.2.3.2.2. del Decreto 1076 de 2015, el proyecto de la planta de almacenamiento de hidrocarburos debe tramitar dicha licencia. Rechazó el argumento en el sentido de que en las reuniones a las que alude la accionada se hubiese garantizado la participación de la comunidad. También se opuso a la afirmación según la cual la afectación directa se basa en rumores, pues debe tenerse en cuenta que es Plexaport quien se ha negado a dar a conocer el alcance del proyecto ejecutado en el territorio étnico. Por ello, solicitó que se acogiera la tesis planteada por la Procuraduría Regional de Bolívar en ese sentido y, en consecuencia, se accediera a las pretensiones de la demanda de tutela.

Segunda instancia: Sentencia proferida por la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, el 12 de febrero de 2020

1. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena resolvió confirmar el fallo de tutela de primera instancia. En cuanto a la procedencia formal, afirmó el carácter preferente de la tutela para la protección de los derechos de las comunidades étnicas. Con relación al caso concreto, en aplicación de lo dispuesto en la sentencia SU-123 de 2018, refirió que no se acreditó siquiera sumariamente la afectación directa de los derechos del Consejo Comunitario del grupo étnico afrodescendiente. En punto al derecho al ambiente sano, discrepó del argumento del juzgado de primera instancia en el sentido de que, en el caso concreto, la ausencia de violación de este derecho no obedece a que la accionada desarrolle su objeto en una zona franca, sino al hecho de que su actividad se encuentra respaldada por CARDIQUE, en cumplimiento de la normatividad aplicable.

1. Concluyó que, al interior del proceso, no quedó demostrado que el proyecto de construcción de la planta de almacenamiento de GLP ponga en peligro la subsistencia ni los derechos sociales y culturales de los accionantes. Por el contrario, sí se acreditó que la accionada ha fomentado canales de comunicación con la comunidad para la socialización del proyecto y la construcción de acuerdos que benefician a ambas partes.

#### A. ACTUACIONES ADELANTADAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Mediante auto del 9 de noviembre de 2020, proferido por el Magistrado sustanciador<sup>19</sup>, se solicitó complementar la información allegada al proceso. En consecuencia, se ofició al señor Juan David Cassiene Fuentes, en calidad de representante legal de la Junta Directiva del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Pasacaballos<sup>20</sup>, Plexaport<sup>21</sup>, y a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, a la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique -CARDIQUE- y al Establecimiento Público Ambiental de Cartagena -EPA Cartagena-<sup>22</sup>.

## Solicitud de vinculación

1. El Establecimiento Público Ambiental de Cartagena -EPA Cartagena-, el 18 de noviembre de 2020, remitió una comunicación al Magistrado sustanciador en la que indicó que esta entidad no se encontraba vinculada o accionada y, por lo tanto, “desconoce los hechos que fundaron la Acción de Tutela, razón por la cual requiere el mencionado expediente”. En consecuencia, el 30 de noviembre de 2020 y, ante la duda de si la vinculación efectuada por el juez de instancia fue efectiva, dispuso vincularla al proceso de la referencia. En efecto, se concedió un término adicional al inicialmente dispuesto en el auto de pruebas.

Representante legal de la Junta Directiva del Consejo Comunitario, hasta el 31 de diciembre de 2019

1. Juan David Cassiene Fuentes adjuntó el certificado de registro del acta de elección de los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras de Pasacaballo, en el que consta que fue elegido representante legal para el período comprendido del 14 de noviembre de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2019. Agregó que, de acuerdo con la certificación expedida por la Alcaldía Mayor de Cartagena, se registró el acta de elección del 29 de diciembre de 2019, en la que se nombró una nueva junta directiva y se dispuso que la representante legal sería la señora Eva María Reyes Rodríguez. Por tanto, solicitó la vinculación formal de la nueva junta directiva del Consejo Comunitario de Pasacaballos.

1. Manifestó que las entidades accionadas no han propiciado espacios de concertación ambiental. Tampoco ha existido una verdadera socialización acerca del alcance del proyecto que pretende implementar Plexaport, sus riesgos, impactos sociales y ambientales. En esa dirección, adujo que el acta aportada de la reunión del 4 de julio de 2019 corresponde a una reunión que fue efectuada con varios líderes de la comunidad, en la que se solicitaba la empleabilidad de los habitantes de este lugar. No obstante, precisó que estas personas en

ningún momento representaban a la asamblea de la comunidad y no cumplió con los estándares exigidos para lograr una socialización amplia, expresa y de fondo del proyecto. Por eso, afirmó que no se ha garantizado el derecho a la consulta previa, a la participación y a la diversidad étnica.

1. Como razones para considerar que existe afectación directa en su comunidad explicó las siguientes: (i) el proyecto implementado por Plexaport requiere de licencia ambiental por tratarse de una actividad peligrosa y al ser una exigencia del artículo 2.2.2.3.2.2 del Decreto 1076 de 2015, que dispone que ello debe darse en el caso de la construcción de infraestructura para el transporte de hidrocarburos y su almacenamiento; (ii) el proyecto se encuentra ubicado a 200 metros de distancia del territorio del Consejo Comunitario, pero por el reasentamiento informal de algunas personas, por fuera de su territorio, podrían llegar a colindar; (iii) ante una calamidad, accidente, derrame o emergencia que podría darse la comunidad se encontraría en estado de indefensión y expuestos, al no conocer las medidas que deben adoptarse; (iv) desconocen si en la operación del gas licuado de petróleo es posible que se dé la emisión de ruidos o de gases tóxicos que podrían afectar a los niños y ancianos, pero existen evidencias de que puede generar la asfixia, causar mareos, euforia, ansiedad y espasmos; y (v) la comunidad, de forma ancestral, ha usado el agua circundante para satisfacer sus necesidades básicas y para pescar, por lo cual una calamidad o una contaminación de ella terminaría por crear una calamidad. En consecuencia, solicitó amparar los derechos fundamentales de la comunidad y, en efecto, ordenar la realización de la consulta previa en su favor.

Plexaport S.A.S.

1. La empresa accionada, a través de su representante legal<sup>23</sup>, explicó que la planta está localizada al interior de la Zona Franca (Zofranca S.A. Propietaria del predio). En esta dirección, informó que ella colinda con los lotes 4 al 16 de la Zona franca en extensión de 383.37 m lineales y, asimismo, con los lotes A hasta G de la Zona Franca. Así, a la luz del Plan de Ordenamiento Territorial, tiene como actividades permitidas, la industria petroquímica. Por ello, la planta cuenta con 12 tanques estacionarios cuya capacidad es de

90.000 galones cada uno, los cuales permiten la entrega de producto a cisternas a través de un sistema de tuberías y válvulas controladas por un sistema totalmente automatizado, que cumple con todas las especificaciones técnicas y de seguridad para este tipo de operaciones. En conclusión, afirmó que la planta de Plexaport no se superpone y tampoco colinda el territorio de la comunidad de Pasacaballos.

1. En esta dirección, señaló que no existe ninguna implicación alguna frente la comunidad afrodescendiente, dado que la planta de almacenamiento de (GLP se encuentra en un área industrial dentro de la Zofranca S.A. Con mayor razón, si “de conformidad con numeral 10.4 del Plan de Manejo Ambiental, la incidencia del proyecto en la calidad de vida o condiciones económicas, sociales y culturales del sector frente a la identificación de los impactos ambientales, no arroja impactos negativos sobre la calidad de vida o las condiciones indicadas para los habitantes del sector”.

1. No ha solicitado a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior la certificación de presencia de grupos étnicos en el área de influencia del proyecto porque “el proyecto no está ubicado en territorio Colectivo de Negritudes de Pasacaballos, sino que, el mismo se encuentra al interior de propiedad privada denominada Zona Franca (Zofranca S.A.) de la ciudad de Cartagena, motivo por el cual no requiere de la realización de consulta previa”. En esta vía, adujo que tampoco existe afectación directa de la comunidad, dado que el proyecto: (i) no perturba las estructuras sociales, espirituales y culturales; (ii) no existe un impacto sobre las fuentes de sustento; (iii) no obstruye realizar oficios de los que deriva el sustento; (iv) no produce un resarcimiento de comunidades; (v) no desarrolla preceptos determinados por el convenio 169 de la OIT; (vi) no impone cargas a la comunidad que lleguen a modificar su situación o posición jurídica; y (vii) no se configura una interferencia en los elementos definitorios de la identidad cultural de las comunidades afrodescendientes. Según se precisó, “la construcción que actualmente adelanta PLEXAPORT no contempla conexión al sistema nacional de transporte por ductos, ni se encuentra conectado a otra infraestructura que tenga como objeto el transporte, exploración y explotación de hidrocarburos por ductos y – como ya se indicó- el proyecto se encuentra al

interior de territorio privado denominado Zona Franca (Zofranca S.A.) razón por la cual, el proyecto se encuentra exento de realizar trámite de consulta previa”.

1. Informó la accionada que, pese a que no estaba obligada por mandato legal, convocó a la comunidad que se encuentra cercana al proyecto con el fin de socializarlo. Así, de conformidad con lo establecido en el Plan de Manejo Ambiental, como directriz interna se consideró que Plexaport debe cumplir con el indicador de generación de empleo y, por tanto, la convocatoria fue remitida junto con los correspondientes soportes a todos los representantes de las diferentes agremiaciones y agrupaciones de comunidades negras pertenecientes al corregimiento de Pasacaballos, reunión que finalmente se llevó a cabo el día 4 de julio de 2019. En adición a esta reunión, se realizaron otras con la comunidad en las que, en general, se trataron asuntos vinculados con la relación laboral que podrían tener los habitantes de Pasacaballos, en la que se suscribieron algunos compromisos el 23 de abril de 2019.

1. Ahora bien, se afirmó que la Comunidad Afrodescendiente de Pasacaballos no presentó, en el desarrollo de las actividades de socialización del proyecto de construcción de la planta de almacenamiento, oposición o reclamación en contra de la ejecución del proyecto. Sin embargo, se efectuaron algunas manifestaciones y bloqueos en la entrada de la Zona Franca, la cual estuvo motivada por las exigencias de los habitantes de la comunidad, quienes solicitaron la inclusión laboral dentro del proyecto. Incluso, manifiesta que ello les causó un perjuicio económico.

1. Finalmente, al detallar el proyecto de almacenamiento de GLP en la Zona Franca, se afirmó que tal no desarrolla actividades de alto impacto ambiental. Plaxaport es un usuario calificado como usuario industrial de bienes y servicios, mediante acto del 069 del 16 de agosto de 2018 y, por tanto, dicha calificación limita a la empresa a desarrollar -en estricto sentido- a desarrollar su objeto social dentro de la Zona Franca permanente de Cartagena. En esa dirección, el régimen normativo aplicable está en la Resolución 40246 de 2016, que es el

Reglamento Técnico aplicable al recibo, almacenamiento y distribución del gas licuado del petróleo y en distintas normas técnicas, como la INCONTEC de transporte de sustancias peligrosas (NTC 1962.1993) e instalación de sistemas GLP (NTC 3853-1), así como el cumplimiento de estándares internacionales en la materia<sup>24</sup>. Por tanto, no se trata de actividades laborales de explotación, ni tampoco de exploración, al ser Plexaport una “una compañía que realiza actividades de infraestructura de gas que se rige por la Resolución 1076 de 2015” que, en la actualidad ya tiene construido el proyecto en Zona Franca, pero no ha entrado en operación<sup>25</sup>.

#### Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Interior

1. El 7 de diciembre de 2020, la jefe de la Oficina Asesora Jurídica dio respuesta al informe solicitado en el auto de pruebas. En efecto, adujo que el Decreto 2353 de 2019 modificó el Decreto Ley 2893 de 2011 y, en consecuencia, creó la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa dentro de la estructura de este Ministerio, con autonomía administrativa y financiera sin personería jurídica, con arreglo a lo dispuesto en el literal j) del artículo 54 de la Ley 489 de 1998. Así, se convirtió a dicha dirección en garante dentro del desarrollo del proceso de consulta previa.

1. Explicó esta entidad que ha sido clara la jurisprudencia de la Corte Constitucional al indicar que la consulta previa sólo debe agotarse en aquellos eventos en los que el proyecto, obra o actividad afecte directamente los intereses de las comunidades indígenas o tribales en su calidad de tales: (i) al alterar el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios; (ii) perturbar las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (iii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iv) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento o (v) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. Así también deberá procederse cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT.

1. En este contexto, el artículo 4 del Decreto 2353 de 2019, el cual sustituyó el artículo 16A del Decreto 2893 de 2011, adjudica a esta Dirección la facultad de determinar la procedencia y oportunidad de la consulta previa para la ejecución del proyecto, con fundamento en los estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que se requieran. En consecuencia, “no es dable iniciar un proceso de consulta previa para un proyecto, obra, actividad, medida legislativa o administrativa, hasta tanto no se haya determinado su procedencia de conformidad con la normatividad y jurisprudencia constitucional vigente para tal efecto. Por lo anterior, quien pretenda ejecutar un proyecto, obra o actividad (POA) deberá solicitar a este despacho pronunciamiento sobre la procedencia y oportunidad de la consulta previa, y con base en el análisis de la afectación que el proyecto pueda generar sobre la comunidad étnica, este despacho le indicará al interesado mediante un acto administrativo si es procedente o no adelantar proceso de consulta previa, teniendo en cuenta para ello, el marco normativo que regula la actividad”. De allí que se pueda indicar que la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa no actúa de manera oficiosa, sino que su actuación está supeditada a la petición que realice el ejecutor del proyecto ante esta autoridad.

1. Adujo que ella no era la llamada a determinar los casos en los que procede la licencia ambiental para un proyecto, obra o actividad, pues ello recae sobre las autoridades ambientales, quienes establecerán que proyectos generan o no un impacto y/o afectación ambiental grave, en el entendido en que el licenciamiento ambiental “(...) es la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de un proyecto, obra o actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje”<sup>26</sup>.

1. Sobre un segundo interrogante, relativo a qué consejos comunitarios de la comunidad de Pasacaballos se encuentran registrados en el Registro Único Nacional y si allí se encontraba registrado como representante legal el accionante, afirmó que es la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del

Interior la competente para “llevar el registro único nacional de los consejos comunitarios, organizaciones de base, y representantes de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras”, que cumplan con el lleno de requisitos establecidos en los artículos 2.5.1.1.14 y 2.5.1.1.15 del Decreto 1066 de 2015.

1. En consecuencia, esta entidad ante el requerimiento de este Ministerio informó que “no se encuentran inscritos en dicho Registro Consejos Comunitarios del corregimiento de Pasacaballos, y por ende el señor Juan David Cassiani Fuentes no aparece en la mencionada base de datos”. No obstante, aclaró que le corresponde a las Alcaldías donde se localice la mayor parte del territorio de los consejos comunitarios efectuar la inscripción de las actas de elección de las juntas de los Consejos Comunitarios, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 2.5.1.2.9 del Decreto 1066 de 2015.

La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-

1. Se indicó por parte del Coordinador del Grupo de Defensa Jurídica y Cobro Coactivo que este proyecto no requiere del trámite de licencia ambiental. Por tanto, no hace parte de los que son objeto de competencia de esta entidad. En esa dirección, el artículo 52.1. de la Ley 99 de 1993 estableció que, entre los asuntos de competencia del Ministerio del Medio Ambiente, estaría la ejecución de obras y actividades de exploración, explotación, transporte, conducción y depósito de hidrocarburos y construcción de refinerías.

1. No obstante, el Decreto 3573 de 2011 creó la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- con el objeto de ser la entidad encargada de que los proyectos, obras o actividades sujetos de licenciamiento, permiso o trámite ambiental cumplan con la normativa ambiental, de tal manera que contribuyan al desarrollo sostenible ambiental del País. Así, entre las funciones asignadas se dispuso que debe otorgar o negar las licencias, permisos y trámites ambientales de competencia del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de

conformidad con la ley y los reglamentos. Finalmente, precisó que el artículo 2.2.2.3.2.2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible 1076 de 2015 estableció lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.2.3.2.2. Competencia de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA). La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- otorgará o negará de manera privativa la licencia ambiental para los siguientes proyectos, obras o actividades:

1. En el sector hidrocarburos:

a) Las actividades de exploración sísmica que requieran la construcción de vías para el tránsito vehicular y las actividades de exploración sísmica en las áreas marinas del territorio nacional cuando se realicen en profundidades inferiores a 200 metros;

b) Los proyectos de perforación exploratoria por fuera de campos de producción de hidrocarburos existentes, de acuerdo con el área de interés que declare el peticionario;

e) La explotación de hidrocarburos que incluye, la perforación de los pozos de cualquier tipo, la construcción de instalaciones propias de la actividad, las obras complementarias incluidas el transporte interno de fluidos del campo por ductos, el almacenamiento interno, vías internas y demás infraestructuras asociada y conexa;

d) El transporte y conducción de hidrocarburos líquidos y gaseosos que se desarrollen por fuera de los campos de explotación que impliquen la construcción y montaje de infraestructura de líneas de conducción con diámetros iguales o superiores a seis (6) pulgadas (15.24 centímetros). incluyendo estaciones de bombeo y/o reducción de presión y la correspondiente infraestructura de almacenamiento y control de flujo; salvo aquellas actividades relacionadas con la distribución de gas natural de uso domiciliario, comercial o industrial;

e) Los terminales de entrega y estaciones de transferencia de hidrocarburos, entendidos como la infraestructura de almacenamiento asociada al transporte de hidrocarburos y sus productos y derivados por ductos;

f) La construcción y operación de refinerías y los desarrollos petroquímicos que formen parte de un complejo de refinación (...).".

1. En consecuencia, en relación con el literal d) adujo y de acuerdo con la descripción del proyecto efectuado por la accionada, "no se puede entender ni concluir que la misma sea un sistema de transporte y conducción de hidrocarburos, por el contrario, es clara la sociedad PLEXAPORT S.A.S. al manifestar que la infraestructura a construir es para únicamente almacenamiento del Gas Licuado del Petróleo (GLP)". Tampoco cuenta con competencia de acuerdo con el literal e), pues para ello tendría que suministrarse por ductos y, según lo manifestado, la actividad es netamente de almacenamiento de GLP, y no contempla conexión a sistemas nacionales de transporte por ductos, ni se encuentra conectado a otra infraestructura que tenga como objetivo el transporte de hidrocarburos por dichos medios.

1. Así, revisando las competencias de esta se encontró que "la actividad de almacenamiento de GLP no es una de aquellas actividades que se encuentren sujetas a licenciamiento ambiental". Con mayor razón, ante la taxatividad de los proyectos que requieren licencia ambiental. En consonancia con lo anterior, Plexaport no ha radicado solicitudes de esta índole dirigidas a esa entidad. Pese a ello, aclaró que por la actividad que pretende desarrollar la empresa sí debe contar con medida de manejo ambiental y, en esa dirección, del expediente es posible extraer que tal fue radicado ante CARDIQUE, motivo por el cual, atendiendo al principio de buena fe, encuentra esta Autoridad Nacional que la actividad cuenta con unas medidas de manejo y control por parte de la autoridad ambiental regional y por ende no es de competencia de la ANLA. Sin embargo, precisó que "la ubicación de la Zona Franca se encuentra dentro del perímetro Urbano del Distrito de Cartagena, por lo que la autoridad ambiental competente sería el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena, lo que conlleva a que esta Autoridad Nacional no tenga jurisdicción respecto del proyecto que adelanta la sociedad".

1. El Secretario General de esta entidad<sup>27</sup> reiteró que el proyecto que pretende implementar Plexaport, sobre almacenamiento de GLP, se encuentra por fuera de la competencia y jurisdicción de CARDIQUE. Así, como se manifestó en ese momento procesal ante el juez de primera instancia, “la sociedad PLEXAPORT S.A.S. se encuentra ubicada en la Zona Franca de Cartagena – ZOFRANCA S.A., es decir, en el perímetro urbano del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias”. En efecto, el artículo 13 de la Ley 768 de 2002<sup>28</sup> dispone que la autoridad ambiental dentro del perímetro urbano de la cabecera distrital de Cartagena de Indias es el Establecimiento Público Ambiental EPA – EPA Cartagena. Por tanto, esta regla se mantiene en virtud de la ubicación del proyecto dentro de la Zona Franca de Cartagena, a menos que dentro de dicha jurisdicción se realice algunas de las actividades de competencia privativa de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 1076 de 2015.

1. No obstante, ello no le resta ninguna validez a la Resolución No. 0296 del 6 de marzo de 2019, expedida por Cardique, “por medio de la cual se da cumplimiento a la obligación de la presentación de un Plan de Contingencias, señalada en Art. 2.2.3.3.4.14. del Decreto No. 1076 de 2015, modificado por el Artículo 7 del Decreto No. 050 de 2018, y se dictan otras disposiciones”. Tal, según se explicó, no tiene una relación directa con el proyecto de construcción de la planta de almacenamiento de GLP, sino con las eventuales contingencias que podrían generarse con ocasión del transporte de los productos que se movilicen por el muelle de la Sociedad Portuaria del Dique S.A., que provengan de las actividades de esa empresa. Ello implica que, tal y como se efectuó, se debía radicar un ejemplar del Plan de Contingencia ante todas las autoridades ambientales por donde se pretenda movilizar sustancias peligrosas, y su alcance no es de aprobación del Plan de Contingencia, sino de dejar constancia que fue entregado un ejemplar a la autoridad ambiental, como así lo dispone el Decreto No. 050 de 2018 y que pasamos a explicar el sentido de esta norma jurídica.

1. Esta obligación, por tanto, se corresponde con el Decreto No. 050 del 16 de enero de 2018 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. La razón que justifica este deber tiene

relación con que “si esa empresa pretende realizar actividades de transporte de sus productos por el muelle de la Sociedad Portuaria del Dique S.A., y si se llegare a presentar una contingencia, esta Corporación verificaría si fue activado eficazmente, ya que tales situaciones podrían generar impactos ambientales negativos al medio marino, lo cual si tendría injerencia en el ámbito de nuestra jurisdicción”.

#### Establecimiento Público Ambiental de Cartagena (EPA Cartagena)

1. El Director General del Establecimiento Público Ambiental de Cartagena<sup>29</sup> precisó que Plexaport presentó ante dicha entidad el Plan de Manejo Ambiental<sup>30</sup>. En consecuencia, para continuar con el trámite, se efectuó una visita técnica de inspección a las instalaciones de la empresa accionada, el 10 de octubre de 2019. Como consecuencia, se expidió el Concepto Técnico No. 1769 del 1º de noviembre de 2019, en el que concluyó que el proyecto cuestionado “no requiere aprobación debido a que las actividades almacenamiento, envasado y distribución del gas GLP no está sujeto a licenciamiento ambiental de acuerdo a lo establecido en los artículos 2.2.2.3.2.1, 2.2.2.3.2.2 y 2.2.2.3.2.3 del decreto 1076 de 2015”. No obstante, se adujo que la empresa accionada debe (i) presentar las medidas implementadas para la gestión de los residuos peligrosos generados y los certificados de entrega al gestor autorizado, en el término de 15 días hábiles; (ii) realizar la inscripción al registro de generadores de residuos peligrosos, de acuerdo con el formato de inscripción que se encuentra en el anexo de la Resolución 1362 de 2007; e (iii) indicar cuál es el manejo de las aguas residuales domésticas en la etapa de construcción y operación<sup>31</sup>.

1. Afirmó que la empresa accionada se encuentra ubicada en Mamonal KM 13, dentro de una Zona Franca, en calidad de usuario calificado. En consecuencia, “no hace parte de la jurisdicción del corregimiento de Pasacaballos, se encuentra a una distancia de dos kilómetros aproximadamente, por lo que los riesgos y afectaciones manifestados por el accionante no se encuentran acreditadas, tampoco el riesgo inminente y de igual forma el peligro a la subsistencia ni los derechos sociales y culturales de los accionantes”. En efecto,

con sustento en la evaluación de los planes de Manejo Ambiental, plan de contingencias y emergencias presentados por la empresa Plexaport, en la etapa preoperativa, adujo que el proyecto de almacenamiento y distribución de GLP no implica una afectación directa en la comunidad accionante, pues (i) las aguas residuales domésticas generadas por la empresa son tratadas; y (ii) conducidas por medio de un canal artificial interno de Zona Franca a la Bahía de Cartagena y no se generan emisiones al aire por fuentes fijas. En consecuencia, se solicitó la improcedencia de la acción de tutela, al no existir prueba de la violación concreta de derecho fundamental alguno.

1. Asimismo, en respuesta a la ampliación del término inicialmente dispuesto en el auto de pruebas, el 16 de diciembre de 2020, afirmó que se ratificaban “en las manifestaciones consignadas en el informe de cumplimiento de oficio EPA-OFI-004374-2020, de fecha 23 de noviembre del 2011 enviado a esta corporación judicial en la misma fecha”.

La Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias

1. La Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, el 24 de noviembre de 2020, informó que la Junta Directiva de la Comunidad de Pasacaballos perdió vigencia el 31 de diciembre de 2019. Por tanto, el señor Juan David Cassiene Fuentes era el representante legal, pero cumplió su período. Así, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1077 de 2015, la vigencia de las Juntas Directivas y Representantes Legales de los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras es de tres años. Con todo, remitió el anterior certificado de representación legal y el certificado vigente de la junta directiva electa, el 29 de diciembre de 2019, donde fue escogida como representante legal la señora Eva María Reyes Rodríguez.

Representante legal de la Junta Directiva del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Pasacaballos desde el 1 de enero de 2020<sup>32</sup>

1. Mediante apoderado especial<sup>33</sup>, la actual representación legal del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Pasacaballos indicó que, el 4 de julio de 2019, se realizó una reunión con Plexaport y algunos líderes de la comunidad, pero ello no representaba la asamblea del Consejo Comunitario y “no cumplió con los requisitos y estándares exigidos para una socialización amplia, expresa y de fondo de un proyecto de tal magnitud”. Por el contrario, ella fue realizada como consecuencia de algunas manifestaciones efectuadas por miembros de la comunidad, en donde exponían la inconformidad por la falta de empleabilidad de mano de obra local en dicho proyecto.

1. Respecto a las razones por las que considera que la ejecución del proyecto de construcción de la planta de almacenamiento de GLP genera una afectación directa del Consejo Comunitario, precisó que dicha junta directiva “comparte, coadyuva y resalta los argumentos presentados por parte del Consejo Comunitario de comunidades Negras de Pasacaballos durante todo el trámite de la presente acción de tutela”.

1. En efecto, indicó que el Gas Licuado del Petróleo -GLP- es un combustible que resulta de la mezcla de dos hidrocarburos principales: el propano y butano y otros en menor proporción. Por ello, las emisiones del proyecto, en caso de presentarse fugas, emanaciones o derrames no controlados del gas en cuestión afectarían las concentraciones de contaminantes tóxicos en el aire y en el territorio de la comunidad, además de que podrían afectar la salud de sus habitantes. Así, entre las posibles afecciones que se podrían presentar mencionan los problemas respiratorios, por exceso de dióxido de nitrógeno y el aumento de hospitalización por enfermedades cardiovasculares, asociadas a las partículas finas que se emiten. No obstante que la empresa argumenta que ello no se presentará, también podría existir un deterioro en las plantas, los animales y hasta en las construcciones de la comunidad, dada la posible existencia de lluvia ácida.

1. Otra preocupación de la comunidad es que su medio socioeconómico guarda una relación estrecha con la única vía de acceso, pues es allí donde pueden utilizar el transporte público

para trasladarse a la zona industrial y a la ciudad. En esa dirección, les inquieta que por esa vía se transporte Gas Licuado del Petróleo -GLP-.

1. De otro lado, se expone que el proyecto consistirá en el almacenamiento de sustancias peligrosas, lo que pone en riesgo a la población étnica. De acuerdo con ello, tales son extremadamente inflamables y existe un peligro de explosión en caso de calentamiento. Ello, según se indicó, se ve agravado por el hecho de que Plexaport “no ha socializado su plan de contingencia ante la comunidad, la cual no sabría cómo reaccionar ante un escenario de materialización del riesgo”.

1. Cuestionó la posible afectación al océano, en tanto la Comunidad de Pasacaballos ha realizado, de forma ancestral, la pesca. Así, la preocupación central en este sentido tiene relación con el posible incremento de sólidos (suspendidos, disueltos, sedimentables y turbidez) y los cambios en los parámetros fisicoquímicos, que pueden modificar la actividad productiva y la pesca en la bahía. En consecuencia, considera esta comunidad que se debe valorar lo dispuesto en el Decreto 2157 de 201734, con el fin de evaluar los posibles impactos que podrían ser causados en el área de influencia del proyecto. Asimismo, solicitó valorar que el documento de “calificación de impactos ambientales potenciales de proyectos, obras y actividad que requieren licencia ambiental” del Ministerio del Medio y Ambiente y Desarrollo Sostenible ha descrito que entre las actividades que requieren licencia ambiental se encuentra el transporte de hidrocarburos líquidos y gaseosos, la construcción de terminales de entrega y transferencia de hidrocarburos y el almacenamiento de sustancias peligrosas.

1. En consecuencia, solicitó amparar los derechos fundamentales del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de Pasacaballos y, por tanto, realizar el proceso de consulta previa para “identificar los impactos ambientales, espirituales, culturales y sociales que la actividad realizada por PLEXAPORT genera en la comunidad afro”.

## Traslados de las pruebas recibidas en Sede de Revisión

1. Una vez recaudadas las pruebas de la referencia, se corrió el traslado exigido en el artículo 64 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional<sup>35</sup> y se recibieron las siguientes intervenciones: (i) la Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio del Interior<sup>36</sup>; (ii) el Secretario General de la Corporación Autónoma del Canal del Dique -CARDIQUE-<sup>37</sup>; (iii) la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-<sup>38</sup>; (iv) Plexaport S.A.S.<sup>39</sup>; (v) la Procuraduría General de la Nación<sup>40</sup>; y (vi) el Consejo Comunitario de Pasacaballos<sup>41</sup> quien, además de rendir un informe sobre las pruebas recibidas, solicitó otorgar un nuevo término para el traslado al no haber podido acceder a todas las pruebas recaudadas en Sede de Revisión. En consecuencia, la Sala de revisión ordenó rehacer dicho traslado y dispuso la suspensión de los términos<sup>42</sup>.

## Suspensión de términos

1. En cumplimiento de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional y por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556, PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581, adoptados con ocasión de la emergencia sanitaria ocasionada por la pandemia que afectaba a Colombia, los términos de los asuntos de tutela fueron suspendidos entre el 16 de marzo y el 30 de julio de 2020. Igualmente, por tratarse de vacancia judicial en semana santa, durante los días 4 a 12 de abril de 2020, los términos judiciales tampoco corrieron. Asimismo, el 25 de enero de 2021, mediante el cual se suspendieron los términos del proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional.

## I. CONSIDERACIONES

### A. COMPETENCIA

1. La Corte Constitucional es competente para conocer del asunto en referencia, según lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y conforme a lo dispuesto en auto del 18 de septiembre de 2020, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro de este tribunal, la cual decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia.

### A. CUESTIONES PREVIAS RELATIVAS A LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. Antes de analizar el objeto de litigio, es necesario hacer la verificación de los requisitos de procedencia de la acción de tutela relativos a (i) la legitimación por activa y por pasiva, (ii) la exigencia de inmediatez, y (iii) la subsidiariedad.

1. Legitimación por activa: El artículo 5° de la Ley 70 de 1993<sup>43</sup> dispone que, para recibir en propiedad colectiva las tierras adjudicables que regula esta ley, “cada comunidad formará un Consejo Comunitario como forma de administración interna, cuyos requisitos determinará el reglamento que expida el Gobierno Nacional”. Asimismo, adujo que entre las funciones de los consejos comunitarios está la de escoger al representante legal de la respectiva comunidad.

1. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que la acción de tutela es procedente cuando ha sido interpuesta por el representante legal del consejo

comunitario de la comunidad afrodescendiente que, en particular, considera que se ha omitido la realización de la consulta previa<sup>44</sup>. Asimismo, se ha encontrado satisfecho este presupuesto cuando los accionantes fueron elegidos integrantes de la Junta Directiva del Cabildo<sup>45</sup> o, al menos, es posible verificar que los representantes legales de las organizaciones de dichas comunidades apoyan la solicitud presentada por el accionante<sup>46</sup>.

1. En consecuencia, en el caso concreto, se tiene que el señor Juan David Cassiane Fuentes interpuso la acción de tutela a nombre del Consejo Comunitario de Pasacaballos, de quien era su representante legal hasta el 31 de diciembre de 2019. Así, al acreditarse en Sede de Revisión su calidad, se encuentra legitimado para interponer la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política, que prescribe que 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 nombre<sup>47</sup>. Con todo, no debe perderse de vista que, en respuesta a los requerimientos de la acción de tutela, mediante apoderado especial, la señora Eva María Reyes Rodríguez, actual representante legal del Consejo Comunitario expresó que la Junta Directiva “coadyuva y resalta los argumentos presentados por parte del Consejo Comunitario de comunidades Negras de Pasacaballos durante todo el trámite de la presente acción de tutela”. Por lo que, se encuentra legitimada por pasiva la comunidad accionante<sup>48</sup>.

1. Legitimación por pasiva: El artículo 86 de la Constitución, así como el 5º del Decreto 2591 de 1991<sup>49</sup> disponen que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública<sup>50</sup> que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. En el caso estudiado, al dirigirse la referida acción contra la Alcaldía Mayor de Cartagena, la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique -Cardique-, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- y la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior se entiende acreditado este presupuesto procesal. Asimismo, se encontraría satisfecha esta legitimación respecto al Establecimiento Público Ambiental de Cartagena, quien fue vinculada mediante auto del 6 de diciembre de 2019, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral

del Circuito y que, ante su afirmación de no haber sido notificado de esta acción, fue nuevamente vinculado por la Corte Constitucional (ver supra, numeral 31). Sin embargo, ante la solicitud de la Alcaldía Mayor de Cartagena en el sentido de que debe ser desvinculada, la Sala de Revisión procederá de esta manera por considerar que este presupuesto “(...) no se cumple porque como autoridad municipal carece de competencia para concurrir al trámite de consulta previa”<sup>51</sup>.

1. De otra parte, se cumple con la legitimación por pasiva respecto a Plexaport, en consideración a que dicha empresa es la propietaria del proyecto de GLP que la comunidad accionante considera que podría afectarlos directamente. Así, se ajusta a lo dispuesto en el 4º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991<sup>52</sup>, que establece que la acción de tutela procede contra acciones u omisiones de los particulares, cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con la organización o con una persona natural. En casos similares, ha considerado la Corte que existe indefensión, en tanto las comunidades étnicas no pueden neutralizar las actuaciones de las empresas a las que pretende exigirles la consulta previa y, por tanto, se debe verificar que la accionada cuente con “una posición de mayor poder frente a la comunidad demandante”<sup>53</sup>.

1. Inmediatez: En relación con este requisito, que implica que el ejercicio de la acción de tutela debe darse en un término razonable desde la presunta afectación del derecho, se advierte que el accionante presentó la acción de tutela el 26 de noviembre de 2019, esto es nueve meses después de que, Plexaport S.A.S., mediante escrito del 21 de febrero de 2019, informara los alcances del proyecto y precisara que por su ubicación y efectos, no existía afectación directa y, por tanto, no requería realizar la consulta previa solicitada. En consecuencia, se considera que el amparo se invocó en un plazo razonable, dado que se trata de una comunidad étnica que está buscando la protección de sus derechos fundamentales.

1. Subsidiariedad: A la luz del artículo 86 de la Constitución, los artículos concordantes del

Decreto 2591 de 1991 y la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la materia<sup>54</sup>, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario. Por esta razón, solo procede como mecanismo de protección definitivo (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; o (ii) cuando existiendo ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto<sup>55</sup>. Además, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en un derecho fundamental. También, la procedencia como medio transitorio exige acreditar: (i) la temporalidad, vista como la afectación inminente; (ii) la urgencia de las medidas en la protección del derecho amenazado; (iii) la gravedad en el grado de afectación del derecho; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para garantizar el amparo del derecho<sup>56</sup>.

1. Respecto a la subsidiariedad en asuntos relacionados con el ejercicio del derecho a la consulta previa, en la sentencia SU-123 de 2018 esta Corte estableció que “las acciones contenciosas carecen de idoneidad<sup>57</sup> para salvaguardar el derecho a la consulta previa, en el evento en que las autoridades avalan actuaciones ausentes de consulta previa y que afectan a esas colectividades”. De modo que, en los términos de dicha sentencia de unificación, los medios de control de nulidad simple, así como de nulidad y restablecimiento del derecho, no son mecanismos judiciales que permitan proteger el derecho a la consulta previa 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”<sup>58</sup>.

1. De esta forma y de conformidad con lo dispuesto en la jurisprudencia constitucional<sup>59</sup> y, en particular, como reiteración de la SU-123 de 2018, la acción de tutela es el medio idóneo y eficaz para asegurar la protección del derecho a la consulta previa y la protección de los pueblos indígenas. En este orden de ideas, aunque en sede de revisión los accionantes manifestaron no haber adelantado acción judicial distinta a la tutela, lo cierto es que concurren dos hechos que permiten acreditar el requisito de subsidiariedad: (i) se trata de comunidades étnicas; y (ii) existe un reproche a la implementación del proyecto de GLP, que

no fue precedido por la consulta previa, lo que, potencialmente desconocería el derecho fundamental de dichas comunidades.

Teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela, se procederá al análisis de fondo.

#### A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

1. Según lo expuesto, le corresponde a la Sala de Revisión determinar si (i) la empresa Plexaport y las autoridades accionadas<sup>60</sup> y vinculadas al trámite de tutela<sup>61</sup> vulneraron los derechos fundamentales de identidad étnica y cultural, libre determinación, autonomía y participación del Consejo Comunitario de Pasacaballos, al negarse a efectuar y a exigir -respectivamente- la realización de la consulta previa, a la que consideran tienen derecho, por la construcción y puesta en funcionamiento de una planta de almacenamiento de gas licuado de petróleo (GLP), que es cercana al territorio de la comunidad étnica. Adicionalmente, (ii) le corresponde a la Corte determinar si la empresa Plexaport desconoció el derecho fundamental de petición del accionante, por no dar respuesta oportuna a las solicitudes por ella planteadas.

1. Con la finalidad de resolver este problema jurídico, se reiterarán las reglas jurisprudenciales relativas al marco constitucional y legal del derecho fundamental a la consulta previa (Sección D). Luego de ello, la Corte se referirá de manera general al régimen legal aplicable a las zonas francas (Sección E). Finalmente, procederá a resolver la situación planteada por el accionante (Sección G).

#### A. DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA EN COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

## Derecho fundamental a la consulta previa -contenido y alcance

1. Existen diferentes modos de participación para las comunidades étnicas. La jurisprudencia constitucional reconoce tres: la participación de la comunidad en igualdad de condiciones al resto de ciudadanos (artículo 40 superior y concordantes), el derecho a la consulta previa y la necesidad de la obtención de un consentimiento previo, libre e informado<sup>62</sup>.

1. El Convenio 169 de la OIT<sup>63</sup> establece la consulta previa como un mecanismo de participación y de protección de las comunidades étnicas cuya garantía y efectividad le corresponde al Estado. Dicho Convenio integra el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, como tratado de derechos humanos debidamente ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991. La jurisprudencia constitucional reconoce pacíficamente, desde la sentencia SU-039 de 1997 que la consulta previa es un derecho fundamental autónomo<sup>64</sup>, que permite proteger “la pervivencia y preservación de (...) comunidades culturalmente diferenciadas (...) [garantizado] su identidad como minoría étnica y cultural, organizadas y reguladas mediante sus prácticas tradicionales”<sup>65</sup>.

1. Si bien el texto del Convenio 169 se refiere a “los pueblos indígenas y tribales” lo cierto es que el derecho a la consulta previa tiene una titularidad más amplia, pues están legitimadas por activa los grupos étnicos nacionales<sup>66</sup>. Esta aproximación reconocida en la Directiva Presidencial N° 01 de 2010 y en la jurisprudencia constitucional, se fundamenta en: los principios de pluralidad y participación (artículos 1 y 2 de la C.P.) – respecto de la participación se rescata: (i) su ámbito democrático (artículo 40.2 C.P.); y (ii) su aplicación para comunidades indígenas y negras (artículos 329, 330 y 55 Transitorio de la C.P.) –, el principio de no discriminación (artículo 13 C.P.) y los valores de diversidad étnica e identidad cultural (artículos 7 y 70 de la C.P.).

1. Con fundamento en las normas antedichas, la Directiva Presidencial No. 01 de 2010 determinó que el Convenio 169 de la OIT “tiene aplicación a pueblos indígenas, comunidades negras, afrodescendientes, raizales palenqueras, y al pueblo Rom, que en adelante se denominarán Grupos Étnicos Nacionales”. De igual manera, la Corte Constitucional ha reconocido el ámbito de protección del derecho a la consulta previa a comunidades negras, raizales y ROM<sup>67</sup>, reconociendo el carácter de sujetos de especial protección constitucional y su calidad de minorías y/o grupos históricamente discriminados.

1. Con relación a las comunidades negras o afrodescendientes, la Ley 70 de 1993 desarrolló el artículo 55 transitorio de la Constitución. También, la Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples oportunidades sobre el derecho a la consulta previa de estas comunidades<sup>68</sup>. Al respecto, la sentencia T-800 de 2014, por ejemplo, estableció que la condición de sujeto de especial protección constitucional pretende “compensarlas por las difíciles circunstancias sociales, políticas y económicas que han enfrentado tras décadas de abandono institucional, [y] salvaguardar su diversidad”.

1. Los procesos de consulta deben responder a la pluralidad propia de los titulares del derecho, por esa razón su garantía es casuística y flexible pues obedece a las necesidades y particularidades concretas del caso<sup>69</sup>. La sentencia SU-123 de 2018, estableció que todas las etapas del proceso de consulta, junto con las medidas y actuaciones resultantes, deben estar orientadas por la buena fe y, además, que existe el deber de garantizar la participación efectiva y libre del grupo étnico. La participación en estas condiciones, más allá de garantizar el artículo 40 superior, pretende un diálogo que, simultáneamente, (i) reconozca las diferencias étnicas y culturales; y (ii) garantice la igualdad en el proceso de consulta.

1. Ahora bien, no es correcto afirmar que los grupos étnicos nacionales, por el hecho de ser minorías culturalmente diferenciadas, tienen derecho -por el sólo hecho de su etnia- a ser consultados. Una afirmación en este sentido desconocería un principio axial a nuestro ordenamiento jurídico, como lo es la inexistencia de derechos absolutos. En este orden,

pertenecer a una comunidad étnica no da lugar al inicio de un proceso de consulta, pues el derecho a la consulta previa se encuentra condicionado a la existencia de una afectación directa para el desarrollo de la comunidad étnica. Dicho en otras palabras, el concepto determinante “para analizar la procedencia de la consulta previa es el de afectación directa”<sup>70</sup>. En términos de la sentencia SU-123 de 2018, la consulta previa procede cuando “existe evidencia razonable de que una medida es susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena o a una comunidad afrodescendiente” (negritas fuera del texto original).

### El concepto de afectación directa

1. La sentencia SU-123 de 2018 define el concepto de afectación directa como “el impacto positivo o negativo que puede tener una medida<sup>71</sup> sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica”. La providencia en mención recogió ejemplos de eventos en los que existen afectaciones directas a las comunidades étnicas<sup>72</sup>, y precisó que hay situaciones en las que, a pesar de no existir evidencia razonable de una afectación directa, procede la consulta. Con respecto a esta última regla enuncia cuatro supuestos:

- 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;
- iii. cuando se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica;
- iv. por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido.

1. Ahora bien, frente a proyectos de exploración y explotación de recursos no renovables, la Corte ha encontrado dos tipos de afectaciones directas: el impacto del proyecto en el territorio de la comunidad étnica<sup>73</sup>; y los cambios en el ambiente, la salud, o la estructura social, económica o cultural del grupo<sup>74</sup>.

1. Lo expuesto, implica, entonces, una carga mínima de evidenciar las afectaciones para que proceda la consulta previa, por ejemplo, cuando una comunidad étnica acredita que su fuente de supervivencia cultural y económica es la minería que realiza sobre el territorio, por lo cual la concesión de un título minero sobre la fuente en mención activa el derecho a la consulta (sentencia SU-133 de 2017)<sup>76</sup>. Dicha carga es sumaria, pero exige que las afectaciones directas no sean hipotéticas ni abstractas, sino determinables y ligadas a la realidad material de la comunidad étnica que reclama la protección del derecho a la consulta previa.

1. Cabe resaltar que cuando la medida no afecte directamente a la comunidad étnica, la garantía del derecho a la participación – desde su protección constitucional del artículo 40 – corresponde al estándar básico de intervención, es decir, en función de “la inclusión de las comunidades en los órganos decisorios nacionales o la mediación de sus organizaciones en cualquier escenario que les interese”<sup>77</sup>. En estos casos, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que se subsana la afectación indirecta con “la participación de las comunidades étnicas en organismos decisorios de carácter nacional o la incidencia de sus organizaciones en cualquier escenario de interés”<sup>78</sup>. La sentencia T-236 de 2017 señala que, en escenarios de afectaciones indirectas, las comunidades étnicas deben tener espacios de participación de igual naturaleza que los que tiene el resto de la población.

#### A. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A UNA ZONA FRANCA. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

1. La Ley 1004 de 2005<sup>79</sup> se refirió a la zona franca y aclaró que ella es “el área geográfica delimitada dentro del territorio nacional, en donde se desarrollan actividades industriales de bienes y de servicios, o actividades comerciales, bajo una normatividad especial en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior” <sup>80</sup>. Asimismo, adujo que las mercancías allí ingresadas se consideran ubicadas por fuera del territorio aduanero, para efectos de los impuestos a las importaciones y a las exportaciones.

1. En este contexto, dispuso el legislador como objetivos de la zona franca los siguientes: (i) ser instrumento para la creación de empleo y para la captación de nuevas inversiones de capital; (ii) ser un polo de desarrollo que promueva la competitividad en las regiones donde se establezca; (iii) desarrollar procesos industriales altamente productivos y competitivos, bajo los conceptos de seguridad, transparencia, tecnología, producción limpia, y buenas prácticas empresariales; (iv) promover la generación de economías de escala; y (v) simplificar los procedimientos del comercio de bienes y servicios, para facilitar su venta<sup>81</sup>.

1. En consecuencia, debe considerarse que una Zona Franca es un espacio dentro del territorio nacional en donde se desarrollan actividades industriales o comerciales, bajo una normatividad especial en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior. En ese sentido, una de las restricciones que rige el desarrollo de cualquier actividad en este lugar es el “principio de exclusividad”, que implica los usuarios industriales de bienes o servicios deberán estar instalados exclusivamente en las áreas declaradas como zona franca y garantizar que el desarrollo su objeto social y actividad generadora de renta se produzca exclusivamente en las áreas declaradas como zona franca<sup>82</sup>.

A. SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO. Las entidades accionadas no vulneraron los derechos de identidad étnica y cultural, libre determinación, autonomía y participación del Consejo Comunitario, ante la ausencia de una afectación directa en la ejecución del proyecto de construcción de una planta de almacenamiento de Gas Licuado de Petróleo (GLP)

1. Le corresponde a la Sala de Revisión determinar si (i) la empresa Plexaport y las demás entidades accionadas, a saber: la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique -CARDIQUE-, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior y EPA Cartagena vulneraron los derechos fundamentales de identidad étnica y cultural, libre determinación, autonomía y participación del Consejo Comunitario de Pasacaballos, al negarse a efectuar -en el caso de la empresa accionada- y a exigir la realización de la consulta previa a la que consideran tienen derecho, por la construcción y puesta en funcionamiento de una planta de almacenamiento de gas licuado de petróleo (GLP), que es cercana al territorio de la comunidad étnica. Adicionalmente, (ii) le corresponde a la Corte determinar si la empresa Plexaport desconoció el derecho fundamental de petición del accionante, por no dar respuesta oportuna a las solicitudes por ella planteadas.

1. Es necesario precisar que la consulta previa de las comunidades étnicas es una garantía que busca efectuar estos procesos en aquellos supuestos en los que se pueda afectar la no coincidencia de un grupo con los caracteres de la mayoría y que, en general, implique que una obra o proyecto pueda impactar en el derecho a la diversidad étnica y cultural de la comunidad. Sin embargo y, no obstante, la gran importancia que el ordenamiento jurídico le ha dado a este derecho de carácter fundamental, ella se encuentra supeditada a la comprobación de una afectación directa en la comunidad implicada. En efecto, el Convenio 169 de la OIT<sup>83</sup> dispuso que los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (art. 6) y, a su vez, proteger los derechos de las comunidades interesadas en los recursos naturales existentes en sus tierras, que comprende el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos (art. 15).

1. Así, al estudiar la acción de tutela presentada por el Consejo Comunitario lo primero que debe concluir la Sala de Revisión respecto a la construcción del proyecto de almacenamiento de GLP, a cargo de la empresa accionada, es que el mismo se ubica en una zona franca, la

cual por definición y como se estableció en el acápite precedente se encuentra ubicada por fuera del territorio de esta comunidad. En consecuencia, no hay duda sobre la inexistencia del derecho a la consulta previa por la utilización, administración y conservación de los recursos, pues el espacio físico en que Plexaport desarrolla su objeto social no coincide con el de la comunidad. De hecho, puso de presente el Consejo Comunitario en la acción de tutela estudiada que la obra colinda con la vía de entrada a la comunidad y podría ser cercana a sector periféricos de la misma, sin que exista un traslape entre el territorio de la zona en donde se desarrolla el proyecto de GLP y el asentamiento de dicha comunidad.

1. Ahora bien, respecto a la posible afectación directa en la comunidad accionante, además debe valorarse la existencia de medidas que impactan o amenazan los derechos e intereses de las comunidades afrodescendientes desde el punto de vista territorial, cultural, social, espiritual o económico. Sin embargo, con sustento en lo dispuesto en la sentencia SU-123 de 2018, la Sala no puede compartir que en este caso exista una evidencia razonable y concreta en el sentido de que la construcción y puesta en funcionamiento de la planta de almacenamiento de GLP trasgreda un derecho actual de la comunidad o modifique estructuras sociales, espirituales y ocupacionales. Ello, además, se ve reforzado por las respuestas al requerimiento del auto de pruebas, efectuadas por la Autoridad de Licencias Ambientales -ANLA- y el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena, quienes coinciden al indicar que el proyecto que pretende implementar Plexaport, relativo al almacenamiento y distribución de GLP, no es de aquellos que obliguen a la obtención de licencia ambiental, en los precisos términos del Decreto 1076 de 2015<sup>84</sup>.

1. Asimismo, preciso el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena que, en virtud de los dos kilómetros existentes entre la comunidad de Pasacaballos y el proyecto, “los riesgos y afectaciones manifestados por el accionante no se encuentran acreditadas, tampoco el riesgo inminente y de igual forma el peligro a la subsistencia ni los derechos sociales y culturales de los accionantes”. Asimismo, manifestó que con fundamento en la evaluación de los planes de manejo ambiental, de contingencias y emergencias, presentados por la empresa Plexaport, el proyecto de almacenamiento y distribución de GLP no implica una

afectación directa en la comunidad accionante, pues (i) las aguas residuales domésticas generadas por la empresa son tratadas; y (ii) conducidas por medio de un canal artificial interno de Zona Franca a la Bahía de Cartagena, sin que en ningún momento de este proceso se generan emisiones al aire por fuentes fijas. En consecuencia, se solicitó la improcedencia de la acción de tutela, al no existir prueba de la violación concreta de derecho fundamental alguno.

1. En conclusión, con relación al concepto de afectación directa, la comunidad accionante dentro del expediente de referencia argumentó de manera general alternativas de riesgos o daños que un proyecto de GLP, considerado en abstracto, podría generar. Dicha lista, allegada en sede de revisión, es general, abstracta y desligada de los elementos que identifican a la comunidad étnica, y de cómo los mismos se verían afectados frente a la planeación e implementación del Proyecto. Adicionalmente, varias de las actividades enlistadas, por ejemplo, un eventual vertimiento, no puede ser atribuido al proyecto de GLP. Es claro para la Sala que el listado allegado por el Consejo Comunitario refleja impactos eventuales e hipotéticos, pero los mismos no reflejan una carga de prueba mínima de los accionantes, pues se limitan a relacionar dichas hipótesis con la ejecución del proyecto de GLP, aún cuando participaron en la socialización del proyecto sin hacer alusión a los mismos.

1. Por último, conforme a lo señalado por la jurisprudencia, la extensión del derecho de petición a particulares que no actúan como autoridad -como es el caso de Plexaport, sólo es procedente, entre otras, cuando el derecho de petición sea el instrumento para garantizar otros derechos fundamentales, pues su ejercicio no puede implicar una intromisión en el fuero privado de quienes no exponen su actividad al examen público<sup>85</sup>. De esta manera, ante la solicitud de la comunidad accionante dirigida a Plexaport (7 de febrero de 2019), con el fin de acceder a los planes de manejo ambiental y de contingencias, la Sala pudo constatar que no existe evidencia sobre la entrega de esta información, como tampoco referencia alguna de la sociedad sobre el carácter reservado de la información solicitada por los accionantes. Por el contrario, la empresa accionada se limitó a señalar que los documentos

solicitados habían sido radicados ante el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena.

1. Asimismo, se debe precisar que, no obstante que en la acción de tutela también se cuestionó la falta de entrega de la certificación sobre presencia de grupos étnicos en la zona de desarrollo del proyecto, no es posible ordenar una respuesta sobre ello, en tanto tal cuestión sí fue resuelta por la accionada en la contestación a dicha solicitud al señalar que el proyecto “no genera de manera (sic) afectación directa a la comunidad de Pasacaballos y mucho menos trasgrede o lastima las costumbres, áreas sagradas o ancestrales de la colectividad”. Además, como ya se estableció, Plexaport ejecutará el proyecto dentro de la aludida zona franca.

Consideraciones adicionales sobre la aplicación del principio de prevención, ante la ausencia de vulneración al derecho a la consulta previa

1. Una vez se ha descartado la procedencia de la consulta previa, y la vulneración al derecho de petición ante la ausencia de entrega a la comunidad de los planes de manejo ambiental y de contingencias, que le permitirían analizar su situación de cara al impacto del proyecto en la comunidad, encuentra la Sala de Revisión que el proyecto de GLP, como se evidenció en las pruebas conlleva a una serie de riesgos inherentes a su operación. En ese sentido y, no obstante que la consulta previa refleja un ejercicio de equilibrar el interés general que se encuentra representado en muchos de los proyectos que pueden afectar a los pueblos étnicos<sup>86</sup>, no es el único medio que tiene en consideración, por un lado, el interés general y, por el otro, el particular y comunitario de las poblaciones indígenas o afrodescendientes<sup>87</sup>. Por el contrario, todo el sistema jurídico y las decisiones de los jueces buscan encontrar el balance adecuado entre los derechos en tensión y la confrontación de intereses legítimos.

1. En el caso estudiado, es necesario considerar la inquietud de la Comunidad Negra de Pasacaballos, quien en la acción de tutela y en las respuestas efectuadas a las pruebas decretadas en Sede de Revisión asegura que, a su juicio, existe un riesgo al que se enfrenta la comunidad, en virtud de la cercanía entre el proyecto de almacenamiento y distribución de GLP. En particular, afirmó que cuenta con una gran preocupación ante la posible existencia de una calamidad, un derrame o accidente que pueda afectar a la comunidad, el suministro de fuentes hídricas o la salud. A su vez, la actual representante legal del Consejo Comunitario de Pasacaballos reiteró esta preocupación en el caso de fugas, emanaciones y derrames de GLP, ante la falta de socialización del plan de contingencias. Al respecto, se reitera que este es uno de los aspectos que fue solicitado en la petición del 7 de febrero de 2019.

1. De otra parte, Plexaport asegura que el proyecto que pretende desarrollar dentro de la zona franca consiste en la construcción de una planta de almacenamiento de GLP, que permite su distribución a través de un sistema de tuberías y válvulas, las cuales se encuentran completamente automatizadas con el fin de cumplir con las condiciones técnicas y de seguridad que son requeridas. En ese sentido, considera la empresa accionada que está desarrollando una actividad económica autorizada por la ley en una zona franca, en la que además cuenta con un permiso de funcionamiento emitido por la autoridad ambiental competente que le permite mitigar los riesgos derivados de la implementación del proyecto.

1. En efecto, recuerda la Sala que la empresa demandada debe garantizar bajo el marco normativo que le es aplicable a la construcción y la operación de la planta de almacenamiento de GLP que se deben implementar los planes de emergencias y contingencias, y demás requerimientos técnicos que permitan mitigar los riesgos identificados con anterioridad. Esto obedece a la aplicación al principio de prevención que supone que inclusive los particulares deben adoptar todas las medidas necesarias para evitar la generación de un daño y evitar un riesgo, que es conocido con anterioridad<sup>88</sup>. En efecto, el artículo 78 de la Constitución se refiere a la responsabilidad por la comercialización de bienes y servicios que puedan afectar la salud y la seguridad. Mientras que los artículos 79 y

80 de la misma son claros en establecer el deber del Estado de proteger la diversidad y la integridad del medio ambiente sano, garantizar el desarrollo sostenible, así como “prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados”.

1. Por ello, la Corte instará en la parte resolutive de esta sentencia al Establecimiento Público Ambiental de Cartagena -EPA Cartagena- y, en general, a las autoridades ambientales competentes para que, en el marco de las funciones establecidas en la Constitución y en la ley, adopten cualquier medida previa, proporcional y apta para evitar que el proyecto de almacenamiento de GLP, a cargo de Plexaport, genere daño alguno a los habitantes de la zona y, en específico, a la Comunidad de Pasacaballos. Con este fin, deberá dar a conocer el Plan de Emergencias y Contingencias ya presentado y aprobado, para que la comunidad también pueda adoptar las medidas pertinentes para responder ante cualquier eventualidad. Resultando este remedio constitucional, también en una reparación a la vulneración al derecho de petición de la comunidad accionante (ver supra, numerales 101 a 103).

#### Remedio constitucional a adoptar

1. En consecuencia, considera la Sala de Revisión que le asiste de forma parcial razón a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena que negó el amparo a los derechos de identidad étnica y cultural, así como la libre determinación, autonomía y participación del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de Pasacaballos y que, a su vez, confirmó la sentencia del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena. Respecto del derecho de petición se encuentra una vulneración, ya que la información solicitada impactaba directamente la protección de otros derechos fundamentales de la comunidad.

1. Con fundamento en lo anterior, en la parte resolutive de esta providencia se dispondrá

confirmar parcialmente dichas decisiones. En consecuencia, se complementarán dichas providencias en el sentido de indicar que, en virtud del principio de prevención y como medida de reparación a la vulneración al derecho de petición, el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena -EPA Cartagena- y demás autoridades ambientales competentes deberán, en el marco de sus funciones constitucionales y legales: (i) vigilar el cumplimiento de las medidas de mitigación de riesgos e impacto ambiental; del proyecto; y (ii) dar a conocer en favor de la comunidad accionante las medidas que les puedan permitir adoptar respuestas ante una posible emergencia.

## A. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

1. Le correspondió a la Sala Tercera de Revisión determinar si (i) la empresa Plexaport S.A.S. y las demás entidades accionadas, esto es la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique -CARDIQUE-, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior y el Establecimiento Público Ambiental -EPA Cartagena-, vulneraron los derechos fundamentales de petición, de identidad étnica y cultural, libre determinación, autonomía y participación del Consejo Comunitario de Pasacaballos, al negarse a efectuar -en el caso de la empresa accionada- y a exigir la realización de la consulta previa a la que consideran tienen derecho, por la construcción de una planta de almacenamiento de gas licuado de petróleo (GLP), que es cercana al territorio de la comunidad étnica. Adicionalmente, (ii) le corresponde a la Corte determinar si la empresa Plexaport desconoció el derecho fundamental de petición del accionante, por no dar respuesta oportuna a las solicitudes por ella planteadas

1. Para dar respuesta a lo anterior, la Sala aplicó las siguientes sub-reglas, reiterando lo dispuesto en la sentencia SU-123 de 2018: (i) la consulta previa es un derecho de la comunidad étnica, su protección tiene efectos colectivos y no beneficios individuales; (ii) la consulta previa protege un concepto de territorio, en sentido amplio, que abarca elementos axiales de identidad cultural y pluralismo; y (iii) la procedencia de la consulta previa exige la

conurrencia de afectaciones directas, concretas, reales y derivadas del proyecto objeto de la controversia. Igualmente, destacó la Sala de Revisión que las zonas francas son un espacio del territorio nacional en donde se desarrollan actividades industriales o comerciales, bajo una normatividad especial en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior. No obstante, una de las restricciones que rige el desarrollo de cualquier actividad en este lugar es el “principio de exclusividad”, que implica los usuarios industriales de bienes o servicios deberán estar instalados únicamente en las áreas declaradas como tal y garantizar que el desarrollo su objeto social y actividad generadora de renta se produzca en las áreas declaradas como zona franca.

1. Dando aplicación a dichas reglas, la Sala concluyó que la construcción y puesta en funcionamiento de una planta de almacenamiento de gas licuado de petróleo (GLP), realizada por Plexaport S.A.S., no se ejecuta dentro del territorio de la Comunidad Negra de Pasacaballos, al estar ubicada en la Zona Franca Permanente de Cartagena y que, al no existir evidencia concreta sobre la afectación directa del proyecto en la estructura territorial, cultural, social, espiritual o económica de la comunidad afrodescendiente, no es posible advertir la vulneración al derecho a la consulta previa de la comunidad accionante. Lo anterior, aunado al hecho de que la autoridad ambiental impuso obligaciones a la empresa para la implementación del proyecto, relacionadas con la garantía en la gestión de residuos peligrosos, el manejo, tratamiento y transporte de las aguas residuales, sin que pueda generar emisiones al aire por fuentes fijas.

1. Lo anterior, se ve reforzado por las respuestas al requerimiento del auto de pruebas, efectuadas por la Autoridad de Licencias Ambientales -ANLA- y el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena. Dichas autoridades coinciden al indicar que el proyecto que pretende implementar Plexaport, relativo al almacenamiento y distribución de GLP, no es de aquellos que obliguen a la obtención de licencia ambiental, en los precisos términos del Decreto 1076 de 201589.

1. En consecuencia, la Sala confirmará parcialmente las decisiones de los jueces de instancia, que se negaron a amparar los derechos fundamentales de identidad étnica y cultural, así como la libre determinación, autonomía y participación del Consejo Comunitario de Pasacaballos. Respecto del derecho de petición se encuentra una vulneración, ya que la información solicitada impactaba directamente la protección de otros derechos fundamentales de la comunidad.

1. Con fundamento en lo anterior, y con base en la aplicación del principio de prevención, la Sala reiterará el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena -EPA Cartagena- y demás autoridades ambientales competentes deberán, en el marco de sus funciones constitucionales y legales: (i) vigilar el cumplimiento de las medidas de mitigación de riesgos e impacto ambiental del proyecto; y (ii) y dar a conocer en favor de la comunidad accionante las medidas que les puedan permitir adoptar respuestas ante una posible emergencia. Esto último, además, es una materialización del derecho fundamental de petición, en tanto en una solicitud del 7 de febrero de 2019, la comunidad le solicitó a Plexaport la entrega del Plan de Manejo Ambiental y de Potenciales riesgos y no existe claridad sobre si se realizó tal entrega, la cual resultaba esencial para la protección de otros derechos fundamentales de la comunidad (ver supra, numerales 101 a 103).

## I. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada para decidir el asunto de la referencia, mediante auto del 25 de enero de 2021.

Segundo.- CONFIRMAR PARCIALMENTE, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, el 12 de febrero de 2020, que a su vez confirmó la sentencia del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena del 10 de diciembre de 2019, y, en consecuencia, NEGAR el amparo de los derechos de identidad étnica y cultural, libre determinación, autonomía y participación invocados por el señor Juan David Cassiene Fuentes, en calidad de representante legal de la Junta Directiva del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Pasacaballos, y AMPARAR el derecho fundamental de petición invocado por dicho representante legal, en lo que tiene que ver con el acceso a los planes de manejo ambiental y de contingencias.

Tercero. REITERAR al Establecimiento Público Ambiental de Cartagena -EPA Cartagena- y a las autoridades ambientales competentes, en el marco de sus funciones constitucionales y legales, su deber de (i) vigilar el estricto cumplimiento de las medidas de mitigación de riesgos e impacto ambiental del proyecto de almacenamiento de gas licuado de petróleo realizado por Plexaport S.A.S.; y (ii) permitir que la comunidad accionante conozca las medidas contempladas en los planes de manejo ambiental y de emergencias y contingencias, con el fin de que divulgar los riesgos y las acciones que conllevan a mitigarlos.

Cuarto.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

A LA SENTENCIA T-164/21

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA A COMUNIDADES INDIGENAS Y

AFRODESCENDIENTES-Improcedencia por cuanto no se cumplió con el requisito de subsidiariedad, en tanto que el proceso administrativo es el medio idóneo de defensa (Salvamento parcial de voto)

Expediente: T-7.876.208

Magistrado ponente: Alejandro Linares Cantillo

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de esta Sala de Revisión, suscribo el presente salvamento parcial de voto en relación con la sentencia de la referencia. Si bien comparto la decisión de amparar el derecho de petición de la comunidad accionante, disiento de las decisiones de (i) negar el amparo de los derechos a la identidad étnica y cultural, a la libre determinación, a la autonomía y a la participación de la accionante, así como de (ii) “reiterar al Establecimiento Público Ambiental de Cartagena” (en adelante, EPA Cartagena) y a las demás autoridades ambientales su deber de “permitir que la comunidad accionante conozca las medidas contempladas en los planes de manejo ambiental y de emergencias y contingencias” presentados por la empresa accionada.

Mi disenso se fundamenta en dos razones. Primero, la solicitud de garantizar el proceso de consulta previa no satisfizo el requisito de subsidiariedad, por lo que la Sala debió declarar la improcedencia de la acción de tutela respecto de dicha pretensión. Segundo, Plexaport SAS es la responsable por la vulneración del derecho de petición de la accionante, por lo que es la entidad que debe entregar los planes de manejo que no allegó en debida forma como

respuesta a la solicitud presentada por la comunidad mediante derecho de petición.

Si bien la jurisprudencia constitucional ha flexibilizado el examen de este requisito en materia de consulta previa, no ha eximido a las comunidades del deber de agotar los mecanismos ordinarios cuando se encuentren en capacidad de resistir su específica situación de riesgo<sup>92</sup>. Por lo demás, en el caso particular, no existen en el expediente elementos que permitan concluir que los miembros de la comunidad se encuentren en situación de vulnerabilidad, sino que, al contrario, está probado que cuentan (i) con “personal técnico de conocimiento empírico y científico”<sup>93</sup> para evaluar los impactos del proyecto, así como (ii) con apoderado judicial especialista en Derecho Ambiental, Territorial y Urbanístico para la representación de sus intereses. Por último, la accionante tampoco acredita supuesto alguno de perjuicio irremediable que torne procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio.

Segundo, la orden de entregar los planes de manejo debió dirigirse contra Plexaport SAS. Como “medida de reparación a la vulneración al derecho de petición”, la sentencia reiteró al EPA Cartagena y a las demás autoridades ambientales su deber de “permitir que la comunidad accionante conozca las medidas contempladas en los planes de manejo ambiental y de emergencias y contingencias”. Sin embargo, dichas entidades no han incumplido con dicha obligación, ni han vulnerado el derecho de petición de la accionante. En efecto, no está acreditado que la comunidad solicitó al EPA Cartagena o a otra autoridad ambiental copia de los referidos planes de manejo, ni de que dichas entidades hubieran negado su entrega a la accionante. Como lo advirtió la Sala, el hecho generador de la vulneración del derecho de petición de la comunidad accionante fue la ausencia de respuesta por parte de Plexaport SAS. Por consiguiente, la Corte debió ordenar a esta empresa la entrega de los planes de manejo solicitados por la accionante mediante derecho de petición.

Fecha ut supra,

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

1 El actor afirmó que los diferentes tipos de proyectos realizados en el territorio de la comunidad afrodescendiente de Pasacaballos “han generado impactos nefastos (...)”. Folio 3, cuaderno 1, del expediente digital. En adelante, siempre que se cite un folio de un cuaderno, se entenderá que hace parte del expediente digital, salvo que se indique lo contrario.

2 Ibídem.

3 Folio 26 del cuaderno 1.

4 PLEXAPORT es una sociedad por acciones simplificada, calificada mediante acto 069 del 31 de agosto de 2018 como usuario industrial de bienes y servicios de la Zona Franca Permanente de Cartagena. De conformidad con el Certificado de Existencia y Representación, el domicilio principal se encuentra ubicado en la Zona Franca de Cartagena, km 13, Mamonal, vía a Pasacaballos 1, 2 y 3. Folios 28 y 30 del cuaderno 1.

5 Folio 28 del cuaderno 1.

6 Folio 29 del cuaderno 1.

7 La accionada afirmó que, en la reunión del 19 de febrero de 2019, “se escucharon [las] inquietudes [de la comunidad], se le dieron las respuestas requeridas y se le explicaron de viva voz, lo aquí descrito para conocimiento de todo”. En el mismo sentido, se dieron los acercamientos con la comunidad el 4 de julio de 2019. Folio 29 del cuaderno 1.

8 En este punto, citó el artículo 2.2.2.3.3.3. del Decreto Único del Sector Ambiente y el artículo 76 de la Ley 70 de 1993.

9 El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena, mediante auto del 27 de noviembre de 2019, admitió la demanda de tutela y, en consecuencia, dispuso la vinculación de todas las entidades accionadas y de la Procuraduría Delegada para Asuntos Étnicos. Folios 38 a 60 del cuaderno 1.

11 Según consta en la copia del “Acta de socialización de proyecto PLEXAPORT S.A.S.”, del 4 de julio de 2019, se reunieron, por parte de la empresa, el gerente, directora y administrador del proyecto, y por parte de la comunidad étnica, la señora Aris Gandara, en calidad de presidenta del Consejo Comunitario de Pasacaballos, y el señor Jorge Eliecer Zabaleta, presidente de la Junta de Acción Comunal del mismo corregimiento. Esto, con el propósito de conocer y verificar el proyecto de construcción de la planta de almacenamiento de GLP, que adelanta PLEXAPORT en los lotes 1 y 2 de la Zona Franca de Cartagena. Las partes acordaron los canales de comunicación, el compromiso de socializar con los contratistas actuales las hojas de vida de los 11 trabajadores que suscribieron el acuerdo del 23 de abril de 2019, el compromiso de la comunidad de no bloquear el acceso a las instalaciones de la empresa, y la entrega de la socialización del proyecto, plan de manejo ambiental y de emergencia y contingencia. Folio 92 del cuaderno 1.

12 Refirió que “la construcción que actualmente adelanta PLEXAPORT no contempla conexión a sistema nacional de transporte por ductos, ni se encuentra conectado a otra infraestructura que tenga como objeto el transporte de hidrocarburos por ductos”. Folio 86 del cuaderno 1.

13 La entidad accionada manifestó que registró dichos planes ante la autoridad competente, refiriéndose al mismo tiempo a CARDIQUE y al EPA de Cartagena. Folios 86 y 87 del cuaderno 1. Adicionalmente, aportó copia de la Resolución No. 0296 del 6 de marzo de 2019, “por medio de la cual se da cumplimiento a la obligación de la presentación de un Plan de Contingencias, señalada en Art. 2.2.3.3.4.14. del Decreto 1076 de 2015, modificado por el

Artículo 7 del Decreto 050 de 2018, y se dictan otras disposiciones”, expedida por el Director General de CARDIQUE. Folios 117 a 123 del cuaderno 1.

14 Folio 142 del cuaderno 1.

15 El Ministerio hizo referencia a “la simple participación asociada a la intervención de las comunidades en los organismos decisorios de carácter nacional, así como la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen.” Corte Constitucional, sentencia T-376 de 2012.

16 Folio 179 del cuaderno 1.

17 Folio 147 del cuaderno 1.

18 Folio 235 del cuaderno 1.

19 El inciso primero del artículo 64 del Reglamento de la Corte Constitucional –Acuerdo 02 de 2015- dispone que “[c]on miras a la protección inmediata y efectiva del derecho fundamental vulnerado y para allegar al proceso de revisión de tutela elementos de juicio relevantes, el Magistrado sustanciador, si lo considera pertinente, decretará pruebas. Una vez se hayan recepcionado, se pondrán a disposición de las partes o terceros con interés por un término no mayor a tres (3) días para que se pronuncien sobre las mismas, plazo durante el cual el expediente quedará en la Secretaría General”.

20 Se oficiaron las pruebas para que explicara las razones por las cuales considera que la ejecución del proyecto de construcción de la planta de almacenamiento de GLP genera una afectación directa del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de Pasacaballos. Asimismo, si podía identificar quién suscribió el “Acta de socialización del proyecto” del 4 de julio de 2019 y, finalmente, que remitiera una copia de la certificación expedida por la Alcaldía Mayor de Cartagena, que acredite su calidad de representante legal de la Junta Directiva del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Pasacaballos.

21 Con el fin de que explicara -entre otros- si el proyecto de gas licuado de petróleo colinda o se superpone con el territorio de la comunidad negra de Pasacaballos y qué implicaciones tendría que la ejecución de dicho proyecto, localizado en una zona franca, colinde con el territorio de una comunidad afrodescendiente. Por último, requirió información sobre los

motivos por los cuales no ha solicitado al Ministerio del Interior -Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa- la certificación de presencia de grupos étnicos en el área de influencia del proyecto de GLP.

22 Se ofició a las entidades para que precisaran cierta información acerca de sus competencias, la certificación del representante legal de la Junta Directiva de Pasacaballos y los certificados sobre el cumplimiento de las obligaciones impuestas a Plexaport S.A.S.

23 Respuesta del señor Juan Carlos Montoya Polanco, el 23 de noviembre de 2020.

24 Como normatividad adicional se enuncian los siguientes estándares internacionales: a. API 2510. "Design and Construction of LPG Installations"; b. API 2510A. "Fire-Protection considerations for the Design and Operation of liquefied Petroleum Gas (LPG) Storage Facilities"; c. FPH. "Fire Protection Handbook"; d. NFPA 13. "Standard for the installations of the sprinkler systems"; e. NFPA 14. "Standard for installation of standpipe and hose systems"; f. NFPA 15. "Standard for water spray fixed systems for fire protection"; g. NFPA 20. "Standard for the installation of stationary pumps for fire Protection"; h. NFPA 24. "Standard for the installation of private fire service mains and their appurtenances"; i. NFPA 58. "Liquefied Petroleum Gas Code"; j. NFPA 70. "National electrical code"; k. NFPA 72. "National fire alarm and signaling code"; l. NTC-2050. "Código eléctrico colombiano"; m. Resolución 40246. "Reglamento técnico aplicable al recibo, almacenamiento y distribución de gas licuado de petróleo" y n. RETIE. "Reglamento técnico de instalaciones eléctricas" o. FPE. "Handbook of Fire Protection Engineering".

25 Asimismo, precisó la accionada que, de acuerdo con lo establecido por el literal 10.4 del Plan de Manejo Ambiental, el proyecto de construcción de la planta de almacenamiento de GLP "no produce impacto negativo de cara a las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales alguno frente al territorio en el que habita la Comunidad negra de Pasacaballos". Por el contrario, la ejecución del proyecto está constituida por un sistema cerrado que no genera contaminación ambiental de ningún tipo y que, de conformidad con el Plan de Manejo Ambiental, cuenta con todas las medidas de mitigación y prevención de impacto que exige la ley para controlar un eventual incidente. Por lo anterior, se cumplen con todas las condiciones de seguridad establecidas a fin de no generar riesgo para al personal de planta y las personas que habitan la comunidad cercana. Así, para acreditar lo expuesto

adjuntó a esta contestación, entre otros, los siguientes documentos: (i) plano de la Zona Franca; (ii) plano de localización general del proyecto; (iii) comunicado del 21 de febrero de 2019, emitido por PLEXAPORT y dirigido al Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Pasacaballos; (iii) copia del acta de socialización del proyecto del 4 de julio del 2019; (iv) copia de comunicación del 29 de julio de 2019, emitida por PLEXAPORT S.A.S.; (v) acto de calificación No. 69 del 16 de agosto de 2018; (vi) certificado uso de suelo expedida por la Secretaría de Planeación; (vii) copia comunicaciones que, a juicio de la accionada, dan cuenta de la intención de vinculación laboral por parte de PLEXAPORT a la comunidad de Pasacaballos. Por último, aportó una comunicación de la empresa accionada con destino a la Zona Franca, del 29 de julio de 2019, en la que se precisó lo siguiente: “Actualmente nos encontramos finalizando todas las obras civiles complementarias del proyecto, la instalación del sistema contra incendio, la instalación del sistema de telemetría y culminando los procesos de automatización. Con el propósito de verificar que la infraestructura instalada en la planta cumple con la normatividad técnica requerida, se hace necesario importar un tercer buque de GLP para realizar operaciones de descarga mediante la modalidad barco – barcaza – planta”. // “Una vez finalizadas todas las actividades anteriormente mencionadas, procederemos con el trámite de la certificación establecida en la resolución 40246 expedida por el de Ministerio de Minas y Energía, para este tipo de plantas de almacenamiento, previo a su inicio formal de operación. Al cumplir a cabalidad con las etapas pendientes, será posible determinar el inicio formal de la operación o la puesta en marcha del proyecto a la luz de las definiciones del decreto 2147 de 2016”.

26 Artículo 2.2.2.3.1.3. Decreto 1076 de 2015.

27 El 7 de diciembre de 2020, dio respuesta al requerimiento del auto de pruebas.

28 “Por la cual se adopta el Régimen Político, Administrativo y Fiscal de los Distritos Portuario e Industrial de Barranquilla, Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta”.

29 El señor Javier Alejandro Mouthon Bello dio respuesta al auto de pruebas, el 25 de noviembre de 2020.

30 En consecuencia, como anexo, fue adjuntado el Plan de Manejo Ambiental de febrero de 2019. Folio 1 a 111. En tal se concluye que, no obstante las medidas adoptadas, se debe

mantener un manejo estricto del proyecto para evitar contaminaciones atmosféricas, contaminación del suelo, migración de la fauna silvestre, posibles incendios y explosiones.

31 En consecuencia, con fundamento en dicho concepto técnico, el Establecimiento Público Ambiental profirió el Auto No. 0003 del 10 de enero de 2020, en el que se le efectúa unos requerimientos a Plexaport para que se allane de conformidad a las normas de protección ambiental vigentes y mediante oficio EPA-OFI-000691-2020. Sin embargo, la notificación sólo se dio el 18 de septiembre de 2020.

32 Después de la información suministrada por Juan David Cassiene Fuentes, en el sentido de que ya no es representante legal del Consejo Comunitario de Pasacaballos, el 3 de diciembre de 2020, se profirió un nuevo auto de pruebas con destino a la nueva representante legal del Consejo Comunitario de Pasacaballos, esto es la señora Eva Reyes Rodríguez.

33 La cual fue acreditada por medio de certificación de la Alcaldía Mayor de Cartagena.

34 “Por medio del cual se adoptan directrices generales para la elaboración del plan de gestión del riesgo de desastres de las entidades públicas y privadas en el marco del artículo 42 de la Ley 1523 de 2012”.

35 De acuerdo con esta disposición, una vez se reciban las pruebas solicitadas “se pondrán a disposición de las partes o terceros con interés por un término no mayor a tres (3) días para que se pronuncien sobre las mismas, plazo durante el cual el expediente quedará en la Secretaría General”.

36 Después de aludir a los antecedentes del amparo interpuesto, la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior afirmó que es la única entidad administrativa competente para determinar la procedencia de la consulta previa para un proyecto, obra o actividad y coordinar los procesos consultivos. Sin embargo, para determinar su procedencia y oportunidad debe existir solicitud expresa del ejecutor del proyecto, obra o actividad. Es decir, la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa no actúa de manera oficiosa, sino que su actuación está supeditada a la petición que realice el ejecutor del proyecto ante esta Autoridad.

37 Esta entidad reiteró su intervención y aclaró que la Resolución No. 0296 del 6 de marzo

de 2019, expedida por esta autoridad ambiental, “por medio de la cual se da cumplimiento a la obligación de la presentación de un Plan de Contingencias, señalada en el artículo 2.2.3.3.4.14. del Decreto No. 1076 de 2015, modificado por el artículo 7 del Decreto No. 050 de 2018, y se dictan otras disposiciones”, en el sentido que éste no tiene una relación directa con el proyecto de construcción de la planta de almacenamiento de GLP de PLEXAPORT S.A.S., sino con las eventuales contingencias que podrían generarse con ocasión del transporte de los productos que se movilicen por el muelle de la Sociedad Portuaria del Dique S.A., que provengan de las actividades de esa empresa, lo cual implica que se radique un ejemplar de su Plan de Contingencia ante todas las autoridades ambientales por donde se pretenda movilizar sustancias peligrosas. En consecuencia, su alcance no implica la aprobación del Plan de Contingencias. Asimismo, reiteró que Plexaport se encuentra ubicada en la Zona Franca de Cartagena y, por ello, la autoridad ambiental competente sería el Establecimiento Público Ambiental de dicha ciudad.

38 Precisó que la entidad comparte los argumentos expuestos por el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena, en el sentido de que la competencia de la ANLA en el sector hidrocarburos está sujeta al artículo 2.2.2.3.2.2 Decreto 1076 de 2015. En esa dirección, adujo que la actividad de almacenamiento de GLP de la empresa PLEXAPORT S.A.S se realiza al interior de la zona franca del distrito de Cartagena, considerada está de acuerdo con la Ley 1004 del 2005, como un área geográfica delimitada dentro del territorio nacional, en donde se desarrollan actividades industriales de bienes y de servicios o actividades comerciales, bajo una normativa especial en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior. En efecto, no parecen concurrir los factores para activar su competencia. Con mayor razón, si de conformidad con el literal e) de la citada disposición el proyecto obra o actividad de competencia de la ANLA debe tener una terminal de entrega o almacenamiento ella debe estar asociada a un sistema de transporte de hidrocarburos por ductos. Por tanto, de acuerdo con la descripción efectuada por Plexaport “la actividad de almacenamiento de GLP no es una de aquellas actividades que se encuentren sujetas a licenciamiento ambiental”. Asimismo, “la actividad no es una de aquellas que de conformidad con la Ley 99 de 1993 y el Decreto 1076 de 2015 (que) están sujetas a licenciamiento ambiental por parte de esta Autoridad Nacional. De igual forma, teniendo en cuenta que la sociedad accionada presentó un Plan de Manejo Ambiental ante la autoridad ambiental regional, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales en el caso sub examine carece de competencia para tramitar una licencia ambiental en el proyecto desarrollado por la sociedad PLEXAPORT S.A.S.”.

39 La empresa accionada reiteró que no ha vulnerado los derechos fundamentales de la comunidad de Pasacaballos y ha cumplido con los presupuestos exigidos por el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena. Por tanto, comparte la intervención de la autoridad ambiental, pues las actividades de almacenamiento, transporte y distribución de GLP no están sujetas a licenciamiento ambiental, debido a que no causan o generan impacto negativo alguno. Ahora bien, respecto a las respuestas suministradas por el Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de Pasacaballos afirmó la empresa accionada que se dieron respuestas evasivas a los requerimientos, en tanto al citar un documento sobre los supuestos peligros de almacenamiento de GLP desconocen las conclusiones de visita realizada por la autoridad ambiental competente, quien descartó que se requiera tramitar licencia ambiental para este proyecto. En ese sentido, indicó que los argumentos que motivan la supuesta afectación directa carecen de respaldo probatorio.

40 La Procuraduría General de la Nación, después de efectuar un recuento sobre los hechos y pruebas relevantes, resalta que el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena, como autoridad ambiental, en su informe técnico no descarta la existencia de riesgo, pues en su respuesta a la pregunta puntual que sobre el particular se realiza sobre la afectación del proyecto a la comunidad del Consejo Comunitario de Pasacaballos, señala la existencia de riesgo bajo sobre emisiones atmosféricas y muy bajo, respecto a eventuales fugas de GLP. En consecuencia, se consideró que ante la existencia de tales riesgos habría que consultarse a la comunidad accionante.

41 Indicó la parte accionante que la respuesta del Establecimiento Público Ambiental de Cartagena refuerza que sólo, hasta este momento, la comunidad pudo conocer la propuesta del Plan de Manejo Ambiental presentado por Plexaport. Cuestionó, por tanto, que dicha empresa no hubiese querido “compartir con el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Pasacaballos las condiciones técnicas de su operación y sus presuntos instrumentos y planes de gestión ambiental, sino que se limitaba a manifestar que los mismos habían sido presentados ante el EPA y que allí reposaban, minimizando la relevancia de socializar y otorgar pleno conocimiento a las comunidades étnicas que podrían verse afectadas por el desarrollo de su actividad económica”. Ahora bien, no puede considerarse que por la ubicación de la empresa en una Zona Franca no exista un derecho a la consulta previa de tal comunidad, pues este derecho supone analizar usos, costumbres, creencias que se estrechan a actividades ancestrales tales como la pesca, las actividades primarias de explotación de

recursos ancestrales, el intercambio directo de bienes de primera necesidad, la preservación de su territorio, la siembra, entre otros. En efecto, afirmó que “el mero hecho de ser vecinos de un centro industrial como Mamonal y la Zona Franca de la ciudad de Cartagena constituye una grave amenaza no solo para la salud de la comunidad (por el hecho de vivir contiguo a una zona industrial junto a todo lo que ello implica), sino, además, para los imaginarios colectivos de una comunidad que pareciera destinada a “urbanizarse” y convertirse en mano de obra de las empresas que ahora los rodean y explotan sus recursos naturales”.

42 Pese a esta nueva notificación, el Consejo Comunitario de Pasacaballos guardó silencio en el término concedido por la Sala para el efecto. Por su parte, Plexaport intervino con el fin de reiterar los argumentos expuestos, adjuntar los documentos que soportan su pretensión e indicar que el Establecimiento Público Ambiental ha aclarado que la accionada ha cumplido con todos los deberes ambientales requeridos. Asimismo, cuestionó que el Consejo Comunitario hubiese dado respuestas evasivas a los requerimientos al auto de pruebas y sin aportar evidencias concretas para cada uno de los hechos allí alegados. Finalmente, enfatiza en la respuesta de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, en el sentido de que por las características del proyecto realizado por Plexaport, su ejecución no requiere de licencia ambiental.

43 “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”.

44 Corte Constitucional, sentencias T-499 de 2018 y T-021 de 2019.

45 Corte Constitucional, sentencia T-256 de 2015.

46 Corte Constitucional, sentencia T-576 de 2014.

47 Corte Constitucional, sentencia T-021 de 2019.

48 A su vez, se desvirtuó lo afirmado por el Ministerio del Interior, en Sede de Revisión, en el sentido de que el señor Juan David Cassiane Fuentes no se encontraba inscrito el Registro del Consejo Comunitario del Corregimiento de Pasacaballos que reposaba en esta entidad. Por el contrario, el accionante y la Alcaldía Mayor de Cartagena aportaron el certificado sobre dicha representación legal y la conformación de la junta directiva. En consecuencia, se debe precisar, como así lo puso de presente el Ministerio del Interior, que es competencia de las

respectivas alcaldías -donde se localice la mayor parte del territorio de los consejos comunitarios- efectuar la inscripción de las actas de elección de las juntas de los Consejos Comunitarios, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 2.5.1.2.9 del Decreto 1066 de 2015.

49 De conformidad con el Artículo 5º del Decreto 2591 de 1991: “La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2o. de esta ley”. CP, art 86º; D 2591/91, art 1º.

50 En Sentencia T-501 de 1992 se señaló que “La autoridad es pública cuando el poder del que dispone proviene del Estado, de conformidad con las instituciones que lo rigen. Subjetivamente hablando, la expresión autoridad sirve para designar a quien encarna y ejerce esa potestad. Para el acceso a mecanismos judiciales concebidos para la defensa de los derechos fundamentales, como es el caso del derecho de amparo o recurso extraordinario en otros sistemas, o de la acción de tutela entre nosotros, por ‘autoridades públicas’ deben entenderse todas aquellas personas que están facultadas por la normatividad para ejercer poder de mando o decisión en nombre del Estado y cuyas actuaciones obliguen y afecten a los particulares”.

51 Corte Constitucional, sentencia T-422 de 2020.

52 De conformidad con esta disposición “la acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: (...) 4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivo la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización”.

53 Corte Constitucional. Sentencia T-348 de 2012.

54 Corte Constitucional, sentencias T-119 de 2015, T-250 de 2015, T-446 de 2015, T-548 de 2015 y T-317 de 2015.

55 Corte Constitucional, sentencia T-040 de 2016.

56 Corte Constitucional, sentencias SU-124 de 2018 y T-225 de 1993.

57 El medio de defensa será idóneo cuando materialmente sea apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y es efectivo cuando está diseñado para brindar una protección oportuna a los mismos. Corte Constitucional, sentencia T-006 de 2015.

59 Más allá de la sentencia SU-123 de 2018, en materia de subsidiariedad, la sentencia SU-217 de 2017 había establecido que “la acción de tutela procede como mecanismo preferente para la protección de los derechos de los pueblos indígenas”. Lo anterior, reafirmado después de que el CPACA – Ley 1437 de 2011 – incluyó el desconocimiento de la consulta previa como una causal de nulidad de los actos administrativos, ante lo cual esta Corte concluyó que la inclusión de estas normas en el ámbito de la jurisdicción contenciosa “no desvirtúa ninguna de las razones a las que ha acudido la Corte Constitucional para concluir que la tutela es el mecanismo preferente para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, tales como la discriminación histórica, la consideración de los pueblos como sujetos de especial protección constitucional y la dimensión constitucional particularmente intensa de estos conflictos, (...) [ni] genera una modificación de hecho de la jurisprudencia constitucional, ni puede llevar a la restricción del derecho al acceso a la administración de justicia de estos colectivos” (Corte Constitucional, sentencia SU-217 de 2017).

60 Fueron accionadas la Secretaría del Interior de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias; la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique -CARDIQUE-; la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- y la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior. No obstante, como así se puso de presente al estudiar la legitimación por pasiva, dicha Alcaldía fue desvinculada.

61 Es relevante considerar la vinculación efectuada por el juez de primera instancia en favor de EPA Cartagena, el 6 de diciembre de 2019, la que, además, fue efectuada de nuevo por la Sala de Revisión de la Corte Constitucional, el 30 de noviembre de 2020.

62 Sobre éste cabe precisar que es el derecho que tienen las comunidades étnicas que se exija su consentimiento previo, libre e informado cuando exista una medida que los afecta de manera intensa. La intensidad se mide en que (i) vulnera derechos fundamentales; y/o (ii) amenaza la supervivencia física-cultural de la comunidad. Este aplica ante las siguientes medidas, que solo podrán adoptarse, si la comunidad concede el CLIP: (i) traslado o

reubicación del lugar de asentamiento; (ii) medidas que ponen en riesgo su subsistencia; y (iii) las relacionadas con el almacenamiento o depósito de materiales tóxicos o peligrosos en su territorio.

63 En particular, el artículo 6 (a) de dicho convenio establece que el Gobierno deberá “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”.

64 La sentencia C-369 de 2016 indica que la consulta previa es un derecho fundamental porque materializa normas constitucionales como: la participación de grupos particularmente vulnerables, la diversidad cultural y los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, frente a los pueblos étnicos o culturalmente diversos. En sentido similar, la sentencia T-151 de 2019, estableció que el carácter de derecho fundamental obedece a que la consulta previa “garantiza la participación de un colectivo que ha sido históricamente discriminado y, además, asegura la protección de la cultura nacional”.

65 Corte Constitucional, sentencia T-151 de 2019 reiterando la sentencia C-175 de 2009. Con respecto a los derechos de estos sujetos de titularidad colectiva, la sentencia T-485 de 2015 recogió los derechos de las comunidades étnicas de la siguiente manera: “(i) tener su propia vida cultural, (ii) profesar y practicar su propia religión como manifestación cultural, (iii) preservar, practicar, difundir y reforzar otros valores y tradiciones sociales, culturales, religiosas y espirituales, así como sus instituciones políticas, jurídicas, sociales, culturales, etc. (iv) emplear y preservar su propio idioma, (v) no ser objeto de asimilaciones forzadas; (vi) conservar, acceder privadamente y exigir la protección de los lugares de importancia cultural, religiosa, política, etc. para la comunidad; (vii) conservar y exigir protección a su patrimonio cultural material e inmaterial; (viii) utilizar y controlar sus objetos de culto; (ix) revitalizar, fomentar y transmitir a las generaciones presentes y futuras sus historias, tradiciones orales. Filosofía, literatura, sistema de escritura y otras manifestaciones culturales; (x) emplear y producir sus medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales; (xi) participar en la vida cultural de la Nación; (xii) seguir un modo de vida según su cosmovisión y relación con los recursos naturales; (xiii) preservar y desarrollar su modos de producción y formas económicas tradicionales; y (xiv) exigir

protección de su propiedad intelectual relacionada con obras, creaciones culturales y de otra índole”.

66 La sentencia T-800 de 2014, por ejemplo, estableció que quienes son titulares del derecho a la consulta previa, se les ha “reconocido en su condición de sujeto colectivo portador de una identidad cultural y étnica diferenciada”.

67 El reconocimiento de la comunidad ROM o gitana, como sujeto titular de consulta previa, comenzó con la sentencia C-259 de 2013 y se hizo efectiva con la sentencia T-026 de 2015.

68 Corte Constitucional, sentencias T-745 de 2010, T-172 de 2013, T-657 de 2013, T-256 de 2015, T-766 de 2015, T-475 de 2016, C-389 de 2016, T-582 de 2017, T-667 de 2017, T-397 de 2018, T-499 de 2018, y T-021 de 2019.

69 En sentido similar ver la sentencia SU-039 de 1997.

70 Corte Constitucional, sentencia C-389 de 2016. En sentido similar ver las sentencias: T-112 de 2018, SU-123 de 2018.

71 Con relación con las leyes o las medidas de orden general, esta Corte ha señalado que la consulta previa procede cuando la medida general afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicos. Bajo esta óptica, la sentencia C-075 de 2009 estableció que “las leyes, por su carácter general y abstracto, no generan una afectación directa de sus destinatarios, la cual sólo se materializa en la instancia aplicativa”. De modo, que contra leyes o actos generales, impersonales y abstractos no procede la consulta previa, salvo que “la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa a los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta”.

72 Corte Constitucional, sentencias T-1045A de 2010, T-256 de 2015 SU-133 de 2017 (perturbación de estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y/o ocupacionales), T-733 de 2017 (se impactan las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la comunidad étnica), T-1045A de 2010 (se imposibilitan los oficios de los que depende la comunidad para su subsistencia), y T-256 de 2015 (se reubica la comunidad en un territorio diferente al que tiene su arraigo).

73 Corte Constitucional, sentencias T-880 de 2006, T-769 de 2009, y T-733 de 2017.

74 Corte Constitucional, sentencias T-129 de 2011, T-693 de 2011, T-849 de 2014 y T 298 de 2017.

75 Corte Constitucional, sentencia SU-383 de 2003, reiterada por SU-123 de 2018.

76 En la sentencia SU-133 de 2017, se concluyó que era obligatoria una consulta previa cuando un título minero afectaba la supervivencia cultural y económica de una comunidad étnica cuya fuente de sustento era la minería. Ante esto, la falta de consulta generaba.

77 Corte Constitucional, sentencia SU-123 de 2018.

78 Corte Constitucional, sentencias T-236 de 2017 y T-298 de 2017.

79 “Por la cual se modifica un régimen especial para estimular la inversión y se dictan otras disposiciones”.

80 Artículo 1° de la Ley 1004 de 2007.

81 Artículo 2° de la Ley 1004 de 2005.

82 Al respecto es posible consultar el Decreto 2147 de 2016 “por el cual se modifica el régimen de zonas francas y se dictan otras disposiciones”.

83 Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989 e incorporado al Estado colombiano mediante la Ley 21 de 1991.

84 “Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible”.

85 Artículos 32 y 33 de la Ley 1755 de 2015. Corte Constitucional, sentencia T-001 de 1998, T-487 de 2017.

86 Corte Constitucional, sentencia SU-217 de 2017.

87 En esta dirección, afirmó el Auto 073 de 2014 que la consulta previa es un mecanismo que debe valorar los intereses legítimos contrapuestos.

88 Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado que que “La diferencia con el principio de prevención es que este parte de la base de la existencia de suficiente certeza respecto de los riesgos o de su probabilidad de ocurrencia, de tal manera que actúa dentro de una cadena de causalidad conocida con el fin de interrumpir el curso causal respectivo y de prevenir la consumación del daño. El principio de prevención supone que el riesgo puede ser conocido anticipadamente y que pueden adoptarse medidas para neutralizarlo, mientras que el de precaución comporta que el riesgo de daño ambiental no puede ser conocido anticipadamente porque no se pueden conocer materialmente los efectos a mediano y largo plazo de una acción, indicó el alto tribunal” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 760012331000200050427101 (37603)).

89 “Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible”.

90 Ley 1437 de 2011. Artículo 46. Consulta obligatoria. Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar.

91 Acto de calificación No. 69 de la Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios. Cfr. Cdno. 1, fl. 96.

92 Sentencia SU-123 de 2018: “De acuerdo con el precedente vigente, esas 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”.

93 Respuesta del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Pasacaballos de 10 de diciembre de 2020.