

Sentencia T-197/16

CONSULTA PREVIA-Procedencia de la acción de tutela, a pesar de existir mecanismo contemplado en la ley 1437/11

Es claro que la consagración expresa por parte de la ley 1437 de 2011 de una causal de nulidad autónoma por desconocimiento al derecho a la consulta previa, no puede ser entendida como un impedimento para la prosperidad de la tutela en un caso concreto. En igual medida, la flexibilización de los requisitos para acceder al decreto de medidas cautelares bajo el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tampoco puede entenderse como un limitante que impida el conocimiento del amparo. Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha entendido que debido a las condiciones de vulnerabilidad y pobreza extrema en las que habitan las comunidades afro e indígenas de nuestro país, la procedencia de la acción de tutela adquiere un carácter prevalente para garantizar sus derechos constitucionales.

CONSULTA PREVIA-Alcance y subreglas

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

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS Y GRUPOS ETNICOS-Protección constitucional

Es claro que los procesos consultivos son un escenario esencial para asegurar la pervivencia física y la protección de las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas y tribales, por lo cual la Corte desde sus primeras sentencias, ha reconocido la competencia del juez de tutela para proteger sus derechos fundamentales e impartir las órdenes que aseguren que estas sean informadas oportunamente sobre los proyectos que impacten sobre sus territorios o sus formas de vida y para que cuenten con la oportunidad de evaluar y de incidir en la reformulación de la decisión de que se trate.

DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Protección constitucional

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDIGENAS A LA DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL-Protección internacional

La protección constitucional a la diversidad étnica y cultural de nuestro país, no solo protege la forma en la cual los pueblos indígenas y tribales se desarrollan con su entorno, sino a la par garantiza que el grueso de la sociedad “occidentalizada” deba tener en cuenta los reparos y cuestionamientos que se originan en los diversos escenarios de participación, ya que es precisamente en el respeto de los mismos, que se fundamenta la Nación pluriétnica y diversa que pregonaba la Carta del 91.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Jurisprudencia constitucional

La jurisprudencia constitucional y los órganos del sistema universal e interamericano de derechos humanos son coincidentes en sostener que el derecho a la participación efectiva de las comunidades étnicas es un factor imprescindible para la vigencia del derecho al respeto y reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. El grado de incidencia de esa afectación, a su vez, es directamente proporcional al nivel de limitación que la medida o proyecto genere en la supervivencia y prácticas tradiciones del pueblo étnico correspondiente. La consulta previa se fundamenta en el principio democrático, el derecho a la participación y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación, de conformidad con el artículo 40 Superior, que en el caso de las comunidades indígenas y afrodescendientes cobra un significado distinto y reforzado, en virtud del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, el pluralismo jurídico, el reconocimiento de estas etnias como comunidades diferenciadas y autónomas.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Coexistencia del elemento subjetivo y objetivo

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

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

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Reglas jurisprudenciales

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Orden de suspensión inmediata de las obras que se estén ejecutando en el marco del proyecto de gasoducto y se adelante consulta previa con comunidad afectada

Referencia: expediente T-5.286.367

Acción de tutela interpuesta por los miembros del Consejo Comunitario de Ma-Majari del Níspero, el Consejo Comunitario de Flamenco y la Asociación de Pescadores y Agricultores Artesanales de Pasacaballo (Agropez) contra la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y otros.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril dos mil dieciséis (2016).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA:

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, que a su vez revocó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, la cual amparó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y a la consulta previa de los Consejos Comunitarios de Ma-Majari del Níspero, del Corregimiento de Flamenco de María la Baja y de la Comunidad Negra de Pasacaballos.

I. ANTECEDENTES

Los miembros del Consejo Comunitario de Ma-Majari del Níspero, el Consejo Comunitario de Flamenco y la Asociación de Pescadores y Agricultores Artesanales de Pasacaballo (Agropez) interpusieron acción de tutela en contra de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, el

Establecimiento Público Ambiental (EPA Cartagena), la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique (Cardique); las alcaldías de Cartagena, María la Baja, Arjona, San Onofre, San Pedro Sucre, San Juan de Betulia, Corozal, Morroa, Sincelejo, Tolú Viejo, Turbana y Ovejas, las Gobernaciones de Bolívar y Sucre, la Corporación Autónoma Regional de Sucre (Carsucre) y Promigas S.A. E.S.P. por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la integridad social, cultural y económica, a la participación democrática, a la consulta previa, a la existencia y al debido proceso, según los siguientes:

1. Hechos

1.1. Los señores Arnulfo Cardosi Julio, actuando en calidad de representante del Consejo Comunitario de Ma-Majari del Níspero – Corregimiento de María la Baja, Pedro María Iglesia Torres, representante del Consejo Comunitario de Flamenco y Manuel Ahumado Sossa, en su condición de representante legal de la Asociación de Pescadores y Agricultores Artesanales de Pasacaballos – (Agropez), afirman que mediante certificación número 618 del 2 de abril de 2014, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior le informó a la empresa Promigas S.A. E.S.P. que en el proyecto de “construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal” se registraba únicamente la presencia de indígenas en la parcialidad La Peñaata.

1.2. Indican los accionantes que el referido acto administrativo igualmente determinó que “no se registraba presencia de comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras en el área del proyecto construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal.”. Conforme a los documentos allegados el “Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal” tendrá una longitud de 190 kilómetros y conectará las zonas de producción encontradas en los pozos de Mamey y Bonga de Hocol con los centros industriales de la región, iniciará en el municipio de Ovejas en Sucre y terminará en Mamonal, Cartagena. Tendrá como finalidad aumentar la capacidad de transporte del gasoducto existente y atender la demanda de gas natural en esa zona del país.

1.3. Teniendo en cuenta lo anterior, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA expidió la Resolución número 0805 del 9 de julio de 2015, mediante la cual otorgó Licencia Ambiental a la empresa Promigas S.A. E.S.P. para desarrollar el proyecto “Construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal”.

1.4. Aseveran los peticionarios que, debido a las decisiones administrativas expedidas por el Ministerio del Interior y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, a la fecha solo se ha consultado a la comunidad indígena de La Peña, desconociendo así, que por más de 200 años los accionantes han habitado parte del territorio por el cual va a pasar el referido gasoducto.

1.5. Afirman que en la actualidad se encuentran en el territorio de Flamenco las máquinas para empezar los trabajos de remoción de tierra por parte de Promigas S.A. E.S.P, razón por la cual es inminente la afectación de sus cultivos, territorios y costumbres.

1.7. En consecuencia, solicitan que el juez de tutela: (i) ordene la suspensión de todos los trabajos a ejecutar en virtud de la Resolución número 0805 del 9 de julio de 2015, (ii) disponga a la empresa Promigas S.A. E.S.P y a la Dirección de Consulta Previa dar inicio al proceso de consulta correspondiente y (iii) exija al Ministerio del Interior o a quien corresponda, realizar el proceso de consulta previa con las comunidades tutelantes y si es posible con las otras que hacen parte del área de influencia directa del proyecto.

2. Actuaciones del juez de primera instancia.

Mediante auto de fecha 11 de agosto de 2015 el Tribunal Administrativo de Bolívar decidió: (i) admitir la acción de tutela y (ii) notificar a la Autoridad Nacional de Licencias ambientales (ANLA), a la Dirección de Consulta previa del Ministerio del Interior, al Establecimiento Público Ambiental (EPA Cartagena), a la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique (Cardique), a las alcaldías de Cartagena, María la Baja, Arjona, San Onofre, San Pedro Sucre, San Juan de Betulia, Corozal, Morroa, Sincelejo, Tolú Viejo, Turbana y Ovejas, a las Gobernaciones de Bolívar y Sucre, a la Corporación Autónoma Regional de Sucre (Carsucre), a la Procuraduría General de la Nación y a Promigas S.A. E.S.P para que se pronunciaran sobre los hechos de la tutela.

3. Respuestas de las entidades accionadas.

3.1. A través de oficio 2015-00505 del 13 de agosto de 2015, la Procuraduría Regional de Bolívar presentó escrito en el cual manifestó que los accionantes no han solicitado la intervención del ente de control en el proceso administrativo de expedición de licencia ambiental. Así mismo, afirmó que no es competencia del ministerio público certificar la

presencia de comunidades étnicas en la zona de influencia del proyecto, obra o actividad a desarrollarse, ya que dicha atribución se encuentra a cargo del Ministerio del Interior.

3.2. El 13 de agosto de 2015, el Director General de la Corporación Autónoma Regional de Sucre – (Carsucre) presentó informe en el que solicitó que se negaran las pretensiones de los accionantes, por cuanto la entidad que representa no ha vulnerado ninguno de los derechos fundamentales invocados. Preciso que la competencia para otorgar licencias ambientales se encuentra radicada en la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, la cual expidió la Resolución número 0805 del 9 de julio de 2015, “la cual lleva implícito el uso, aprovechamiento o afectación de los siguientes recursos naturales renovables en el Proyecto Construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal’ 1. Vertimientos, 2. Aprovechamiento forestal, 3. Ocupaciones del cauce y todos los demás necesarios para la ejecución del proyecto”.

Manifestó que no son responsables por los derechos reclamados por los tutelantes y que en el momento oportuno brindarán la asesoría para las compensaciones a que haya lugar, con fines de conservación, preservación, enriquecimiento, restauración y/o recuperación del medio ambiente.

3.3. El Alcalde municipal de Ovejas – Sucre presentó un documento en que solicitó se declarara la improcedencia de la acción de tutela, por cuanto existe en el ordenamiento jurídico otro mecanismo de defensa judicial. En igual medida afirmó que no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable.

Finalizó su intervención destacando que los presuntos hechos generadores de la vulneración se predicen de un agente ajeno al ente territorial, toda vez que el municipio de Ovejas no participó en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural para la construcción y operación del gasoducto.

3.4. El 13 de agosto de 2015, el Director General de la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique – (Cardique) presentó escrito en el cual manifestó que no era competencia de la entidad que representaba pronunciarse sobre lo alegado por los accionantes, por cuanto no fue quien adelantó el trámite de expedición de la licencia ambiental en cuestión y no le correspondía adelantar las consultas previas que se reclaman.

3.5. El Gobernador del Departamento de Sucre presentó informe el 14 de agosto de 2015, en el cual manifestó que los hechos que se narran en el escrito de tutela no guardan relación con sus funciones, ya que carece de la potestad de conceder licencias ambientales. Solicitó que se declarara la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad que representa.

3.6. El Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior presentó informe en el que solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela debido a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial. El escrito refirió in extenso el reconocimiento y la especial protección de que goza la diversidad étnica y cultural del país en cumplimiento del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Afirmó que en el caso concreto no concurre el requisito de inmediatez, toda vez que el trámite administrativo de otorgamiento de la licencia lleva más de un año, y el mismo certificó que en el área de influencia del proyecto no existe presencia de las comunidades accionantes, según lo determinó la Resolución número 618 del 2 de abril de 2014[1].

Advirtió que las comunidades tutelantes no ejercieron “los otros medios de defensa judicial, como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Certificación No. 618 del 2 de abril de 2014, que certificó que en la influencia del proyecto denominado Construcción y Operación del Gasoducto Loop San Mateo Mamonal, no existía presencia de comunidades negras, la cual en este momento se encuentra caducada, tampoco solicitó ninguna medida cautelar o suspensión provisional contra los actos cuya legalidad ahora cuestiona, sino que ahora pretende un año y medio después revivir mediante esta acción una oportunidad que bien pudo ejercer en su momento y no lo hizo”.

Informó igualmente que la respectiva certificación se expidió en cumplimiento de las normas correspondientes, con el lleno de los requisitos legales.

3.7. El Establecimiento Público Ambiental de Cartagena EPA presentó informe el 14 de agosto de 2015, en el cual manifestó que carecía de legitimación en la causa para comparecer al presente proceso, toda vez que la autoridad competente para conceder licencias ambientales es la ANLA.

3.8. La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA manifestó que mediante la Resolución número 0805 del 9 de julio de 2015, otorgó licencia ambiental al proyecto

denominado “Construcción y Operación del Gasoducto “Loop – San Mateo – Mamonal”.

Afirmó que el trámite de licenciamiento corresponde a un procedimiento reglado, en el cual los solicitantes como requisito indispensable para iniciar el proceso, deben presentar el certificado del Ministerio del Interior sobre presencia o no de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto, así como el certificado del Incoder sobre la existencia o no de territorios legalmente titulados a resguardos indígenas o títulos colectivos pertenecientes a comunidades afrocolombianas en el área de influencia.

Según informó la ANLA, para dar cumplimiento a esta obligación Promigas S.A. E.S.P. allegó la referida certificación el 2 de abril de 2014, la cual reconoce la existencia de la parcialidad indígena La Peñata y de la inexistencia de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras en el área de influencia del proyecto.

Destaca que conforme a los citados documentos, únicamente se llevó a cabo el proceso de consulta previa con la comunidad indígena referida, de acuerdo con las normas que regulan la materia.

Formuló como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva, al considerar que es el Ministerio del Interior, a través de la Dirección de Consulta Previa, la autoridad competente para realizar la certificación y adelantar el procedimiento correspondiente con las comunidades que se demuestre existen y cumplen con los requisitos exigidos en el Convenio No. 169 de la O.I.T., de tal manera que la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales no es la responsable de los hechos u omisiones que motivaron la acción constitucional de la referencia.

Considera que la tutela debe ser declarada improcedente debido a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial. Destacó que las afirmaciones efectuadas por los tutelantes carecen de respaldo probatorio, en especial de la demostración sobre su presencia en el área de influencia del proyecto.

3.9. El representante legal de Promigas S.A. E.S.P. aseveró que su entidad antes de hacer la solicitud de otorgamiento de la licencia ambiental, requirió al Director Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, con el fin de que este certificara sobre la presencia de comunidades negras o Consejos Comunitarios que estaban reconocidos y registrados en las

bases de datos, los cuales debían ser consultados en el marco del proceso de “Construcción y Operación del Gasoducto “Loop – San Mateo – Mamonal”.

Según informó la empresa Promigas S.A. E.S.P, la respuesta recibida fue que solo existía una comunidad indígena dentro del área de influencia directa del proyecto, razón por la cual realizó la consulta previa respectiva. Aclaró que: “en los terrenos donde supuestamente se encuentran ubicadas las comunidades accionantes la empresa no está ejecutando ninguna labor, ni se han ingresado maquinarias ni personal. Por el contrario, pese a que los accionantes no están relacionados como comunidades afectadas, la empresa ha estado muy atenta a sus reclamos y se ha reunido y conversado con ellos para explicarles el alcance de las obras e intercambiar inquietudes y sugerencias”.

Solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela, por cuanto no han iniciado las obras en el sector que aducen las comunidades tener interés y, adicionalmente, existen otros mecanismos o medios de defensa judiciales como es la acción de nulidad que pueden instaurar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

3.10. El Jefe de la Oficina Jurídica del Municipio de Sincelejo, mediante escrito de 20 de agosto de 2015, solicitó que se declarara la falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que no es la entidad que expidió la Resolución número 0805 del 9 de julio de 2015.

Adicional a lo anterior, consideró que la acción de tutela es improcedente debido a la existencia otro mecanismo judicial como lo es la acción de simple nulidad, por medio de la cual se puede controvertir el acto administrativo referido.

3.11. En el trámite de la tutela, el señor Jesús Anachuris Piña, en su condición de representante legal del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Pasacaballos, presentó escrito en el cual manifestó que coadyuva la petición de amparo constitucional. Afirmó que representa a una comunidad de afrodescendientes que hace parte de la localidad industrial y de la bahía, en la ciudad de Cartagena, a orillas de la desembocadura del Canal del Dique, zona de influencia del proyecto que está desarrollando la empresa Promigas S.A. E.S.P.

Manifestó que no entiende el motivo por el cual el Ministerio del Interior certificó que no

existen comunidades negras en el área de influencia del proyecto, cuando en una oportunidad anterior, para la construcción del Oleoducto entre Coveñas y la Sociedad Portuaria Bahía y Ramal “Olecar”, el cual tiene un trazado similar al del nuevo proyecto, sí se reconoció la presencia de la comunidad negra de Pasacaballos.

Pruebas relevantes aportadas al proceso.

Certificación 1048 de 2014 expedida por el Ministerio del Interior, mediante el cual se establece “sobre la presencia o no de comunidades étnicas en las zonas de proyectos, obras o actividades a realizarse”. (folios 33 al 48, cuaderno 1).

Resolución número 021 del 3 de marzo de 2014, expedida por la Alcaldía Municipal de María la Baja “por medio de la cual se otorga reconocimiento a la nueva junta directiva del Consejo Comunitario Ma-Majari del Níspero, corregimiento de María la Baja” (folio 49, cuaderno 1).

Resolución número 091 del 13 de octubre de 2011, expedida por la Alcaldía Municipal de María la Baja “por medio de la cual se otorga reconocimiento al Consejo Comunitario del corregimiento de Flamenco María la Baja” (folio 50, cuaderno 1).

Certificación 013 de 2015 expedida por el Ministerio del Interior, “por medio de la cual se aclara la certificación número 188 del 5 de marzo de 2015”. (folios 51 al 53, cuaderno 1).

Certificación 618 de 2014 expedida por el Ministerio del Interior, mediante el cual se determina “sobre la presencia o no de comunidades étnicas en las zonas de proyectos, obras o actividades a realizarse”. (folios 161 al 166, cuaderno 1).

Mapa de ubicación general del gasoducto Loop San Mateo – Mamonal, en los Departamentos de Sucre y Bolívar (folio 533, cuaderno 2).

Mapa de ubicación general del gasoducto Loop San Mateo – Mamonal, Convenciones Generales (folio 534, cuaderno 2).

Resolución 0805 de 2015, expedida por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales “Por la cual se otorga una licencia ambiental y se toman otras determinaciones” (Cd, folio 665, cuaderno 1).

5. Decisiones judiciales objeto de revisión.

5.1. Primera instancia.

El Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante providencia del 25 de agosto de 2015, accedió parcialmente a tutelar los derechos fundamentales invocados. Sobre el particular, consideró reprochable la actuación del Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior “puesto que en la Licencia Ambiental que otorgó el ANLA a este proyecto de gasoducto, mediante Resolución No. 0805 del 9 de julio de 2015, se incluyen claramente dentro del área de influencia directa del mismo, a los corregimientos de Flamenco y Níspero, en el municipio de María La Baja y el Corregimiento de Pasacaballos en el Distrito de Cartagena”.

El fallo en cuestión, hizo referencia a la Directiva Presidencial número 10 de 2013 que contiene la “Guía para la realización de consulta previa con Comunidades Étnicas para el desarrollo de proyectos, obras o actividades en áreas donde se registre su presencia”. Determinó que si bien dicha directiva determina que la verificación en campo de las comunidades étnicas se hace únicamente cuando sea necesaria, en el caso sub examine estaban dados los supuestos para tal verificación, por cuanto ello fue solicitado por la parte interesada en la construcción de proyecto, por las comunidades y por la Defensoría del Pueblo, y ello se había realizado para la construcción de un proyecto anterior coincidente geográficamente denominado “Construcción del Oleoducto entre Coveñas (Departamento de Sucre) y Sociedad Portuaria Puerto Bahía y Ramal hacia Reficar (Cartagena - Departamento de Bolívar)”.

Teniendo en cuenta lo anterior, concluyó que “por la no realización de la verificación en campo no se ha podido determinar con certeza la afectación o no de dichas comunidades, a efectos de determinar el pueblo al que pertenecen, su representación y ubicación geográfica, en los términos del artículo 3º del Decreto 1320 de 1998 y demás normas concordantes”.

Por otra parte, estimó que no estaban dados los presupuestos para ordenar la suspensión de la Licencia Ambiental contenida en la Resolución número 0805 del 9 de julio de 2015, expedida por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA, toda vez que debe determinarse previamente la presencia de las comunidades en el área de influencia y la

obligatoriedad de la consulta previa, por lo que negó esta petición; sin embargo, dispuso que las obras que “abarquen la jurisdicción de tales territorios no se podrán realizar hasta tanto se surta el proceso de consulta previa”.

Teniendo en cuenta lo anterior el Tribunal Administrativo de Bolívar ordenó:

“PRIMERO: TUTELAR los derechos al debido proceso y a la consulta previa de los Consejos Comunitarios de Ma-Majari del Níspero Corregimiento de María La Baja, del Corregimiento de Flamenco de María La Baja y de la Comunidad Negra de Pasacaballos, en virtud de la coadyuvancia realizada por el Consejo Comunitario de la comunidad negra de Pasacaballos - Corregimiento del Distrito de Cartagena, a las pretensiones invocadas en nombre de dicha comunidad por la Asociación de Pescadores y Agricultores Artesanales de Pasacaballos, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ordenar al Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, realice una verificación de campo en los corregimientos de Flamenco y Níspero, en el municipio de María La Baja y el Corregimiento de Pasacaballos, en el Distrito de Cartagena, y dentro de los cinco (5) días siguientes, certifique si las comunidades de Flamenco, Níspero y Pasacaballos tienen presencia en el área del proyecto “Construcción Y Operación Del Gasoducto Loop San Mateo Mamonal”.

TERCERO: En caso de que certifique que las comunidades sí son afectadas, lo que las convertiría en sujeto activo de consulta previa, el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la mencionada certificación, dará inicio a las medidas necesarias para ejecutar el proceso de consulta previa con los Consejos Comunitarios de Ma-Majari del Níspero Corregimiento de María La Baja, del Corregimiento de Flamenco de María La Baja y de la Comunidad Negra de Pasacaballos, en virtud de la coadyuvancia realizada por el Consejo Comunitario de la comunidad negra de Pasacaballos, respecto del proyecto denominado proyecto “Construcción Y Operación Del Gasoducto Loop San Mateo Mamonal”, a fin de socializar con la comunidad el proyecto y establecer medidas de prevención, corrección, compensación y/o mitigación de impactos, en los términos establecidos por la jurisprudencia constitucional.

CUARTO: En el evento de que se lleguen a dar los supuestos para realizar la consulta previa

con las comunidades de Flamenco, el Níspero y Pasacaballos, las obras relacionadas con el proyecto “Construcción Y Operación Del Gasoducto Loop San Mateo Mamonal” que abarquen la jurisdicción de tales territorios no se podrán llevar a cabo hasta que se surta el proceso de consulta previa”.

5.2. Impugnación

5.2.1 Impugnación interpuesta por Promigas S.A. E.S.P.

El apoderado judicial de la sociedad Promigas S.A. E.S.P. presentó escrito de impugnación el 31 de agosto de 2015, en el cual manifestó que sustentaría el recurso ante el superior funcional. Sin embargo, conforme a las pruebas obrantes en el expediente, no se aportó dicho escrito.

5.2.2. Impugnación del Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa

5.3. Escrito de coadyuvancia a la parte demandada, presentado por las sociedades CNE Oil & GAS S.A.S. y Geoproduction Oil and Gas Company of Colombia

Por intermedio de apoderado judicial las referidas sociedades presentaron escrito en el que manifestaron que les asiste interés directo en el resultado del proceso, por cuanto tienen derecho a explorar, explotar y transportar hidrocarburos en Colombia y requieren de la construcción y operación del gasoducto “Loop San Mateo Mamonal”, para poder operar y garantizar el suministro del producto.

Afirmaron que la suspensión de los efectos de la Resolución número 0805 del 9 de julio de 2015, coloca a las dos empresas en riesgo, debido, entre otros factores, a la debilidad del sector de hidrocarburos a nivel internacional y a la inseguridad jurídica que existe en Colombia, la cual desestimula la inversión extranjera.

Precisó que si bien los accionantes utilizan como referente un proyecto similar, ello no implica que en el presente tengan derecho a que se realice la consulta previa, toda vez que cada proyecto tiene unas coordenadas y características técnicas que son entregadas por el solicitante y que no resultan idénticas a otras que se hayan analizado.

Informaron que de los 190 kilómetros de recorrido del gasoducto, únicamente 20 kilómetros

pasan por María La Baja, donde se encuentran los corregimientos de Níspero y Flamenco. En igual medida afirmaron que solo el 5% del proyecto pasa cerca de los territorios que ocupan las comunidades de los tutelantes, sin afectarlos, tal como lo determinó el Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa quien certificó que: “las coordenadas no registran afectación dentro de sus territorios”.

Advirtieron que no se debe suspender la licencia ambiental otorgada, pues ello conllevaría mayores costos y pérdidas significativas para el país al no poder cumplir con los suministros de gas establecidos.

Allegaron con su escrito los mapas de ubicación del gasoducto en los departamentos de Sucre y Bolívar, para demostrar que no se afectan las comunidades referidas, máxime cuando igualmente el Incoder certificó la inexistencia de titulación de tierras a las comunidades en el área del proyecto.

5.3. Segunda instancia

La Sección Quinta del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, mediante providencia del 15 de octubre de 2015, revocó la decisión del a-quo aduciendo al carácter subsidiario de la acción de tutela. La providencia en cuestión consideró que: “la Sala destaca que la petición encaminada a que se deje sin efectos o se suspenda la Resolución No. 0805 del 9 de julio de 2015, por medio del cual la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA otorgó la Licencia Ambiental a Promigas S.A. E.S.P., para el desarrollo del proyecto referenciado, resulta improcedente en sede de tutela, toda vez que se dirige contra un acto administrativo en relación con el cual existe un mecanismo de defensa judicial”.

En igual medida manifestó, que el inciso segundo del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo expresamente dispone la posibilidad de suspender provisionalmente un acto administrativo, por lo que el respectivo juez de conocimiento se encuentra facultado para adoptar una medida de carácter cautelar. Sobre el particular el Consejo de Estado afirmó: “La regulación que en materia de suspensión provisional introdujo la Ley 1437 de 2011 y la comprensión que de ella ha tenido la jurisprudencia esta Corporación, permiten concluir que los accionantes cuentan, con un medio judicial no solo idóneo sino también temporalmente eficaz para debatir

oportunamente la posible violación de sus derechos y plantear la adopción de una medida de protección si se cumplen las condiciones para ello.”

6. Actuaciones de la Corte Constitucional

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, mediante auto del 29 de enero de 2016:

6.1. Vinculó al trámite a las autoridades encargadas de garantizar la protección de los derechos de los accionantes. Puntualmente la Sala consideró necesario notificar de la presente acción a la Agencia Nacional de Hidrocarburos, al Ministerio de Minas y Energía, a la Comunidad Negra de Pasacaballos y a la Defensoría del Pueblo Regionales Bolívar y Sucre.

6.2 Ordenó al Consejo Comunitario de Ma-Majari del Níspero, al Consejo Comunitario de Flamenco, a la Comunidad Negra de Pasacaballos, a la Asociación de Pescadores y Agricultores Artesanales de Pasacaballo (Agropez), a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, al Ministerio del Interior, a Promigas S.A. E.S.P y a la Defensoría del Pueblo Regionales Bolívar y Sucre, que justificaran las razones por las cuales consideraban que existía o no afectación directa en el marco de las tareas adelantadas en la “Construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal”.

6.3. Requirió a la Agencia Nacional de Hidrocarburos, a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, al Ministerio del Interior y a Promigas S.A. E.S.P para que determinaran bajo estándares técnicos y de georreferencia la distancia que existirá entre el gasoducto y los territorios que los demandantes aseveran estar habitando ancestralmente.

6.4. Pidió que se certificaran cuáles son las actividades que se están adelantando por parte de Promigas S.A. E.S.P en territorio de las comunidades accionantes.

6.5. Solicitó al Ministerio del Interior que aclarara si “la razón por la cual no se adelantó el procedimiento de consulta con los accionantes, se fundamenta en que Flamenco, Níspero y Pasacaballo según los registros estatales son corregimientos”. En igual medida, requirió información respecto a si los habitantes de dichos territorios cumplen con los requisitos subjetivos y objetivos para ser consultados.

6.6. Por último, el auto en mención invitó a varios centros de estudios, organizaciones civiles y facultades para que allegaran concepto acerca de los inconvenientes descritos en la acción en comento.

Vencido el término probatorio, la Secretaria General de la Corte Constitucional allegó a la Sala las siguientes piezas procesales:

1. En respuesta al auto de fecha 29 de enero de 2016, la Defensoría del Pueblo Regional Bolívar envió un informe en el cual solicitó que se protegieran los derechos fundamentales de los Consejos Comunitarios accionantes, ya que: “con la información recibida de primera mano de las comunidades mencionadas, y de la percepción directa del territorio consideramos que (...) efectivamente las comunidades accionantes: Pasacaballos, Ma-Majari y Flamenco tienen derecho a la Consulta Previa, como autoridades formalmente constituidas”.

En relación con las afectaciones directas, el referido documento precisó lo siguiente: “la comunidad informó a la Defensoría que por su territorio ya pasaban los oleoductos de las empresas Ecopetrol y Olecar. Para el paso de este último, SI se inició el proceso de Consulta Previa con los consejos comunitarios de Ma- Majari y Flamenco (ambos en María la Baja), pues en esa oportunidad el Ministerio SI certificó su presencia. (...) de acuerdo con las afirmaciones que hicieron miembros del consejo comunitario de Flamenco a la Defensoría Regional, les extraña que no se reconociera su presencia como autoridad étnica para el proyecto de Promigas ESP, cuando los “tubos” de este proyecto pasaban más cerca de la comunidad (100 metros) y generaban mayores efectos que Olecar”.

(i) La empresa Promigas ha realizado descapote (remoción de capa vegetal) para la instalación del gasoducto, removiendo muchas plantas medicinales y árboles frutales de uso de la comunidad.

(ii) El Consejo Comunitario de Flamenco manifestó que la venta de frutos silvestres es una de las principales actividades económicas de las mujeres de la comunidad, resaltan que se removieron muchas matas de especie de corozo, una fruta silvestre que es usada para hacer chicha, dulces y obtener madera para las casas de bareque.

(iii) El gasoducto atravesará el arroyo Flamenco, el cual le sirve a las personas, a la

comunidad y a los animales domésticos para bañarse, lavar la ropa y reunirse.

Finalmente, la Defensoría del Pueblo Regional Bolívar expresó su preocupación por las posibles afectaciones que el proyecto estaría causando en otras comunidades las cuales no son accionantes en el presente asunto como lo son: “Rocha (Arjona), tanto en su Consejo Comunitario como en su Cabildo Indígena, Puerto Badel (Arjona), Leticia y Recreo en sus consejos comunitarios (Cartagena), Lomas de Matunilla en su consejo comunitario (Turbana) y Correa (María la baja)”.

2. El Ministerio de Minas y Energía consideró que no existía legitimación en la causa por pasiva en la presente acción constitucional ya que: “en materia de hidrocarburos, al Ministerio de Minas y Energía le corresponden funciones macro, encaminadas a la determinación de las directrices y políticas generales sobre el sector hidrocarburos, en ningún momento dichas funciones se circunscriben a la construcción de gasoductos ni poliductos ni mucho menos a su vigilancia control y fiscalización (...) así las cosas, el Ministerio de Minas y Energía no está llamado a representar y responder por acciones u omisiones generadas por otras entidades del Estado que están dotadas de su propia personalidad jurídica y autonomía administrativa y patrimonial”.

En igual medida adujo que en el presente caso existen otros mecanismos de defensa judicial, los cuales hacían improcedente la acción de tutela presentada por las comunidades accionantes. Teniendo en cuenta lo anterior, afirmó que el Ministerio no ha vulnerado los derechos del Consejo Comunitario de Ma-Majari del Níspero, del Consejo Comunitario de Flamenco y del Consejo Comunitario de Pasacaballo.

3. Arnulfo Cardozi Julio, en calidad de representante legal del Consejo Comunitario de Ma-Majari del Níspero, afirmó que en su comunidad tienen tradiciones propias. Específicamente adujo “somos agricultores por naturaleza, festejamos nuestras fiestas patronales, cuando muere un paisanos (sic) de cualquiera de estas comunidades (Flamenco y Nísperos) vamos al entierro y festejamos nuestra semana santa”.

El escrito identificó los impactos que en su entender han tenido o van a tener las comunidades con la ejecución del gasoducto. En este orden de ideas aseveró que: “los terrenos donde se desarrolla el proyecto la gran mayoría son caminos vecinales, dado que es donde pescamos, lavamos la ropa, salimos a cazar animales etc. Los trabajos con esas

maquinarias hace que el terreno pierda su originalidad por efecto de la remoción de los árboles, la masa arbòrle (sic) pierde consistencia, afectando todo ese valor ecológico que nos permite a todos nosotros mantener un ambiente puro y limpio, aumenta la migración de la fauna terrestre hacia otros lugares, los niveles de ruido aumentan durante el proceso de tala de árboles y disposición de la madera, las calles de la comunidad de Flamenco se deterioran porque es la única vía accesible para realizar los trabajos, también con esas máquinas a utilizar el aire está contaminado llegando a nuestra comunidad ese olor de gasolina y de ACPM quemado en el interior de la comunidad por el transeúnte de las máquinas pesadas (sic)".

Así mismo, adujo que con la construcción del gasoducto los temas de tranquilidad y seguridad se alterarían, dado que esos proyectos se convierten en objetivos militares para los grupos insurgentes. En igual medida aseveró que el gasoducto "interfiere caminos vecinales de comunicación nuestra (sic) los alumnos de Nísperos que van para (sic) colegio en flamenco no va a poder pasar por que se ven afectados por los trabajos (sic)"

4. En respuesta al auto de fecha 29 de enero de 2016, la Defensoría del Pueblo Regional Sucre envió un informe en el cual solicitó que se ampararan los derechos fundamentales de ciertas comunidades ubicadas en el departamento, las cuales, si bien no presentaron el actual trámite tutelar, si se verían afectados por las obras. Sobre el particular manifestó: "se han desconocido comunidades indígenas que habitan el Departamento de Sucre y por las cuales se encuentra el trazado o área de influencia de dicho proyecto, tal y como lo pudimos evidenciar en los municipios de Sincelejo (Cabildo Menor Indígena de San Mateo), Corozal (Cabildo Menor indígena del Mamón y Cabildo Menor indígena de Esmeralda Las Tinajas), Toluvié (Cabildo Menor indígena la Unión Floresta, Cabildo Menor indígena la Cigüeña y Ovejas (Cabildo Menor Indígena Flor del Monte y Cabildo San Rafael de Galapa)".

5. La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) presentó informe de respuesta en el cual aseveró que "no es posible determinar bajo estándares técnicos y de georeferencia la distancia que existirá entre el gasoducto y los territorios que los demandantes aseveran estar habitando ancestralmente, por cuanto solamente se cuenta con las coordenadas del proyecto y se desconoce el lugar preciso de asentamiento de las comunidades aquí demandantes".

6. El Ministerio del Interior allegó a esta Corporación un documento titulado “Informe de Visita de Verificación de Presencia de Grupos Étnicos”. Este texto aclara que, en cumplimiento de las órdenes proferidas por el juez de primera instancia en la presente tutela, se realizó una diligencia de caracterización de afectaciones, la cual fue concertada para llevarse a cabo entre el 2 y el 4 de diciembre de 2015. Para la realización de la misma, se delegó un equipo interdisciplinario conformado por dos geógrafos, un topógrafo y una abogada. La visita estuvo orientada a realizar un recorrido por las obras que se están llevando a cabo y así identificar las intervenciones que las comunidades denunciaban.

Según el documento presentado, se pudo constatar respecto del Consejo Comunitario Ma-Majarí del corregimiento el Níspero y el Consejo Comunitario de Flamenco lo siguiente:

“(i) El Consejo Comunitario de El Níspero y Consejo Comunitario Flamenco, cuentan con reconocimiento por parte del Ministerio del Interior, que las acredita como comunidades étnicas.

(ii) Se encontró que el área del mencionado proyecto atraviesa predios o fincas de propiedad privada, cuyos propietarios viven en el centro poblado del corregimiento de El Níspero, otros en la ciudad de Cartagena y otros municipios de Bolívar, lo cual permite evidenciar que no existe residencia permanente de los propietarios en dichos predios

(iii) La actividad productiva principal de las fincas está enfocada en la ganadería, y en menor medida en la agricultura, específicamente en cultivos de pancoger para el aprovechamiento individual, actividad que es desarrollada por jornaleros y cuidanderos de las mismas, y en algunos casos por personas procedentes del centro poblado quienes a través de un acuerdo mutuo con el propietario arriendan o intercambian la tierra para civilizarla con el fin de prepararla para la producción de ganado.

(v) Se identificó que los predios visitados son áreas de terreno privadas, que no hacen parte de titulación colectiva y no constituyen un asentamiento. Lo anterior teniendo en cuenta que un asentamiento se define como: “(...) espacios en los cuales se establecen las comunidades con el fin de crear sistemas de convivencia en un área física determinada. Dentro de estos se deben tener en cuenta los elementos naturales y la cultura material que los integran. La estructura de los asentamientos humanos está formada por unidades físicas de vivienda y de servicios tales como los de enseñanza, cultura y recreación. Las

edificaciones conectadas con la infraestructura forman asentamientos a diferentes escalas: la unidad de vivienda, el conjunto de unidades de vivienda, la aldea, etc.

(vi) Lo encontrado durante la visita es que las áreas de terreno privadas de vivienda familiar visitadas no constituyen un sistema que determine la pervivencia cultural o física de las comunidades a las que pertenecen, puesto que no se encuentran conectadas con ningún equipamiento de servicio comunitario o colectivo. Así mismo se pudo evidenciar que las conexiones existentes en estos predios, son de carácter familiar y de relaciones de vecindad. Cabe aclarar que estas unidades de vivienda encontradas no son zonas de asentamiento en la medida en que son predios privados de uso individual y no se apropian como territorio colectivo regular y permanente.

(vii) En cuanto a las zonas de usos y costumbres manifestadas por los integrantes del Consejo Comunitario de El Níspero y del Consejo Comunitario de Flamenco, se observó que las prácticas productivas y actividades económicas, son para la sostenibilidad de cada unidad familiar y no para el colectivo de la población étnicamente diferenciada. Por lo tanto no constituyen ni responden al sentido amplio de prácticas comunitarias o colectivas.

(viii) Durante el recorrido de las zonas visitadas los miembros de los Consejos Comunitarios de El Níspero Ma - Majari y Flamenco, no manifestaron que se realicen prácticas culturales y sociales que fomenten la cohesión social o la salvaguarda de la cultura, tales como un sitio sagrado, un sitio de peregrinación, ceremonias espirituales, espacios específicos para prácticas rituales, zonas restringidas por un valor cultural. Tampoco se hace referencia a un proceso de asentamiento con mitología narrativa, ni a un proceso cosmológico ni cosmogónico específico. No se mencionan relaciones de compadrazgo, ni de líneas ancestrales de parentesco

(ix) Las zonas de tránsito que están presentes dentro del área del proyecto coinciden con las zonas de uso veredal, regional y de comunidades campesinas no adscritas a una etnia. Por lo tanto no hay una exclusividad en el uso de dichas zonas

(x) De acuerdo con lo anterior se pudo establecer que el Consejo Comunitario Ma-Majarí del corregimiento El Níspero y el Consejo Comunitario de Flamenco, no hacen presencia en el área del proyecto: "Gasoducto Loop San Mateo-Mamonal", dado que el área que abarca el

trazado del proyecto, no es susceptible ni constituye una amenaza que pueda alterar la integridad comunitaria, física, social y cultural de los miembros de dicha comunidad”

En lo que respecta al Consejo Comunitario de Pasacaballos el informe presentado por el Ministerio del Interior llegó a las siguientes conclusiones:

“(i) Se analizó que los predios visitados son áreas de terreno que no hacen parte de titulación colectiva y no constituyen un asentamiento.

(ii) Por lo tanto, lo encontrado durante la visita es que las áreas de terreno privadas visitadas no constituyen un sistema que determine la pervivencia cultural o física de las comunidades a las que pertenecen, puesto que no se encuentran conectadas con ninguna infraestructura de unidades de servicio comunitario o colectivo. Así mismo se pudo evidenciar que las conexiones existentes en estos predios, son de carácter industrial y de relaciones de trabajo en las fábricas que existen en el lugar. Cabe aclarar que las unidades de vivienda encontradas no son zonas de asentamiento en la medida en que son predios privados de uso individual y no se apropian como territorio colectivo regular y permanente.

(iii) En cuanto a las zonas de usos y costumbres manifestadas por los integrantes del Consejo Comunitario de Pasacaballos, se observó que las prácticas productivas y actividades económicas, son para la sostenibilidad de cada unidad familiar y no para una redistribución de la comunidad negra. Por lo tanto no constituyen ni responden al sentido amplio de prácticas comunitarias o colectivas.

(iv) Durante el recorrido de las zonas visitadas los integrantes del Consejo Comunitario de Pasacaballos, no manifestaron que se realicen prácticas culturales y sociales que fomenten la cohesión social o la salvaguarda de la cultura, tales como un sitio sagrado, un sitio de peregrinación, ceremonias espirituales, espacios específicos para prácticas rituales, zonas restringidas por un valor cultural.

(v) Tampoco se hace referencia a un proceso de asentamiento con mitología narrativa, ni a un proceso cosmológico ni cosmogónico específico. No se mencionan relaciones de compadrazgo, ni de líneas ancestrales de parentesco”.

7. Por su parte Promigas allegó escrito en el cual aclaró varios aspectos en relación con las afirmaciones de los accionantes. En primera medida aseveró que “las obras son ejecutadas en una franja de 17 metros de ancho en terrenos de privados, cuyos propietarios le han autorizado a Promigas S.A. E.S.P. la realización de los trabajos, y en las zonas donde las concesionarias de vías autorizan el uso de espacio público (...) la afectación directa del proyecto en la etapa de construcción se da a lo largo de su trazado en un franja de 17 metros de ancho, tal y como lo estableció la licencia ambiental concedida mediante resolución número 805 de 2015 de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. En esa zona solo hemos encontrado predios privados o que pertenecen a espacio público por estar en la zona de retiro vial.”

En igual medida, el escrito afirmó que teniendo en cuenta que las obras que se están ejecutando pasan por los centros poblados de Níspero, Flamenco y Pasacaballo y no por el territorio de algún Consejo Comunitario legalmente titulado, es claro que no se presenta afectación directa. Respecto a la distancia entre el gasoducto y los centros poblados presentó la siguiente información.

Corregimiento

Distancia mínima de aproximación del gasoducto al centro poblado al, m

278

Flamenco

870

Pasacaballo

538

Por último, el informe aseveró que: “Promigas viene adelantando las obras de construcción en territorios privados y en zonas de retiro vial considerada como espacio público conforme a la ley 1228 de 2008 (específicamente en el corregimiento de (Pasacaballos), y como lo

ha manifestado anteriormente desconoce de la existencia o localización de territorios colectivos de las comunidades accionantes. Precisado lo anterior, le informamos que la tubería ya se instaló y enterró en los corregimientos del Níspero y Flamenco, quedando pendiente únicamente la reconfiguración del terreno. En el sector de Pasacaballos aún nos encontramos en fases preliminares”.

8. La Asociación Colombiana de Gas Natural (Naturgas) expresó las razones por las cuales no debía accederse a la acción de tutela. Específicamente esgrimió como argumentos de defensa: (i) la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, (ii) la inexistencia de un perjuicio irremediable, (iii) la ausencia de vulneración de algún derecho fundamental y (iv) el abuso del derecho.

En relación con este último elemento aseveró lo siguiente: “no puede permitirse que se mal utilice esta acción de tutela, en la medida que lo que en el fondo subyace, como finalidad de los accionantes, es impedir la ejecución del proyecto, lograr su paralización, para que quien ejecuta la obra y los destinatarios de la misma, así como las autoridades estatales que requieren de la finalización del proyecto para ponerlo al servicio de todos los asociados, tengan esta forma de presionar, y cedan ante requerimientos que en su mayoría son económicos, para que la obra pueda continuar su curso”.

9. Jesús Anachurys Piña, en calidad de representante legal del Consejo Comunitario de Pasacaballos, presentó a esta Corporación informe de respuesta al auto de fecha 29 de enero de 2016. En este documento se afirmó: “Pasacaballos es una comunidad negra reconocida históricamente por su vocación agrícola, pesquera y cazadora de animales de monte, el estar en las riberas de la Bahía de Cartagena y del Canal del Dique le ha dado por muchos años la posibilidad de garantizar la seguridad y soberanía alimentaria hoy en riesgos por múltiples factores, pero en especial por su cercanía con la zona industrial de Mamonal en el Distrito de Cartagena”.

Según el representante legal del Consejo Comunitario de Pasacaballos, una de las actividades tradicionales del grupo es la siembra de arroz, la cual constituye un renglón significativo en las actividades productivas. Los predios utilizados para el establecimiento de este cultivo eran los de la orilla del Canal del Dique tal y como lo establece el documento titulado “Capacitación y Asistencia Técnica para Consejos Comunitarios en

Procesos de Titulación, Ordenamiento y Manejo de sus Territorios Colectivos[2]” en los siguientes términos:

“Las dinámicas productivas que se han realizado durante toda la historia de ocupación de la comunidad de Pasacaballos también han (sic) la apropiación del territorio por parte de los pobladores de la comunidad, tanto en los espacios donde se desarrolla la agricultura de manera familiar o colectiva, como en los que se han usado para la cacería, la pesca y la navegación en donde los espacios del mar, ciénagas, lagunas y el Canal del Dique, son considerados como parte del territorio de la comunidad porque cumplen un papel muy importante en el desarrollo económico y cultural de los nativos”.

Así mismo, el referido texto precisó que la comunidad es vulnerable por la masiva industrialización, que genera contaminación desenfrenada por los proyectos de desarrollo estimulados por el Gobierno en el territorio, colocando en un riesgo inminente a las comunidades por la cantidad de hidrocarburos, carburantes, puertos, fábricas y polución, lo cual está provocando enfermedades y afectando con ello su pervivencia como grupo étnico.

El representante legal del Consejo Comunitario de Pasacaballos informó que en la comunidad los ecosistemas más representativos eran las zonas de manglar y las ciénagas, sin embargo, algunas de estas zonas se encuentran con restricciones para la entrada o privatizadas por lo que el acceso y uso se ha visto reducido. En lo que respecta a la comunidad de Pasacaballos adjugó: “Anteriormente un ecosistema representativo fueron los humedales, pero los predios inundables donde estos se encontraban ya fueron vendidos a privados. Actualmente la comunidad de Pasacaballos usa colectivamente áreas de producción agrícola. (...) Otra forma de apropiación territorial en Pasacaballos ha sido a través de las recuperaciones de tierras para la construcción de barrios y para el desarrollo de la agricultura”.

En igual medida, el informe de respuesta precisó respecto al aprovisionamiento territorial lo siguiente: “el acceso colectivo a las tierras para el desarrollo de actividades agropecuarias por parte de los nativos de Pasacaballos marca un antecedente muy importante en el proceso de apropiación del territorio, aquí se da el reconocimiento de la propiedad privada, debido a que antes de la compra los nativos accedían a la tierra a partir de contratos de

arrendamiento o terrajes y una gran parte eran trabajadores de las haciendas que luego vienen a ser de su propiedad a través de la compra. Es importante resaltar el carácter colectivo del uso de los predios así hayan sido objeto de la celebración de contratos civiles, es importante resaltar que en la comunidad también se dio el desarrollo de prácticas comunitarias para el acceso a la tierra, como prestar una parte del área con que se contaba a quienes no tenían predios para que hicieran rozas con cultivos de pancoger”.

Conforme lo precisó la respuesta presentada a esta Corporación, la rectificación del Canal del Dique y el establecimiento de nuevas empresas en esta área, son algunas de las razones por las que personas de Pasacaballos empezaron a vender las tierras de esta zona. Según informan los accionantes “algunas personas concentraron muchas hectáreas que fueron adquiridas de manera ilegal aprovechando que los nativos no contaban con escrituras públicas sobre esos predios. Las tierras que se concentraron en el Canal del Dique fueron vendidas a foráneos”.

Finalmente, afirmaron que sobre las tierras de Pasacaballos se ha ejercido una gran presión ya que, “personas y grupos económicos con mucho poder han adquirido posesiones o propiedades en estas tierras, y han aprovechado la declaración de este lugar como estratégico para el desarrollo de empresas portuarias e industriales, hemos perdido el territorio de los campesinos, porque nos han cambiado el uso del suelo, el POT lo convirtió en industrial, esa tierra tiene un valor y van comprando y obligando a salir, hoy no tenemos donde sembrar una mata de yuca”.

10. La Agencia Nacional de Hidrocarburos, mediante escrito de fecha 29 de febrero de 2016, allegó a esta Corporación un documento en el cual expresó que no existía legitimación en la causa en el asunto sub examine por cuanto “la ANH no es la autoridad encargada de expedir u otorgar Licencia Ambiental, así como también se puede evidenciar, que no es la encargada de certificar o no la presencia de comunidades en el territorio”.

En igual medida aseveró que en caso de prosperar la acción de tutela “se encuentra en juego un interés superior a todos, cual es el bien común, el interés general y la paralización de las actividades que en sí mismas, se erigen y constituyen en proyectos de utilidad pública, que tienen como propósito, optimizar y mejorar el sistema energético nacional, departamental, como también lo es el contribuir con el desarrollo de las regiones

representado en fuentes de empleo y recursos para la Nación en general”.

11. La Directora del Departamento de Antropología de la Universidad de los Andes allegó a esta Corporación el concepto emitido acerca del expediente de la referencia. En él se explica el carácter histórico, sociológico y antropológico de los miembros del Consejo Comunitario de Pasacaballo y Nísperos. Debido a la importancia del mismo se hará referencia puntal de su contenido en el caso concreto.

Específicamente el Departamento de Antropología de la Universidad de los Andes manifestó: “para el Programa de Antropología de la Universidad de los Andes, es procedente la acción de tutela instaurada por el Consejo Comunitario de Ma-Majari de El Níspero, el Consejo Comunitario de Flamenco y la Asociación de pescadores Artesanales de Pasacaballos (Agropez), y valora positivamente que la misma haya sido seleccionada para su revisión por parte de la Honorable Corte Constitucional. El caso presentado en este expediente revela una problemática que persiste en Colombia con respecto al reconocimiento, oportunidad y garantía del derecho a la consulta previa, libre e informada de los sujetos étnicos de especial protección constitucional (como es el caso de estas comunidades negras del Caribe colombiano) cuando se adelantan proyectos que afectan el territorio y la cultura de estas comunidades”.

En este sentido manifestó: “Al otorgar la licencia ambiental, en dicha resolución se desconoció la existencia como sujeto colectivo étnico de las comunidades negras de Pasacaballos, Níspero y Flamenco, se les negó el derecho a la consulta previa y no se tuvo en cuenta el posible impacto que este proyecto pudiese tener en su territorio y su cultura. Esta actuación institucional no sólo omitió la existencia de estas comunidades como sujetos de especial protección constitucional por su carácter de minoría étnica, sino que también se contradijo frente a otro acto administrativo para la construcción de un gasoducto, en el que la misma Dirección de Consulta Previa reconoció y garantizó el derecho a la consulta previa de las mismas comunidades, en la misma área de influencia del gasoducto”.

12. En el trámite del proceso de revisión fue allegado escrito por parte de la apoderada del Cabildo Menor Indígena Maisheshe la Chivera del pueblo Zenú. En dicho escrito, se solicitó que la Corte Constitucional en caso de llegar a amparar el derecho a la consulta previa de

los Consejos comunitarios de Ma-Majari del Níspero, de Flamenco y de Pasacaballo, extendiera los efectos del fallo (fuero de atracción y vinculación al proceso), al Cabildo Menor Indígena Maisheshe la Chivera del pueblo Zenú.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

Esta Sala es competente para analizar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

2.1. Conforme a los antecedentes expuestos, en el presente asunto miembros del Consejo Comunitario de Ma-Majari del Níspero, del Consejo Comunitario de Flamenco y del Consejo de Pasacaballo[3], interponen la presente acción de tutela exponiendo dos problemáticas que, en su sentir, afectan sus derechos fundamentales a la integridad social, cultural y económica, a la participación democrática, a la consulta previa, a la existencia y al debido proceso.

La primera está relacionada con la afectación directa que aparentemente se está presentando por la construcción y operación del Gasoducto “Loop – San Mateo – Mamonal”. En cuanto a la segunda, advierten que la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA expidió la Resolución número 0805 del 9 de julio de 2015, mediante la cual otorgó Licencia Ambiental a la empresa Promigas S.A. E.S.P. sin adelantar la consulta previa correspondiente.

Teniendo en cuenta lo anterior, solicitan que por medio del presente trámite de tutela se suspenda la referida licencia ambiental y se garantice su participación en el proceso.

Con base en los elementos fácticos descritos, encuentra la Sala que el problema jurídico consiste en determinar si ¿las autoridades vulneraron los derechos fundamentales a la integridad social, cultural y económica, a la participación democrática, a la consulta previa, a la existencia y al debido proceso, al expedir la Resolución número 0805 del 9 de julio de 2015 sin adelantar el proceso de consulta con los miembros del Consejo Comunitario de

Ma-Majari del Níspero, el Consejo Comunitario de Flamenco y el Consejo Comunitario de Pasacaballo ?

Así las cosas, la Sala deberá determinar: (i) si la acción de tutela es procedente en el caso concreto para lograr la protección de los derechos invocados debido a la inexistencia de otros mecanismos de defensa judicial; (ii) las características étnicas y culturales de la comunidades accionantes; (iii) si se presenta una susceptibilidad de afectación directa al ethos, lo cual justifica el deber de consulta; (iv) y por último, si la administración y la accionada deben adoptar especiales medidas de protección y compensación en favor de las comunidades tutelantes.

Para ello, la Corte abordará los siguientes puntos: (i) la procedencia de la acción de tutela para garantizar el derecho a la consulta previa; (ii) la protección constitucional a la diversidad étnica en la Constitución de 1991; (iii) el derecho fundamental a la consulta previa; (iv) elementos subjetivo y objetivo del Convenio 169 de la OIT; (v) derecho a la consulta previa en el marco de proyectos urbanos; y (vi) por último se examinará el caso concreto.

3. La procedencia de la acción de tutela para garantizar el derecho a la consulta previa

3.1. La subsidiariedad de la tutela está contemplada en el artículo 86 de la Carta, este precisa que: “esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corporación ha manifestado en reiteradas ocasiones que el juez debe analizar en cada caso si el peticionario cuenta con otros mecanismos de defensa judicial, o en su defecto, debe determinar si aun existiendo estos, no resultan eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados.

Así lo sostuvo en sentencia T-235 de 2010, al indicar:

“Para que la acción de tutela sea procedente como mecanismo principal, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o teniéndolos, éstos, no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados. A su turno, el ejercicio del amparo

constitucional como mecanismo transitorio de defensa iusfundamental, implica que, aun existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la acción de tutela”.

Cabe señalar que en materia de amparo judicial de los derechos fundamentales hay una regla general. La tutela es un mecanismo excepcional de defensa al que puede acudir un afectado solo después de ejercer infructuosamente todos y cada uno de los medios ordinarios. Así lo consideró este tribunal, por ejemplo, en la sentencia T-480 de 2011:

“La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional. En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales”.

En lo relativo a la idoneidad y eficacia del instrumento judicial ordinario, esta Corporación expresó en sentencia T-569 de 2011, que:

“El deber del juez de tutela es examinar si la controversia puesta a su consideración: (i) puede ser ventilada a través de otros mecanismos judiciales y (ii) si a pesar de existir formalmente, aquellos son o no suficientes para proveer una respuesta material y efectiva a la disputa puesta a su consideración. Por consiguiente, no es suficiente, para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo violados.”

3.2. Concretamente la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha establecido las

siguientes subreglas en torno a la procedencia de la tutela para garantizar el derecho a la consulta previa.

Se debe precisar que los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), instituyeron los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, los cuales pueden emplearse para cuestionar la validez de las decisiones adoptadas por las autoridades. Dicho proceso puede ser iniciado cuando los actos administrativos se expidan (i) desconociendo las normas en que deben fundarse, (ii) por un órgano que carece de competencia, (iii) de manera irregular, (iv) violando el derecho de audiencia y defensa, (v) mediante falsa motivación o (vi) con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (Artículo 137 inciso. 2º).

Las causales aludidas pueden ser catalogadas como clásicas, ya que son la reproducción literal de aquellas que existían en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984[4] (anterior Código Contencioso Administrativo) y se caracterizan por cuestionar cada uno de los elementos del acto administrativo (competencia, forma, procedimiento, motivación, finalidad y objeto).

Sin embargo, se debe resaltar que el Decreto 01 de 1984 al ser una norma pre constitucional y anterior a la expedición de la Ley 21 de 1991[5], no contempló como causal de nulidad de los actos expedidos por la administración, el desconocimiento del derecho a la participación de los pueblos que por sus costumbres, tradiciones y procesos de discriminación histórica poseen un estatus de especial protección constitucional (indígenas y tribales).

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con el objeto de armonizar la legislación nacional a las nuevas realidades constitucionales e internacionales, dispuso como causal autónoma de nulidad de los actos administrativos el desconocimiento al derecho a la consulta previa. En este sentido el artículo 46 de la ley 1437 de 2011 contempla lo siguiente: “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”.

Teniendo en cuenta lo anterior, varios jueces y magistrados especialmente en la jurisdicción

de lo contencioso administrativo, con fundamento en la disposición en comento, han entendido que en todas las circunstancias en las cuales se presente una acción de tutela en contra de decisiones proferidas por la administración, y además se solicite la protección del derecho a la consulta previa, esta resulta improcedente debido a la existencia de los medios de control de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho.

Ahora bien, la Corte Constitucional en distintas oportunidades ha tenido la posibilidad de manifestar su reparo respecto a este razonamiento. En la sentencia T-576 de 2014[6] esta Corporación afirmó en relación con la idoneidad de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho para cuestionar las decisiones administrativas no consultadas, lo siguiente:

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

En este orden de ideas, la interposición de los medios de control contemplados en la ley 1437 de 2011 tienden a ser insuficientes para reparar desde el ámbito constitucional el derecho a la participación de las comunidades afectadas, tal y como lo estableció esta Corporación en sentencia T-485 de 2015[7]:

“La actuación requerida por parte de los funcionarios responsables no encuentra respuesta concreta a partir de la revisión judicial del acto administrativo, sino que exige, en caso que así se decida en esta sentencia, acciones materiales tendientes a efectuar el procedimiento de consulta, las cuales no hacen parte de la decisión que adopte la jurisdicción contenciosa.

En otros términos, la resolución de los problemas jurídicos materia de esta sentencia se centra en definir si el proceso de consulta previa respecto de la comunidad negra de la Vereda Playa Blanca, es exigible o no. Esta clase de asuntos, en razón de su naturaleza, escapan a la órbita de decisión del juez administrativo, en el marco de la revisión judicial de los actos proferidos por las autoridades demandadas”. (Negrilla y cursiva fuera de texto)

El hecho de que desde el punto de vista constitucional, los medios de control contenciosos administrativos no tengan la idoneidad necesaria para desplazar a la acción de tutela como mecanismo principal de protección del derecho a la consulta previa, no significa que estos no puedan emplearse concurrentemente con el amparo constitucional. En este sentido la sentencia SU-039 de 1997 afirmó:

“El hecho de que la perspectiva del juez contencioso administrativo sea distinta a la del juez constitucional explica que la acción de tutela y las acciones contenciosas sean compatibles, incluso, si el afectado no solicitó la suspensión provisional del acto administrativo que habría infringido sus derechos fundamentales, o si lo hizo, pero el juez contencioso adoptó una decisión adversa a sus intereses”[8].

La anterior decisión cobra especial significación respecto a la procedencia de la acción de tutela contra decisiones que desconocen el derecho a la consulta previa, por cuanto la existencia de medidas cautelares en el marco de procesos contenciosos administrativo desde antaño ha sido esgrimida para negar la protección por vía tutelar del derecho a la consulta previa.

Sobre este aspecto, según la jurisprudencia constitucional, el hecho de que la ley 1437 de 2011 haya flexibilizado los requisitos para obtener la prosperidad de una medida provisional en el marco de un proceso contencioso administrativo, no es per se un argumento suficiente que permita desvirtuar la procedencia de la acción de tutela. En este sentido la sentencia SU-355 de 2015 afirmó lo siguiente:

“El juez de tutela tiene la obligación de calificar, en cada caso particular, la idoneidad de los medios judiciales para enfrentar la violación de derechos fundamentales cuando ella tenga por causa la adopción o aplicación de actos administrativos. Para el efecto, deberá tener en cuenta los cambios que recientemente y según lo dejó dicho esta providencia, fueron incorporados en la Ley 1437 de 2011. Solo después de ese análisis podrá establecer

la procedencia transitoria o definitiva de la acción de tutela, teniendo como único norte la efectiva vigencia de las normas de derecho fundamental.

En consecuencia, no obstante los importantes cambios legislativos que en materia de medidas cautelares introdujo la Ley 1437 de 2011 y en particular en lo que se refiere a la denominada suspensión provisional, la acción de tutela podría proceder, entre otros eventos, (i) cuando la aplicación de las normas del CPACA no proporcione una protección oportuna de los derechos fundamentales o (ii) cuando el contenido o interpretación de las disposiciones de dicho Código no provean un amparo integral de tales derechos”.

En desarrollo de lo anterior, la sentencia T-576 de 2014 ya citada afirmó respecto a la interrelación de la acción de tutela con las medidas cautelares contempladas en el derecho administrativo lo siguiente: “la tutela y la medida de suspensión provisional protegen derechos de distinta naturaleza. Así, mientras la primera persigue la salvaguarda de derechos constitucionales fundamentales, la segunda busca impedir la ejecución de actos administrativos que violan el ordenamiento jurídico y que, por ello, perjudican a alguna persona.”

En este orden de ideas, es claro que la consagración expresa por parte de la ley 1437 de 2011 de una causal de nulidad autónoma por desconocimiento al derecho a la consulta previa, no puede ser entendida como un impedimento para la prosperidad de la tutela en un caso concreto. En igual medida, la flexibilización de los requisitos para acceder al decreto de medidas cautelares bajo el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tampoco puede entenderse como un limitante que impida el conocimiento del amparo.

3.3. Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha entendido que debido a las condiciones de vulnerabilidad y pobreza extrema en las que habitan las comunidades afro e indígenas de nuestro país, la procedencia de la acción de tutela adquiere un carácter prevalente para garantizar sus derechos constitucionales. Sobre el particular esta corporación ha manifestado lo siguiente:

“Ante controversias relativas al amparo del derecho a la consulta previa en las que se plantee la necesidad de que los accionantes agoten otros mecanismos ordinarios de defensa, el juez constitucional debe considerar las condiciones especiales de vulnerabilidad

que suelen enfrentar las comunidades indígenas y tribales justifica que sea esta vía excepcional el escenario idóneo para evitar la lesión de sus derechos[9]”.

Es común que la planeación y ejecución de proyectos de infraestructura o de explotación de recursos naturales afecten los derechos de las comunidades étnicas, puesto que además que son directamente afectadas por los mismos, carecen de instancias de participación efectiva. Así, la abierta asimetría de poder entre las comunidades étnicas y quienes adelantan dichos proyectos, sumada a la discriminación histórica contra los pueblos indígenas y tribales, ha llevado a la jurisprudencia a conferirles la condición de sujetos colectivos de especial protección constitucional. [10]

En igual línea de pensamiento esta Corporación ha reconocido que las personas afrocolombianas y las comunidades a las que pertenecen son titulares de derechos fundamentales y gozan de un status especial de protección que aspira, “tanto a compensarlas por las difíciles circunstancias sociales, políticas y económicas que han enfrentado tras décadas de abandono institucional, como a salvaguardar su diversidad étnica y cultural, en armonía con el marco constitucional y los compromisos internacionales que el Estado colombiano ha adquirido en esa materia”[11].

Así las cosas, es claro que los procesos consultivos son un escenario esencial para asegurar la pervivencia física y la protección de las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas y tribales, por lo cual la Corte desde sus primeras sentencias, ha reconocido la competencia del juez de tutela para proteger sus derechos fundamentales e impartir las órdenes que aseguren que estas sean informadas oportunamente sobre los proyectos que impacten sobre sus territorios o sus formas de vida y para que cuenten con la oportunidad de evaluar y de incidir en la reformulación de la decisión de que se trate.[12]

4. La protección constitucional a la diversidad étnica en la Constitución de 1991

4.1. La expedición de la Carta de 1991 modificó varias facetas, entre ellas la comprensión de lo que debía entenderse por pluralismo. En el anterior modelo constitucional se propendía por la uniformización de los habitantes del territorio, a partir de la invisibilización de sus diferencias. Evidencia de lo anterior es la ausencia de previsiones específicas que reconocieran los derechos de grupos minoritarios, así como la existencia de fórmulas aglutinadoras y uniformes, como lo era la prescripción de una religión oficial.

En cambio, el Estado Social y Democrático de Derecho consagró entre sus principios fundamentales la democracia participativa y pluralista (Art. 1 C.P.) y el deber de amparar y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (Art. 7 C.P). El reconocimiento expreso del respeto hacia las diferencias de los demás colombianos, generó un cambio cualitativo sobre la manera en la que se debía entender la composición de la Nación. Así las cosas, de una pretendida uniformización a través del Derecho, se pasa a una prescripción, igualmente jurídica, del reconocimiento del carácter plural de la sociedad, en donde conviven diferentes etnias y comunidades diferenciadas minoritarias, todas ellas acreedoras de la protección del Estado[13].

Sobre el particular la jurisprudencia ha afirmado lo siguiente:

“Una de las manifestaciones más claras del anhelo de renovación democrática que inspiró la promulgación de la Constitución Política de 1991 es la caracterización de Colombia como un Estado participativo y pluralista que reconoce y protege su diversidad étnica y cultural. Es allí, y en la decisión de calificar a quienes tienen una cosmovisión distinta a la de la cultura mayoritaria como titulares de derechos fundamentales, donde se vio reflejado en mayor medida el empeño de los constituyentes por superar el discurso homogeneizador de la Constitución de 1886, para construir, en su lugar, uno comprensivo de las distintas expresiones que definen la identidad nacional”[14].

Precisamente sobre la protección constitucional a la diversidad étnica, esta Corporación ha resaltado que “la diversidad en cuanto a la raza y a la cultura, es decir, la no coincidencia en el origen, color de piel, lenguaje, modo de vida, tradiciones, costumbres, conocimientos y concepciones, con los caracteres de la mayoría de los colombianos, es reconocida en la Constitución de 1991, al declarar la estructura pluralista del Estado Colombiano, reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de su población y las riquezas culturales y naturales de la nación”[15].

Lo anterior quiere decir que la Carta defiende un modelo de Estado que acepta que en Colombia no existe una cultura homogénea, sino diversas manifestaciones culturales que fundamentan la nacionalidad y que conviven en condiciones de igualdad y dignidad. En igual medida, uno de los rasgos característicos del nuevo constitucionalismo es aceptar que dentro de los Estados coexisten diversos entendimientos acerca del respeto al pluralismo,

las costumbres, la forma de pensar y percibir el mundo. En este sentido la jurisprudencia ha afirmado que:

“Por su situación geográfica, el país, tiene territorios sobre el caribe, en las regiones andina, amazónica, del orinoco y del pacífico y además se entrecruzan diversas tradiciones mestizas, amerindias y afroamericanas. Esta diversidad comporta un privilegio respecto del resto del mundo (...) es de advertir, desde ahora, que se trata de una presencia con un arraigo histórico, se trata de poblaciones que durante siglos han habitado dichas tierras y, en ellas han desarrollado las actividades que les han permitido su sustento y la realización de sus proyectos de vida”[16].

La diversidad étnica y cultural se manifiesta en posibilidades de expresión, mantenimiento e, incluso, profundización de las manifestaciones culturales que contribuyen a la definición de las etnias presentes en el territorio de nuestro país. Por eso resultan de vital importancia para su concreción elementos como la educación, las garantías para el uso de su lengua, sus manifestaciones religiosas y, en general, todas aquellas tradiciones que los identifican de la sociedad mayoritaria[17].

La jurisprudencia constitucional ha manifestado que las comunidades étnicas tienen derecho a “(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 sus modos de producción y formas económicas tradicionales; y (xiv) exigir protección de su propiedad intelectual relacionada con obras, creaciones culturales y de otra índole” [18].

Así las cosas, tal y como lo manifestó la sentencia T-485 de 2015, la sociedad colombiana se define a partir de su pluralidad y del respeto intrínseco de sus diversas identidades. En este sentido la providencia en comento afirmó lo siguiente:

“En términos simples, la Constitución no solo acepta la composición plural de la sociedad, sino que impone un mandato concreto de protección a favor de las comunidades diferenciadas y, por lo mismo, minoritarias. La existencia de dichas comunidades, particularmente las minorías étnicas, al igual que sus prácticas tradicionales, no solo debe ser advertida como importante para el Estado y el orden jurídico, sino que debe ser decididamente protegida en tanto elemento que define a la organización política. En otras palabras, la formulación misma de la Nación desde la Constitución depende de la inclusión de los grupos étnicos y su protección como comunidades diferenciadas. La sociedad colombiana se define, desde el orden jurídico constitucional, a partir de su pluralidad y del respeto intrínseco de sus diversas identidades”.

4.2. El reconocimiento de una Nación en la cual se respeta el valor de las diferencias, no solo tiene un impacto desde el ámbito jurídico sino también desde la órbita económica. En este orden de ideas, en un Estado Social y Democrático de Derecho participativo y pluralista, como el que reconoce nuestra constitución, “no se puede dar una prioridad general y abstracta al interés general y la visión mayoritaria del “desarrollo” o de “progreso”[19], ya que de hacerse se puede llegar a anular los derechos históricos de comunidades indígenas o pueblos tribales.

En este sentido, vale la pena traer a colación lo expresado en el Foro Permanente del año 2010 para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas en el cual se afirmó lo siguiente[20]:

“A partir de la Segunda Guerra Mundial, el concepto de desarrollo se ha concebido a menudo en términos estrictamente económicos. Se consideraba que seguía un proceso evolutivo que comenzaba a partir de los proveedores de productos básicos, a través de la acumulación de capital para la industrialización, lo que, a su vez, conducía a la urbanización y la “modernización”.

Los paradigmas de desarrollo de la modernización y la industrialización a menudo han tenido como resultado la destrucción de los sistemas políticos, económicos, sociales,

culturales, educativos, sanitarios, espirituales y en materia de conocimientos así como la extracción de sus recursos naturales. Entre los ejemplos concretos de la desconexión entre los paradigmas de desarrollo dominantes y los pueblos indígenas cabe citar:

(i) Las sociedades de los pueblos indígenas a menudo han sido consideradas “retrasadas, primitivas e incivilizadas”, donde se considera que su “asimilación al llamado “mundo civilizado” es equivalente a su desarrollo, (ii) se considera que los pueblos indígenas constituyen “obstáculos” al progreso porque sus tierras y territorios son ricos en recursos y los pueblos indígenas no están dispuestos a disponer libremente de ellos y (iii) en muchos países, la historia y la práctica continua de asimilación han tenido como resultado políticas públicas que han excluido a los pueblos indígenas y que son discriminatorias con respecto a sus culturas e identidades”.

Para garantizar que la protección constitucional a la diversidad étnica y cultural de la Nación no sea anulada o menoscabada bajo el rotulo de “desarrollo”, debe garantizarse en el mayor nivel posible la participación de los afectados, bien sea que estos tengan una ancestral forma de interrelacionarse con su entorno (pueblos indígenas o tribales), o solo sean sujetos vulnerables que puedan verse afectados por una intervención económica a gran escala. En este sentido la sentencia T-135 de 2013, afirmó lo siguiente:

“El derecho a la participación de los grupos de población potencialmente afectados por causa de un proyecto de “desarrollo”, constituye una de las formas en las que el Estado puede y debe prevenir que visiones generales del “interés general” generen graves afectaciones en los derechos de las personas. Al ejecutar una megaproyecto, el campesino, el jornalero o el tradicional habitante de una región afectada, se encuentra en un verdadero estado de indefensión frente al empresario o dueño del proyecto. Solo con el adecuado ejercicio de la participación podrá evitar que se lesionen sus derechos”.

En igual línea de pensamiento el Secretario General de la OCDE ha asegurado que: “Debemos encontrar nuevas maneras de producir y consumir. Además, incluso redefinir lo que queremos decir con el término progreso y cómo lo medimos (...) volver a hacer las cosas como hasta ahora, no es aconsejable y finalmente insostenible (...) podría dar como resultado una mayor escasez de agua, agotamiento de recursos, contaminación del aire y del agua, cambio climático y una pérdida de biodiversidad que podría ser irreversible”[21].

Así las cosas, las normas que establecen la prioridad del interés general no pueden ser interpretadas de tal manera que se justifique la violación de los derechos fundamentales de unos pocos en beneficio del interés de todos. Aquí, en esta imposibilidad, radica justamente uno de los grandes avances de la democracia y de la filosofía política occidental en contra del absolutismo y del utilitarismo. La persona es un fin en sí mismo; el progreso social no puede construirse sobre la base del perjuicio individual así se trate de una minoría o incluso de una persona. La protección de los derechos fundamentales no está sometida al vaivén del interés general; ella es una norma que encierra un valor absoluto, que no puede ser negociado o subestimado[22].

En igual línea de pensamiento en el ya citado foro de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas sobre esta problemática afirmó que:

“La búsqueda de crecimiento económico a toda costa no sólo es destructiva para los pueblos indígenas sino también para el resto de la humanidad y para el planeta. El foco en el producto interno bruto como medida principal de progreso ha distorsionado el verdadero significado del progreso y el bienestar. En este sentido, el daño a los ecosistemas, la pérdida irreversible en diversidad biológica y la erosión de la diversidad cultural y lingüística y de los conocimientos indígenas tradicionales no se tienen en cuenta en el balance general. Rara vez se utilizan esos indicadores ecológicos, culturales, sociales y espirituales que proporcionan medidas más completas de las situaciones nacionales y mundiales”[23].

Por su parte, una investigación financiada por la Fiscalía General de la Nación, titulada “El peritaje antropológico, Justicia en clave cultural” enfatizó esta situación en los siguientes términos:

“Desde el siglo XIX en Colombia, como en otros países de Latinoamérica, se produce una importante crítica sobre la interpretación europea y norteamericana de la modernidad, que establece que los indígenas representan el primer estadio de partida del proceso civilizatorio de la humanidad, cuya cumbre máxima es la civilización occidental. Aquello que no sea modernidad occidental, además europea, es visto como atrasado en la escala evolucionista”[24].

Los anteriores razonamientos sintetizan los reparos que un sector importante de la ciencia jurídica ha dado al concepto “desarrollo”. En este sentido, la Corte Constitucional también ha avanzado en aproximaciones alternas y críticas al mismo, más acordes con la realidad y particularidades de nuestro país. En este sentido la sentencia C-123 de 2014[25], develó las implicaciones de los grandes proyectos mineros y sus impactos sobre las comunidades en donde se desarrollan en los siguientes términos:

“La llegada de población migrante altera las costumbres de los pobladores locales, incluyendo, deserción escolar en jóvenes que ven la minería y los recursos que ésta provee como única salida a la pobreza. Igualmente, el aumento de la drogadicción, la prostitución, la violencia sexual, las enfermedades de transmisión sexual y el madresolterismo no deseado han coincidido con la llegada de los mineros a un municipio o distrito que no se encuentre preparado para recibirlos”.

Así las cosas, recientemente la jurisprudencia ha cuestionado el tradicional optimismo que irreflexivamente se confía en los macroproyectos económicos, señalando que adicional al impacto ambiental, tales iniciativas pueden llegar a ocasionar determinadas dinámicas sociales de empobrecimiento y pauperización del entorno social más cercano. Esto debido a aspectos –o como los llaman los economistas, externalidades- que no suelen ser incluidos en el impacto general del “desarrollo”, el cual se restringe al crecimiento abstracto de la economía y del producto[26].

En este punto, es importante destacar el análisis efectuado en la sentencia T-080 de 2015, en el cual esta Corporación afirmó lo siguiente:

“La cada vez más creciente reacción del “Sur global” por superar la forma acrítica, vertical y hegemonizante en que se ha asumido el desarrollo, ha derivado en proyectos alternativos de convivencia y buen vivir, más allá de los parámetros dispuestos por la lógica del mercado. Es una apuesta que exalta las “ideas de reciprocidad, solidaridad y complementariedad vigentes tanto en las relaciones entre los seres humanos como en las relaciones entre los humanos y la naturaleza”[27].

Una postura del post-desarrollo propone la creación de un espacio/tiempo colectivo en el cual:

(i) “El «desarrollo» cese de ser el principio central que organiza la vida económica y social; (ii) Se cuestione efectivamente la pre-eminencia del concepto de crecimiento económico y este como meta; (iii) Se deconstruye la matriz cultural de donde proviene el desarrollo y su historicidad (visión dominante europea de la modernidad); (iv) Se desarticula paulatinamente en la práctica el modelo de desarrollo basado en la premisa de la modernización, la explotación de la naturaleza como ser no vivo, los mercados, la exportación, y la acción individual; (v) Se reconozca una multiplicidad de definiciones e intereses alrededor de las formas de sustento, las relaciones sociales, y las prácticas económicas; (vi) Se diseñen políticas desde la relacionalidad entre grupos humanos y entre estos y la naturaleza; es decir se proceda desde un principio de cosmovisiones relacionales (como las que subyacen las cosmovisiones y prácticas de muchos grupos indígenas, negros, y campesinos, y de las formas comunales de algunos grupos urbanos, así como la ecología), en vez de la cosmovisión dualista que separa seres vivientes de no vivientes, humano de lo no humano, individuo y comunidad; (vii) Se establezca un diálogo intercultural alrededor de las condiciones que podrían devenir en un pluriverso de configuraciones socio-naturales, es decir, una multiplicidad de propuestas y visiones (ej., liberales y comunales, capitalistas y no capitalistas, etc.); (viii) Se propenda por formas de integración regional autónoma basadas en criterios ecológicos (por ejemplo el biorregionalismo), de desarrollo autocentrado (no dictado por los requerimientos de la economía mundial), a niveles sub-nacionales, nacionales, regionales y globales”[28].

De esta forma, el post-desarrollo, antes que una iniciativa con vocación universal y de objetivos concretos verificables, es la deconstrucción de un lenguaje que impuso como valores absolutos el crecimiento económico a toda sociedad que aspirara a ser civilizada la autonomía del individuo y el crecimiento económico infinito”.

El impacto del “desarrollo” es particularmente más fuerte cuando se trata de pueblos indígenas y tribales, ya que las comunidades étnicas son usualmente excluidas de los beneficios del desarrollo económico, lo que conlleva una doble discriminación. De un lado, son discriminadas por decisiones que, desde la sociedad mayoritaria, se basan en una comprensión uniforme de la Nación, que invisibiliza los reclamos sociales de las comunidades étnicas al carecer de todo enfoque diferencial. De otro lado, dicha invisibilización lleva a que la igualdad de oportunidades a favor de las comunidades étnicas no sea efectiva y, en cambio, sus pretensiones en términos de protección de derechos sean

erróneamente vistas como obstáculos para el desarrollo y el interés general. [29]

El Estado colombiano no puede dar una prevalencia automática y abstracta al interés general y la visión mayoritaria del “desarrollo” o “progreso” cuando este afecta los derechos fundamentales de las personas. Adicionalmente, dado el carácter democrático y participativo plural de dicho Estado, consagrado principalmente en los artículos 1º y 9º de la Carta, el desarrollo no es el único modelo protegido constitucionalmente, sino que lo son incluso aquellos proyectos alternativos de convivencia y buen vivir, más allá de los parámetros dispuestos por la lógica del mercado.

5. Derecho fundamental a la consulta previa

La jurisprudencia constitucional y los órganos del sistema universal e interamericano de derechos humanos son coincidentes en sostener que el derecho a la participación efectiva de las comunidades étnicas es un factor imprescindible para la vigencia del derecho al respeto y reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. El grado de incidencia de esa afectación, a su vez, es directamente proporcional al nivel de limitación que la medida o proyecto genere en la supervivencia y prácticas tradiciones del pueblo étnico correspondiente[30].

El interés del constituyente en la preservación de las comunidades cultural y étnicamente diferenciadas -indígenas, ROM, afrodescendientes, raizales y Palenqueras- se vio reflejado en la inclusión de los distintos espacios de participación y reconocimiento que creó la Constitución para lograr que esas minorías accedieran a las oportunidades disponibles para los demás integrantes de la sociedad.[31]

Dichas prerrogativas en términos de la jurisprudencia constitucional, tiene como fin garantizar “el reconocimiento simultáneo de la participación democrática como base del Estado constitucional y la necesidad de preservación de la identidad de las comunidades tradicionales contra deberes concretos para el Estado”[32]. Así las cosas, es claro que ninguna decisión dentro del Estado Social de Derecho resulta legítima si no está precedida de un grado de deliberación suficiente, que involucre la participación o la representación de quienes resulten afectados por las consecuencias de dichas decisiones[33].

En esta medida, el informe del año 2007 del Relator Especial sobre la situación de los

Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los indígenas, titulado “Promoción y Protección de Todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, Incluido el Derecho al Desarrollo” precisó lo siguiente:

“En general las decisiones del Estado deben adoptarse mediante un proceso democrático en que los intereses del público estén debidamente representados. Los procedimientos para notificar al público en general y recibir sus observaciones refuerzan a menudo en forma apropiada los procesos democráticos representativos de adopción de decisiones del Estado. No obstante, cuando las decisiones del Estado afectan los intereses particulares de los pueblos indígenas, se requieren procedimientos especiales y diferenciados de consultas, procedimientos especiales que se justifican por la naturaleza de esos intereses particulares, que derivan del carácter distinto de los modelos e historias culturales de los pueblos indígenas, y porque los procesos democráticos y representativos corrientes no suelen bastar para atender a las preocupaciones particulares de los pueblos indígenas, que por lo general están marginados en la esfera política.”

Con el objeto de lograr la participación de los pueblos indígenas o tribales el derecho internacional ha propendido por la construcción de varios instrumentos que garanticen un importante grado de deliberación en las decisiones que puedan llegar a afectar directamente a dichos grupos poblacionales.

Así las cosas, el Convenio 107 de la OIT fue el primer instrumento internacional que consagró la protección especial que los Estados les deben a los pueblos minoritarios asentados en sus territorios. Adoptado en 1957 por solicitud del sistema de Naciones Unidas, el Convenio fijó los criterios que a juicio de la comunidad internacional debían aplicarse para remover los obstáculos que impedían que las poblaciones indígenas y tribales disfrutaran plenamente de los derechos y oportunidades a los que tenían acceso los demás sectores de la colectividad[34].

Sin embargo, tal y como lo precisó la sentencia T-576 de 2014, dicho instrumento internacional no propendía por respetar las condiciones de vida propias de las comunidades a proteger, y por el contrario buscó imponer la asimilación de las mismas:

“Con ese objeto, y sobre la base de que ese propósito solo podría alcanzarse en la medida en que esos pueblos se integraran a sus respectivas colectividades nacionales, (el Convenio

107 de la OIT) comprometió a los gobiernos firmantes a implementar programas coordinados y sistemáticos que favorecieran las condiciones de vida y trabajo de las minorías étnicas, buscando, siempre, su inserción en la cultura mayoritaria (...)

Ese enfoque integracionista estuvo vigente durante más de treinta años, hasta que la OIT decidió replantearlo para hacer compatible el marco internacional de protección de los pueblos minoritarios con su aspiración de decidir, autónomamente, sobre su forma de vida y sus instituciones”

El Convenio 107 de la OIT, como se dijo, fue aprobado en el marco de la conferencia general que este organismo celebró en la década de los cincuenta. Sin embargo, la importancia de garantizar que las comunidades indígenas y tribales contaran con la oportunidad de participar en el diseño y la implementación de las decisiones que podrían afectarlas, en un escenario que respetara su cosmovisión y considerara sus preocupaciones solo fue reconocido tiempo después, a mediados de los años ochenta[35].

Con la aprobación del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, en el marco de la 76ª reunión que la conferencia general de la OIT celebró en Ginebra, en 1989, la idea de que el desarrollo social, económico y cultural de los pueblos indígenas y tribales solo era posible mediante su inserción en la colectividad nacional fue sustituida por un discurso que rescató el valor intrínseco de las culturas nativas, su contribución a la diversidad cultural y a la armonía social y ecológica de la humanidad, y que dio cuenta de la importancia de asegurar que fueran las propias comunidades, y no la sociedad mayoritaria, las que decidieran sobre sus prioridades de desarrollo.[36]

Aplicando esa nueva perspectiva, el Convenio reconoció a los pueblos indígenas y tribales como titulares de unos derechos asociados al hecho de que compartieran unas condiciones que los distinguieran de otros sectores de la colectividad nacional. De ahí que, por cuenta de la incorporación del instrumento internacional a los ordenamientos internos de los países firmantes, sus comunidades cultural y étnicamente diferenciadas hubieran quedado legitimadas para reclamar la protección de su derecho a ser consultadas sobre las medidas que pudieran afectarlas, de sus derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que habían ocupado tradicionalmente y, en fin, de todos aquellos derechos que la OIT les reconoció en razón de su diversidad[37].

De este modo, se ha indicado que el Convenio 169 de la OIT fue adoptado con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, “conforme a la cual era preciso eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales son permanentes y perdurables, y la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado.”[38]

La sentencia SU-039 de 1997 explicó al respecto, que el Convenio 169 de la OIT busca asegurar que las comunidades indígenas y tribales participen en las decisiones que puedan afectarlas. Esta prerrogativa garantiza la integridad y la subsistencia de las minorías étnicas. La referida participación, a través del mecanismo de consulta, “adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”.

Las prerrogativas del Convenio 169 de la OIT se materializan a través de un trámite consultivo que debe ser anterior a la adopción de cualquier medida que afecte directamente a los pueblos étnicos. Sin surtirlo se estarían viciando los actos expedidos con ocasión de esos procesos. En otros términos, el derecho a la consulta previa exige “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”, como lo establece el artículo 6º de la disposición en comento[39].

La consulta previa se fundamenta en el principio democrático, el derecho a la participación y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación, de conformidad con el artículo 40 Superior, que en el caso de las comunidades indígenas y afrodescendientes cobra un significado distinto y reforzado, en virtud del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, el pluralismo jurídico, el reconocimiento de estas etnias como comunidades diferenciadas y autónomas.[40]

Así las cosas, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas[41] pueden ser considerados como los más importantes instrumentos

internacionales que propugnan por el respeto de las instituciones, tradiciones, costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas y tribales de cara a decisiones de la administración y particulares que tienen la potencialidad de afectarlos directamente.

6. Titulares del derecho a la consulta previa; coexistencia del elemento subjetivo y objetivo.

6.1. Los pueblos indígenas y tribales constituyen al menos 5000 pueblos con características distintivas y una población de más de 370 millones, en 70 países diferentes. Esta diversidad no puede capturarse fácilmente en una definición universal y se está gestando un consenso en el sentido de que no es necesario ni deseable contar con una definición formal del término “pueblos indígenas”. En igual sentido, no se cuenta con un acuerdo internacional en cuanto al término “minorías” o el término “pueblos”. El Convenio no define estrictamente quiénes son pueblos indígenas y tribales sino que describe los pueblos que pretende proteger[42].

Así las cosas, el Convenio 169 de la OIT precisó en su artículo 1º que sus disposiciones se aplicarían a: (i) los pueblos tribales que se rigieran total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial y compartieran condiciones sociales, culturales y económicas que los distinguieran de otros sectores de la colectividad nacional y (ii) aquellos pueblos considerados indígenas por descender de poblaciones que habitaban en el país durante la época de la conquista, la colonización o el establecimiento de las actuales fronteras estatales, si además conservaban sus propias instituciones sociales, económicas, culturales o políticas, cualquiera que fuera su situación jurídica.

A su vez el artículo 6º consagró, la obligación de consultar a los pueblos interesados sobre las medidas susceptibles de afectarlos directamente. Los “pueblos interesados” son aquellos a los que el instrumento internacional se refirió en su declaración de cobertura, es decir, los pueblos indígenas y tribales.

La ausencia de una definición específica al respecto tiene que ver con lo difícil que resultaría abarcar a grupos humanos tan disímiles en una definición estricta y cerrada. De ahí que, en lugar de vincular la condición de pueblo indígena o tribal a una definición concreta, la comunidad internacional haya optado por asociarla a que el respectivo grupo posea ciertas características particulares que lo distingan del resto de la sociedad, y a que

reivindique esa diferencia, en ejercicio de su derecho a determinar su propia identidad o pertenencia, de conformidad con sus propias costumbres y tradiciones[43].

Son estas, entonces, las exigencias que legitimarían a una comunidad para reclamar el amparo de sus derechos de autodeterminación, subsistencia, consulta previa y territorio, y para exigir la aplicación de las demás prerrogativas que las legislaciones internas habrían de reconocer en ese ámbito. La exigencia subjetiva sería, como se dijo, la conciencia de identidad indígena o tribal, a la que el Convenio 169 calificó como un criterio fundamental para determinar su aplicación[44].

De acuerdo con la doctrina especializada, para considerar que existe una “etnia” deben identificarse en un determinado grupo humano dos condiciones: una subjetiva y otra objetiva. La primera, se refiere a lo que se ha llamado la conciencia étnica y puede explicarse de la siguiente manera: “es la percepción que tienen los miembros de su especificidad, es decir, de su propia individualidad a la vez que de su diferenciación de otros grupos humanos, y el deseo consciente, en mayor o menor grado, de pertenecer a él, es decir, de seguir siendo lo que son y han sido hasta el presente[45]”.

Si bien, para determinar la aplicación del Convenio 169 de la OIT es indispensable la coexistencia de dos factores (subjetivo y objetivo), la jurisprudencia constitucional ha precisado que el autoreconocimiento es el criterio prevalente para la identificación de las comunidades, en tanto es la perspectiva de análisis que se muestra más compatible con la eficacia del principio de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural[46].

El criterio objetivo, por el contrario, se refiere a los elementos materiales que distinguen al grupo, comúnmente reunidos en el concepto de “cultura”. Este término hace relación básicamente al “conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano. En este conjunto se entienden agrupadas, entonces, características como la lengua, las instituciones políticas y jurídicas, las tradiciones y recuerdos históricos, las creencias religiosas, las costumbres (folklore) y la mentalidad o psicología colectiva que surge como consecuencia de los rasgos compartidos[47]”.

Como elementos objetivos asociados a la condición de indígena, el Convenio 169 mencionó (i) la continuidad histórica, (ii) la conexión territorial y (iii) el hecho de que

conserven sus instituciones sociales, culturales, económicas y políticas o una parte de ellas. En el caso de los pueblos tribales, es relevante i) que reúnan ciertas condiciones culturales, sociales y económicas que les distingan de otros sectores de la colectividad nacional y ii) que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres, tradiciones o por una legislación especial[48].

Estos elementos han sido en diversos casos avalados por la jurisprudencia constitucional. Así las cosas, la sentencia C-1269 de 2001 afirmó respecto a la existencia de los criterios objetivos y subjetivos lo siguiente:

“Es así como, en síntesis, la norma internacional en comento hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios: (i) Un elemento “objetivo”, a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento “subjetivo”, esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión”.

En el mismo orden de ideas la sentencia T-576 de 2014, aseveró que: “el Convenio 169 consideró relevantes para identificar a las colectividades que podrían beneficiarse de su protección: un criterio objetivo, asociado al cumplimiento de unas características materialmente verificables, y uno de carácter subjetivo, relativo a la conciencia de la respectiva comunidad sobre su identidad diferenciada”.

Lo expuesto hasta acá confirma que la caracterización de cierto grupo como titular del derecho a la consulta previa depende, necesariamente, de que reivindique cierta especificidad, que puede estar vinculada a una historia compartida, a su relación con la tierra o a la presencia de ciertos rasgos comunes, como su fisiología, su lengua, tradiciones, prácticas de producción, organización social, instituciones políticas, autoreconocimiento etc., lo cual, en todo caso, no implica que la existencia de la comunidad indígena o tribal pueda descartarse, solamente, sobre la base de la ausencia de alguno de esos factores[49].

6.2. Es de anotar que el término “tribal” difícilmente puede entenderse en el sentido restringido de una “tribu”. Este concepto forma parte de la tipología propuesta por los teóricos de la antropología social, quienes dividieron las sociedades humanas en “bandas”,

“tribus”, “cacicazgos” y “Estados”, dependiendo de su estadio de complejización. Haciendo a un lado el debate sobre la validez académica de estas categorías, lo cierto es que mal haría la Corte en aceptar, como parte del derecho que tiene que aplicar, una determinada postura teórica[50].

Por ese motivo, resulta más apropiado interpretar el término “tribal” en el sentido amplio en que lo han hecho entidades multilaterales como el Banco Mundial, el cual, en su Directiva Operacional No. 4.20 de Septiembre de 1.991, sobre políticas institucionales respecto de proyectos que afecten a los pueblos indígenas, especificó que los términos “pueblos indígenas”, “minorías étnicas indígenas” y “grupos tribales” se refieren, en general, a grupos sociales que comparten una identidad cultural distinta a la de la sociedad dominante[51].

La sentencia C-864 de 2008 fue la primera en señalar, explícitamente, que cualquier colectividad que cumpla con los elementos objetivo y subjetivo del Convenio 169 de la OIT puede ser considerada como comunidad negra, aunque no se encuentre ubicada en las zonas rurales ribereñas del Pacífico colombiano. Con base en esa hipótesis, calificó a las comunidades negras de la Cuenca del Pacífico, a las de otras zonas del país con similares condiciones y a las comunidades raizales del Archipiélago de San Andrés y Providencia como sujetos de especial protección constitucional, que tienen derecho a contar con servicios de salud adecuados, organizados y prestados a nivel comunitario bajo su propia responsabilidad y control, según lo previsto en el instrumento internacional.

El reconocimiento formal de la comunidad por parte del Estado, por ejemplo, a través de actos administrativos contribuye a demostrar la existencia del pueblo étnico, pero no es un factor necesario para ello. Así, se ha considerado por la Corte que el hecho de que una comunidad aparezca o no en un registro institucional o en un censo adelantado para el efecto, no descarta la existencia de una identidad colectiva, puesto que ésta parte de un ejercicio de reconocimiento propio que los interesados pueden constatar materialmente, en caso de duda, a través de los estudios etnológicos y las demás pruebas que resulten pertinentes para el efecto[52].

Es más, la competencia respecto a la autoridad encargada de “certificar” la existencia de comunidades diferenciadas genera múltiples problemas desde el punto de vista jurídico,

antropológico y sociológico, tal y como lo reconoció la Corte en sentencia T-576 de 2014 en los siguientes términos: “no son las autoridades administrativas ni judiciales las llamadas a establecer si una comunidad étnica “existe”, si es “étnicamente diversa” o si determinado individuo pertenece o no a ella.

Dicha posición fue recientemente reiterada por este tribunal en sentencia T-485 de 2015:

“El punto de partida sobre esta materia es la preeminencia del propio reconocimiento de la comunidad étnica como factor principal para la adscripción de titularidad de los derechos diferenciados. Como se ha explicado en esta decisión, la eficacia del principio de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural pasa por la imposibilidad que desde la sociedad mayoritaria se decidan unilateralmente, y mucho menos impongan, las características que deben cumplir las comunidades tradicionales para recibir ese estatus. Estas características definitorias corresponden, de manera general, a los organismos al interior de la misma comunidad diferenciada. En términos simples, pretender que las autoridades del Estado determinen, por sí y ante sí, cuáles son las condiciones que debe cumplir un colectivo para que sea considerado una comunidad tradicional, desconoce el mandato de protección de la diversidad étnica”.

La Corte también ha considerado que si bien la relación de la comunidad con el territorio es indicativa de su identidad étnica, no es un factor determinante para confirmar o excluir su condición de titular de derechos. De esta manera, aunque la relación ancestral con el territorio es un factor usual en la determinación de la naturaleza diferenciada de los pueblos étnicos, al punto que sea un aspecto clave para su supervivencia, tal vínculo no puede tornarse en un factor dirimente para el reconocimiento étnico[53].

7. Factor objetivo de cara a las nuevas prácticas sociales.

7.1. El elemento objetivo de la consulta previa debe ser reinterpretado en el tiempo de cara a las nuevas prácticas sociales tal y como lo establece la guía sobre el Convenio número 169 de la OIT, en los siguientes términos:

“A veces las sociedades indígenas son percibidas como estáticas y homogéneas, lo que supone erróneamente que si cambian o adoptan formas de organización diferentes podrían

ser menos “indígenas”. Sin embargo, en realidad, las sociedades indígenas son multifacéticas y dinámicas (...) En otras palabras, las adaptaciones culturales y el desarrollo tecnológico de los pueblos indígenas no deberían reducir o impedir la aplicabilidad de estas disposiciones. Esto también significa que los pueblos indígenas tienen derecho a establecer instituciones contemporáneas, si las instituciones tradicionales ya no son adecuadas para satisfacer sus necesidades e intereses”[54].

En tanto colectividades humanas, los pueblos indígenas y tribales tienen una trayectoria social propia que se adapta a los cambios históricos y se reconfigura continuamente. Así las cosas, aunque la identidad cultural de estos pueblos es compartida por sus integrantes, es inevitable que algunos de ellos vivan con menos apego a las tradiciones culturales que otros. Esto no significa que pierdan su identidad ni las prerrogativas que les confiere el marco normativo internacional de protección de sus derechos[55].

Sobre el carácter dinámico y evolutivo de la cultura indígena y tribal esta Corporación, en sentencia T-792 de 2012, manifestó lo siguiente: “No son admisibles constitucionalmente los parámetros que plantean una definición fija o estática de la identidad étnica, porque la etnicidad es una construcción cultural[56] y, por lo tanto, no puede desconocerse que ella varía en función del desarrollo de los procesos al interior de cada comunidad, del momento histórico-social, e incluso de los avances de otras disciplinas tales como la sociología, la antropología y la historia”[57].

Ahora bien, la verificación del elemento objetivo de cara a las nuevas prácticas sociales cobra una especial dificultad cuando se habla de pueblos indígenas o comunidades tribales que habitan en centros urbanos o sus proximidades. En este orden de ideas, se debe entender que la dinámica del poblamiento en las grandes ciudades del país no solo está dirigida a las sociedades “occidentalizadas” sino también a las distintas etnias de nuestro país, las cuales han estado particularmente vinculadas a la urbanización de sus territorios y han experimentado fuertes cambios en su forma de relacionarse con la ciudad.

En este sentido, vale la pena traer a colación varios estudios que han intentado explicar la complejidad de este fenómeno y en especial la manera como el derecho debe abordar estos choques culturales. Para mayor ilustración téngase lo referido por el observatorio étnico Cecoin en el informe titulado “Nuevos escenarios de vida indígena urbana”:

“La presencia de lo indígena en el contexto urbano ha suscitado muchos debates sobre la legalidad de éstos ante diversos proyectos societarios en los que se buscaba su invisibilización. (...) durante las dos últimas décadas el estudio sobre los indígenas urbanos ha sido un tema que ha tomado su importancia, dado que no existía conciencia histórica en el colectivo social ni en los practicantes de las disciplinas sociales sobre la larga tradición de presencia indígena”[59].

Según determina el citado documento, la presencia de comunidades diferenciadas en la ciudad obedece a dos fenómenos: de una parte, responde a procesos migratorios emprendidos por distintas etnias que desde sus lugares de origen se asomaron a la ciudad para quedarse y, de otro, está asociado a las dinámicas de expansión urbana que terminaron asimilando a estas.

Por su parte, la investigación titulada “El peritaje antropológico, Justicia en clave cultural” igualmente ilustró esta situación en los siguientes términos:

“Las discusiones sobre los pueblos indígenas genuinos, puros o auténticos, y los que no lo son, hacen parte de debates que no provienen de los antropólogos, pues uno de los más frecuentes alegatos que hacen estos últimos se refiere precisamente a la defensa de la condición de los indígenas por fuera de los fenómenos exóticos identificables con lo indígena, o con el pasado, o con el lugar donde viven (...) Es posible verificar que la antropología ha jugado un papel determinante en los estrados judiciales en cuanto a la reflexión sobre el indígena moderno, el indígena contemporáneo, e incluso sobre las fisuras internas que dentro de los pueblos indígenas se presentan, es decir, sobre la diferencia dentro de la diferencia, como por ejemplo, la demanda de los jóvenes por cambios en las sanciones, o de las mujeres en los nuevos procesos de participación”[60].

Es precisamente respecto a varias comunidades tribales e indígenas que actualmente viven o colindan con grandes centros urbanos y empresariales, donde empiezan a desdibujarse los clásicos criterios objetivos y subjetivos, los cuales fueron ideados en la década de los 80 para identificar a los destinatarios de la protección contenida en el Convenio 169 de la OIT. Es decir, los actuales procesos de reconstrucción, resistencia y asimilación de identidad que varias comunidades afro e indígenas adelantan en nuestro país, no pueden ser comprendidos adecuadamente bajo postulados que tienen más de tres décadas de

diferencia.

De hecho, buena parte de las controversias sometidas a consideración de la Corte y que han dado lugar al desarrollo de la doctrina constitucional sobre derechos de los pueblos indígenas, involucran a comunidades en proceso de reconstrucción o reconfiguración de su identidad y, en algunos casos, situadas en un espacio liminar o de “frontera étnica”. Estos casos han enriquecido la jurisprudencia, en tanto han permitido a este Tribunal conocer los múltiples rostros que asume la identidad indígena en Colombia y, en general, comprender que el proceso de formación nacional de alteridad es en sí mismo diverso y no es posible aprehenderlo ni simplificarlo apelando a visiones esencialistas de la identidad indígena.[61]

En desarrollo de lo anterior, la sentencia T-792 de 2012 expresó respecto a este fenómeno lo siguiente:

“Comunidades en proceso de “reindianización” o “reetnización”, son grupos que tienen procesos más o menos recientes de recuperación de su identidad étnica y, en esa medida, aunque en todos los casos satisfacen el criterio de auto reconocimiento como comunidad indígena (criterio subjetivo), o bien no realizan ni siquiera de forma mínima ninguno de los presupuestos objetivos, pues sus miembros no comparten una lengua, una forma de vestir, tradiciones religiosas o formas de solucionar los conflictos, etc (...) en la medida en que su propósito es construir una identidad individual y colectiva como indígenas es posible que, como resultado del paso del tiempo y de la movilización social y política, algunas de estas comunidades logren consolidar no solo la auto identificación de sus miembros como indígenas, sino la apropiación de territorios, la recuperación de la cultura, la lengua y otros marcadores objetivos que los identifiquen como indígenas.

Es claro que estas comunidades no pueden ser identificadas a partir de los criterios objetivos y subjetivos previstos usualmente, no es igualmente evidente que deban ser excluidas de la protección brindada a los pueblos indígenas. La decisión sobre este último punto plantea una tensión entre los deberes del Estado en la materia y el alcance de la diversidad étnica y cultural contemplada en la Constitución”.

De acuerdo a la jurisprudencia anteriormente reseñada, los procesos de frontera étnica o reconstrucción de la etnicidad se presentan en dos situaciones. En el primer caso,

comunidades indígenas que se autodespojaron de su identidad en respuesta a presiones políticas, sociales o económicas externas, deciden empezar a revertir estos procesos, reivindicando las tierras en las que siempre han vivido, las prácticas cotidianas que mantienen, el autogobierno para todos aquellos que conocen una lengua étnicamente diferenciada, etc.

El segundo caso se circunscribe a procesos de etnogénesis, en los que un grupo trabaja por el reconocimiento de su diversidad cultural y étnica, no con base en la recuperación de elementos identitarios que quedaron prácticamente invisibilizados o suprimidos, pero de los que se conservan al menos vestigios, sino con fundamento en la apropiación actual de elementos étnicos propios de comunidades ancestrales, con los que se construye alguna conexión por la vía de la ocupación del territorio, de la práctica de ritos religiosos, o de la incorporación de prácticas y costumbres tradicionales en la vida cotidiana[62].

7.2. Es más, se debe precisar que los anteriores lineamientos jurisprudenciales no están exentos de cuestionamientos. En este orden de ideas, actualmente han surgido varios reparos en relación con el deber de consultar únicamente a los pueblos indígenas y tribales de nuestro país o aquellos que se encuentran en procesos de etnogénesis o reconstrucción de la etnicidad. En este sentido la sentencia T-550 de 2015 afirmó lo siguiente:

“Los dilemas asociados al dinamismo propio de los procesos de construcción identitaria y a la manera en que distintos fenómenos institucionales, sociales, políticos y culturales pueden incidir en la percepción que las comunidades tengan sobre su propia identidad y en el uso estratégico que hagan de ella han hecho de la definición de los titulares de la consulta previa una de las tareas más complejas a la hora de abordar controversias relativas a la protección de ese derecho fundamental”.

Así las cosas, en ciertos espacios deliberativos han surgido reclamos en relación con el deber de consultar a comunidades que de alguna manera tienen un “estatus intermedio” o identidad cultural distinta, los cuales no se encuentran entre los pueblos indígenas y tribales pero tampoco tiene las características comunes de la sociedad dominante. Estos cuestionamientos particularmente de la última década buscan integrar al tema de la frontera étnica, a varias comunidades de pescadores artesanales tradicionales y a algunas comunidades campesinas que poseen una forma de organización especial[63].

Sobre el particular, vale la pena destacar que recientemente en sentencia C-623 de 2015, esta Corporación reconoció que algunos campesinos tienen especiales relaciones espirituales, sociales, culturales, económicas con sus territorios en los siguientes términos:

“Acerca del concepto de tierra y territorio es relevante precisar que el primero hace alusión a la base física de un asentamiento humano, mientras que el territorio hace referencia a las relaciones espirituales, sociales, culturales, económicas, entre otras, que construyen las personas y las comunidades alrededor de la tierra. Por ello, a la luz del artículo 64 Constitucional, el Estado debe garantizar no sólo el acceso a la tierra de los campesinos sino también su derecho al territorio, así como proveer los bienes y servicios complementarios para el mejoramiento de su calidad de vida desde el punto de vista social, económico y cultural (...)

A partir del reconocimiento de la importancia de tales relaciones, la jurisprudencia constitucional ha señalado que en el caso de los pueblos indígenas y tribales, el derecho al territorio es un derecho fundamental. Sin embargo, tal vínculo con el territorio, existe también entre los campesinos y el espacio físico en el cual desarrollan sus labores diarias”.

En igual medida, por parte de la jurisprudencia se ha reconocido en distintas providencias bajo el calificativo “derecho a la participación efectiva” una serie de garantías constitucionales que han protegido “en similar medida[64]” que la consulta previa, los derechos de comunidades pesqueras artesanales y campesinas[65]. Sin embargo, hay que aclarar de dichos pronunciamientos expresamente han afirmado que la protección otorgada no extiende a esas poblaciones las garantías reconocidas en el Convenio 169 de la OIT.

La jurisprudencia constitucional también ha advertido que existen peligros intrínsecos que podían originarse al ampliar las garantías étnicas a grupos que solo poseen “algunas diferencias en relación con la sociedad mayoritaria”. En este sentido la sentencia T-792 de 2012 afirmó lo siguiente:

“Una de las acciones para preservar la diversidad de las comunidades, y la legitimidad de su identificación como indígenas, sería precisamente evitar que bajo el nombre de las comunidades indígenas se incluyan otros grupos que aunque reivindiquen algunas

diferencias en relación con la sociedad mayoritaria, no lo hagan en razón de ser una etnia distinta pues, ello llevaría a situaciones que contradicen el propósito de la Constitución, tales como la trivialización de los derechos de los indígenas o el fomento de los conflictos entre grupos indígenas por los recursos y derechos de sus pueblos”[66].

Al mismo tiempo, esta Corporación ha manifestado que “la decisión de casos que involucran reclamos de identidad disputados estimula la reflexión sobre el inevitable ejercicio de poder que comporta el que una entidad estatal se pronuncie sobre la pretensión de reconocimiento de la identidad indígena o afro por parte de un individuo o comunidad que se reclama como tal, así como sobre la necesidad de establecer criterios para reducir y someter a control el ejercicio de este poder de nombrar e identificar a los otros”[67].

La condición de ser una comunidad indígena, tribal o aquellas que se encuentran en la frontera étnica y aducen conservar o estar reconstruyendo su integridad cultural, social y económica (elemento objetivo) tiene que ser valorado en el contexto específico de cada caso particular. No obstante, cuando una persona o comunidad se identifique como indígenas, afro, o en el espectro de la frontera étnica, debe presumirse y considerarse que esto es cierto.

8. Concepto de afectación directa

8.1. La obligación de consultar a los pueblos indígenas y tribales fue contemplada por el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, esta disposición además contiene los parámetros que determinan la procedencia de los procesos consultivos y las reglas a las que los mismos deben sujetarse. Lo primero que señala la norma es que los pueblos indígenas y tribales deben ser consultados “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

En cuanto a la expresión “susceptibles de afectarles directamente”, ni el Convenio, ni sus órganos de seguimiento han precisado qué ha de entenderse por este. Así las cosas, ante la ausencia de definición expresa es perfectamente válido aplicar la regla de la flexibilidad contenida en el artículo 34 del instrumento internacional según la cual “la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.”

En este sentido la Sentencia T-576 de 2014 manifestó en similares términos lo siguiente:

“El hecho de que el Convenio 169 vincule el deber de consulta al criterio de afectación directa supone, que las autoridades competentes deban verificar, en cada caso, si determinada decisión, proyecto o medida puede repercutir de alguna manera en los intereses de determinada comunidad étnica. Con ese objeto, deben valorar los criterios de interpretación previstos por el propio Convenio, por otros instrumentos internacionales de protección de los derechos de las minorías étnicas, por la doctrina autorizada y la jurisprudencia”.

Ahora bien, de un análisis preliminar respecto de los deberes que nacen de la disposición en comento, vale la pena resaltar la expresión “susceptible”. En este sentido es claro que el Convenio 169 de la OIT se inclinó por establecer una categoría hipotética y eventual como criterio para determinar el deber de consulta, es decir, esta garantía no debe emplearse exclusivamente respecto de proyectos que específicamente afecten a pueblos tribales, sino a medidas que tengan la potencialidad de ser susceptibles de afectarlos (hipotéticamente).

En relación a este deber, un sector de la doctrina considera que la palabra “susceptible” tiene como fin flexibilizar la carga de la prueba de cara a la medida que se pretende adelantar. Así las cosas, el estándar de procedencia condicionada a la eventualidad de afectación, “favorece necesariamente a los pueblos indígenas sin que sea admisible que se requieran certeras acreditaciones al respecto por parte de ellos, pesando sobre el Estado la obligación de demostrar que no hay afectación ni susceptibilidad de ella, por medio del pertinente peritaje antropológico, acreditándose la no generación de los efectos”[68].

La jurisprudencia de la Corte Constitucional por su parte ha manifestado que:

“El ámbito de aplicación de las consultas debe determinarse frente a cada caso particular, considerando la manera en que la decisión de que se trate pueda constituirse en una hipótesis de afectación de los intereses de esas colectividades. Así lo confirma el artículo 7° del Convenio, que les impuso a los Estados signatarios el deber de asegurar que los pueblos interesados participen en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo que sean “susceptibles de afectarles directamente”[69]. (Subraya propia)

En ese orden de ideas, es claro que los escenarios de afectación directa son múltiples y, en consecuencia, no existen unos criterios uniformes para el efecto. Por ende, deberá determinarse en cada caso si los efectos de la medida o proyecto inciden en la conformación de la identidad diferenciada de los pueblos étnicos. Para ello, el aspecto central a tener en cuenta es la significación que para el ethos de la comunidad tiene la materia debatida. Por ejemplo, asuntos como la explotación de recursos en el territorio en que habita la comunidad tradicional, o la regulación sobre el uso de la tierra, son generalmente materias que deben ser consultadas, habida cuenta la relación intrínseca entre la definición de la identidad étnica y el territorio.[70] Sin embargo, el criterio de afectación a sus territorios no puede ser considerado como la única medida a consultar:

Haría falta entonces establecer qué tipo de circunstancias configuran ese supuesto de afectación directa que hace exigible la consulta. El Convenio 169 señaló expresamente algunas de ellas. De acuerdo con el instrumento internacional, sus Estados signatarios tiene la obligación de consultar

“Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades[71]”.

(ii) Las medidas que impliquen trasladar o reubicar a esas colectividades de las tierras que ocupan (Convenio 169, Artículo 16)

“A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios,

sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. (Subrayas de la Corte)

(iii) Las decisiones relativas a su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir, de otra forma, sus derechos sobre estas fuera de su comunidad (Convenio 169, Artículo 17)

“Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos[72]”. (Subrayas de la Corte)

(iv) Las medidas relacionadas con la organización y el funcionamiento de programas especiales de formación profesional (Convenio 169. Artículo 22)

“Deberán tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general. Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación. Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden[73]”. (Subrayas de la Corte)

(v) La determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y

autogobierno (Convenio 169, Artículo 27, 1)

“Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin” (Subrayas de la Corte)

(vi) Y las medidas relacionadas con la enseñanza y la conservación de su lengua (Convenio 169. Artículo 28)

“Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas[74]”. (Subrayas de la Corte)

A nivel jurisprudencial, igualmente la Corte Constitucional ha construido ciertos criterios para identificar en qué casos puede llegar a ser susceptible de afectarse directamente los derechos de las comunidades indígenas o afrodescendientes. La sentencia C-038 de 2008, precisó que por afectación directa debe entenderse toda medida que “altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”. En tal sentido, sostuvo que la afectación directa se da

sin importar que sea positiva o negativa, ya que es precisamente dicho aspecto el que deberá resolverse al consultar a los pueblos indígenas afectados.

Por su parte la sentencia C-175 de 2009 elaboró unos criterios específicos para identificar cuándo existe una vulneración directa, específica y particular sobre los grupos étnicos, derivada de una medida legislativa o administrativa, subreglas que formuló de la siguiente manera:

(ii) Para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas comunidades indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana’.

(iii) Aquellas políticas que en razón de su contenido o implicaciones interfieran directamente con los intereses de las comunidades diferenciadas’.”

Finalmente, la sentencia C-063 de 2010 explicó que hay una afectación directa “cuando una norma tiene como objeto principal de regulación una o varias comunidades indígenas; o cuando la regulación planteada tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que aquellos que tiene el resto de la población”, y en la cual se concluye que “no queda lugar a duda que únicamente en ocasiones de afectación directa será obligatoria la práctica de la consulta previa a la o las comunidades indígenas que soportan las consecuencias de una medida legal o administrativa”.

8.2. Ahora bien, los derechos sobre el territorio, el Gobierno, las instituciones, la forma de transmisión de derechos y demás aspectos que protege el Convenio 169 de la OIT se caracterizan por igualmente tener (bajo un entendimiento particularmente distinto) importancia en la sociedad occidentalizada. Así las cosas, desde el punto de vista jurídico, no resulta problemático para los operadores jurídicos evidenciar la susceptibilidad de “afectación directa” cuando se adoptan medidas que puedan llegar a impactar estos derechos de rango o creación occidental.

Sin embargo, cuando se trata de identificar las afectaciones que pueden surgir de elementos espirituales, comunitarios, culturales y de difícil cuantificación o entendimiento, surgen tensiones que en principio no pueden ser resueltas desde los conocimientos y elementos probatorios contemplados en la ciencia jurídica. En este sentido la doctrina ha manifestado lo siguiente:

“La consulta previa es potencialmente conflictiva debido a la subjetividad propia de determinar qué es susceptible de afectar o no de manera directa a los pueblos indígenas y tribales, lo que los volverá –o no– “pueblos interesados” y por lo tanto, sujetos de la misma. La razón de por qué este punto es tan conflictivo radica en que escapa al ámbito del Derecho, inmiscuyéndose en el campo de la antropología, pues, en términos simples, aquello (una medida legislativa o administrativa) que no afecta a una persona o grupo de una determinada cultura, sí puede afectar a una persona o grupo que provenga de una cultura distinta y viceversa, debido a que presentan diferentes referentes cognitivos”. [75]

En este orden de ideas, es claro que los intereses de las comunidades indígenas y tribales pueden variar enormemente respecto a las del grueso de la sociedad. Así las cosas, una persona “occidentalizada” al adentrarse en un territorio étnico y divisar un árbol, puede llegar a considerarlo como una fuente de madera o materia prima para la construcción, mientras un pueblo diferenciado puede mirar el mismo árbol como una deidad o un complejo elemento ecosistémico que no puede ser alterado o destruido. De ahí, la importancia de ampliar el concepto de territorio de las comunidades étnicas a nivel jurídico, tal y como lo manifestó la sentencia T-693 de 2011, en los siguientes términos:

“El territorio no sólo debe comprender las áreas tituladas, habitadas y explotadas por una comunidad, sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades culturales y económicas, de manera que se facilite el fortalecimiento de la relación espiritual y material de estos pueblos con la tierra y se contribuya a la preservación de las costumbres pasadas y su transmisión a las generaciones futuras (...) esta visión contrasta con la de la cultura occidental, para la que el territorio es un concepto que gira en torno al espacio físico poblado en el que la sociedad se relaciona, coopera y compite entre sí, y sobre el que se ejerce dominio”.

En igual medida, la referida providencia aseveró que debía tenerse en cuenta que el vínculo de los pueblos indígenas con el territorio va mucho más allá de la concepción material de las cosas, ya que aquel parte de componentes espirituales que surgen de la relación del hombre con la tierra. Sobre el particular, la referida providencia específicamente manifestó: “Según la cosmovisión indígena, algunos seres animados encarnan una multitud de fuerzas benéficas o maléficas; todas ellas imponen pautas de comportamiento que deben ser rígidamente respetadas. Para muchos pueblos, especies determinadas de árboles eran veneradas y protegidas, y veíanse en el pasado grandes bosques intocados de ellas; se conoce por las crónicas de la conquista que, por ejemplo, en la sabana de Bogotá los muisca mantenían unos bosques de altísimas palmas de ramos y palmas de cera a las cuales veneraban, hasta el obispo Cristóbal de Torres mandó talar y destruir el bosque entero para extirpar la idolatría”[76].

Del mismo modo, para los pueblos indígenas, la tierra, al vincularla con los seres humanos, es vista como un lugar espiritual que cuenta con sitios sagrados, con bosques, lagos, montañas, ríos, etc. Vale aclarar que esa vinculación del ser humano con el territorio no necesariamente está escrita, es algo que se vive en el día a día, razón por la que uno de los factores que permite definir al territorio como tradicional es la existencia de sitios para la subsistencia, como la caza y la pesca, y los sitios claves que tienen valor espiritual o cultural para la respectiva comunidad. [77]

La sentencia T-576 de 2014 explicó esta situación en los siguientes términos: “el deber de celebrar consultas se activa siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos interesados en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad, lo cual puede ocurrir cuando la respectiva decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de estas comunidades diversas (...) reconociendo además que el impacto que se genera para los pueblos indígenas o tribales es distinto del que produce respecto del resto de la sociedad”.

Así las cosas, cuando se analiza lo que debe entenderse por afectación directa se debe reconocer que: “las ideas, actitudes y creencias que los seres humanos se forjan, difieren mutuamente, y son relativas a la cultura o sociedad a la que pertenecen. Lo que cuenta como conocimiento, es decir, como verdad y justificación racional o inferencia correcta, está determinado y puede variar en función de cada cultura o sociedad en particular. Los

hombres en las distintas sociedades prefieren unas cosas a otras: seleccionan un tipo de acción en lugar de otro dentro de una gama de posibilidades (...) en este orden de ideas lo que cada cultura considera verdadero es verdadero para esa cultura"[78].

Esta Corporación, concuerda con lo expresado en el documento titulado "Peritaje antropológico, justicia en clave cultural", según el cual, cuando se analizan cuestiones étnicas a los ojos del estado o del derecho tradicional es muy difícil encontrar o comprender la posible afectación. En este orden de ideas, Esther Sanchez Botero ilustra esta situación bajo la pregunta ¿quién debe ver? y ¿qué debe ver? de la siguiente manera:

"La primera cuestión por plantear sobre la posibilidad de valorar, en una nación, otros referentes de cultura, tiene que ver con "no ver que no vemos". Al respecto, Von Foester cita a Carlos Castaneda: Como ustedes recordarán Castaneda fue al pueblo de Sonora en México a conocer allí a un brujo llamado Don Juan, a quien le pidió que le enseñara a ver. Así, Don Juan se interna con Castaneda en medio de la selva mexicana, caminan una o dos horas y de pronto Don Juan exclama: "¡Mira, mira lo que hay ahí! ¿Lo viste?". Castaneda le responde: "¡No, no lo vi!". Continúan caminando y unos minutos más tarde Don Juan vuelve a detenerse y exclama: "¡Mira, mira allí! ¿Lo viste?". Castaneda mira y contesta: "¡No, no vi nada!". "¡Ah!", es la lacónica respuesta de Don Juan. Siguen su marcha y vuelve a suceder lo mismo dos o tres veces más, pero Castaneda nunca ve nada; hasta que al fin, Don Juan encuentra la solución: "¡Ahora entiendo cuál es tu problema!" le dice- "Tú no puedes ver lo que no puedes explicar. Trata de olvidarte de tus explicaciones y comenzarás a ver"[79]"

Problemas como estos (ver bajo la tradición étnica lo que para el hombre occidental no se puede explicar), ya han sido abordados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido vale la pena resaltar lo manifestado en el voto razonado del Juez Cançado Trindade en el caso Comunidad Moiwana contra Surinam, el cual afirmó respecto a la forma en la cual se debería compensar a una tribu indígena por tener que abandonar el sitio de descanso de sus muertos, lo siguiente:

"El daño espiritual, es una forma agravada del daño moral que tiene una implicancia directa en la parte más íntima del género humano, a saber, su ser interior, sus creencias en el destino de la humanidad y sus relaciones con los muertos...

La evidencia testimonial presentada ante esta Corte en el caso d'espèce indica que, según la

cosmovisión de los N'djuka, en circunstancias como las del presente caso, los vivos y los muertos sufren juntos y eso tiene una proyección intergeneracional. A diferencia del daño moral, desde mi punto de vista, el daño espiritual no es susceptible de “cuantificar” y sólo puede ser resarcido, de manera segura, por medio de obligaciones de hacer en la forma de satisfacción (por ejemplo, honrando a los muertos en las personas de los vivos)...

El destino de los restos mortales de las víctimas directas, la falta de cumplimiento de los ritos fúnebres y de las ceremonias y la falta de una adecuada sepultura, desorganizó enormemente las antiguas relaciones armoniosas que tenían los N'djuka con sus muertos. El daño de las tumbas que se le causó fue, a mi ver, no sólo un problema psicológico, sino que también: un verdadero daño espiritual que afectó, gravemente, desde su comisión, no sólo a los vivos sino que a los vivos con sus muertos”.

En este orden de ideas, lo que el voto razonado del Juez Cançado Trindade explica, es que la Corte Interamericana analizó las afectaciones cometidas contra la Comunidad Moiwana empleando exclusivamente el derecho occidentalizado, razón por la cual no comprendió las especiales afectaciones causadas al “espíritu” de los vivos y muertos por la actuación estatal.

Así las cosas, la imposibilidad de cuantificar o medir bajo una cosmovisión diferente el significado de lo sagrado o lo que no se puede ver, es un aspecto particularmente complejo desde el ámbito jurídico. Sin embargo, el hecho de que se presente una dificultad para abordar este tipo de afecciones no significa que estas no puedan ser examinadas por el derecho. En este orden de ideas, conceptos como las afectaciones a elementos territoriales han empezado a ser reconocidas a título enunciativo por las autoridades del Estado.

Prueba de lo anterior lo encontramos en el Decreto 4633 de 2011[80] el cual en su artículo 3º estableció lo siguiente: “Para los pueblos indígenas el territorio es víctima, teniendo en cuenta su cosmovisión y el vínculo especial y colectivo que los une con la madre tierra. Sin perjuicio de lo anterior, se entenderá que los titulares de derechos en el marco del presente decreto son los pueblos y comunidades indígenas y sus integrantes individualmente considerados”.

En este orden de ideas, es claro que para determinar las posibles afectaciones directas que impactan los derechos de una comunidad indígena o tribal se pueden utilizar dos

estándares probatorios. Los primeros se caracterizan por ser eminentemente materiales o tangibles, mientras que los segundos pueden ser catalogados como espirituales o sagrados. Sin embargo, la gran dificultad que se presenta en determinar la afectación de los segundos, es que las comunidades étnicas reconocen y valoran “realidades no existentes en su propio mundo como “mundos posibles”. Estos innumerables “mundos posibles” no necesariamente pueden ser probados positivamente y, sin embargo, existen en otras sociedades y son reales”[81].

9. Subreglas de la consulta previa. Reiteración de Jurisprudencia

A pesar de que el Convenio 169 de la OIT establece lineamientos generales respecto a la manera como debe adelantarse el proceso de consulta previa, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha tenido que suplir o precisar las subreglas que deben surtirse en un proceso consultivo. En este orden de ideas, a lo largo de estas dos últimas décadas esta Corporación ha establecido los siguientes supuestos sobre la materia:

(i) ¿A quién debe consultarse?

Tal y como se explicó anteriormente, a los pueblos indígenas y tribales que cumplen con el factor subjetivo y objetivo o que cuentan con las características contempladas en el artículo 1º del Convenio 169 de la OIT.

(ii) ¿En qué casos deben adelantarse la consulta?

La respuesta a este cuestionamiento ya fue precisada conforme a lo enunciado en el numeral 8 de esta providencia.

(iii) ¿Se deben consultar únicamente a las comunidades que posean territorio titulado?

Sobre el particular la jurisprudencia ha precisado lo siguiente:

– En virtud de su naturaleza cultural, el territorio no se define exclusivamente en términos geográficos. Si bien su demarcación juega un papel vital para su adecuada protección jurídica y administrativa, no debe perderse de vista que este tiene un efecto expansivo, que comprende lugares de significación religiosa o cultural, aunque estén por fuera de sus límites físicos. (Sentencias T-525 de 1998, T-698 de 2011, T-235 de 2011 y T-282 de 2012).

- No cabe desconocer la existencia de comunidades étnicas en la zona de influencia de un proyecto, con el único argumento de que su presencia no ha sido certificada por la entidad respectiva. En consecuencia, cuando se haya certificado la no presencia de comunidades étnicas en la zona de influencia de un proyecto pero otros mecanismos de prueba permiten constatar su existencia, el responsable del proyecto deberá tenerlas en cuenta en los respectivos estudios y dar aviso al Ministerio del Interior, para efectos de garantizar su derecho a la consulta previa. (Sentencias T-693 de 2012, T-993 de 2012 y T-172 de 2013).

- No puede negarse el derecho de una comunidad étnica a ser consultada con el argumento de que la titulación de un resguardo o territorio colectivo, la constitución de un Consejo Comunitario o el reconocimiento oficial de un Cabildo o Parcialidad Indígena tuvo lugar con posterioridad a la expedición del certificado de presencia de comunidades por parte del Ministerio del Interior o al otorgamiento de la licencia ambiental para el respectivo proyecto. (Sentencias T-693 de 2012 y T-993 de 2012).

- Cuando existan dudas sobre la presencia de grupos étnicos en el área de influencia de un proyecto, o sobre el ámbito territorial que debe ser tenido en cuenta para efectos de garantizar el derecho a la consulta previa, la entidad encargada de expedir la certificación debe efectuar un reconocimiento en el terreno y dirimir la controversia a través de un mecanismo intersubjetivo de diálogo en el que se garantice la participación efectiva de las comunidades cuyo reconocimiento o afectación territorial es objeto de controversia (Sentencia T-294 de 2014).

- La propiedad colectiva es un derecho que surge, en principio, de la posesión ancestral. Por ello, el reconocimiento estatal del mismo no tiene carácter constitutivo, independientemente de su importancia para facilitar su protección jurídica. Por lo tanto, (i) la ausencia de reconocimiento no implica la inexistencia del derecho; y (ii) la tardanza o la imposición de trámites irrazonables para la obtención de ese reconocimiento constituye, en sí misma, una violación al derecho. (Sentencias T-693 de 2011 y T-698 de 2011).

- Con relación al derecho a la protección de las áreas sagradas o de especial importancia ritual y cultural, incluso si están ubicadas fuera de los resguardos, se observa que el

Convenio 169 acoge un concepto amplio de territorio, al indicar que se consideran como tal, aquellas áreas de una comunidad que comprenden, no sólo las tituladas o habitadas, sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sagradas o espirituales. (Sentencia T-693 de 2011).

(iv) ¿La consulta debe ser previa a la medida objeto de examen?

- La Corte Constitucional ha sostenido que la Consulta debe ser previa a la realización de la obra, proyecto o actividad. De tal modo, no resulta aceptable que los responsables de los proyectos, obras o actividades busquen el consentimiento durante la ejecución de los mismos, o con posterioridad a ellos. La razón de ser de ello es que el objetivo de la consulta es precisamente evitar al máximo causar afectaciones no deseadas a las comunidades. Ello supone que dentro de la consulta se deben adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias, adecuadas y suficientes para prevenir y minimizar los impactos negativos que tienen los proyectos. (Sentencia T-969 de 2014).

- En materia legislativa la consulta no puede ser extemporánea a las medidas adoptadas, es decir, debe llevarse a cabo este procedimiento, antes de radicar el proyecto de ley con el fin de que se garantice una participación efectiva de las comunidades étnicas. (Sentencia C-331 de 2012).

- El incumplimiento del procedimiento de consulta previa, puede llevar a: (i) la declaratoria de inconstitucionalidad, total o parcial, de la normatividad correspondiente; o, cuando ello resulte posible (ii) la exequibilidad condicionada del precepto, que privilegie una interpretación que salvaguarde las materias que inciden en la definición de identidad de las comunidades diferenciadas. (Sentencia C-366 de 2011).

- Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial, en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo. (Sentencia T 129 de 2011 y T-657 de 2013)

- Las actuaciones posteriores a la adopción de la decisión no pueden subsanar el vicio que se genera por la ausencia de consulta previa. (Sentencia SU-039 de 1997).

- La omisión de la consulta antes de dar inicio al trámite legislativo es un vicio insubsanable que da lugar a la declaración de inconstitucional de cualquier medida legislativa. (Sentencia C-702 de 2010).

- Es necesario reconocer que hay situaciones en las cuales la consulta no se lleva a cabo de manera previa. En tales casos, puede ocurrir que el proyecto, obra o actividad, ya haya causado daños e impactos. Lo dicho anteriormente respecto del carácter eminentemente preventivo de la consulta previa no significa que no se deba realizar la consulta una vez ha sido ejecutado el proyecto respectivo. Las consultas en tales casos deben ir encaminadas, principalmente, a corregir los impactos debidamente identificados, que hayan sido causados a los derechos colectivos de la comunidad. Sin embargo, dichas consultas no pueden desnaturalizarse convirtiéndose únicamente en mecanismos de compensación e indemnización de los daños causados a los miembros de la comunidad individualmente considerados. Esto debilitaría la autoridad de las instituciones y las formas organizativas propias de dichas comunidades. (Sentencia T-652 de 1998 y T-969 de 2014).

Sobre el particular la jurisprudencia ha precisado lo siguiente:

- Las obligaciones cardinales adscritas al goce efectivo del derecho a la Consulta Previa están radicadas en cabeza de las entidades públicas correspondientes en todos los niveles territoriales. Son ellas las que deben garantizar que se identifique a las comunidades que se verán afectadas por el proyecto, que se defina un cronograma concertado y sensato, que el diálogo entre las partes realmente garantice los derechos de las partes y que este se realice de manera fructífera (Sentencia T-172 de 2013)

- No debe entenderse a la consulta como un escenario de confrontación entre las autoridades gubernamentales y las tradicionales, ni como proceso adversarial, sino como un método de participación activa de las comunidades en las decisiones que las afectan de manera directa. Al respecto, la Corte ha sostenido que es una oportunidad para que los grupos étnicos participen efectivamente en los proyectos que, con su pleno e informado consentimiento, se hayan de realizar en sus territorios ancestrales, esencialmente orientada a garantizar la integridad de sus derechos colectivos. (Sentencia C-461 de 2008 y T-457 de 2010).

- Para que se pueda estar ante una verdadera consulta, es necesario que programen

fórmulas de concentración con las comunidades para que estas, finalmente, manifiesten, a través de sus representantes autorizados, su postura frente al proyecto consultado. Por tal razón, la divulgación de un proyecto en la que no se brinda oportunidades a los representantes de las comunidades de pronunciarse, no puede hacer las veces de una consulta previa. (Sentencia SU-039 de 1997)

- En la etapa de consulta previa se entienden como procedimientos adecuados aquellos que garantizan la plena participación de las partes que intervienen en las consultas y que propenden porque se llegue a un acuerdo o a que se obtenga el consentimiento de las comunidades sobre las medidas consultadas. (Sentencia T-576 de 2014)

- Las audiencias públicas que se surtan en el trámite de un proceso administrativo no agotan el requisito de la consulta previa, sino que debe ser un proceso sustantivo de raigambre constitucional. Es decir, no se puede asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines. (Sentencia C-175 de 2009, T-129 de 2011 y T-657 de 2013)

- No se admiten posturas adversarias o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias. (Sentencias T-129 de 2011 y T-657 de 2013).

- De constatarse la intromisión de alguna parte interesada en los resultados del proceso de participación indígena, bien sea alterando, variando o distorsionando de manera dolosa las implicaciones reales del proyecto de forma que hagan incurrir en error a las comunidades nativas, o entregando elementos materiales a los miembros de la etnia o a sus líderes, el proceso puede darse por terminado so pena de las consecuencias penales, fiscales y económicas que ello implique, las cuales deberán ser analizadas e impuestas de cara al caso concreto, como quiera que dicha actuación, desdibuja el fin del proceso de consulta y constituye un abuso de la posición dominante sobre la comunidad. (Sentencia T-384A de 2014).

- La consulta previa y el consentimiento no son las únicas garantías que debe prestar el Estado y los concesionarios al momento de considerar los planes de “infraestructura o desarrollo”, ya que se debe permitir la participación y compartir de forma razonable los beneficios del proyecto con el pueblo o la comunidad étnica que sea directamente afectada.

(Sentencias T-129 de 2011 y T-742 de 2013).

- Un proceso de consultas basado en el consenso no debe solamente tratar las medidas para mitigar o compensar los efectos perjudiciales del proyecto sino también explorar y encontrar medios de distribución equitativa de los beneficios en un espíritu de verdadera colaboración. (Sentencia T-462A de 2014)

(vi) Es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizar la consulta previa (etapa de preconsulta y post consulta).

- Será deber de la autoridad que consulta, facilitar la identificación plena de la afectación o perjuicios, rendir informes consistentes y verídicos sobre los alcances de la obra, proyecto o labor y cumplir cabalmente con los compromisos que se hayan pactado con las comunidades. (Sentencia T-172 de 2013)

- No existe, un procedimiento único para que las consultas se lleven a cabo. La idea es que se determine, en cada caso, qué tipo de escenario sería el más propicio para abordar el tema, para confrontar las posiciones de los participantes y para plantear las observaciones pertinentes, en unas condiciones que, se repite, favorezcan el consenso. (Sentencia T-576 de 2014)

- Existe el deber de agotar, antes de que se lleve a cabo la consulta previa, las conversaciones preliminares con la comunidad o comunidades concernidas las cuales tienen como finalidad socializar el proyecto y concertar la metodología de la consulta. La manera en la que se habrá de realizar cada proceso de consulta previa, habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso preconsultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad. (Sentencias C-461 de 2008 y T-129 de 2011)

- Los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6° y del artículo 7° de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos

indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado. Para lograr este fin, el proceso de consulta debe estar precedido de un trámite preconsultivo, en el cual se defina, de común acuerdo entre las autoridades gubernamentales y los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes, las bases del procedimiento participativo. (Sentencias SU-383 de 2003 y C-175 de 2009)

- Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información en el proceso de consulta previa, los cuales además deben operar en su idioma, para ello en caso de que se requiera se debe contar con traducción a su lengua particular y si es necesario, apoyarlas tanto jurídica como técnicamente (Sentencia C-274 de 2013)

(vii) La consulta debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida.

- La consulta previa debe realizarse a través de los procedimientos indicados para ello. Los Estados no deben consultar a cualquiera que declare representar a las comunidades afectadas porque estas deben emprenderse con las organizaciones e instituciones que estén habilitadas para tomar decisiones a nombre de la comunidad. (Sentencia T-769 de 2009)

- Se debe brindar la oportunidad a las comunidades para que libremente y sin interferencias extrañas, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valoren conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto, sean oídas en relación con las inquietudes y pretensiones que tengan en lo que concierne a la defensa de sus intereses, y puedan pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto. (Sentencia T-800 de 2014)

- Las consultas deben llevarse a cabo mediante procedimientos apropiados; a través de las instituciones representativas de las comunidades; de buena fe; de una manera apropiada a las circunstancias y con la finalidad de llegar a un acuerdo o de lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. (Sentencia T-576 de 2014)

- La exigencia de realizar la consulta a través de instituciones representativas obliga a las autoridades de cada Estado a indagar por las instituciones que reúnan tal representatividad según lo que las propias comunidades hayan definido. Si las comunidades no cuentan con instituciones que los representen, el Estado debe apoyar su formación y proveer recursos

para tal efecto, cuando resulte necesario. (Sentencia T-550 de 2015)

- El derecho de propiedad colectiva de los recursos naturales renovables que se encuentran en sus territorios, no otorga una facultad omnímoda a los representantes de las respectivas comunidades indígenas para disponer libremente de ellos. La autonomía de las autoridades indígenas en el manejo de sus propios asuntos, en especial respecto del aprovechamiento de los recursos naturales, debe ser ejercida con plena responsabilidad. En favor de la comunidad indígena siempre podrá aducirse la doctrina ultra vires frente a actuaciones de sus autoridades que hayan dispuesto ilegal o arbitrariamente de las riquezas naturales comprendidas en su territorio, y a las cuales por lo tanto se las debe despojar de todo poder vinculante. (Sentencia T-380 de 1993)

(viii) Cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio en el proceso consultivo realizar estudios sobre su impacto ambiental y social.

- Debe garantizárseles a las comunidades afectadas la información completa, precisa y significativa sobre los proyectos que se pretenden desarrollar en sus territorios o de las medidas legislativas o administrativas del caso. (Sentencia C-175 de 2009)

- Será deber de la contraparte, sea de naturaleza pública o privada, facilitar la identificación plena de la afectación o perjuicios, rendir informes consistentes y verídicos sobre los alcances de la obra, proyecto o labor y cumplir cabalmente con los compromisos que se hayan pactado con las comunidades. La falta a cualquiera de esas obligaciones constituirá una vulneración del derecho a la consulta previa y dará paso a que se proceda legítimamente a la suspensión o terminación -si es del caso- de los trabajos. (Sentencias T-129 de 2011 y T-742 de 2013)

- Las consultas que se ordenan no podrán tomarse como un mero formalismo, puesto que su ejecución de buena fe comporta que los pueblos afectados sean informados del contenido del programa que se adelantará en sus territorios, con el fin de procurar su consentimiento, sobre el impacto de las medidas en su hábitat, y en sus estructuras cognitivas y espirituales (...) Y que también conozcan las medidas actualmente en ejecución, con todas sus implicaciones, con miras a que estos pueblos consientan en la delimitación y continuación del programa y estén en capacidad de discutir diferentes propuestas atinentes al mismo y también a formular alternativa. (Sentencia SU-383 de

2003)

- Con el objeto de proteger los derechos y el patrimonio arqueológico del país en los eventos que existan proyectos que requieran de la expedición de la licencia ambiental, será necesario que los interesados presenten para su aprobación un Plan de Manejo Arqueológico fundamentado en un Programa de Arqueología Preventiva; sin la aprobación del antedicho Plan por parte de la autoridad arqueológica competente no podrá adelantarse obra alguna. (Sentencia T-129 de 2011)

- El proceso de consulta previa debe ser adelantado previamente al otorgamiento de la licencia ambiental. (Sentencia T-129 de 2011)

(ix) En caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

- Prima facie no está previsto por el Convenio 169 de la OIT que la consulta tenga valor vinculante para el gobierno, ni que se erija en un veto, sino que sea un instrumento que facilite la conciliación entre propósitos que la Constitución consideró que podían marchar en forma paralela. (Sentencia SU-039 de 1997)

- Sin embargo, en aquellos eventos en que se presente una afectación especialmente intensa al territorio colectivo, el deber de asegurar la participación de la comunidad indígena no se agota en la consulta, sino que es precisa la obtención del consentimiento libre, informado y expreso como condición de procedencia de la medida. (Sentencias T-769 de 2009 y T-129 de 2011)

- Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras

consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea. (Sentencia T-129 de 2011)

- Si bien las comunidades tradicionales no tienen un derecho de veto sobre las medidas o proyectos o adoptar, la inexistencia del poder de veto tiene como contrapartida que las autoridades no puedan imponer decisiones desproporcionadas e irrazonables para las comunidades étnicas, ya que ello tornaría al proceso de consulta carente de efectividad (Sentencia T-485 de 2015)

- Si la consulta es un proceso de diálogo, excluye el veto de las comunidades. Pero de igual manera excluye la imposición por parte del gobierno o de las autoridades estatales (aspecto implícito en el concepto de diálogo). (Sentencia T-376 de 2012)

- Cuando se está ante la imposibilidad de concertar entre las partes la medida o proyecto correspondiente, ello no significa que las autoridades queden liberadas de ejecutar aquellas actividades tendientes a reducir el impacto que tiene la medida en las prácticas tradicionales y en la supervivencia de las comunidades étnicas. La ausencia de arbitrariedad y desproporción de la decisión estatal involucra, necesariamente, la ejecución de medidas dirigidas a la mitigación del daño y a la compensación de los intereses afectados. (Sentencia T-485 de 2015)

- La necesidad de que las consultas terminen con un acuerdo o con el consentimiento de las comunidades afectadas debe establecerse a partir de la gravedad de las posibles consecuencias que la medida objeto de consulta pueda traerles. Una medida que amenace la subsistencia de una comunidad indígena o tribal no podría implementarse, en consecuencia, sin haber obtenido su consentimiento. (Sentencia T-576 de 2014)

- Conforme a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas el proceso consultivo debe culminar con la obtención del consentimiento en dos circunstancias. El artículo 29 les impone a los Estados el deber de adoptar medidas eficaces para asegurar que “no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”, y el artículo 32 los obliga a celebrar consultas para obtener el consentimiento libre e informado de las comunidades “antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o

territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. (T-576 de 2014)

10. Caso concreto.

Conforme con los antecedentes descritos, en el presente asunto corresponde a la Sala determinar: (i) si la acción de tutela es procedente en el caso concreto para lograr la protección de los derechos invocados debido a la inexistencia de otros mecanismos de defensa judicial; (ii) las características étnicas y culturales de las comunidades accionantes; (iii) si se presenta una susceptibilidad de afectación directa al ethos, lo cual justifica el deber de consulta; (iv) y por último, si la administración y la accionada deben adoptar especiales medidas de protección y compensación en favor de las comunidades tutelantes.

10.1 Legitimación en la causa.

En lo que respecta a la legitimidad por activa, la Corte encuentra que en las tres comunidades accionantes dichos requisitos se encuentran acreditados. En el caso de la acción formulada por el señor Arnulfo Cardosi Julio, esta queda comprobada conforme a lo establecido en la Resolución número 021 del 3 de marzo de 2014[82]. Dicho documento determina que el peticionario tiene la calidad de representante legal del Consejo Comunitario de Ma-Majari del Níspero – Corregimiento de María la Baja.

También está probada la legitimidad del señor Pedro María Iglesia Torres en la tutela de la referencia, por cuanto mediante Resolución 091 de 2011,[83] se fijó la representación legal del Consejo Comunitario del Corregimiento de Flamenco, en cabeza de aquel.

Finalmente está demostrada la legitimación del Consejo Comunitario de Pasacaballos, ya que si bien la protección a los derechos de los habitantes del corregimiento inicialmente fue solicitada por el señor Manuel Ahumado Sossa, en su condición de representante legal de la Asociación de Pescadores y Agricultores Artesanales de Pasacaballos[84], posteriormente, tanto el trámite de primera instancia, como en sede de revisión ante la Corte Constitucional, el representante legal del Consejo Comunitario de Pasacaballos (Jesús Anachuris Piña), requirió en calidad de coadyudante y posteriormente como sujeto procesal, la protección de los derechos fundamentales de la comunidad que representa.

En tal sentido, se tiene que los demandantes son representantes legales de los tres consejos comunitarios que afirman verse afectados directamente por el proyecto de “construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal”. Por ende, están legitimados por activa para formular la acción de tutela.

En lo que respecta a la legitimación por pasiva se debe precisar que el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 expresa que la acción de tutela: “se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental (...)”. Por su parte, la Corte Constitucional en la Sentencia T- 416 de 1997[85] explicó en qué consiste la legitimación por pasiva así: “La legitimación pasiva se consagra como la facultad procesal que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido material”

En el caso estudiado se demandó a la Autoridad Nacional de Licencias ambientales (ANLA), a la Dirección de Consulta previa del Ministerio del Interior, al Establecimiento Público Ambiental (EPA Cartagena), a la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique (Cardique), a las alcaldías de Cartagena, María la Baja, Arjona, San Onofre, San Pedro Sucre, San Juan de Betulia, Corozal, Morroa, Sincelejo, Tolú Viejo, Turbana y Ovejas, a las Gobernaciones de Bolívar y Sucre, a la Corporación Autónoma Regional de Sucre (Carsucre), a la Procuraduría General de la Nación y a Promigas S.A. E.S.P. teniendo en cuenta lo anterior es claro que cada una de las entidades accionadas son autoridades públicas, de modo que se cumplen las reglas de legitimación por pasiva

Sin embargo en lo que respecta al escrito de coadyuvancia a la parte demandada, presentado por las sociedades CNE Oil & GAS S.A.S. y Geoproduction Oil and Gas Company of Colombia, se debe precisar que el hecho de aparentemente tener el derecho a explorar, explotar y transportar hidrocarburos en Colombia y requerir de la construcción y operación del gasoducto Loop San Mateo Mamonal, para poder operar y garantizar el suministro del producto, procesalmente no los legitima en el presente asunto para ser parte. Razón por la cual serán desvinculados del presente tramite tutelar.

10.2. Procedencia de la acción de tutela en el caso concreto

Los demandantes interponen la presente acción de tutela exponiendo dos problemáticas

que, en su sentir, afectan sus derechos fundamentales a la integridad social, cultural y económica, a la participación democrática, a la consulta previa, a la existencia y al debido proceso.

La primera está relacionada con la susceptibilidad de afectación directa a los derechos étnicos que se está presentando por la construcción y operación del Gasoducto “Loop – San Mateo – Mamonal”. En cuanto a la segunda, advierten que la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA expidió la Resolución número 0805 del 9 de julio de 2015, mediante la cual otorgó Licencia Ambiental a la empresa Promigas S.A. E.S.P. sin adelantar la consulta previa correspondiente.

Ante esta situación, debe determinarse si la acción de tutela es procedente, en vista de la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, en este caso los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. A este respecto, debe tenerse en cuenta que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, en casos como el analizado los medios de defensa ante la jurisdicción contenciosa no son idóneos. Esto debido a que solo pueden resolver aspectos relativos a la legalidad de la decisión administrativa, más no están en capacidad de resolver temas relacionados con la omisión del procedimiento de consulta previa, propios del juez constitucional.

En ese sentido, la Corte ha puesto de presente en casos similares al que ahora ocupa a la Sala que “ante controversias relativas al amparo del derecho a la consulta previa en las que se plantee la necesidad de que los accionantes agoten otros mecanismos ordinarios de defensa, el juez constitucional deba considerar i) el carácter de derecho fundamental que se le reconoce a la consulta previa, ii) que es él el funcionario responsable de asegurar el ejercicio eficaz de esa categoría de derechos y que iii) las condiciones especiales de vulnerabilidad que suelen enfrentar las comunidades indígenas y tribales justifica que sea esta vía excepcional el escenario idóneo para evitar la lesión de sus derechos.”[86]

En el presente asunto se evidencia que el proceso consultivo requerido por los accionantes no fue llevado a cabo. Por lo tanto, la actuación requerida por parte de los funcionarios responsables no encuentra respuesta concreta a partir de la revisión judicial del acto administrativo, sino que exige, en caso que así se decida en esta sentencia, acciones materiales tendientes a efectuar el procedimiento de consulta, las cuales no hacen parte de

la decisión que adopte la jurisdicción contenciosa. En otros términos, la resolución de los problemas jurídicos materia de esta sentencia se centra en definir si el proceso de consulta previa respecto de las comunidades negras de los Consejos Comunitarios de Ma-Majari del Níspero, de Flamenco, y de Pasacaballos es exigible o no. Esta clase de asuntos, en razón de su naturaleza, escapan a la órbita de decisión del juez administrativo, en el marco de la revisión judicial de los actos proferidos por las autoridades demandadas.

Recientemente la sentencia SU-355 de 2015 reconoció la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando en el caso concreto (i) quede en entredicho la idoneidad de los medios de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo o (ii) se evidencie que en el caso sub examine las herramientas que consagra la ley 1437 de 2011 no proporcionan una protección oportuna de los derechos fundamentales. En este sentido dicha providencia afirmó lo siguiente:

“El juez de tutela tiene la obligación de calificar, en cada caso particular, la idoneidad de los medios judiciales para enfrentar la violación de derechos fundamentales cuando ella tenga por causa la adopción o aplicación de actos administrativos. Para el efecto, deberá tener en cuenta los cambios que recientemente y según lo dejó dicho esta providencia, fueron incorporados en la Ley 1437 de 2011. Solo después de ese análisis podrá establecer la procedencia transitoria o definitiva de la acción de tutela, teniendo como único norte la efectiva vigencia de las normas de derecho fundamental.

En consecuencia, no obstante los importantes cambios legislativos que en materia de medidas cautelares introdujo la Ley 1437 de 2011 y en particular en lo que se refiere a la denominada suspensión provisional, la acción de tutela podría proceder, entre otros eventos, (i) cuando la aplicación de las normas del CPACA no proporcione una protección oportuna de los derechos fundamentales o (ii) cuando el contenido o interpretación de las disposiciones de dicho Código no provean un amparo integral de tales derechos”. (Subrayas propias)

En este orden de ideas, es claro que las medidas cautelares en el caso concreto no permiten lograr la materialización de los derechos de los accionantes y las comunidades que representan. Lo anterior por cuanto, en caso de que al interior del proceso contencioso

administrativo se determine su prosperidad, estas solo podrían suspender los actos administrativos que otorgaron la licencia, dejando así intacta la vulneración de los derechos a la identidad étnica y cultural de los accionantes.

En igual medida, es claro que obligar a las comunidades accionantes a tramitar sus reclamaciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, llevaría a que la afectación a sus derechos probablemente se prolongara por varios años más, sometiendo así a los pueblos afrodescendientes a una restricción desproporcionada en el ejercicio de sus prácticas tradicionales. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala observa que dadas las circunstancias del caso concreto, no se identifica algún otro recurso judicial efectivo para la protección de los accionantes distinto a la tutela.

Por último, en el presente fallo se ha demostrado cómo las comunidades accionantes han sido sujetos de discriminación histórica, lo que implica que la acción de tutela se muestre como la vía judicial más eficiente y pertinente para la protección de los derechos fundamentales interferidos.

En conclusión, la Sala advierte que el asunto en cuestión justifica la procedencia de la acción de tutela en los términos de la jurisprudencia anteriormente señalada. Esto en razón a que esta corporación, en situaciones como la presente, ha determinado que los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico carecen de eficacia inmediata e idoneidad para amparar las garantías que surgen de los derechos a la integridad social, cultural y económica, a la participación democrática, a la consulta previa y a la existencia.

10.3. Contexto cultural y etnográfico. La comunidad negra del Níspero

10.3.1. En un estado multicultural, por definición, conviven grupos humanos con formas de vida diversas. Cuando esos grupos tienen el derecho a conservar sus formas políticas, jurídicas, sociales y su modo de desarrollo, se presenta además, un pluralismo de órdenes normativos e instituciones que inciden en la regulación social. Ambos aspectos concurren en el caso colombiano y son reconocidos y valorados como hechos positivos, en virtud de la incorporación de principios constitucionales destinados a proteger la riqueza cultural de la nación, en toda su diversidad.

Sin embargo, todos los grupos humanos, es decir, la comunidad mayoritaria, los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes, raizales y población rom conviven bajo el mismo orden constitucional y son titulares de iguales derechos. Esas premisas generan una paradoja normativa entre igualdad y diversidad, varias veces destacada por la Corte Constitucional. La paradoja sin embargo no debe eliminarse; el reto para el intérprete es asegurar el respeto por cada uno de sus extremos. Para hacerlo, es preciso un acercamiento, caso a caso, a cada una de las culturas. Sus puntos de vista sobre cada asunto, su forma de vida, sus prioridades pueden incidir en el balance constitucional adecuado frente a cada problema jurídico. Por ese motivo, la Corte suele acudir a conceptos etnográficos, antropológicos y toma siempre en cuenta, como razones de primer orden para su decisión, la intervención de las comunidades concernidas.

La Sala presenta a continuación algunas consideraciones etnográficas sobre la Comunidad Negra del Níspero, que servirán de contexto para el análisis constitucional sobre la decisión del Ministerio del Interior, la ANLA y Promigas S.A. E.S.P., objeto de controversia.

10.3.2. Conforme se evidencia de las pruebas obrantes en el expediente, la comunidad del Níspero es una población vulnerable, pobre y con un alto grado de necesidades básicas insatisfechas. En este sentido el informe antropológico presentado por la Universidad de los Andes manifestó:

“El agua es un preciado líquido de difícil adquisición tanto para el consumo como para labores básicas del hogar. No hay acueducto, ni tuberías en buen estado que suministren siquiera unas pocas gotas en un tiempo prudente. Además no es potable, es un agua no tratada “gorda” o de unos contados pozos artesanales, pues la mayoría se encuentran secos por el verano. El “agua dulce” es traída de otros lugares y cuando se pronuncian las pocas lluvias, los pobladores almacenan para consumir y preparar algunos alimentos...

También, dos pequeñas instituciones educativas en donde se imparte educación primaria, las cuales están poco acondicionadas para proporcionar de forma pertinente las clases (poca ventilación, a ciertas horas del día el sol entorpece la visión y comodidad de los estudiantes, el agua para el aseo y consumo deben traerla las aseadoras y estudiantes de sus casas)...

Los pobladores advierten que las plantaciones alimenticias (yuca, plátano y maíz en menor

medida el arroz) desaparecen cada vez más rápido, porque no hay semillas para futuras siembras, ya que las actuales no llegan a buen término y si lo hacen, los precios que se manejan al comercializarlos solo darán dinero para pagar ayudantes, pesticidas y la poca ganancia solo servirá para los gastos del hogar eliminando cualquier oportunidad de volver a iniciar nuevos cultivos...

Todas estas problemáticas generadas por la ausencia de políticas que ayuden a mejorar la calidad de vida, para evitar el desplazamiento a ciudades y lugares aledaños. También repercute en el fortalecimiento de la identidad, de esta comunidad que se autoreconocen como descendiente de africanos, es decir, "comunidad negra"

Así mismo, dicha investigación sobre la situación de la Comunidad del Níspero, aporta los siguientes elementos de análisis respecto a las prácticas tradicionales que se adelantan en el territorio:

"La comunidad negra del Níspero, corregimiento de María la Baja (Departamento de Bolívar). Mantiene un sinnúmero de manifestaciones culturales, que le permite entender como pueblo sui generis en el contexto de los otros corregimientos de María la Baja en los Montes de María...

Las manifestaciones han sufrido transformaciones, debido que todas las culturas son dinámicas, además por la influencia de los medios de información y comunicación. Esta comunidad no es ajena a ello. Manifestaciones como la música, la comida tradicional, la medicina tradicional, la tradición oral y el Velorio entre otras han sufrido cambios (...) La comunidad Nisperera es muy respetuosa de la naturaleza, mantienen sus creencias en los espíritus, el poder curativo de las plantas y la oración o rezos. Para curar a una persona hay que tener en cuenta si es mal de ojo, maleficio o la presencia de brujas o zánganos

Ante la falta de Centros hospitalarios y médicos, los Nispereros acuden al médico tradicional para cosas graves como picadura de animales ponzoñosos (culebras o arañas), se pueden hacer en forma de bebidas, baños o cataplasmas. Este conocimiento se ha transmitido de generación tras generación. Dentro de las más mencionadas se encuentran: (i) Anamú, que algunos en otras partes le dicen Eucalipto, cocido para la gripa, (ii) Árnica: se toma y cataplasma para el golpe, (iii) Canutillo: se hierve para hacer baño, sirve para desinflamar la descompostura de las coyunturas, (iv) Concha del árbol de Mango: se quita la primera

capa del árbol y la segunda corteza se hierve, se aplica sal o azúcar, con el ciruelo, también se hace el mismo procedimiento que sirve para el parasito, (v) Bicho, Verbena, Mataratón, Escobilla Menuda: para el parasito intestinal o la lombriz, (vi) Caraña: se hierve y se toma unos días antes del periodo de menstruación, para calamar los dolores o cólicos que son frecuentes en algunas mujeres, (vii) Cola de caballo: para los riñones que se cocina y se toma y (viii) Manito de Dios: para los riñones, (viii) Matimba: para baños para curar fiebre y dolores en el cuerpo, (ix) Matandrea, Matimorria y Orégano: dolor de oído, (x) Resedad: se hierve y se toma para los mareos.

Estas plantas estaban permanentemente en los patios de las casas en el pueblo, otras están en la zonas de cultivos y pastoreo de ganado, en ese caso se recogían las raíces o las hojas y se guardaban para utilizarlas para tratar la fiebre, la gripa, vómitos, cólicos menstruales y parásitos entre otros. Asimismo se usaban y se usan para picaduras de animales como araña, serpientes o culebras, preparando tomas y cataplasma a base de curarina. Otra utilidad de las plantas es usarlas en los bolsillos, particularmente los hombres para apartar todo los males, además para obtener fuerza en el momento de un combate o pelea. Las mujeres usaban en la oreja cabello de India, para la buena suerte. Personajes como Carmen Castro, Candelario Chiquillo, Tomas Torres, Lorgia Peña, Lorenza Muños, María Palomino, entre otros son especialistas en componer coyunturas, santiguar y conocimientos de plantas.

Ante la falta de centros médicos y hospitales, las parteras o comadronas prestaban servicios a la comunidad, especialmente a las mujeres en embarazo, ellas sabían cuál era el tiempo de gestación, ubicación del bebe por medio de masajes, asistencia en el alumbramiento y puerperio con el uso de plantas. Las parteras son como llamamos “la sala de urgencia”. Situación que no ha cambiado en lo absoluto, a pesar de la extensión hospitalaria que tiene nuestro país, solo hay un centro de salud que la mayor parte del tiempo está sin médicos, tampoco atienden urgencias de ningún tipo y cuando las hay se debe hacer un largo recorrido hasta María la Baja...

Desde el primer establecimiento de los primeros pobladores de El Níspero, se iniciaron labores de adecuación de tierras para la actividad agrícola y en poca de estancia ganadera, cerdos y aves de corral. Todos los cultivos de plátano, ñame, yuca, maíz, arroz y algunos frutos, generaban lo suficiente para el autoconsumo y el comercio con otros corregimientos,

también con Cartagena a través de pequeñas embarcaciones que partían de María la Baja (...) No obstante, los días en que todos podían cultivar y comerciar fue desapareciendo, al igual que la cría y venta de animales fue disminuyendo a causa de la restricción de las fuentes hídricas. Esta lamentable situación, provocó un desplazamiento a ciudades y países como Venezuela en busca de mejores oportunidades de empleo para sacar adelante a sus familias y poder cursar estudios superiores.

Solo los hombres, mujeres mayores y sus hijos, son los únicos que hablan de aquellos tiempos que se comía el arroz subido, la leche y los animales en abundancia. Los arroyos que estaban por todas partes. De eso solo está “el recuerdo, cada día esto está más mal”, así se expresan los pobladores. Los jóvenes y niños nunca han visto los arrozales y maizales que mencionan sus abuelos y padres”.

10.3.3. A partir de lo expuesto, puede sostenerse que la comunidad del Níspero refleja una cultura, modos de producción y organización social propios, contruidos en un proceso histórico que los ha definido como grupo culturalmente diverso. Esa cultura tradicionalmente ha girado en torno a la pesca, la agricultura y debido a fenómenos cambiantes a la ganadería, aunque los miembros del consejo comunitario del Níspero en el transcurso de la historia han incursionado en otras actividades en atención a la modificación de su entorno, lo que a su vez ha incidido en su organización social.

Los datos etnográficos presentados como contexto de análisis demuestran que la comunidad ha sufrido diversas adaptaciones en el tiempo. Siguiendo las consideraciones obrantes en el expediente, la transformación de grupos de esclavos en pescadores, la diversificación hacia la ganadería, la división del trabajo entre hombres y mujeres, la incursión en las obras y proyectos que se adelantan en el Mamonal, muestran cómo los miembros del Consejo Comunitario de Ma-Majari del Níspero conforman una comunidad que, en virtud de su ubicación geográfica y de las difíciles condiciones materiales que han caracterizado la mayor parte de su historia, se adapta continuamente al cambio social y a las exigencias del entorno.

Específicamente llama la atención que en virtud a la caracterización realizada por varios funcionarios del Ministerio del Interior en cumplimiento de lo ordenado por el juez de primera instancia en la tutela de la referencia, se haya concluido que la construcción y

operación del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal no generaba afectación directa al Consejo Comunitario de Ma-Majari del Níspero. En especial cuando de la lectura del mismo se evidencia que las obras y la instalación de la tubería se efectuó sobre los cuerpos de agua, caminos y espacios indispensables para el proceso comunitario del Níspero, en este sentido el documento titulado “Informe de Visita de Verificación de Presencia de Grupos Étnicos” asevera:

(i) En relación a la afectación de las fuentes hídricas empleadas por el Consejo Comunitario, lo siguiente

“Los representantes de la comunidad manifiestan que a partir de este punto se da inicio al proyecto en el cual se ve afectada la zona de tránsito por los trabajos adelantados por la empresa Promigas sobre la calzada de la vía, además señalaron que las afectaciones sobre este río repercuten aguas abajo donde se encuentra el canal de reguío y donde existe una batea donde se lava, y que además de este río se extrae la arena para la construcción de vivienda

En este punto sobre el río Caucalito la comunidad manifiesta que los trabajos adelantados por la empresa han traído como consecuencia que se reduzca el caudal del río y que por lo tanto esto perjudica las prácticas que se realizan como la pesca, el lavado de ropa y zonas de baño que son usadas en tiempos de recreación y que además estos acuíferos están siendo contaminados con los insumos que son utilizados en la construcción del gasoducto”

(ii) Respecto a la afectación de los caminos sobre los cuales transitan:

“El inicio de las obras de intervención del proyecto, se adelanta sobre la vía pública, que comunica el departamento de Bolívar con el departamento de Sucre, lo que permite evidenciar que la vía, hace parte de una vía de uso público. Dicha vía de acuerdo con la reglamentación vial existente hace parte de la infraestructura vial nacional a cargo del Gobierno Nacional, cumpliendo la función de garantizar el uso y goce por parte de sus asociados, sin restricción o limitación alguna. También se debe tener en cuenta que el sistema vial está compuesto por tres redes viales a saber: la primaria, donde figuran las autopistas que están a cargo de la Nación; la secundaria, que hace parte o se encuentra a cargo de los departamentos; y la terciaria, donde encontramos precisamente las que

comunican a los municipios con las veredas y las veredas entre sí

En este orden de ideas, se encontró que la vía paralela con las obras de ejecución del proyecto, es una vía que hace parte de la red terciaria, que es de tránsito nacional, de libre circulación, y que no ha sido destinada para uso exclusivo de dicha comunidad negra, por lo tanto no existe limitación alguna para circular, pues entiéndase que la vía es de uso público y por ella pueden transportarse vehículos, personas, animales y cosas”

(iii) Y, frente a la dependencia con el territorio y sus actividades de producción:

“La actividad productiva desarrollada por algunos miembros de la comunidad negra en las fincas se realiza a través de un acuerdo mutuo con el propietario, donde arriendan o intercambian la tierra para civilizarla con el fin de prepararla para la producción de ganado (...) No obstante lo anterior, es necesario aclarar que lo descrito anteriormente constituye una actividad relacionada con el sustento personal de quienes lo realizan y no para el sustento y beneficio del Consejo Comunitario Ma-Majari del Níspero

La actividad pesquera y la caza de animales, a que hacen referencia en el recorrido realizado, se lleva a cabo con el propósito de autoconsumo y sustento básico familiar, lo que permite inferir que dicha actividad no está destinada para el consumo de los miembros de la Comunidad Negra de manera colectiva sino individual. Por lo tanto no constituyen ni responden al sentido amplio de prácticas comunitarias o colectivas

En el recorrido realizado se encontró que el área del mencionado proyecto atraviesa predios o fincas de propiedad privada, tales como Jorge Iván Martínez, Maria Teresa Mendiola, Ascadio Mendiola, entre otros, lo cual permite evidenciar que no están adjudicados a la comunidad como predios colectivos (...) en esta medida, las intervenciones realizadas en dichos predios generan obligaciones con titulares de derechos como la servidumbre, y será a la luz del derecho civil que deba el ejecutor del proyecto, regular lo concerniente como corresponda con los titulares de dichos derechos”

Ahora bien, de la lectura de las conclusiones a las cuales llegó el Ministerio del Interior, es claro, que bajo una óptica eminentemente occidentalizada y técnica desechó estas “susceptibles afectaciones” por la sencilla razón de que: (i) no quedaba demostrada científicamente la contaminación del río, (ii) a lo largo de la visita no se logró probar la

titulación del cuerpo de agua como territorio colectivo y (iii) formalmente las obras ejecutadas se adelantaban en terrenos privados.

Este razonamiento es a todas luces inválido desde la lógica constitucional, ya que desconoce que para las comunidades indígenas y afrodescendientes, la sola superposición de una obra sobre un cuerpo de agua, tiene la susceptibilidad de afectarlos. Así las cosas, el Ministerio del Interior pareciera determinar bajo una óptica occidentalizada que solo cuando se genera contaminación o vertimiento de líquidos en las fuentes hídricas que emplea una comunidad esta debe ser consultada.

En igual medida, la postura respecto a la inexistencia de afectación directa debido a la ejecución de obras en sitios no titulados, desconoce que en diversas providencias emitidas por esta Corporación se ha precisado que el territorio no se define exclusivamente en términos geográficos. Si bien su demarcación juega un papel vital para su adecuada protección jurídica y administrativa, no debe perderse de vista que este tiene un efecto expansivo, que comprende lugares de significación religiosa o cultural aunque estén por fuera de sus límites físicos[87].

Con relación al derecho a la protección de las áreas sagradas o de especial importancia ritual y cultural, incluso si están ubicadas fuera de los resguardos, se observa que el Convenio 169 acoge un concepto amplio de territorio, al indicar que se consideran como tal, aquellas áreas de una comunidad que comprenden, no sólo las tituladas o habitadas, sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades tradicionales, sagradas o espirituales[88].

Los hechos descritos ilustran entonces cómo los miembros del Consejo Comunitario de Ma-Majari del Níspero no han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la afectación a sus derechos étnicos mediante un procedimiento consultivo, a pesar de que los principios de pluralismo, participación, igualdad material y diversidad étnica y cultural deberían orientar las actuaciones públicas del Ministerio del Interior, la ANLA y de Promigas S.A. E.S.P.

10.4. Contexto cultural y etnográfico. Consejo Comunitario de Pasacaballos

10.4.1. La Sala presenta a continuación algunas consideraciones etnográficas sobre el Consejo Comunitario de Pasacaballos, que servirán de contexto para el análisis

constitucional sobre la decisión del Ministerio del Interior, la ANLA y Promigas S.A. E.S.P., objeto de controversia.

En igual sentido el informe antropológico allegado al proceso titulado “Capacitación y Asistencia Técnica para Consejos Comunitarios en Procesos de Titulación, Ordenamiento y Manejo de sus Territorios Colectivos[89]” manifestó:

“Las comunidades de Pasacaballos, Leticia, Puerto Badel y Rocha identificaron como uno de sus conflictos territoriales, el desplazamiento forzado de su población, especialmente entre los años 2000 y 2005. Esto lo reconfirma el informe de la Defensoría (2011), en el que no solo se habla de desplazamiento en la zona de expansión industrial sino de presión para vender los predios a bajo costo.

En el informe de la Defensoría del Pueblo, se estableció la presencia de grupos armados ilegales en Pasacaballos. En este informe se plantea que “Rastrojos”, “Águilas Negras” y “Urabeños” buscaban el control sobre los territorios y corredores para la ruta narcotráfico, “Sus intereses sobre el territorio son: control del corredor hacia la zona portuaria y el anillo vial por el que se accede al Canal del Dique y al Golfo de Morrosquillo y control del territorio donde se proyecta la ampliación de la zona industrial, conformado por Membrillal y Pasacaballo” reza el informe.

De igual manera, se logró identificar que este incremento de la población desplazada en el territorio, ha traído consigo una preocupante problemática social en el que los pobres históricos terminan compitiendo por los pocos recursos de inversión social que llegan a esta comunidad. Es por esto, que esta situación fue identificada como un conflicto interno de la comunidad de Pasacaballos: “Véase que se vuelve también un problema de tipo social todo lo que nos viene es gente marginal, gente pobre que nos toca compartir nuestra pobreza con ellos, cuando digo esto es sisben, subsidio, cupo escolares, todas las dadas que da el estado para desplazados que muchas veces los mismos nativos, nativos aquí pobres históricamente no han tenido ningún beneficio estatal.

Respecto a la presencia histórica de la comunidad de Pasacaballos en el territorio el citado informe manifestó:

“A principios del siglo XVII con el auge de las haciendas esclavistas, en Pasacaballos se

establecieron la de San Francisco del Tejadillo y la de San Antonio de Bolívar, cada una con 4 caballerías de tierra. Algunos historiadores afirman que fueron haciendas dedicadas a la ganadería y otros por el contrario establecen que eran de trapiche porque fue la época en que se sembró la caña de azúcar en gran parte de la zona del Canal del Dique; así lo confirman los inventarios de venta de estas haciendas en los que aparecen hornos y estantes paneleros de las casas trapiche como parte de la transacción.

Es precisamente la mano de obra esclava y más tarde los pagos de terraje que hacían los esclavos libres, los que lograron sostener por mucho tiempo estas haciendas. Es en estas tierras de agricultura donde se fueron construyendo viviendas dispersas, pues el interés de sus habitantes era mantener grandes distancias entre sí, a esta dinámica de poblamiento se le conocía como rochelas donde vivían libres de todos los colores, y que no estaban bajo el mando de la corona española”

Por su parte, el estudio antropológico presentado por la Universidad de los Andes, igualmente manifestó:

“Las dinámicas productivas que se han realizado durante toda la historia de ocupación de la comunidad de Pasacaballos también han logrado la apropiación del territorio por parte de los pobladores de la comunidad, tanto en los espacios donde se desarrolla la agricultura de manera familiar o colectiva, como en los que se han usado para la cacería, la pesca y la navegación en donde los espacios del mar, ciénagas, lagunas y el Canal del Dique, son considerados como parte del territorio de la comunidad porque cumplen un papel muy importante en el desarrollo económico y cultural de los nativos.

Durante toda la historia de ocupación esta comunidad ha practicado la pesca debido a que cuenta con diferentes espacios de que le permiten desarrollar esta actividad productiva, lugares como el Canal del Dique, la ciénaga de la Viuda, la Bahía de Barbacoas, la Bahía de Cartagena e incluso bajos ubicados dentro del Parque Nacional Natural, Corales del Rosario e Islas de San Bernardo, (algunos de estos lugares se comparten con las comunidades insulares vecinas), han sido usados de manera colectiva y ancestral por los pasacaballeros para la pesca. El desarrollo de la pesca así como la navegación implica el uso de espacios de uso colectivo, como caminos y puertos, estos sitios se han ido perdiendo, por la venta masiva la construcción de muelles por parte de las empresas de la zona industrial de

Mamonal y de la Isla de Barú y la apropiación indebida de recursos de especial protección ambiental.

Las costumbres ancestrales de la comunidad están en riesgo de perderse por la disminución en la agricultura y la pesca, pero también por las restricciones para acceder a los espacios de uso colectivo que la comunidad ha usado de manera tradicional (...) los lugares en donde hoy se pueden realizar cultivos por parte de los nativos de la comunidad, se han reducido a el sector de Guayacán con alrededor de 550 hectáreas, la Vereda Bajo el Tigre con 120 hectáreas, el predio la concordia de 63 hectáreas, el denominado Madre Herlinda de 4 hectáreas y los playones de la ciénaga del Tapón que son 25, para un total de 762 hectáreas aproximadamente, frente a un área corregimental de 5695.99 hectáreas.. Además los pescadores están teniendo problemas para acceder a los puertos y bajos que se encuentran ubicados cerca a los lugares donde se han construido las instalaciones de las empresas de la zona industrial, quienes a través de vigilantes privados restringen la práctica de la pesca. Se debe anotar que sobre las tierras de Pasacaballos se ha ejercido una presión muy fuerte, personas y grupos económicos con mucho poder han adquirido posesiones o propiedades en estas tierras, y han aprovechado la declaración de este lugar como estratégico para el desarrollo de empresas portuarias e industriales”.

10.4.2. A partir de lo expuesto, puede sostenerse que el Consejo Comunitario de Pasacaballo refleja una cultura, modos de producción y organización social propios, contruidos en un proceso histórico que los ha definido como grupo culturalmente diverso. Esa cultura tradicionalmente ha girado en torno a la pesca, la agricultura y debido a fenómenos cambiantes a la ganadería. En igual medida los miembros del Consejo Comunitario de Pasacaballo en el transcurso de la historia han incursionado en otras actividades en atención a la modificación de su entorno, lo que a su vez ha incidido en su organización social.

Los datos etnográficos presentados como contexto de análisis demuestran que la comunidad ha sufrido diversas adaptaciones en el tiempo. Siguiendo las pruebas obrantes en el expediente, la transformación de grupos de esclavos en pescadores, la diversificación hacia la ganadería, la división del trabajo entre hombres y mujeres, la incursión en las obras y proyectos que se adelantan en los complejos industriales vecinos a la comunidad, muestran cómo los miembros del Consejo Comunitario de Pasacaballo son una comunidad

que, en virtud de su ubicación geográfica y de las difíciles condiciones materiales que han caracterizado la mayor parte de su historia, se adaptan continuamente al cambio social y a las exigencias del entorno.

Según se desprende de la información etnográfica recién presentada, la calificación de ciertos lugares como comunitarios, en los cuales además los miembros adelantan actividades de pesca, reunión u esparcimiento es fundamental para lograr su proceso de reconstrucción de sus tradiciones y conservación de la etnicidad.

Específicamente llama la atención que en virtud a la caracterización realizada por varios funcionarios del Ministerio del Interior en cumplimiento de lo ordenado por el juez de primera instancia en la tutela de la referencia, se haya concluido que la construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo - Mamonal no generaba afectación directa al Consejo Comunitario de Pasacaballos. En especial cuando de la lectura del mismo se evidencia que las obras y la instalación de la tubería se efectuó sobre caminos y espacios indispensables para el proceso comunitario. En este sentido, el documento titulado "Informe de Visita de Verificación de Presencia de Grupos Étnicos", asevera:

(i) En relación a la afectación de las fuentes hídricas empleadas por el Consejo Comunitario, lo siguiente

"En este punto denominado Arroyo Bolívar, señala la comunidad que es muy importante para ellos, dado que se utiliza esta fuente de agua para el abastecimiento de animales e incluso en periodos secos para uso doméstico, y si llegara haber una afectación en las características del arroyo por el proyecto afectaría también a la ciénaga de la Virgen. En este punto la comunidad manifestó su temor por la posibilidad de que se explote el tubo y lo que generaría una emergencia, ya que quién les garantiza que ese tubo una vez lo instalen no se va a romper. La señora Amalfi Hernández dice que al hacer excavaciones para colocar el tubo se va interrumpir la escorrentía natural del arroyo lo que pondría en riesgo este recurso natural para la comunidad Pasacaballera...

En este punto denominado El arroyo del Chocho, la comunidad manifiesta que éste inicia en Turbana, desemboca en Pasacaballos en un arroyo denominado El Tejadillo para llegar finalmente por el Canal del Dique, que es un sitio utilizado por la comunidad para que los animales tomen el agua, para sacar la arena para las construcciones, que la tubería pasaría

según ellos cortando el arroyo, indican que con las estacas la empresa dejó demarcado el trazado del proyecto y que el mismo cruza sobre el arroyo...

La comunidad manifiesta que este es uno de los pocos arroyos con agua permanente en periodos como en los tiempos del fenómeno del niño, allí según Amalfi Hernández la comunidad pesca y en los alrededores practican la caza, así mismo muestra la comunidad el buen nivel de las aguas lo que permite realizar a los habitantes del Consejo Comunitario de Pasacaballos, actividades de esparcimiento como paseos de olla, para ir a nadar, pescar, cazar (...) por otra parte señalan que cerca de allí los habitantes de Pasacaballos se dedican a través de hornos a hacer orfebrería. La comunidad señala que el proyecto y el trazado del tubo que pasará por este punto amenaza las condiciones naturales del arroyo y la conservación y comunicación de su espejo de agua con el canal del Dique”

“La comunidad expresa que la Vereda Bajo El Tigre es un caserío que pertenece a Pasacaballos y la tubería según los habitantes pasará por la carretera de acceso a este sector, lo que representará una afectación en el tránsito de los habitantes que cotidianamente van y vienen desde el centro poblado de Pasacaballos. Señalan que la empresa con la instalación del tubo va romper la vía e impedir el paso durante un tiempo de los habitantes de la vereda Bajo el Tigre, los cuales también conforman el Consejo Comunitario de Pasacaballos.

En este paso según la líder de la comunidad negra de Pasacaballos (Amalfi Hernández) el trazado del proyecto va a afectar la libre movilidad de muchos estudiantes que de las zonas rurales se dirigen todas las mañanas y tardes a estudiar al centro poblado de Pasacaballos, por allí pasa la población a pie, en burro, en motos, o en bicicleta y su actividad tradicional sería perturbada por las obras y la instalación del tubo el cual se ubicaría por uno de los cruces del camino”

(iii) Y, frente a la dependencia con el territorio y sus actividades de producción:

“Amalfi Hernández, miembro de la comunidad hace una descripción en este punto del uso tradicional que tiene la comunidad representado en la agricultura. Señalan que si bien la comunidad no tiene un territorio adjudicado, éstas son tierras donde los particulares les permiten cultivar, a cerca de 36 familias. Siembran maíz, yuca, millo, frijol, y en los meses secos se cultiva la yerba para que las vacas coman. Adicional a ello manifiestan que la

tubería de Promigas atravesará precisamente esta zona, reiteran que si bien la comunidad no es dueña ya que el predio es de la Familia de Ávila, tienen el permiso de los propietarios, así lo confirma el señor José de Ávila quien manifiesta hacer parte del Consejo Comunitario”

Ahora bien, de la lectura de las conclusiones a las cuales llegó el Ministerio del Interior, es claro, que bajo una óptica eminentemente occidentalizada y técnica desecho estas “susceptibles afectaciones” por la sencilla razón de que: (i) no quedaba demostrada científicamente la contaminación del río, (ii) a lo largo de la visita no se logró probar la titulación del cuerpo de agua como territorio colectivo y (iii) formalmente las obras ejecutadas se adelantaban en terrenos privados.

Este razonamiento es a todas luces inválido desde la lógica constitucional, ya que desconoce que para las comunidades indígenas y afrodescendientes, la sola superposición de una obra sobre un cuerpo de agua que utilizan de manera ancestral, tiene la susceptibilidad de afectarlos. Así las cosas, el Ministerio del Interior pareciera determinar bajo una óptica occidentalizada que solo cuando se genera contaminación o vertimiento de líquidos en las fuentes hídricas que emplea una comunidad esta debe ser consultada, desconociendo así el carácter preventivo de la Consulta previa.

En igual medida, como anteriormente fue explicado, la postura respecto a la inexistencia de afectación directa debido a la ejecución de obras en sitios no titulados, desconoce que en diversas providencias emitidas por esta Corporación se ha precisado que el territorio no se define exclusivamente en términos geográficos. Así mismo, se debe aclarar que debido a las dinámicas urbanas que se presentan en Pasacaballos la presente acción de tutela no tendrá incidencia en lo que respecta la protección a un derecho de propiedad colectiva o posesión ancestral sobre las áreas en las cuales la comunidad trabaja o en los cuerpos hídricos en los cuales se reúnen, los cuales según lo demostrado a la fecha son de propiedad privada.

Al adoptar la construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal sin previamente adelantar el proceso de consulta previa con el Consejo Comunitario de Pasacaballo, se desconocieron los intereses de una comunidad que posee una cultura construida en torno a la pesca y la agricultura, y que viene utilizando tradicionalmente

varios espacios afectados por la tubería en actividades asociadas a sus tradiciones ancestrales, como grupo afrocolombiano. Además, esa decisión limita el acceso a recursos necesarios para la subsistencia de la comunidad e implica una limitación material sobre el ejercicio de los derechos al trabajo y a la libertad de ejercer profesión u oficio.

10.5. Contexto cultural y etnográfico. Consejo Comunitario de Flamenco.

10.5.1. La Sala presenta a continuación algunas consideraciones etnográficas sobre el Consejo Comunitario de Flamenco, que servirán de contexto para el análisis constitucional sobre la decisión del Ministerio del Interior, la ANLA y Promigas S.A. E.S.P., objeto de controversia.

Conforme se evidencia de las pruebas obrantes en el expediente, el corregimiento de Flamenco se encuentra al sur de Cartagena a orillas del Canal del Dique. En gran medida sus habitantes son población vulnerable, pobre y con un alto grado de necesidades básicas insatisfechas.

10.5.2. Puede sostenerse que el Consejo Comunitario de Flamenco refleja una cultura, modos de producción y organización social propios, contruidos en un proceso histórico que los ha definido como grupo culturalmente diverso. Esa cultura tradicionalmente ha girado en torno a la pesca, la agricultura y debido a fenómenos cambiantes a la ganadería, en igual medida los miembros del Consejo Comunitario de Flamenco en el transcurso de la historia han incursionado en otras actividades en atención a la modificación de su entorno, lo que a su vez ha incidido en su organización social.

Los datos etnográficos presentados allegados por la propia comunidad demuestran que sus habitantes han sufrido diversas adaptaciones en el tiempo. Siguiendo las consideraciones obrantes en el expediente, la transformación de grupos de esclavos en pescadores, la diversificación hacia la ganadería, la división del trabajo entre hombres y mujeres, la incursión en las obras y proyectos que se adelantan en los complejos industriales vecinos a la comunidad, muestran cómo los miembros del Consejo Comunitario de Flamenco son una comunidad que, en virtud de su ubicación geográfica y de las difíciles condiciones materiales que han caracterizado la mayor parte de su historia, se adaptan continuamente al cambio social y a las exigencias del entorno.

Según se desprende de la información etnográfica presentada, la calificación de ciertos lugares como comunitarios, en los cuales además los miembros del adelantan actividades de pesca, reunión u esparcimiento es fundamental para lograr su proceso de reconstrucción de sus tradiciones y conservación de la etnicidad.

Específicamente llama la atención que en virtud a la caracterización realizada por varios funcionarios del Ministerio del Interior en cumplimiento de lo ordenado por el juez de primera instancia en la tutela de la referencia, se haya concluido que la construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal no generaba afectación directa al Consejo Comunitario de Flamenco. En especial cuando de la lectura del mismo se evidencia que las obras y la instalación de la tubería se efectuó sobre caminos y espacios indispensables para el proceso comunitario adelantado. en este sentido el documento titulado “Informe de Visita de Verificación de Presencia de Grupos Étnicos” asevera

(i) En relación a la afectación de las fuentes hídricas empleadas por el Consejo Comunitario, lo siguiente:

“Los delegados de la comunidad manifestaron que el paso de la tubería del gasoducto los afecta, porque es el sitio de pesca de las comunidades de Flamenco, quienes realizan dicha actividad utilizando varita en invierno y atarraya en verano. Señalan que dicho arroyo a pesar de estar en una finca privada es comunitario y los herederos hacen parte del consejo comunitario, que éste arroyo se comunica con el arroyo Flamenco, con Arroyo Grande que llega a los Playones de Flamenco, afectándolos económica y ambientalmente

La comunidad también informó que dicha afectación se hace visible en el evento en que se produzca una explosión o un derrame, por cuanto morirían los peces, los cuales son el sustento de la comunidad. Adicional a ello señalan que como no tienen agua potable, recurren al arroyo para lavar, bañarse y para dar de beber al ganado. Tienen una actividad especial y es bañarse el 24 de junio a las 04:00 a.m., y ahora con esa contaminación del proyecto ya no lo van a poder hacer. Refieren que anteriormente el arroyo era más profundo, más amplio y con una vegetación más espesa, que podían navegar en chalupas o canoas, pero con el paso de los proyectos el cauce se ha afectado, que el paso de la máquina abriendo espacio para el tubo del gas, terminará por cerrarlo.

Señalan que si bien es cierto el arroyo está dentro de una finca privada, el arroyo es un

ramal del arroyo Flamenco y es el sitio donde la comunidad pesca, es un arroyo que va desembocar en el arroyo principal de Flamenco (...) adicional a ello, la comunidad manifestó que el 24 de junio tienen como costumbre bañarse a las 04:00 a.m., es el arroyo principal de la comunidad, en tiempos de sequía se lava la ropa y se utiliza el agua para el consumo humano”.

(ii) Respecto a la afectación de los caminos sobre los cuales transitan:

“Asimismo, también comentan que no saben que va pasar cuando intervengan la carretera y atraviesen el tubo, porque no conocen la licencia ambiental y sus impactos, no saben cuánto tiempo va estar intervenida y los afecta porque esta vía es su único medio de comunicación

Manifiestan que no se oponen al proyecto de Promigas, solo reclaman que se den cuenta de sus necesidades y de lo que ellos quieren, que es un beneficio común, porque además ellos serán vigilantes de que no le pase nada a esa tubería, porque entre otras cosas los más afectados van a ser ellos”.

(iii) Y, frente a la dependencia con el territorio y sus actividades de producción:

“Finalmente agregan que se ha producido mucha tala de árboles, como Corozo, Mata Ratón, y que todo va en perjuicio de la comunidad

En este sitio manifiestan que se ven afectados, porque en la finca de los hermanos Galán Padilla, existen muchos árboles frutales en especial mangos, que son utilizados para el consumo de la comunidad, por cuanto sus propietarios autorizan recoger las cosechas. También informan que está el árbol de palmito, que es utilizado para elaborar los techos de las casas, que incluso los estudiantes de Níspero antes o después del colegio los recogen para consumirlos.

Informan que no saben lo que va pasar, si se les va seguir permitiendo tomar esos frutos, porque entienden que el proyecto debe tener unas restricciones, no saben si los arboles los van a talar, los van a aserrar, que arboles van a quedar, no saben nada”

10.5.3. Ahora bien, de la lectura de las conclusiones a las cuales llegó el Ministerio del Interior, es claro, que bajo una óptica eminentemente occidentalizada y técnica desechó

estas “susceptibles afectaciones” por la sencilla razón de que: (i) no quedaba demostrada científicamente la contaminación del río, (ii) a lo largo de la visita no se logró probar la titulación del cuerpo de agua como territorio colectivo y (iii) formalmente las obras ejecutadas se adelantaban en terrenos privados.

Este razonamiento es a todas luces inválido desde la lógica constitucional, ya que desconoce que para las comunidades indígenas y afrodescendientes, la sola superposición de una obra sobre un cuerpo de agua que utilizan de manera ancestral, tiene la susceptibilidad de afectarlos. Así las cosas, el Ministerio del Interior pareciera determinar bajo una óptica occidentalizada que solo cuando se genera contaminación o vertimiento de líquidos en las fuentes hídricas que emplea una comunidad, esta debe ser consultada, desconociendo así el carácter preventivo de la Consulta previa.

En igual medida, como anteriormente fue explicado la postura respecto a la inexistencia de afectación directa debido a la ejecución de obras en sitios no titulados, desconoce que en diversas providencias emitidas por esta Corporación se ha precisado que el territorio no se define exclusivamente en términos geográficos. Así mismo, se debe precisar que debido a las dinámicas urbanas que se presentan en Flamenco la presenta acción de tutela no tendrá incidencia en lo que respecta la protección a un derecho de propiedad colectiva o posesión ancestral sobre las áreas en las cuales la comunidad trabaja o en los cuerpos hídricos en los cuales se reúnen, los cuales según lo demostrado a la fecha son de propiedad privada.

En este orden de ideas al adoptar construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal sin previamente adelantar el proceso de consulta previa con el Consejo Comunitario de Flamenco, se desconocieron los intereses de una comunidad que posee una cultura construida en torno a la pesca, y la agricultura y que viene utilizando tradicionalmente varios espacios afectados por la tubería en actividades asociadas a sus tradiciones ancestrales, como grupo afrocolombiano. Además, esa decisión limita el acceso a recursos necesarios para la subsistencia de la comunidad e implica una limitación material sobre el ejercicio de los derechos al trabajo y a la libertad de ejercer profesión u oficio.

La omisión de garantías al derecho de participación de la comunidad se traduce, además, en un obstáculo para la articulación del concepto de desarrollo del grupo a las políticas

públicas del Distrito, en contra de las intenciones plasmadas por los Estados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, donde el derecho al desarrollo de las comunidades, con respeto de sus prioridades, constituye una preocupación central para ampliar el rango de eficacia o el goce efectivo de los derechos de los pueblos interesados.

11. Garantía del derecho a la Consulta Previa en el caso concreto

11.1. Verificada la existencia de una afectación directa a las tres comunidades diferenciadas accionantes, se concluye entonces que la eficacia del derecho fundamental a la consulta previa era exigible en el caso planteado. Sin embargo, de las pruebas allegadas a los expedientes, se colige que esta consulta no fue realizada.

Ahora bien, tanto del material allegado al expediente como del informe pericial entregado por Promigas S.A. E.S.P en respuesta al auto de fecha 29 de enero de 2016 se evidencia que “la tubería ya se instaló y enterró en los corregimientos del Níspero y Flamenco, quedando pendiente únicamente la reconfiguración del terreno”. En este orden de ideas, es claro que en el asunto sub examine, la paralización de las obras (el cual es el remedio constitucional comúnmente utilizado) que se estén ejecutando en los Consejos Comunitarios de Ma-Majari del Níspero y en el Consejo Comunitario de Flamenco no tendrían ningún impacto sobre el derecho a la identidad étnica y cultural de las comunidades, ya que las obras a la expedición de esta sentencia ya culminaron.

Sin embargo, tal y como lo ha manifestado esta Corporación en sentencia T-172 de 2013, “ni siquiera la terminación de la obra constituye un obstáculo para la garantía del derecho a través de la acción de tutela”. Así las cosas, aunque haya fases del proceso que no se puedan rehacer, es evidente que los Consejos Comunitarios accionantes todavía pueden hacerse partícipes de los beneficios de la obra, así como de todas las mesas de trabajo que sean adelantadas para mitigar o evitar los riesgos de la puesta en funcionamiento del gasoducto.

Esta situación, justifica la decisión de conceder el amparo a los derechos, adicionado al reconocimiento de que: (i) el Ministerio actuó de forma negligente al desconocer la presencia histórica de las comunidades de Ma-Majari del Níspero y de Flamenco y (ii) que las comunidades accionantes están catalogadas como un sujeto de especial protección

debido a sus condiciones de pobreza estructural y a que sistemática e históricamente ha sido invisibilizadas y discriminadas.

En efecto, de acuerdo con las pautas establecidas en la jurisprudencia, esta Sala procederá a conceder el amparo del derecho fundamental a la consulta previa y ordenará que en el término de 48 horas el Ministerio del Interior y Promigas S.A. E.S.P. den inicio a los pasos necesarios para garantizar el proceso de consulta con los consejos comunitarios de Mamajari del Níspero y de Flamenco de manera que, como mínimo: (i) puedan definirse, mermarse y evitarse todo acto perjudicial para las comunidades y (ii) sea incluida en todo beneficio compatible con sus usos y costumbres, que sea derivado de la operación y construcción del Gasoducto Loop San Mateo - Mamonal.

11.2. Conforme a lo expresado en párrafos anteriores, es claro que el Ministerio del Interior, la Autoridad de Licencias Ambientales y Promigas S.A. E.S.P., vulneraron el derecho a la Consulta Previa de los miembros del Consejo Comunitario de Pasacaballo.

Ahora bien, del informe pericial entregado por Promigas S.A. E.S.P en respuesta al auto de fecha 29 de enero de 2016 se pudo establecer que respecto a la construcción del gasoducto “en el sector de Pasacaballos aún se encuentran en fases preliminares[90]”. En este orden de ideas, la Corte Constitucional ordenará la suspensión inmediata de las obras que se estén ejecutando en la zona de influencia del Consejo Comunitario de Pasacaballo.

En efecto, de acuerdo con las pautas establecidas en la jurisprudencia, esta Sala procederá a conceder el amparo del derecho fundamental a la consulta previa y ordenará que en el término de 48 horas el Ministerio del Interior y Promigas S.A. E.S.P. den inicio a los pasos necesarios para comenzar el proceso de consulta con el Consejo Comunitario de Pasacaballo de manera que, como mínimo: (i) puedan definirse, mermarse y evitarse todo acto perjudicial para las comunidades y (ii) sea incluida en todo beneficio compatible con sus usos y costumbres, que sea derivado de la operación y construcción del Gasoducto Loop San Mateo - Mamonal.

En caso de que a la notificación de esta providencia, las obras en el área de influencia del Consejo Comunitario de Pasacaballos ya hayan finalizado, se realizará la consulta con el fin de determinar la forma de mitigación o compensación.

Para garantizar el cumplimiento expedito, completo y rápido de esa orden, la Sala ordenará a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación que efectúe un acompañamiento del proceso de consulta previa, generando informes con destino al juez de primera instancia.

12. Efectos extensivos de la decisión adoptada.

12.1. Ahora bien, más allá de las decisiones adoptadas en el asunto concreto, este Tribunal observa que durante el trámite de revisión varios organismos de control, al igual que intervinientes, le solicitaron a esta Sala hacer extensivo el derecho a la consulta previa a más de una decena de grupos indígenas y tribales que presuntamente se veían afectados por la construcción del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal.

En este orden de ideas vale la pena resaltar el informe presentado por la Defensoría del Pueblo Regional Bolívar en respuesta al auto de fecha 29 de enero de 2016, el cual manifestó que la Corte debía amparar igualmente los derechos a la consulta previo de las comunidades de “la Rocha (Arjona), tanto en su Consejo Comunitario como en su Cabildo Indígena, Puerto Badel (Arjona), Leticia y Recreo en sus consejos comunitarios (Cartagena), Lomas de Matunilla en su consejo comunitario (Turbana) y Correa (María la baja)”, igualmente vulnerados por la construcción del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal.

En igual medida, la Defensoría del Pueblo Regional Sucre, igualmente consideró que en la construcción del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal “se han desconocido comunidades indígenas que habitan el Departamento de Sucre y por las cuales se encuentra el trazado o área de influencia de dicho proyecto, tal y como lo pudimos evidenciar en los municipios de Sincelejo (Cabildo Menor Indígena de San Mateo), Corozal (Cabildo Menor indígena del Mamón y Cabildo Menor indígena de Esmeralda Las Tinajas), Tolvieja (Cabildo Menor indígena la Unión Floresta, Cabildo Menor indígena la Cigüeña y Ovejas (Cabildo Menor Indígena Flor del Monte y Cabildo San Rafael de Galapa)”.

Así mismo cabe recordar que en el trámite del proceso de revisión, fue allegado escrito por parte de la apoderada del Cabildo Menor Indígena Maisheshe la Chivera del pueblo Zenú. En dicho escrito, se solicitó que la Corte Constitucional en caso de llegar a amparar el derecho a la consulta previa de los Consejos comunitarios de Ma-Majari del Níspero, de Flamenco y

de Pasacaballo, extendiera los efectos del fallo (fuero de atracción y vinculación al proceso), al Cabildo Menor Indígena Maisheshe la Chivera del pueblo Zenú.

12.2. Ahora bien, se debe destacar que conforme a lo expuesto en el presente fallo, el Ministerio del Interior vulneró los derechos de las comunidades accionantes por cuanto: (i) consideró que solo debían consultarse a las comunidades respecto de los cuales la tubería de gas cruzara su territorio, (ii) que dicha consulta solo era procedente respecto a comunidades con territorio titulado, (iii) alegó que las obras adelantadas en terrenos de propiedad privada no tenían la potencialidad de generar afectaciones étnicas y (iv) que era indispensable demostrar y probar bajo estándares occidentales la afectación a las cuencas o ríos de las comunidades.

En este orden de ideas, esta Corporación considera que existe la posibilidad de que al igual que en el caso sub examine, el Ministerio del Interior y Promigas S.A. E.S.P. hayan vulnerado las garantías reconocidas en el Convenio 169 de la OIT a diversas comunidades indígenas y tribales que colindan con el Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal. Sin embargo, debido a que esta Corporación no cuenta con los elementos de juicio para determinar si en cada caso existió afectación directa o no, ordenará a la Defensoría del Pueblo, Regional Bolívar y a la Defensoría del Pueblo, Regional Sucre, que en compañía de las comunidades posiblemente afectadas presente las respectivas acciones de tutela con miras a obtener la protección de sus derechos fundamentales.

Los jueces que conozcan de las respectivas acciones, conforme a la parte considerativa de esta providencia deberán tener en cuenta: (i) que la acción de tutela es el mecanismo de defensa idóneo para garantizar el derecho a la consulta previa por parte del Ministerio del Interior y Promigas S.A. E.S.P. en el marco del proceso de construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal, (ii) que en gran medida los argumentos empleados por el Ministerio para considerar que no existe afectación directa contrarían la jurisprudencia constitucional, (iii) que no se incumple el requisito de inmediatez por cuanto las obras actualmente se están ejecutando y hay afectación directa en el tiempo y (iv) que a pesar de la presentación previa de varias acciones no se puede considerar como temeraria las nuevas tutelas presentadas por las comunidades por cuanto a partir de la notificación de esta providencia, aconteció un hecho nuevo que habilita a presentar por una sola vez el amparo constitucional.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia de fecha 15 de octubre de 2015 proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, y la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar de fecha 25 de agosto de 2015, y en su lugar CONCEDER la protección del derecho a la consulta previa a los Consejos Comunitarios de Ma-Majari del Níspero, de Flamenco y de Pasacaballo en los términos de esta providencia.

Segundo.- ORDENAR que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia el Ministerio del Interior y Promigas S.A. E.S.P. den inicio a los pasos necesarios para comenzar el proceso de consulta con los Consejos Comunitarios de Ma-Majari del Níspero y de Flamenco en los términos expuestos en esta providencia.

Tercero.- ORDENAR la suspensión inmediata de las obras que se estén ejecutando en el marco del proyecto de “construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal en la zona de influencia del Consejo Comunitario de Pasacaballo. En igual medida se dispondrá la suspensión de los efectos de la Resolución número 0805 del 9 de julio de 2015 hasta la realización de la consulta.

Cuarto.- ORDENAR que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de este fallo el Ministerio del Interior y Promigas S.A. E.S.P. den inicio a los pasos necesarios para comenzar el proceso de consulta con el Consejo Comunitario de Pasacaballo en los términos expuestos en esta providencia. En igual medida se precisa que el proceso de consulta adelantado solo será constitucionalmente válido si tiene en cuenta el consentimiento previo, libre e informado del Consejo Comunitario de Pasacaballo de cara a la intervención asociada a las obras del gasoducto. El proceso consultivo no podrá asimilarse a trámites administrativos o reuniones informativas.

Quinto.- ORDENAR a la Defensoría del Pueblo Regional Bolívar y a la Defensoría del Pueblo Regional Sucre, que en compañía de las comunidades posiblemente afectadas presente las

respectivas acciones de tutela con miras a obtener la protección de sus derechos fundamentales. Los jueces que conozcan estas, conforme a la parte considerativa de esta providencia deberán tener en cuenta: (i) que la acción de tutela es el mecanismo de defensa idóneo para garantizar el derecho a la consulta previa por parte del Ministerio del Interior y Promigas S.A. E.S.P. en el marco del proceso de construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal, (ii) que en gran medida los argumentos empleados por el Ministerio para considerar que no existe afectación directa contrarían la jurisprudencia constitucional, (iii) que no se incumple el requisito de inmediatez por cuanto las obras actualmente se están ejecutando y podría estarse produciendo una afectación directa en el tiempo y (iv) que a pesar de la presentación previa de varias acciones no se pueden considerar como temeraria las nuevas tutelas presentadas por las comunidades por cuanto a partir de la notificación de esta providencia, aconteció un hecho nuevo que habilita a presentar por una sola vez el amparo constitucional.

Sexto.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con aclaración de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

A LA SENTENCIA T-197/16

CON PONENCIA DEL MAGISTRADO JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. SOBRE LA SUSPENSIÓN DE OBRAS EN EL MARCO DEL PROYECTO DE “CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DEL GASODUCTO LOOP SAN MATEO – MAMONAL”.

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ÉTNICOS-Debió realizarse un juicio de proporcionalidad entre la decisión de suspender la licencia y los efectos positivos o negativos que el gasoducto pueda traer para la comunidad tutelante (Aclaración de voto)

La decisión de suspender los trabajos pudo no ser la más indicada, sino que podrían retomarse los estudios realizados y las consideraciones para analizar la proporcionalidad de las consecuencias de una posible suspensión o terminación de los trabajos, pues eventualmente lo más conveniente para la comunidad podría ser terminar el proyecto y dar la misma orden que se dio en el caso de los otros dos corregimientos.

Referencia: Expediente T-5.286.367.

Problema jurídico: ¿Si las autoridades vulneraron los derechos fundamentales a la integridad social, cultural y económica, a la participación democrática, a la consulta previa, a la existencia y al debido proceso, al expedir la Resolución 0805 del 9 de julio de 2015 sin adelantar el proceso de consulta con los miembros del Consejo Comunitario de Ma-Majari del Níspero, el Consejo Comunitario de Flamenco y el Consejo Comunitario de Pasacaballo?

Motivo de la aclaración: Estoy de acuerdo con la parte resolutoria y con las órdenes que se adoptan respecto de los corregimientos de Níspero y Flamenco, pero en lo que tiene que ver con el corregimiento de Pasacaballos no se señala claramente si existe proporcionalidad entre la decisión de suspender la licencia y los efectos positivos o negativos de dicha decisión.

Aclaro el voto en la decisión de la Sentencia T- 197 de 2016 sobre el expediente T-5.286.367, por cuanto considero que en lo que tiene que ver con el corregimiento de Pasacaballos no se señala claramente si existe proporcionalidad entre la decisión de suspender la licencia y los efectos positivos o negativos de dicha decisión.

1. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA T-197 DE 2016

Los accionantes afirman que mediante certificación número 618 del 2 de abril de 2014, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior le informó a la empresa Promigas S.A. E.S.P. que en el proyecto de “construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo - Mamonal” se registraba únicamente la presencia de indígenas en la parcialidad la Peña.

Indican que el referido acto administrativo también determinó que “no se registraba presencia de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras en el área del proyecto construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo - Mamonal”. Además determinó que conforme a los documentos allegados, el proyecto tendrá una longitud de 190 kilómetros y conectará las zonas de producción encontradas en los pozos de Mamey y Bonga de Hocol con los centros industriales de la región, iniciará en el municipio de Ovejas Sucre y terminará en Mamonal, Cartagena. Tendrá como finalidad aumentar la capacidad de transporte del gasoducto existente y atender la demanda de gas natural en esa zona del país.

Teniendo en cuenta lo anterior, la ANLA expidió la Resolución No, 0805 del 9 de julio de 2015, en la que otorgó licencia ambiental a la empresa Promigas S.A. E.S.P. para desarrollar el proyecto en mención.

Aseveran que debido a las decisiones administrativas del Ministerio y la ANLA a la fecha solo se ha consultado a la comunidad indígena de la Peña, desconociendo que por más de 200 años los accionantes han habitado la parte del territorio por el cual va a pasar el referido gasoducto.

Afirman que en la actualidad se encuentran en el territorio Flamenco las máquinas para empezar los trabajos razón por la cual es inminente la afectación de sus cultivos, territorios y costumbres.

De tal manera, los accionantes instauraron acción de tutela para lograr que se protejan sus derechos fundamentales debido a la omisión en la realización de la consulta previa y solicitan: (i) ordene la suspensión de todos los trabajos a ejecutar en virtud de la Resolución 0805 del 9 de julio de 2015, (ii) disponga a la empresa Promigas y a la Dirección de Consulta Previa dar inicio al proceso de consulta y (iii) exija al Ministerio del Interior o a quien corresponda realizar el proceso de consulta con los tutelantes y si es posible con las otras que hacen parte del área de influencia directa del proyecto.

En la Sentencia T- 197 de 2016, la Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional concluyó lo siguiente: (i) Se verificó la existencia de una afectación directa a las tres comunidades diferenciadas accionantes, por lo que la eficacia del derecho fundamental a la consulta previa era exigible en el caso planteado, pero de las pruebas se colige que no se realizó; (ii) en el informe pericial entregado por Promigas se evidencia que la tubería ya se instaló y enterró en los corregimientos del Níspero y Flamenco, por lo que la paralización de las obras no tendría ningún impacto sobre el derecho a la identidad étnica y cultural de las comunidades pues las obras ya culminaron; (iii) la sentencia T-172 de 2013 señala que “ni siquiera la terminación de la obra constituye un obstáculo para la garantía del derecho a través de la acción de tutela”, por lo que aun los Consejos Comunitarios accionantes pueden hacerse partícipes de los beneficios de la obra, así como de todas las mesas de trabajo que sean adelantadas para mitigar o evitar los riesgos de la puesta en funcionamiento del gasoducto; (iv) se reconoce que el Ministerio actuó de forma negligente al desconocer la presencia histórica de las comunidades accionantes además que están catalogadas como sujeto de especial protección debido a sus condiciones de pobreza estructural y a que sistemática e históricamente han sido invisibilizadas y discriminadas, (v) Se resalta el informe presentado por la Defensoría del Pueblo Regional Bolívar en el cual manifestó que la Corte debía amparar igualmente los derechos a la consulta previa de las Comunidades de “La Rocha (Arjona), tanto en su Consejo Comunitario como en su Cabildo Indígena, Puerto Badel (Arjona), Leticia y Recreo en sus consejos comunitarios (Cartagena), Lomas de Matunilla en su consejo comunitario (Turbaña) y Correa (María la Baja), igualmente vulnerados por la construcción del gasoducto Loop San Mateo Mamonal”. (vi) De igual manera se desconocieron comunidades indígenas que habitan el Departamento de Sucre y por las cuales se encuentra el trazado o área de influencia de dicho proyecto, tal y como se pudo evidenciar en los municipios de Sincelejo (Cabildo Menor Indígena de San Mateo), Corozal (Cabildo Menor Indígena del Mamón y Cabildo Menor Indígena de Esmeralda

Las Tinas), Toluviejo (Cabildo Menor Indígena la Unión Floresta, Cabildo Menor Indígena la Cigüeña y Ovejas (Cabildo Menor Indígena Flor del Monte y Cabildo San Rafael de Galapa).

Por lo anterior, (i) la Sala revocó la sentencia proferida por el Consejo de Estado y concedió la protección del derecho a la consulta previa a los consejos comunitarios accionantes, (ii) Ordenó que en 48 horas el Ministerio del Interior y Promigas den inicio a los pasos necesarios para iniciar el proceso de consulta con los consejos accionantes, (iii) Ordenó la suspensión inmediata de las obras que se estén ejecutando en la zona de influencia del Consejo Comunitario Pasacaballo. De igual manera, dispuso la suspensión de los efectos de la Resolución No. 0805 del 9 de julio de 2015 hasta la realización de la consulta, (iv) Ordenó que en 48 horas el Ministerio del Interior y Promigas den inicio a los pasos necesarios para el proceso de consulta con el Consejo Comunitario de Pasacaballo. (v) Ordenará a la Defensoría del Pueblo Regional Bolívar y a la Defensoría del Pueblo Regional Sucre, que en compañía de las comunidades posiblemente afectadas presente las respectivas acciones de tutela con miras a obtener la protección de sus derechos fundamentales. Los jueces que conozcan de las respectivas acciones, deberán tener en cuenta: 1) que la acción de tutela es procedente, 2) que en gran medida los argumentos empleados por el Ministerio para considerar que no existe afectación directa contrarían la jurisprudencia constitucional, 3) que no se incumple el requisito de inmediatez y 4) que a pesar de la presentación previa de varias acciones no se puede considerar como temeraria las nuevas por cuanto a partir de la notificación de la presente providencia aconteció un hecho nuevo.

FUNDAMENTOS DE LA ACLARACIÓN

2.1. Contexto cultural y etnográfico. Consejo comunitario de Pasacaballos.

2.1.1. En la sentencia se presentan de manera clara algunas consideraciones etnográficas sobre el Consejo Comunitario de Pasacaballos, el cual se encuentra al sur de Cartagena y cuenta con aproximadamente 17.000 habitantes. Efectivamente se señaló que es en su gran mayoría, población vulnerable, pobre, y con un alto grado de presión por parte de grupos armados, por lo cual debe ser especialmente protegida por esta Corporación.

A partir de estudios antropológicos se pudo concluir que dicho Consejo refleja una cultura, modos de producción y organización social propios, contruidos en un proceso histórico que

los ha definido como un grupo culturalmente diverso, cuya cultura tradicionalmente ha girado en torno a la pesca, la agricultura y a la ganadería.

2.1.2. En el “Informe de Visita de Verificación de Presencia de Grupos Étnicos” presentado por el Ministerio del Interior se llegó a la conclusión de que (i) no quedaba demostrada científicamente la contaminación del río, (ii) a lo largo de la visita no se logró probar la titulación del cuerpo de agua como territorio colectivo y (iii) formalmente las obras ejecutadas se adelantaban en terrenos privados.

2.1.3. Aunado a lo anterior, en la parte probatoria, el Ministerio del Interior y Promigas, concuerdan al manifestar que ya se están llevando a cabo las obras las cuales han sido ejecutadas en terrenos de privados, cuyos propietarios han autorizado la realización de los trabajos, y en las zonas donde los concesionarios de vías autorizan el uso del espacio público, además de señalar que el proyecto se encuentra a 538 metros del corregimiento de Pasacaballo.

2.1.4. La sentencia llega a la conclusión, de que al adoptar la construcción y operación del Gasoducto en mención, sin previamente adelantar el proceso de consulta previa con el Consejo Comunitario de Pasacaballos, se desconocieron intereses de una comunidad poseedora de una cultura construida en torno a la pesca y la agricultura.

2.2. No se realizó un juicio de proporcionalidad entre la decisión de suspender la licencia y los efectos positivos o negativos que el gasoducto pueda traer para la comunidad.

En el proyecto, a pesar de probarse la existencia del grupo étnico en la zona, no se señala claramente si existe proporcionalidad entre la decisión de suspender la licencia y los efectos positivos o negativos de dicha decisión, teniendo en cuenta que:

(i) no se tiene suficiente claridad sobre el estado actual de la obra, y puede

que esté en una etapa en la cual sea más perjudicial suspenderla que

continuarla;

(ii) no se tiene certeza de los beneficios que trae el proyecto a la comunidad, por lo tanto no se pueden examinar a fondo las consecuencias de suspenderlo o de terminarlo; y,

(iii) no se habla de perjuicios irremediables para la cultura afro en ese corregimiento, es decir, que ponga en peligro su existencia.

2.3. Conclusión

De esta manera, en mi concepto debió hacerse un estudio más detallado del caso concreto del corregimiento de Pasacaballos, para tomar una decisión como la plasmada en la sentencia.

En virtud en lo anterior, la decisión de suspender los trabajos pudo no ser la más indicada, sino que podrían retomarse los estudios realizados y las consideraciones para analizar la proporcionalidad de las consecuencias de una posible suspensión o terminación de los trabajos, pues eventualmente lo más conveniente para la comunidad podría ser terminar el proyecto y dar la misma orden que se dio en el caso de los otros dos corregimientos.

Fecha et supra,

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

[1] En ella el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior certificó que se registra presencia de la Parcialidad Indígena La Peñaata, reconocida por la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías, con la Resolución No. 022 del 26 de octubre de 2011, así como que “... no se registra presencia de comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, en el área del proyecto “CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DEL GASODUCTO LOOP SAN MATEO MAMONAL”, localizado en jurisdicción de los municipios de Arjona, Turbaná, María La Baja y en el Distrito Histórico y Cultural de Cartagena de Indias, departamento de Bolívar y en jurisdicción de los municipios de San Onofre, Ovejas, Tolú, Tolú Viejo, San Pedro, Morroa, Sincelejo, Sincé, San Juan de Betulia y Corozal, departamento de Sucre, identificado con las coordenadas aportadas por el solicitante en formato digital, como se puede observar con el siguiente mapa”.

[2] El referido documento fue elaborado por el Consejo Comunitario de Pasacaballos y el Observatorio de Territorios Étnicos y Campesinos. Fue financiado con el apoyo de USAID.

[3] Inicialmente la acción de tutela fue presentada por la Asociación de Pescadores y Agricultores Artesanales de Pasacaballo (Agropez). Sin embargo, en el trámite de tutela fue vinculado el referido Consejo Comunitario al proceso adelantado.

[4] Este disponía: “toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió”.

[5] Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989.

[6] En la sentencia en comento la Corte analizó si la consultiva afro de alto nivel era un espacio de participación adecuada para las comunidades diferenciadas del territorio nacional.

[8] Sentencia SU-039 de 1997.

[9] Sentencia T-576 de 2014.

[10] Sentencia T-485 de 2015.

[11] Sentencia T-576 de 2014.

[12] Ibídem.

[13] Sentencia T-485 de 2015.

[14] Sentencia T-576 de 2014.

[15] Sentencia T-342 de 1994.

[16] Sentencia T-384A de 2014.

[17] Sentencia C-366 de 2011.

[18] Sentencia T-485 de 2015.

[19] Sentencia T-135 de 2013

[20] ver documento en
http://www.un.org/es/events/indigenousday/pdf/indigenous_culture_identity_sp.pdf

[21] Citado en la sentencia T-606 de 2015 ver
<http://www.oecd.org/greengrowth/49709364.pdf>

[22] Sentencia T-428 de 1992

[23] http://www.un.org/es/events/indigenousday/pdf/indigenous_culture_identity_sp.pdf

[24] Esther Sanchez Botero, (2012). “El peritaje antropológico, justicia en clave cultural”.

[25] Este fallo analizó la prohibición de las entidades territoriales para establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería

[26] Sentencia T-080 de 2015.

[27] Boaventura. Op. cit. p. 20.

[28] Escobar. Op. cit. p. 141.

[29] Sentencia T-485 de 2015.

[30] Sentencia T-485 de 2015.

[31] Sentencia T-605 de 1992. “En términos constitucionales, la diversidad cultural hace relación a formas de vida y concepciones del mundo no totalmente coincidentes con las costumbres de la mayoría de la población en aspectos de raza, religión, lengua, economía y organización política.

[32] Corte Constitucional,, sentencia C-175 de 2009.

[33] Sentencia T-485 de 2015.

[34] Sentencia T-576 de 2014.

[35] Sentencia T-576 de 2014.

[36] El propio Convenio reconoce, en su parte introductoria, que su adopción respondió a la evolución experimentada por el derecho internacional desde 1957, a los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo y a las aspiraciones de esos pueblos en asumir el control de sus instituciones, formas de vida y de desarrollo económico y en fortalecer sus identidades, lenguas y religiones. Sobre el cambio de paradigma que supuso la adopción del Convenio 169 de 1989 pueden revisarse, también, las Sentencias SU-383 de 2003 y C-030 de 2008.

[37] Sentencia T-576 de 2014.

[38] Cfr. Sentencia C-030/08

[39] Sentencia T-576 de 2014.

[40] Sentencia C-063 de 2010.

[41] Respecto al carácter vinculante y obligatorio de este instrumento internacional ver la sentencia T-376 de 2012.

[42] Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica - Guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT

[43] Sentencia T-576 de 2014.

[44] Convenio 169, Art. 1º, n. 2: “La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

[45] Sentencia T-349 de 1996.

[46] Sentencia T-485 de 2015.

[47] Sentencia T-349 de 1996.

[48] Sentencia T-576 de 2014.

[49] Cfr. Sentencia T-576 de 2014.

[50] Sentencia C-1269 de 2001.

[51] Sentencia C-1269 de 2001.

[52] Sentencia T-485 de 2015.

[53] Sentencia T-485 de 2015.

[54] Guía de la Oit

[55] Sentencia T-576 de 2014.

[56] Jimeno, Myriam (2002). "Etnicidad, identidad y pueblos indios en Colombia". Ponencia al Simposio Identidad en América Latina. CLACSO/FLACSO de Brasil, Brasilia, Diciembre 7-12.

[57] Sentencia T-792 de 2012.

[58] Sentencia T -113 de 2009.

[59] Nuevos escenarios de vida indígena urbana, ver en este sentido http://observatorioetnicocecoin.org.co/cecoin/index.php?option=com_content&view=article&id=127:nuevos-escenarios-de-vida-indigena-urbana-el-caso-de-bogot&catid=45:indgenas-en-la-ciudad&Itemid=103

[60] Esther Sanchez Boter, (2012) "El peritaje antropológico, justicia en clave cultural".

[62] Sentencia T-792 de 2012.

[63] Consulta previa a comunidades campesinas para construir propuesta de territorio intercultural, Asociación Campesina del Catatumbo en <http://www.prensarural.org/spip/spip.php?article15488>

[64] Lo anterior, en lo que respecta al derecho a la participación y compensación efectiva por las afectaciones causadas en megaproyectos, mas no en lo relacionado con la suspensión de las obras por el desconocimiento de la cosmovisión especial.

[65] Sentencias T-348 de 2012, T-135 de 2013 y T-606 de 2015.

[66] Sentencia T-792 de 2012.

[67] Sentencia T-294 de 2014.

[68] Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho? Ricardo López Vyhmeister y Tania Mohr Aros.

[69] Sentencia T-576 de 2014.

[70] Sentencia C-175 de 2009

[71] Convenio 169 de la OIT, artículo 16.

[72] Convenio 169 de la OIT, artículo 17.

[73] Convenio 169 de la OIT, artículo 22.

[74] Convenio 169 de la OIT, artículo 28.

[75] Cfr. Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. “Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho?” Ricardo López y Tania Mohr Aros.

[76] Universidad de Caldas. Revista Luna Azul. Gustavo Adolfo Agredo Cardona “El TERRITORIO Y SU SIGNIFICADO PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS”. 2006-11-23.

[77] Charles Rice Hale, antropólogo especialista en culturas indígenas, en peritaje rendido ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de la Comunidad Mayagna (sum) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia del 31 de agosto de 2001.

[78] El peritaje antropológico, justicia en clave cultural – Esther Sánchez Botero

[79] El peritaje antropológico, justicia en clave cultural – Esther Sánchez Botero

[80] Por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas.

[81] Esther Sánchez Botero, (2012). “El peritaje antropológico, justicia en clave cultural”.

[82] Expedida por la Secretaria de Gobierno y Desarrollo comunitario del Municipio de María la Baja. (Folio 49, cuaderno principal)

[84] Es de aclarar que en el escrito de tutela el señor Manuel Ahumado Sossa siempre refería la afectación del oleoducto a los derechos ancestrales de la comunidad de pasacaballos y no a la vulneración o afectación específica a los derechos de los miembros de la asociación. En este orden de ideas, tal y como bien lo entendió el juez de primera instancia la intervención de la Asociación de Pescadores y Agricultores Artesanales de Pasacaballos, buscaba agenciar las garantías constitucionales del Consejo Comunitario de Pasacaballos.

[85]MP. Antonio Barrera Carbonell

[86] Sentencia T-576/14.

[87] Ver sentencias T-525 de 1998, T-698 de 2011, T-235 de 2011 y T-282 de 2012.

[88] Sentencia T-693 de 2011.

[89] El referido documento fue elaborado por el Consejo Comunitario de Pasacaballos y el Observatorio de Territorios Étnicos y Campesinos. Fue financiado con el apoyo de USAID.

[90] Cfr Informe de respuesta presentado por Promigas S.A.E.S.P.