TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-237/24

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

(...) en el trámite y motivación de la Resolución... de la DANCP se presentan cuatro deficiencias... (i) insuficiente motivación, (ii) metodología inadecuada, (iii) falta de articulación entre el nivel central de la administración y las entidades territoriales y (iv) falta de participación de las comunidades en el trámite administrativo... las irregularidades de la DANCP en el trámite de certificación de procedencia de consulta previa dan cuenta de una vulneración a sus derechos fundamentales a la participación y diversidad étnica y cultural -invocados en la acción-, pero también al derecho al debido proceso administrativo.

DERECHO A LA IDENTIDAD ÉTNICA Y CULTURAL-Ministerio del Interior debe garantizar el derecho fundamental e irrenunciable a la consulta previa de las comunidades indígenas y grupos étnicos

CONSULTA PREVIA-Afectación directa para determinar su procedencia

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-Aplicación en caso de afectación directa basada en perturbación al ambiente, a la salud o a la estructura social, espiritual, cultural o económica de la colectividad

PROCEDIMIENTO DE CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ÉTNICOS-Visita de campo para determinar afectación directa del proyecto u obra en el territorio

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

DIÁLOGO INTERCULTURAL-Alcance y contenido

DERECHO A LA PARTICIPACION Y CONSULTA PREVIA-Garantía de acceso a información clara, veraz, oportuna y suficiente, sobre cuestiones que afectan las comunidades étnicas

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Ámbito de aplicación y contenido/DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAS-Oportunidad

(…) la consulta (i) si bien debe ser previa al inicio del respectivo proyecto, obra o actividad, (ii) su procedencia no se agota en un único momento, sino que es un proceso que acompaña todas las fases del proyecto y que se activa cada vez que ocurre un cambio sustancial en sus condiciones.

JUEZ DE TUTELA-Facultad de fallar extra y ultra petita

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

-Sala Cuarta de Revisión-

SENTENCIA T-237 DE 2024

Referencia: Expediente T-9.716.182

Acción de tutela interpuesta por el Consejo Comunitario “Miriam Makeba”, a través de su representante legal, en contra de la Dirección de Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena y la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S.

Magistrado Ponente:

Vladimir Fernández Andrade.

Síntesis de la sentencia: La Sala encontró demostrada la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y a la participación y a la diversidad étnica y cultural de las personas que integran el Consejo Comunitario de Negritudes “Miriam Makeba”, derivada de las fallas de procedimiento demostradas en el trámite administrativo a cargo de la Dirección de Autoridad Nacional de Consulta Previa (DANCP) en virtud del cual

esa autoridad certificó que para el desarrollo del proyecto “parque industrial y/o ambiental para el almacenamiento, tratamiento, reciclaje y valorización de residuos industriales de la empresa Petroambiental Mamonal S.A.S” no procedía la realización de consulta previa. Se reiteró la jurisprudencia constitucional sobre los presupuestos mínimos del trámite de certificación a cargo de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa – DANCP.

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

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jorge Enrique Ibáñez Najar, Antonio José Lizarazo Ocampo y Vladimir Fernández Andrade, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente sentencia:

ANTECEDENTES

Hechos.

1. 1. El señor Jairo Restrepo Mena, como representante legal del Consejo Comunitario de Negritudes del Membrillal “Miriam Makeba” indicó en el escrito de tutela que su comunidad es reconocida como una minoría étnica afrodescendiente que despliega sus usos y costumbres en la localidad de Membrillal – Cartagena de Indias, al tiempo que ejerce la agricultura para su sustento a partir de la hidrografía aledaña. Explicó que esa localidad colinda con el sector denominado “Zona Industrial Mamonal”, lugar donde la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S. radicó la infraestructura física para adelantar el proyecto “parque industrial y/o ambiental para el almacenamiento, tratamiento, reciclaje y valorización de residuos industriales”.

2. Narró que, para el inicio de la ejecución de tal proyecto, la sociedad responsable presentó el 12 de febrero de 2021 la documentación ante la Dirección de Autoridad Nacional de Consulta Previa (en adelante DANCP), a fin de definir la procedencia o no de consulta previa, lo cual fue resuelto mediante la Resolución No. ST-0268 de 31 de marzo de 2021, en la cual se determinó que no procedía dicho mecanismo, fundamentalmente porque el proyecto se realizaría en una zona de alta intervención industrial a 1.30 kilómetros de distancia de la comunidad, separados, además, por una vía intermunicipal que limita la interacción entre el contexto donde se desarrolla el proyecto y el espacio en el que la comunidad adelanta sus

actividades cotidianas y colectivas.

3. Señaló que la DANCP vulneró sus derechos fundamentales a la consulta previa, participación y a la diversidad étnica y cultural, porque para la expedición de la mencionada resolución no agotó todos los actos necesarios, en la medida en que no realizó la visita de verificación correspondiente, la cual habría permitido constatar que el aludido proyecto sí tiene impactos ambientales negativos que repercuten a la comunidad. Como prueba de ello precisó que el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena (en adelante EPA Cartagena) ya inició un procedimiento sancionatorio ambiental contra la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S. por el presunto vertimiento de "líquidos peligrosos" en el cuerpo de agua del cual hace aprovechamiento la comunidad.

4. Consideró, entonces, que se desconoció el precedente fijado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-123 de 2018, el cual, a su juicio, se concreta en que la autoridad administrativa debe concentrar su esfuerzo en "definir el impacto" que la ejecución de un proyecto puede tener en las comunidades posibles de ser consultadas, lo cual no ocurrió en este caso, toda vez que la decisión se adoptó sin la completa ejecución de las tareas indispensables para ese fin, como lo es la realización de la visita de verificación.

B. Trámite de la acción de tutela.

i. (i) Presentación y admisión de la acción de tutela.

5. El 28 de julio de 2023 el Consejo Comunitario de Negritudes de Membrillal "Miriam Makeba", a través de su representante legal, señor Jairo Restrepo Mena, presentó acción de tutela por la presunta vulneración a los derechos fundamentales a la consulta previa, participación y diversidad étnica y cultural, en contra de la DANCP, el EPA Cartagena y la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S.

6. Como pretensiones pidió que (i) se deje sin efecto la Resolución ST-0268 de 31 de diciembre de 2021, por medio de la cual la Dirección de Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior determinó que no procedía la realización de consulta previa; (ii) se ordene la suspensión de las actividades de la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S. como ejecutora del proyecto "parque industrial y/o ambiental para el almacenamiento, tratamiento, reciclaje y valorización de residuos industriales"; y (iii) se ordene la realización

de consulta previa.

7. La acción de tutela correspondió en primera instancia al Juzgado 7º Administrativo del Circuito de Cartagena, quien admitió la acción mediante providencia del 31 de julio de 2023, oportunidad en la que ordenó la vinculación de la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, y la Defensoría del Pueblo Delegada para Asuntos Étnicos. Posteriormente, a través de auto de 03 de agosto de 2023, vinculó también a la Corporación Autónoma Regional del Dique (en adelante CAR-DIQUE).

() Respuestas de los demandados y vinculados.

8. La sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S. se limitó a mencionar que luego de pedir al Ministerio del Interior que le precisara la necesidad de realizar la consulta previa, la autoridad responsable definió, mediante Resolución No. ST-0286 del 31 de marzo de 2021, que tal mecanismo era improcedente. Por consiguiente, estima que no ha vulnerado los derechos invocados por los accionantes.

9. La Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios y la Procuraduría Delegada para Asuntos Étnicos solicitaron ser desvinculadas por falta de legitimación en la causa por pasiva, señalando, en concreto, que la única intervención realizada respecto del proyecto concernido tuvo lugar en el marco del trámite sancionatorio que adelanta el EPA Cartagena contra la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S., escenario en donde precisó que debía atenderse el debido proceso administrativo, sin que allí se involucrara a la comunidad étnica aquí accionante.

10. El Ministerio del Interior indicó que a través del Decreto 2353 de 2019 se creó la DANCP con el objeto de que se encargara de (i) determinar la procedencia de la consulta previa respecto de la expedición de medidas legislativas o administrativas o la ejecución de proyectos, obras o actividades que puedan afectar directamente a comunidades étnicas y (ii) dirigir, liderar y coordinar los trámites para la realización de consultas previas. Explicó que no hubo un actuar omisivo de su parte en la tramitación de la Resolución No. ST-0286 del 31 de marzo de 2021, que permitió adelantar el proyecto “parque industrial y/o ambiental para el almacenamiento, tratamiento, reciclaje y valorización de residuos industriales de la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S.”, ya que su decisión se basó en el análisis cartográfico de las distintas bases de datos que obran en el repositorio general sobre “comunidades étnicas,

informes de verificación e informes de visitas de verificación", contrastando la información sobre el contexto geográfico del proyecto y las comunidades en zona de influencia, evidenciando ausencia de impacto en las zonas de interacción, pues su cercanía es de 1.30 Kms y tiene de por medio una vía pública de tránsito. Por último, apuntó que el acto administrativo no fue controvertido, ni tampoco ha sido objeto de medios de control.

11. El EPA Cartagena puntualizó que no es la autoridad competente para la verificación de la situación ambiental de la comunidad accionante, porque dicha agrupación se ubica en una zona que compete a la CAR del Dique. También indicó que adelanta proceso sancionatorio ambiental en contra de la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S., por razón del vertimiento de un "líquido aceitoso" en un cuerpo de agua. Finalmente, adujo que la acción de tutela se torna improcedente en el presente caso, en razón a que ya existe un acto administrativo que permitió adelantar el proyecto "parque industrial y/o ambiental para el almacenamiento, tratamiento, reciclaje y valorización de residuos industriales de la empresa Petroambiental Mamonal S.A.S.", sin que tal decisión administrativa fuera controvertida y, además, porque este remedio constitucional no es apto para la protección de derechos de una agrupación.

12. La CAR del Dique alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva. Explicó que si bien es la autoridad que ejerce funciones ambientales en el espacio geográfico donde se ubica la comunidad accionante, no tiene funciones legales relacionadas con la consulta previa.

C. Decisiones objeto de revisión.

i. (i) Sentencia de primera instancia.

13. Mediante sentencia proferida el 11 de agosto de 2023, el Juzgado 7º Administrativo del Circuito de Cartagena negó el amparo reclamado, al considerar que la acción de tutela se formuló pasados más de dos años desde que se expidió el acto administrativo que permitió prescindir de la consulta previa y, a pesar de que se conoce de la existencia de un proceso administrativo sancionatorio en contra de la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S., no se observa que la comunidad accionante haya intentado con antelación un remedio para la protección de sus derechos fundamentales, por lo que no se deduce la presencia de una afectación directa que merezca protección por vía de tutela, máxime cuando "no se advierte prima facie que, la comunidad étnica "MIRIAM MAKEBA", se encuentre en cercanía -como lo afirmó el actor- de las actividades desarrolladas por la empresa PROMOAMBIENTAL". Añadió

que el acto administrativo proferido por la DANCP no fue controvertido en el espacio oportuno.

() Impugnación.

14. La parte accionante impugnó la decisión de primer grado y, en síntesis, argumentó que el a-quo incurrió en error por no valorar en debida forma la respuesta que brindó el EPA Cartagena, ya que dicha autoridad explicó que sí se afectaron los cuerpos de agua aledaños a la zona donde se ubica la comunidad y tal situación simboliza un impacto directo al ejercicio de sus usos y costumbres, pues su sustento depende de los afluentes hídricos que los rodean. Plantea que la DANCP no realizó el debido análisis del contexto para la expedición de la Resolución ST-0268 de 31 de marzo de 2023 y, por ende, se vulneraron los derechos fundamentales de la comunidad.

() Sentencia de segunda instancia.

15. A través de sentencia proferida el 13 de septiembre de 2023, el Tribunal Administrativo de Bolívar confirmó la decisión de primer grado bajo la misma línea argumentativa del fallo impugnado. Señaló que no está probado que el proyecto adelantado por Petroambiental Mamonal S.A.S. haya causado afectación alguna a la comunidad, pues en la motivación del acto administrativo cuestionado se explicó la improcedencia de la consulta previa obedece a que, tras realizar un análisis cartográfico que incluye el estudio de las bases de datos, se evidenció ausencia de impacto en las zonas de interacción, pues la comunidad "Miriam Makeba" es la más próxima a 1.30 kilómetros y tiene de por medio una vía pública de tránsito, con lo cual resultó innecesario la realización de visita de verificación, sin que ello indique un yerro por parte de la autoridad administrativa. Agregó que, si bien se conoce del proceso sancionatorio que se adelanta en contra de la sociedad accionada, no obran elementos de juicio que permitan acreditar que el hecho que provocó aquella investigación haya también impactado a la comunidad accionante.

D. Actuaciones de la Corte en sede de selección y revisión.

16. La presente acción de tutela se escogió para su revisión, a través de Auto del 30 de noviembre de 2023, proferido parte Sala de Selección Número Once.

17. Luego, mediante Auto de 9 de febrero de 2024 el Magistrado sustanciador decretó pruebas con la finalidad de complementar los elementos de juicio obrantes, a fin de esclarecer (i) las razones por las que la comunidad accionante estima que podría verse directamente afectada con ocasión de la ejecución del proyecto en cuestión y (ii) las razones que determinaron que la DANCP considerara innecesaria la realización de una consulta previa. En la misma providencia se pidió a la Alcaldía del Distrito de Cartagena que, considerando que la situación fáctica ocurrió en zona rural de ese municipio, manifestara si fue consultada por la DANCP o por cualquier otra autoridad en relación con las potenciales afectaciones directas que la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S. pudiera causar a los miembros del Consejo Comunitario de Negritudes del Membrillal "Miriam Makeba", ubicado en la vereda Membrillal, corregimiento de Pasacaballos del Distrito de Cartagena. Específicamente se preguntó:

"Primero. – […] al Consejo Comunitario de Negritudes de Membrillal "Miriam Makeba" […]:

¿Cuál es la potencial amenaza o afectación que el Consejo Comunitario considera que provocará el proyecto a cargo de la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S? Para responder con precisión, sírvase informar detalladamente:

i. i. Cómo interactúan las actividades económicas de la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S. en relación con las condiciones ambientales, culturales, sociales o económicas de la comunidad.

ii. ii. El aprovechamiento que la comunidad hace del sistema fluvial aledaño a su territorio, explicando cuáles son las fuentes hídricas concernidas, su distancia, qué uso le dan, frecuencias en su uso, forma de acceso, etc. […]

Segundo. – […] a la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S. […]:

¿En qué consiste el proyecto "parque industrial y/o ambiental para el almacenamiento, tratamiento, reciclaje y valorización de residuos industriales" en el entorno territorial de la localidad de Membrillal – Cartagena? Para responder, sírvase informar detalladamente:

i. i. Qué actividades comprende el proyecto.

ii. ii. Cuál es el impacto ambiental por la ejecución del proyecto en los recursos de agua, aire

y suelo.

iii. iii. Cuál es el manejo actual para el control del impacto ambiental.

iv. iv. El estado actual del trámite sancionatorio administrativo que inició en su contra el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena, conforme al Auto EPA-AUTO-1196- 2023 proferido por dicha autoridad.

Tercero. – […] al Establecimiento Público Ambiental de Cartagena […]:

i. i. En relación con el trámite sancionatorio administrativo iniciado contra Petroambiental Mamonal S.A.S. conforme al Auto EPA-AUTO-1196- 2023, sírvase informar detalladamente:

* El estado actual del trámite.

* En qué consiste la infracción ambiental en que presuntamente incurrió la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S.

* Si el daño ambiental presuntamente ocasionado por Petroambiental Mamonal S.A.S. tiene la potencialidad de afectar a las personas que integran el Consejo Comunitario de Negritudes del Membrillal “Miriam Makeba”.

. Si, por razones de competencia territorial, ha puesto en conocimiento de otra corporación ambiental la comisión de presunta(s) infracción(es) ambiental(es) por parte de la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S.

. Si ha conocido de nuevas quejas relacionadas con la actividad de Petroambiental Mamonal S.A.S. […]

Cuarto. – […] a la Corporación Autónoma Regional Canal del Dique […]:

i. i. ¿Ha emprendido alguna acción administrativa de control ambiental relacionada con la actividad que desarrolla la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S.?

ii. ii. ¿Ha conocido de alguna queja o reclamo por parte de las personas que integran el Consejo Comunitario de Negritudes del Membrillal “Miriam Makeba”, localizado en la vereda

Membrillal, corregimiento de Pasacaballos del municipio de Cartagena, respecto de las actividades que adelanta la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S.?

iii. iii. ¿Ha obtenido información sobre alguna infracción ambiental en que presuntamente haya incurrido la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S. en el sistema fluvial de la jurisdicción que vigila?

iv. iv. En relación con el trámite sancionatorio administrativo iniciado contra Petroambiental Mamonal S.A.S. conforme al Auto EPA-AUTO-1196- 2023, sírvase informar detalladamente:

* Si el daño ambiental presuntamente ocasionado por Petroambiental Mamonal S.A.S. tiene la potencialidad de afectar a las personas que integran el Consejo Comunitario de Negritudes del Membrillal "Miriam Makeba", localizado en la vereda Membrillal, corregimiento de Pasacaballos del Distrito de Cartagena.

* Si con ocasión de la presunta infracción ambiental en que incurrió la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S., se han emprendido actos de verificación sobre posibles afectaciones en su jurisdicción. […]

Quinto. – […] a la Dirección de Autoridad Nacional de Consulta Previa (DANCP) […]:

¿Cuál fue la metodología y fundamentos de la Resolución ST-0268 de 31 de marzo de 2021, por medio de la cual se resolvió sobre la procedencia de consulta previa para el proyecto "parque industrial y/o ambiental para el almacenamiento, tratamiento, reciclaje y valorización de residuos industriales" a cargo de la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S? Para responder, sírvase informar detalladamente:

i. i. Las fases aplicadas para cumplir con los derroteros de establecidos en el Decreto 2353 de 2019 y la Directiva Presidencial No. 8 de 9 de septiembre de 2020.

ii. ii. Si, además del análisis cartográfico, se empleó otra técnica encaminada a analizar y verificar qué impactos (positivos o negativos) puede tener el proyecto en relación con las personas que integran el Consejo Comunitario de Negritudes del Membrillal "Miriam Makeba", en los términos de la Directiva Presidencial No. 8 de 9 de septiembre de 2020 y lo precisado por esta corporación, entre otras, en las sentencias SU-123/18 y SU-121/22.

iii. iii. Qué verificación hizo acerca de la interacción de las personas que integran el Consejo Comunitario de Negritudes del Membrillal “Miriam Makeba” con el sistema fluvial aledaño al proyecto “parque industrial y/o ambiental para el almacenamiento, tratamiento, reciclaje y valorización de residuos industriales” a cargo de la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S.

iv. iv. Qué verificación hizo acerca de si las personas que integran el Consejo Comunitario de Negritudes del Membrillal “Miriam Makeba”, en el marco de su interacción ambiental, cultural, social o económica en la zona, comparten espacios con la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S.

v. v. Qué verificación hizo respecto del impacto ambiental que el proyecto “parque industrial y/o ambiental para el almacenamiento, tratamiento, reciclaje y valorización de residuos industriales” a cargo de la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S. provocaría en los recursos de aire, agua y suelo.

vi. vi. Qué verificación hizo respecto de las eventuales afectaciones directas para las personas que integran el Consejo Comunitario de Negritudes del Membrillal “Miriam Makeba”.

vii. vii. Las razones que permitieron concluir la inexistencia de afectación directa a las personas que integran el Consejo Comunitario de Negritudes del Membrillal “Miriam Makeba”. […]

Sexto.- […] a la Alcaldía del Distrito de Cartagena de Indias […]:

¿Ha sido consultada por la Dirección de Autoridad Nacional de Consulta Previa (DANCP) o por cualquier otra autoridad en relación con las potenciales afectaciones directas que la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S. , a través del proyecto “parque industrial y/o ambiental para el almacenamiento, tratamiento, reciclaje y valorización de residuos industriales”, pueda causar a los miembros del Consejo Comunitario de Negritudes del Membrillal “Miriam Makeba”, ubicado en la vereda Membrillal, corregimiento de Pasacaballos del Distrito de Cartagena?”

18. La Alcaldía del Distrito de Cartagena indicó que, aunque el Consejo Comunitario de Negritudes del Membrillal “Miriam Makeba” sí se encuentra ubicado en zona rural de su

municipio, esa entidad territorial no ha sido vinculada con la situación fáctica objeto de la presente acción, dado que todo lo relacionado con consulta previa es competencia de la DANCP.

19. El EPA Cartagena comenzó por referirse al proceso sancionatorio ambiental que adelanta contra la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S. Al respecto, explicó que tal trámite se sigue por las presuntas infracciones ambientales consistentes en "3.1 Verter aguas residuales no domésticas al suelo, sin contar con permiso de vertimientos al suelo. 3.2 Verter en un punto diferente al autorizado en su permiso de vertimientos otorgado en la resolución 0099 del 8 de abril del 2019. 3.3 Contaminación al cuerpo de agua (canal Policarpa 2), por vertimiento con altas concentraciones de grasas, aceites e hidrocarburos, conducido a través de un canal artesanal oculto". Indicó que antes de la apertura formal de ese proceso administrativo impuso medida preventiva en flagrancia mediante autos No. EPA-AUTO-0533-2023 del 12 de mayo de 2023 y No. EPA-AUTO-0622-2023 del 25 de mayo de 2023, consistente en la suspensión de actividades. Luego, a través del Auto No. EPA-AUTO-0632-2023 del 29 de mayo de 2023 inició procedimiento sancionatorio y mediante Auto No. EPA-AUTO-1196-2023 del 28 de julio de 2023 formuló pliego de cargos. Después, mediante Auto No. EPA-AUTO-1891-2023 del 20 de octubre de 2023 dispuso el levantamiento de la medida preventiva impuesta. Finalmente, precisó que el trámite está pendiente de emitir auto de apertura a pruebas.

20. Luego de la anterior descripción agregó que por el estado del trámite no es posible identificar si el potencial daño ambiental tuvo implicaciones respecto de la comunidad aquí accionante. Adicionalmente, puntualizó que la situación no fue puesta en conocimiento de otra corporación ambiental ya que la infracción ocurrió en la zona donde ejerce competencia. Por último, precisó que no ha recibido más quejas referentes a la actividad de la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S.

21. La sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S. expresó que su proyecto consiste en "construir unas bodegas de uso comercial y de residuos ordinarios y peligrosos [...y] para transformación de aceites residuales mediante tecnología de separación por calor", para lo cual cuenta con los permisos correspondientes, emitidos por el EPA Cartagena, autoridad que evaluó los impactos ambientales y concluyó que "no afectará a pobladores, ni comunidades vecinas, solo al momento de la construcción es que puede haber algunos impactos sin

embargo, seria mínimo y la ubicación de la empresa y sus horarios establecidos no afectara a los habitantes cercanos, que dicho sea de paso son trabajadores de la zona (sic).". También destacó que el desarrollo de su proyecto no interactúa con la zona donde se ubica la comunidad accionante, pues la zona geográfica se distancia en "5 Kms" del corregimiento de Membrillal "que es un corregimiento de paso entre la vía Mamonal y Gambote y [las] actividades [de la comunidad] no tienen ninguna incidencia con la ubicación de la Empresa[, ya que] que esta [está] ubicada aguas abajo, por lo tanto no existe ninguna afectación económica y social", por consiguiente, no existe ninguna posibilidad de afectación. Por último, apuntó que la medida preventiva impuesta por el EPA Cartagena ya fue levantada.

22. El Ministerio del Interior puntualizó que para la expedición de la Resolución ST-0268 de 2021 la DANCP cumplió con las etapas previstas en la Directiva Presidencial No. 8 de 9 de septiembre de 2020, aclarando que esa dependencia "no emite los actos administrativos en función a los términos de traslape o meramente al análisis cartográfico, al contrario, el análisis técnico que se realiza para determinar la procedencia o no de la consulta previa tiene como fundamento el concepto de afectación directa".

23. En ese sentido, explicó que, para la verificación de la interacción ambiental, cultural, social o económica del consejo comunitario en la zona, "se tuvieron en cuenta aspectos relacionados con las dinámicas territoriales de la comunidad étnica del consejo comunitario Miriam Makeba y como se señaló antes, se acudió a la información de las distintas bases de datos enlistadas en numeral anterior [análisis cartográfico y estudio geográfico]. Así como aquellos limites que se identificaron entre la distancia existente del contexto en el cual se desarrollan dichas dinámicas territoriales y el contexto en el cual se ejecutaron las actividades e intervenciones del proyecto, evidenciándose que no presenta una coincidencia entre los mismos, que pudiera resultar en una posible afectación directa a la comunidad étnica analizada [... y] no se identificaron intervenciones relacionadas con el mencionado sistema fluvial aledaño al área de interés del proyecto, [Al punto que en el acto administrativo se dijo que] "mediante el análisis de los contextos cartográfico y geográfico de comunidades étnicas de cara a las actividades del proyecto en mención, se identificó que la comunidad étnica más cercana se encuentra localizada aproximadamente a 1,30 km en línea recta del área del polígono aportado por el solicitante, ubicada en el sector Membrillal en área rural de Cartagena de Indias lugar donde desarrollan buena parte de sus actividades económicas. Que el proyecto por su parte se localiza en la zona industrial de Cartagena de

Indias, en un sector altamente intervenido por las actividades industriales de la ciudad separado de la comunidad por la variante Mamonal-Gambote, factores que condicionan y limitan la interacción entre el contexto donde se desarrollan las actividades del proyecto”” (Destacado fuera de texto original).

24. Ahora, exclusivamente en cuanto a la verificación del impacto ambiental del proyecto, anotó que “son las autoridades ambientales a quienes les corresponde agotar la instancia dentro de sus competencias para aprobar y hacer seguimiento a las medidas de manejo ambiental establecidas por la empresa PETROAMBIENTAL MAMONAL S.A.S”.

25. Finalmente, en cuanto a la visita de verificación, aclaró que tal diligencia no se realizó porque a partir del análisis técnico, consistente en el análisis cartográfico, y del estudio geográfico hecho a partir de la información obrante en su repositorio, se encontró que no coincidían ni siquiera en la zona y existen factores que desdicen una interacción confluyente, lo cual le permitía prescindir de esa metodología, sin que por ello la decisión pueda predicarse desacertada.

26. El representante legal del Consejo Comunitario de Negritudes de Membrillal “Miram Makeba” respondió que la afectación ocasionada por el proyecto de la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S. se circunscribe al vertimiento de desechos peligrosos en los afluentes que usa la comunidad, lo cual ya sido objeto de sanciones ambientales por el EPA Cartagena. Al respecto, explicó que la sociedad evacúa inapropiadamente “Residuos líquidos peligrosos derivados del petróleo y otras sustancias químicas, contaminantes que afectan, no solo el área de influencia directa sino que por escorrentía, vertimiento indiscriminado y dispersión aérea terminan impactando sobre nuestra comunidad”; todo lo cual, a su juicio, perjudica el ejercicio de la agricultura y la pesca en la zona, además del abastecimiento de líquido para el consumo.

27. La CAR del Dique indicó que no han recibido quejas respecto de la actuación de la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S. con relación a la zona donde ellos ejercen inspección y por lo mismo no han adelantado trámite alguno en contra de dicha sociedad. Añadió que desconocen el impacto que pudo tener la situación que provocó la apertura del trámite sancionatorio por parte del EPA Cartagena en relación con el consejo comunitario accionante, pues, por la etapa que cursa aquel trámite, no es factible conocer sobre ello.

. CONSIDERACIONES

28. La Sala seguirá el siguiente esquema: se establecerá la competencia de la Corte para analizar el caso en concreto, se abordará el examen de procedibilidad de la acción y, en caso de que se supere esta etapa, se procederá con el planteamiento del problema jurídico de fondo y se asumirá la revisión sustancial de los derechos invocados por la parte accionante.

A. A. Competencia.

29. La Corte es competente para conocer de esta acción de tutela, de acuerdo con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución, los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991, así como en virtud del Auto del 30 de noviembre de 2023 expedido por la Sala de Selección de Tutela Número Once.

B. Procedencia de la acción de tutela

30. Según la Constitución y el Decreto Ley 2591 de 1991, para el ejercicio de la acción de tutela se deben acreditar unos requisitos que permitan establecer su procedencia, a fin de resolver el problema jurídico puesto en conocimiento del juez constitucional. Tales requisitos son: (i) la legitimación en la causa por activa y por pasiva, (ii) la inmediatez y, por último, (iii) la subsidiariedad. Por tanto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte procederá a realizar su análisis en el presente asunto.

31. De manera preliminar, es importante acotar que el Convenio 169 de la OIT (sobre pueblos indígenas y tribales) propende por que se asegure a los pueblos que puedan iniciar procedimientos legales, ya sea “personalmente o por conducto de sus organismos representativos”, para así garantizar que sus derechos sean respetados y, en línea con ello, es pertinente reiterar que la procedibilidad de las tutelas promovidas por pueblos étnicos y, en general, sujetos de especial protección constitucional, debe examinarse con flexibilidad.

32. Tal flexibilidad se justifica en la necesidad de derribar los obstáculos que han impedido que estas poblaciones accedan a los mecanismos judiciales que el Legislador diseñó para la protección de sus derechos en las mismas condiciones en que pueden hacerlo otros sectores de la población. Esta aproximación garantista del acceso a la justicia de poblaciones tradicionalmente alejadas del aparato judicial por razones de aislamiento geográfico,

marginalización económica o por su diversidad cultural, tiene plena justificación en el marco de un Estado comprensivo de la diversidad étnica y de las especificidades que caracterizan a aquellos pueblos que se identifican como culturalmente distintos de la sociedad dominante.

i. (i) Legitimación en la causa por activa.

33. El artículo 86 superior establece que toda persona que considere vulnerados sus derechos fundamentales o que se encuentre en situación de amenaza, podrá interponer acción de tutela directamente o a través de un representante que actúe en su nombre.

34. En concordancia con el reconocimiento de los pueblos étnicos como sujetos colectivos titulares de derechos fundamentales, la jurisprudencia ha admitido que la legitimación en la causa por activa está radicada en: "(i) las autoridades ancestrales o tradicionales de la respectiva comunidad; (ii) los miembros de la comunidad; (iii) las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, y (iv) la Defensoría del Pueblo".

35. En el caso bajo estudio el accionante, Jairo Restrepo Mena, acreditó ser miembro y el representante legal del Consejo Comunitario de Negritudes de Membrillal "Miriam Makeba". De esa manera, está facultado para solicitar la protección de los derechos fundamentales del consejo comunitario ante la amenaza o vulneración en la que presuntamente se incurrió por parte de las entidades accionadas.

() Legitimación en la causa por pasiva.

37. La Corte ha sostenido que, para satisfacer el requisito de legitimación en la causa por pasiva, es necesario acreditar dos exigencias: (i) que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y (ii) que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho fundamental se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión.

38. Para la Sala de Revisión, en este caso se verifica la legitimación en la causa por pasiva. La Petroambiental Mamonal S.A.S. es una sociedad que presta un servicio público por dedicarse al tratamiento de aguas residuales y en cuyo ejercicio se le acusa de haber realizado actos de impacto ambiental negativo que presuntamente perjudican las actividades económicas y culturales de la Comunidad "Miriam Makeba".

39. A su turno, la Dirección de Autoridad Nacional de Consulta Previa (DANCP) del Ministerio del Interior, como encargada de la determinación de la procedencia de las consultas previas y su coordinación técnica y logística, se encuentra legitimada por pasiva por ser quien autorizó prescindir de consulta previa en el presente caso, decisión que es reprochada por la comunidad accionante, pues, a su juicio, no se ejecutaron las tareas administrativas necesarias para la adopción de la decisión contenida en la Resolución No. ST-0268 de 31 de marzo de 2021.

40. El Establecimiento Público Ambiental de Cartagena (EPA Cartagena) está legitimado por vía indirecta, en razón a que, al ser la autoridad ambiental en la zona donde la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S. adelanta sus laborales, la decisión que aquí se adopte, en caso de ampararse el derecho invocado, podría tener virtuales implicaciones en el ejercicio de sus competencias de vigilancia.

41. En cuanto a la Corporación Autónoma Regional del Dique (CAR del Dique), también está legitimada por vía indirecta, pues, al ser la autoridad ambiental en la zona donde se ubica el Consejo Comunitario de Negritudes del Membrillal "Miriam Makeba", la decisión que aquí se adopte, en caso de ampararse el derecho invocado, podría tener virtuales implicaciones en el ejercicio de sus competencias de vigilancia.

42. Sobre las dependencias de la Procuraduría aquí vinculadas, esto es, la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios y la Procuraduría Delegada para Asuntos Étnicos, conviene precisar que su intervención en el trámite, según se aprecia en el auto que así lo dispuso y en las respuestas que rindieron oportunamente, se hizo en condición de terceros con capacidad de rendir informes sobre el ejercicio de sus competencias, pero no como llamados a responder por las vulneraciones denunciadas. De hecho, sus informes versaron sobres las actuaciones que ha conocido respecto de la comunidad accionante, la sociedad accionada y la autoridad encargada del trámite de consulta previa.

() Inmediatez.

43. Este tribunal ha señalado que el propósito de la acción de tutela es asegurar la protección inmediata de los derechos fundamentales, como se infiere de lo previsto en el artículo 86 del texto superior. Esto significa que este instrumento judicial, por querer del Constituyente, corresponde a un medio de defensa previsto para dar una respuesta

oportuna, en aras de garantizar la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza, lo que se traduce en la obligación de procurar su ejercicio dentro de un plazo razonable, pues de lo contrario no se estaría ante el presupuesto material para considerarlo afectado.

44. Si bien la Constitución y la ley no establecen un término de caducidad, en la medida en que lo pretendido con el amparo es la protección concreta y actual de los derechos fundamentales, la jurisprudencia ha señalado que le corresponde al juez de tutela –en cada caso en concreto– verificar si la acción se interpuso de forma oportuna. Para tal efecto, deben considerarse las circunstancias personales del actor, su diligencia, sus posibilidades reales de defensa y el surgimiento de derechos de terceros. Este cálculo se realiza entre el momento en que se genera la actuación que causa la vulneración o amenaza del derecho y aquél en la que el presunto afectado acude al amparo para solicitar su protección.

45. Para la Corte, en el asunto bajo examen se cumple este presupuesto, pues la queja de la comunidad accionante da cuenta de una actividad actual que presuntamente genera repercusiones ambientales con implicaciones directas en su contra, sin que se precise un evento único y exclusivo, sino que se mantiene en el tiempo, además de que, si bien hubo una medida preventiva que impuso la suspensión de actividades de la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S., aquella medida fue levantada y se continúa realizando la operación de vertimiento de residuos líquidos que rechaza la agrupación accionante.

46. Del mismo modo, el Consejo Comunitario continúa sin ser convocado para participar en las gestiones que corresponden a la DANCP, lo que permite presumir que se mantiene en el tiempo una vulneración de su derecho a la participación y, en esa misma línea, como quiera que el goce efectivo a la consulta previa es continuo, es decir, este es un derecho que acompaña todas las fases de un proyecto, en caso de que pueda llegar a ocurrir una eventual sanción ambiental derivada del proceso que adelanta el EPA Cartagena, la consulta puede aún hacerse exigible.

() Subsidiariedad.

47. De conformidad con los artículos 86 de la Constitución y 6° del Decreto Ley 2591 de 1991, la acción de tutela es (i) improcedente si existe un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico sometido a decisión y no existe el riesgo de

que opere un perjuicio irremediable respecto de los derechos alegados. A esta regla general, se adicionan dos hipótesis específicas que se derivan de la articulación de los citados conceptos, conforme con las cuales: (ii) el amparo es procedente de forma definitiva, si no existen medios judiciales de protección que sean idóneos y eficaces para resolver el asunto sometido a consideración del juez; y, por el contrario, es (iii) procedente de manera transitoria, en el caso en que la persona disponga de dichos medios, pero exista la posibilidad de que se configure un perjuicio irremediable. En este último caso, la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

48. Un mecanismo judicial es idóneo si es materialmente apto para resolver el problema jurídico planteado y producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Por su parte, es eficaz cuando permite brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados. Lo anterior implica que el juez constitucional no puede valorar la idoneidad y la eficacia del otro medio de defensa judicial en abstracto. Por el contrario, debe determinar si, de acuerdo con las condiciones particulares del accionante y los hechos y circunstancias que rodean el caso, dicho medio le permite ejercer la defensa de los derechos que estima vulnerados de manera oportuna e integral.

49. Por lo demás, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el perjuicio irremediable se caracteriza por ser (i) inminente, es decir, que la lesión o afectación al derecho está por ocurrir; (ii) grave, esto es, que el daño del bien jurídico debe ser de una gran intensidad; (iii) urgente, en tanto que las medidas para conjurar la violación o amenaza del derecho se requieren con rapidez; e (iv) impostergable, porque se busca el restablecimiento de forma inmediata.

50. Frente al caso en concreto, la jurisprudencia de esta Corporación ha insistido en que las acciones contenciosas no son adecuadas para proteger el derecho a la consulta previa cuando las autoridades administrativas respaldan acciones que tienen la potencialidad de impactar a estas comunidades, pues tales herramientas procesales no “ofrecen una respuesta clara, omnicomprensiva y definitiva a la vulneración de derechos de las comunidades que tienen una especial protección constitucional y vulnerabilidad, ni siquiera, ante la posible imposición de medidas provisionales […]”.

51. Esta Corte ha considerado que la protección que ofrecen las acciones contenciosas del

derecho a la consulta previa es insuficiente, porque “estudiar la legalidad de un acto administrativo no implica que se adopten modos de resarcimiento que serían propios del juez de amparo de derecho, rol que obedece a su función protectora de los derechos fundamentales”. Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha sido clara al sostener que “no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados”.

52. Ahora bien, a pesar de lo dicho, en gracia de discusión y considerando que en este asunto lo cuestionado es un acto administrativo susceptible de control judicial, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el expediente administrativo, la comunidad accionante no tuvo oportunidad de participar en la actuación administrativa previa a su expedición ni de ejercer algún medio de control judicial para controvertirlo, pues, según narra la solicitud de tutela, dicha comunidad no fue oportunamente enterada ni del trámite ni de su decisión, reparo que no se contradijo por parte de la DANCP en sus intervenciones, por lo que se tiene por cierto. En tal sentido, resulta desacertado entender insatisfecho este presupuesto como lo comentaron los jueces de instancia, cuando al accionante no se le garantizó el espacio procesal para eventualmente hacer valer sus derechos u oponerse.

53. Así, con independencia de la posibilidad de ejercer o no algún medio de control ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es claro que la acción de tutela es la senda judicial apta y definitiva en este particular escenario, en razón a que la jurisprudencia constitucional ha reconocido esta acción como vía principal para que los grupos étnicos reclamen la protección de su derecho a la consulta previa, a través del cual se hacen efectivos otros derechos de los que depende su pervivencia como comunidades étnica y culturalmente diversas.

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

C. Planteamiento del problema jurídico, método y estructura de la decisión.

56. ¿La DANCP adelantó la totalidad de actos necesarios para comprobar o descartar una posible afectación directa a las personas que integran el Consejo Comunitario de Negritudes de Membrillal “Miriam Makeba” con relación al proyecto “parque industrial y/o ambiental

para el almacenamiento, tratamiento, reciclaje y valorización de residuos industriales", de conformidad con los parámetros que jurisprudencialmente ha fijado la Corte Constitucional al respecto?

57. Verificado lo anterior, ¿el proceder de la DANCP permite predicar la vulneración de los derechos fundamentales invocados por la comunidad accionante (consulta previa, participación y diversidad étnica y cultural) o algún otro?

D. Análisis del problema jurídico.

58. Con el fin de dar respuesta a los problemas jurídicos de fondo, como primera medida, la Corte reiterará las reglas jurisprudenciales relativas (i) al derecho fundamental a la consulta previa, (ii) el concepto de afectación directa como parámetro para definir la procedencia de la consulta previa, (iii) los presupuestos mínimos del trámite de certificación de procedencia de consulta previa a cargo de la DANCP y (iv) la oportunidad para llevar a cabo la consulta previa. Con base en ello se analizará si el proceder desplegado por la DANCP fue suficiente para definir la existencia o no de la afectación directa en el caso concreto.

i. (i) El derecho fundamental a la consulta previa. Reiteración de jurisprudencia.

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

60. Este modelo de relación con los grupos étnicos establecido en la Constitución, consolidado con la incorporación al derecho interno del Convenio 169 de 1989 de la OIT, se funda en un enfoque de diversidad y autonomía. Este modelo ha dado lugar a la consagración de una serie de derechos orientados a: (i) garantizar las condiciones para su

existencia como pueblos culturalmente diversos; (ii) reconocer espacios de autonomía para definir sus prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y controlar, en la mayor medida posible, su propio desarrollo económico, social y cultural; (iii) corregir y compensar patrones históricos de discriminación, a través de acciones afirmativas que establezcan las condiciones para que la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país sea real y efectiva; (iv) asegurar su participación no sólo en los escenarios donde se toman decisiones susceptibles de afectarles de manera directa, sino además en aquellos donde se definen, con carácter general, las reglas del juego social.

61. Entre estos derechos se destaca la consulta previa, a través del cual se busca hacer efectivo este nuevo modelo de relación con la alteridad basado en el reconocimiento de la diversidad y de la autonomía y en la necesidad de propiciar un intercambio de conocimiento entre distintos saberes en torno al concepto de desarrollo. Además, la consulta previa constituye una garantía específica de las exigencias de la justicia ambiental -equidad distributiva, participación, sostenibilidad y precaución- en relación con los grupos étnicos. Tales exigencias permean el diseño constitucional de este mecanismo, que toma como punto de partida el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política, donde se establece la obligación estatal de garantizar la participación de las comunidades indígenas previa la explotación de recursos naturales en sus territorios.

62. A partir de la sentencia SU-039 de 1997, que amparó el derecho del pueblo U'wa a ser consultado antes de autorizar la realización de actividades de exploración de hidrocarburos en su territorio, la Corte Constitucional ha establecido que la consulta previa opera no sólo tratándose de proyectos de explotación de recursos naturales en territorios de grupos étnicos, sino también en relación con medidas legislativas y administrativas, así como frente a la ejecución de proyectos, obras o actividades de diversa índole, susceptibles de afectarles de manera directa.

63. Esta Corte ha precisado que la consulta previa es un derecho fundamental que protege a los pueblos indígenas y tribales, así caracterizado:

"(i) [E]l objetivo de la consulta previa es intentar lograr en forma genuina y por un diálogo intercultural el consentimiento con las comunidades indígenas y tribales sobre las medidas que las afecten; (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes; (iii) por

medio de la consulta se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados; (iv) la consulta debe ser un proceso intercultural de diálogo en el que el Estado debe entonces tomar las medidas necesarias para reducir las desigualdades fácticas de poder que puedan tener los pueblos étnicos; (v) en este diálogo intercultural ni el pueblo tiene un derecho de veto ni el Estado un poder arbitrario de imposición de la medida prevista; (vi) la consulta debe ser flexible, es decir, adaptarse a las necesidades de cada asunto; (vii) la consulta debe ser informada, esto es dispensar a los pueblos indígenas y tribales la información suficiente para que ellos emitan su criterio; (viii) la consulta debe respetar la diversidad étnica y cultural lo que permitirá encontrar mecanismos de satisfacción para ambas partes".

65. La jurisprudencia de la Corte inspiró la Directiva Presidencial No. 8 de 9 de septiembre de 2020, según la cual para determinar si un proyecto de obra o actividad requiere consulta previa, la DANCP debe fijar su atención en el criterio de afectación directa, en los términos tratados por la Corte Constitucional y con fundamento en los estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que se requieran, sin perjuicio de que, siendo éstos insuficientes para concluir, se ejecute visita de verificación.

() El concepto de afectación directa como parámetro determinante para concluir la procedencia de la consulta previa.

66. A partir de lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, la jurisprudencia constitucional ha precisado que la consulta previa se activa en presencia de medidas legislativas y administrativas susceptibles de generar una afectación directa a los pueblos étnicos. Como lo precisó la Sala Plena en la Sentencia SU-123 de 2018, "el presupuesto clave para la activación del deber de consulta previa es entonces que una determinada medida sea susceptible de afectar directamente a un pueblo étnico," señalando a renglón seguido que "por economía del lenguaje suele hablarse del concepto de 'afectación directa'", entendida esta última como "el impacto positivo o negativo que pueda tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica". En estos términos, "procede entonces la consulta previa cuando existe evidencia razonable de que una medida es susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena o a una comunidad afrodescendiente".

67. La Corte ha señalado que la afectación directa es un concepto de relevancia constitucional, cuya adecuada interpretación y aplicación "exige un acercamiento a la cultura diversa concernida y, especialmente, una disposición a la construcción de un diálogo intercultural, esto es, en condiciones de igualdad y respetuoso de las diferencias, incluso las radicales".

68. Asimismo, en la Sentencia SU-123 de 2018 señaló que:

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

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

"(i) [S]e perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido".

70. Sin embargo, la evidencia razonable requerida para decidir sobre la procedencia de la consulta previa no exige acreditar que la afectación directa que en cada caso se alega efectivamente haya ocurrido, sino que de manera anticipada pueda concluirse, a partir de la

evidencia disponible, que es altamente probable que se produzca como consecuencia de la ejecución del proyecto, obra o actividad de que se trate.

71. Condicionar la procedencia de la consulta a que se acredite que la afectación directa ya está causada o que se está produciendo desconocería el carácter previo de la consulta. Pensarlo de esa forma desvirtuaría el sentido de esta figura como mecanismo de diálogo intercultural orientado a garantizar la participación efectiva de los pueblos en la toma de decisiones que tienen el potencial de afectarles de manera directa. De ahí que, si bien por economía del lenguaje se habla de "afectación directa" como condición para la procedencia de la consulta previa, ello no implica desconocer que se trata de una evaluación ex ante de la medida en cuestión a fin de establecer si esta es susceptible de afectar de manera directa a las comunidades étnicas y no de una verificación ex post de las afectaciones ya producidas o en curso.

72. La Corte ha indicado, además, que el concepto de afectación directa difiere del de área de influencia de un proyecto. Mientras esta es una noción técnica que alude al espacio geográfico en el que se desarrollará un proyecto, la afectación directa no necesariamente se circunscribe a su área. De paso que, dentro del área de influencia es necesario identificar, caso a caso, las afectaciones directas que el proyecto cause a las comunidades étnicas que allí se encuentran, por cuanto ambos conceptos no son asimilables.

73. Esto último no implica, sin embargo, que el criterio de área de influencia directa de un proyecto resulte indiferente para los operadores jurídicos en los casos de consulta previa; así:

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

75. Esta carga probatoria, sin embargo, debe interpretarse en consonancia con los principios que rigen el trámite de la acción de tutela, en particular con el de prevalencia del derecho

sustancial que, como lo señala el Decreto 2591 de 1991 y lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional, impone al juez de tutela un rol activo para recabar oficiosa y diligentemente las pruebas necesarias, sin escatimar en los "medios de prueba para que la justicia se materialice". De existir dudas sobre si un proyecto, obra o actividad es susceptible de afectar de manera directa a la comunidad étnica que demanda el amparo, "será imprescindible la realización de visitas al lugar" y, tratándose de potenciales impactos sobre el ambiente y la salud, aplicar el principio de precaución.

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

"[C]uando la preservación de los usos y costumbres de la comunidad étnica se hace evidente y la medida examinada se relaciona directamente con ellos; cuando la medida impacta zonas de un territorio en las cuales las comunidades étnicas han desarrollado sus prácticas culturales de manera permanente, intensa y con pretensión de exclusividad; cuando el relacionamiento de la comunidad étnica con la sociedad mayoritaria es históricamente reducido y la medida tiene una incidencia específica en las actividades de la comunidad; cuando la medida que se examina tiene un impacto persistente o continuo en la comunidad; cuando la medida degrada el medio ambiente en general y los efectos adversos del cambio climático impacta el goce de derechos de la comunidad".

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

"la determinación del grado de afectación debe ser el resultado de una cuidadosa consideración y valoración de los diferentes factores en juego en cada caso, teniendo en cuenta lo establecido como criterios sustantivos; la perspectiva de las comunidades étnicas sobre la caracterización del grado de afectación resulta especialmente importante y, en

consecuencia, debe presumirse cierta cuando aporten, en el marco de un diálogo intercultural, elementos y fundamentos mínimos que permitan identificar el sustento de dicha caracterización; en caso de que se aporten los elementos y fundamentos mínimos que sustenten la caracterización, corresponde a las autoridades responsables atenerse a dicha caracterización, a menos que se aporte evidencia objetiva, contrastable y significativa acerca de que el grado de afectación es diferente; y en caso de duda irresoluble acerca de la intensidad de la afectación deberá preferirse el mecanismo de participación más amplio. En consecuencia: i) si existe una duda irresoluble acerca de si la medida implica una "afectación directa intensa" o una "afectación directa" deberá resolverse exigiendo el consentimiento previo, libre e informado; y ii) si existe una duda irresoluble acerca de si la medida implica una "afectación directa" o "afectación indirecta", deberá resolverse exigiendo la realización de la consulta previa".

() Presupuestos mínimos del trámite de certificación a cargo de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa – DANCP. Reiteración de jurisprudencia.

78. Uno de los escenarios en los que se concretan los deberes de debida diligencia del Estado frente a comunidades étnicas se refiere al trámite de la certificación a cargo del DANCP sobre la procedencia de la consulta previa con comunidades étnicas para proyectos, obras o actividades. Este acto administrativo resulta decisivo en la materialización del derecho a la consulta previa, pues es el que abre o cierra la puerta a este mecanismo de diálogo intercultural. Además, es fuente de seguridad jurídica para las comunidades étnicas involucradas, así como para las personas naturales y jurídicas interesadas en llevar a cabo proyectos, obras o actividades en sus territorios y de la sociedad en general.

79. Pese a su importancia, esta Corporación ha identificado múltiples deficiencias en el trámite y expedición de dichas certificaciones por parte de la dependencia a cargo en el Ministerio del Interior. En concreto, el reproche extendido en el tiempo ha sido que, en cumplimiento de su misión, la autoridad responsable, en un gran número de ocasiones, se limita a certificar la presencia (o ausencia) de comunidades a partir, principalmente, de un análisis cartográfico basado en la información suministrada por el interesado en ejecutar el proyecto o en la disponible sobre comunidades y territorios en bases de datos de entidades del nivel central.

80. Ese desconocimiento reiterado y sistemático del deber de debida diligencia por parte de la DANCP llevó a que en la Sentencia SU-123 de 2018 la Corte dedicara una sección entera a especificar los requisitos de validez que deben reunir los certificados expedidos por dicha dependencia para ajustarse a las reglas jurisprudenciales que han precisado el concepto de afectación directa.

81. Se explicó que la DANCP (i) no debe limitarse a señalar la presencia o ausencia de comunidades étnicas dentro del territorio correspondiente al área de afectación del proyecto, sino que debe incorporar un estudio particular y expreso sobre la posible afectación directa que pueda causar el proyecto, obra o actividad a las comunidades étnicas con independencia de la limitación del área de influencia; (ii) deberá, cuando sea relevante, recurrir a las entidades territoriales, a las corporaciones regionales y a las instituciones académicas, culturales o investigativas especializadas (v.gr. el Instituto Colombiano de Antropología e Historia –ICAHN– o el Instituto Geográfico Agustín Codazzi –IGAC–) con el fin de obtener la información que permita establecer con la mayor seguridad jurídica si un pueblo indígena o afrocolombiano se encuentra o podría resultar afectado por un proyecto o actividad dentro de un determinado territorio; y (iii) deberá garantizar el derecho a la participación de las comunidades que puedan llegar a tener interés en el desarrollo de un POA, lo cual se define dependiendo la intensidad de la posible afectación: participación básica, consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado.

82. En cumplimiento de tales directrices, el Gobierno expidió el Decreto 2353 de 2019, el cual, de manera expresa, estableció el criterio de afectación directa para determinar la procedencia de la consulta previa. Asimismo, en punto de la información a recaudar para aplicar tal criterio, la Directiva Presidencial Nº 8 del 9 de septiembre de 2020, denominada "Guía para la realización de consulta previa", en sus numerales 3.2 y 3.3 señala que, una vez recibida la solicitud por parte de una entidad promotora o ejecutora de un proyecto, obra o actividad (en adelante POA), la DANCP deberá:

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

Historia, y en las demás entidades que se considere pertinente.

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

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

84. En relación con este último defecto, en la Sentencia T-219 de 2022 la Corte exhortó a la DANCP para que "en eventos futuros, notifique los actos administrativos que profiera en los trámites de consulta previa a las comunidades que están presentes en los entes territoriales en los cuales serán desarrollados los proyectos, obras y actividades, sin importar si aquellas resultan o no afectadas con la iniciativa, para que puedan ejercer sus derechos fundamentales en el marco del proceso administrativo".

85. Dicha intervención es benéfica para todas las partes concernidas en el desarrollo de un proyecto, obra o actividad. A las comunidades les permite obtener información directa y fidedigna sobre el proyecto objeto de certificación y esto, en primer lugar, contribuye a contrarrestar uno de los primeros efectos negativos que tiene la noticia de la llegada de un proyecto de desarrollo a un territorio: la incertidumbre de sus habitantes, sobre lo que va a acontecer y sobre lo que el proyecto significará para sus vidas y para las relaciones que tejen

con los demás seres que habitan su territorio. Permitir que las comunidades próximas al área del proyecto participen en el trámite de certificación contribuye así a conjurar el rumor, un factor que puede en sí mismo ser muy perturbador, en este caso para quienes habitan en las zonas en las que proyecta ejecutarse alguna iniciativa de desarrollo. En segundo lugar, pero no menos importante, la información que obtienen las comunidades gracias a su temprana intervención en el trámite de certificación les permite efectuar análisis, basados en evidencia, sobre las potenciales afectaciones directas que para ellas pueden derivarse del proyecto en cuestión.

(vi) La oportunidad de la consulta previa.

86. La Corte ha reiterado que la consulta (i) si bien debe ser previa al inicio del respectivo proyecto, obra o actividad, (ii) su procedencia no se agota en un único momento, sino que es un proceso que acompaña todas las fases del proyecto y que se activa cada vez que ocurre un cambio sustancial en sus condiciones.

87. Por lo anterior no se configura un daño consumado cuando se ha omitido la consulta previa al inicio de un proyecto, pues, se insiste, ésta procede aun cuando el proyecto esté en marcha o, incluso, haya finalizado, en este evento con el propósito de definir las etnorreparaciones por las afectaciones causadas por el proyecto, obra o actividad inconsulta.

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

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

17.12. De manera especial, la consulta procede aun cuando el proyecto esté en marcha, e incluso, cuando haya finalizado. En este caso, se dirige a la adopción de actividades, obras o medidas de contingencia para reparar, recomponer, restaurar o recuperar la afectación al tejido cultural, social, económico o ambiental, según el daño sufrido por la comunidad étnica.

Las medidas reparatorias deben realizarse con un enfoque diferencial que tome en cuenta las particularidades del pueblo afectado (etno-reparaciones)".

E. Solución del caso concreto.

90. Se encuentra acreditado que el 12 de febrero de 2021 el representante legal de la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S. solicitó a la DANCP una certificación de procedencia de consulta previa. Dicha autoridad revisó la documentación anexa a la solicitud, verificó la localización del proyecto a partir de las coordenadas aportadas y un ejercicio de "cartografía básica y temática IGAC 2020" e identificó que el proyecto se desarrollaría en zona industrial de Cartagena de Indias y que la comunidad étnica más cercana se encuentra ubicada a 1,30 kilómetros, denominada Consejo Comunitario de Membrillal "Miriam Makeba", asentada en el sector Membrillal, que es un área rural de la misma ciudad donde desarrollan buena parte de sus actividades económicas. Luego de ello procedió con el análisis geográfico apoyado en "la consulta en las bases de datos institucionales de comunidades étnicas" y finalmente, mediante la Resolución No. ST-0268 de 31 de marzo de 2021, concluyó que no se evidenció coincidencia territorial entre el proyecto y la comunidad.

91. En dicho acto administrativo, si bien se advirtió la presencia de la comunidad accionante, se descartó la eventual afectación directa tras aducir que:

"mediante el análisis de los contextos cartográfico y geográfico de comunidades étnicas de cara a las actividades del proyecto en mención, se identificó que la comunidad étnica más cercana se encuentra localizada aproximadamente a 1,30 km en línea recta del área del polígono aportado por el solicitante, ubicada en el sector Membrillal en área rural de Cartagena de Indias lugar donde desarrollan buena parte de sus actividades económicas. Que el proyecto por su parte se localiza en la zona industrial de Cartagena de Indias, en un sector altamente intervenido por las actividades industriales de la ciudad separado de la comunidad por la variante Mamonal-Gambote, factores que condicionan y limitan la interacción entre el contexto donde se desarrollan las actividades del proyecto".

92. Así descrita la actuación administrativa, la Sala constata que en el trámite y motivación de la Resolución No. ST-0268 de 31 de marzo de 2021 de la DANCP se presentan cuatro deficiencias sobre las cuales ya ha advertido esta Corte, tanto en la Sentencia SU-123 de

2018 como en decisiones posteriores, y que en este caso son las siguientes: (i) insuficiente motivación, (ii) metodología inadecuada, (iii) falta de articulación entre el nivel central de la administración y las entidades territoriales y (iv) falta de participación de las comunidades en el trámite administrativo.

93. Se encuentra demostrada la insuficiente motivación por varias razones. En primer lugar, porque la DANCP basó su decisión en situaciones que ofrecen información muy precaria (distancia entre el proyecto y la comunidad, y existencia de una vía de tránsito que atraviesa el sector), la cual no brinda insumos suficientes para un examen mínimo de los posibles impactos que el proyecto de la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S. puede llegar a generar a la comunidad accionante. El hecho de que la comunidad esté ubicada a poco más de un kilómetro del lugar donde se ejecuta el proyecto y de que estén separados por una vía de tránsito intermunicipal, son circunstancias que, por el contrario, hacen llamativo el contexto y, por ende, merecedor de una atención especial para su verificación, máxime si se tiene en cuenta que la vía a la que se alude podría traducirse en realidad en un factor de interacción y no de distanciamiento.

94. En segundo lugar, porque aunque la motivación del aludido acto administrativo diga que no se limitó a un análisis cartográfico, sino que incluyó un estudio geográfico de las relaciones que se tejen entre individuos, naturaleza y sociedad, usando técnicas de ubicación de las funciones sociales, económicas y culturales, no se observa que se hayan hecho averiguaciones relacionadas con los usos y costumbres de la comunidad, por ejemplo, relativas a las fuentes hídricas del sector donde se ejecuta el proyecto, lo cual es ahora objeto de reproche por dicha agrupación.

95. En otras palabras, en el análisis a cargo de la DANCP no se detallaron las actividades sociales, culturales y económicas de la Comunidad “Miriam Makeba” que, según informó en sede de revisión, dijo haber valorado. Nótese que no desarrolló un examen que evidenciara un estudio de las actividades de la Comunidad “Miriam Makeba” con el entorno donde se desarrolla el proyecto “parque industrial y/o ambiental para el almacenamiento, tratamiento, reciclaje y valorización de residuos industriales” a cargo de la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S.

96. En tercer lugar, porque al ser consultada en este escenario de revisión por la interacción

del proyecto con el sistema fluvial aledaño a la comunidad, la DANCP dijo que “no se identificaron intervenciones relacionadas con el mencionado sistema fluvial aledaño al área de interés del proyecto”, sin ofrecer explicación alguna respecto de la afirmación de la comunidad que asegura que sí existe una fuente hídrica convergente usada para el desarrollo de sus actividades, con lo cual se perjudica el entorno ambiental en el que cohabitan y su seguridad alimentaria, pues afirman aprovechar ese sistema fluvial para pesca de consumo.

97. Se afirma que la metodología fue inadecuada en razón a que, de lo descrito anteriormente, fácilmente se deriva que la DANCP no adelantó averiguaciones que permitieran concienzudamente definir si existía o no interacción capaz de provocar una afectación directa. Como se indicó al resumir el trámite administrativo, a la DANCP le bastó con indagar la información consignada en su repositorio, la cual, como se vio, se tradujo en un frágil sustento de su decisión final.

98. También se comprobó la falta de articulación entre el nivel central de la administración y las entidades territoriales, en la medida en que la DANCP no solicitó a la entidad territorial concernida información general sobre la interacción de comunidades étnicas en la zona de influencia del proyecto, ni mucho menos sobre las actividades económicas, sociales o culturales que, en particular, la Comunidad “Miriam Makeba” despliega en el sector.

99. Por último, en este caso se constata la falta de participación de las comunidades en el trámite administrativo. Ciertamente, pudo establecerse que, a pesar de saber de la existencia de la comunidad accionante, la DANCP no la tuvo en cuenta, pues no la llamó a participar en el trámite de certificación, de acuerdo con manifestación hecha en la solicitud de tutelaque no fue controvertida.

100. Así las cosas y a fin de dar respuesta al segundo problema jurídico planteado, para la Sala es claro que las irregularidades de la DANCP en el trámite de certificación de procedencia de consulta previa dan cuenta de una vulneración a sus derechos fundamentales a la participación y diversidad étnica y cultural -invocados en la acción-, pero también al derecho al debido proceso administrativo, ya que las comentadas fallas de procedimiento en el decurso del trámite de certificación fueron las que determinaron la violación de los primeros.

101. Conviene relievar que el juez constitucional al examinar una acción de tutela está facultado para emitir fallos extra y ultra petita, cuando de la situación fáctica se evidencie la vulneración de un derecho fundamental, aun cuando su protección no haya sido solicitada por el peticionario. Por ende, aunque no se haya pedido expresamente el amparo frente al derecho fundamental al debido proceso administrativo, de la lectura de escrito de tutela y el estudio realizado, se aprecia que la vulneración a este derecho estuvo implicada en el marco de los hechos estudiados.

103. La situación descrita amerita, entonces, que se deje sin efecto la Resolución ST-0268 de 31 de marzo de 2022 y se ordene a la DANCP rehacer el trámite de certificación de procedencia de la consulta previa, a fin de que ejecute una labor que se ajuste a los derroteros de la jurisprudencia constitucional aquí reiterados, con el ánimo de que en su metodología y motivación contemple una verificación rigurosa en torno a las posibles afectaciones referidas por la comunidad accionante.

104. Esta decisión permitirá que la misma autoridad administrativa recomponga su proceder a través de una readaptación material en las etapas del trámite a su cargo y propenderá al tiempo porque sean atendidas en debida forma, en el escenario administrativo diseñado para ello, las legítimas preocupaciones de la Comunidad "Miriam Makeba" frente a las afectaciones que podría ocasionarles el proyecto de la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S. En todo caso, es claro que la entidad accionada deberá realizar un análisis detallado del proceso sancionatorio ambiental que adelanta el EPA Cartagena, teniendo en cuenta que, en virtud del principio de precaución propio de la garantía del derecho al medioambiente, no es necesario tener certeza absoluta sobre el riesgo de una actividad en el ambiente o salud humana para que se adopten medidas que eviten la ocurrencia de un daño con graves repercusiones en el ecosistema o en la comunidad afectados.

105. En concordancia con la anterior observación, la Sala estima conveniente destacar que para la recomposición del trámite de certificación de procedencia de consulta previa, la DANCP también deberá, además de realizar la correspondiente visita de verificación, obrar de conformidad con el principio de colaboración armónica con las entidades territoriales y con las autoridades ambientales tanto del área del proyecto, como del lugar donde se ubica la comunidad, a fin de que exista una real constatación sobre cómo interactúa la Comunidad "Miriam Makeba" en la zona de influencia del proyecto, los posibles riesgos ambientales que

son objeto de investigación por parte de las autoridades ambientales y su relación también con su seguridad alimentaria, para que, con base en todo ese recaudo, pueda discernir con solidos elementos de juicio sobre la procedencia de la consulta en clave con la verificación de una eventual afectación directa.

106. Es importante tener en cuenta que la comunidad y el proyecto en cuestión se ubican geográficamente en zonas que se adscriben al municipio de Cartagena de Indias, pues convergen en el espacio limítrofe del sector rural (la comunidad) y la zona urbana (la sociedad accionada), de ahí que, como quiera en dicha ciudad concurren dos autoridades ambientales, EPA Cartagena para la zona urbana y CAR del Dique para la franja rural aquí implicada, la primera haya conocido del proceso sancionatorio en contra de Petroambiental Mamonal S.A.S., pero recalque que la comunidad se ubique en un área que no es su competencia, sino de la CAR del Dique. Por ende, ambas autoridades ambientales deben concurrir para la averiguación que la DANCP tendrá a su cargo.

107. En otras palabras, deberá realizar una visita técnica de verificación tendiente, no solo a definir el distanciamiento de la comunidad y la zona de impacto del proyecto, sino, también, a tener en cuenta la información que la Alcaldía del Distrito de Cartagena de Indias debe brindar como autoridad territorial de la zona donde confluyen el proyecto y la comunidad, además de las entidades de inspección y vigilancia ambiental concurrentes (Establecimiento Público Ambiental de Cartagena y Corporación Autónoma Regional del Dique de Cartagena), precisándose un análisis detallado del proceso sancionatorio ambiental que cursa en contra de la sociedad accionada. Todas las entidades administrativas aquí mencionadas deberán estar prestas a participar, intervenir y facilitar la información necesaria en desarrollo del proceso.

108. Es pertinente advertir que, ante la posibilidad de que pueda llegar a concluirse que es menester la consulta previa, resulta imperioso que se precise un término no muy extenso para que la DANCP agote el procedimiento a su cargo, para lo cual, entonces, se concederán 30 días hábiles. Esta decisión se ajusta a las necesidades del presente caso porque aquí estamos en presencia de una comunidad que asegura que el desarrollo del proyecto atenta frontalmente en su interacción con el medio ambiente y su fuente de alimento, lo que constituye un riesgo que merece ser verificado, procurando a una definición y solución pronta sobre el tema.

. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero: REVOCAR el fallo proferido el 13 de septiembre de 2023 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que confirmó la decisión de negar la acción de tutela presentada por el Consejo Comunitario "Miriam Makeba", a través de su representante legal, contra la Dirección de Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior (DANCP), el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena y la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S.

Segundo: En su lugar, AMPARAR los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, a la participación y a la diversidad étnica y cultural de las personas que integran el Consejo Comunitario de Negritudes "Miriam Makeba", conforme lo explicado en la parte motiva.

Tercero: DEJAR SIN EFECTO la certificación proferida por la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior (DANCP) mediante Resolución No. ST-0268 de 31 de marzo de 2021 y ORDENAR a esta dependencia que, dentro de los 15 días siguientes a la notificación de esta providencia, reinicie el trámite administrativo de certificación de procedencia de consulta previa para el proyecto "parque industrial y/o ambiental para el almacenamiento, tratamiento, reciclaje y valorización de residuos industriales de la sociedad Petroambiental Mamonal S.A.S.", a fin de que realice una comprobación en torno a la posible afectación directa que alega la comunidad accionante, de acuerdo con los fundamentos jurídicos expuestos en los párrafos 103 a 108 de la parte motiva.

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

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE

Magistrado

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con aclaración de voto

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

A LA SENTENCIA T-237/24

Expediente: T-9.716.182

Magistrado ponente: Vladimir Fernández Andrade

Con el debido respeto por la decisión adoptada por la Sala Cuarta de Revisión, suscribo la presente aclaración de voto en relación con la Sentencia T-237 de 2024, en la que se ampararon los derechos fundamentales a un debido proceso administrativo, a la participación y a la diversidad étnica y cultural de las personas que integran el Consejo Comunitario “Miriam Makeba,” vulnerados como consecuencia de las fallas en el trámite a cargo de la Dirección de Autoridad Nacional de Consulta Previa (DANCP) del Ministerio del Interior, entidad que concluyó que no era procedente la consulta previa en este caso.

Si bien comparto la parte resolutiva, considero que en la motivación de la sentencia no se debió afirmar que "existen indicios y amenazas de impactos capaces de ejemplificar una posible afectación directa, pero ante la ausencia de una adecuada actuación administrativa por parte de la DANCP que arroje información detallada al respecto, no puede argumentarse en este momento que sí ocurrió dicha vulneración". Por el contrario, considero que en la parte motiva correspondía concluir que, una vez analizado el expediente, no obraban elementos probatorios suficientes para acreditar la afectación directa tal y como lo exige la jurisprudencia constitucional y el Convenio 169 de la OIT.

Para llegar a la afirmación precitada, la sentencia realizó una explicación amplia del concepto de afectación directa como parámetro para decidir sobre la procedencia de la consulta previa, así como de la evidencia razonable requerida para acreditarla. Sin embargo, en el análisis del caso concreto, se concluyó que la DANCP no adelantó averiguaciones tendientes a corroborar si existía o no una afectación directa, por lo que no había forma de determinar si en efecto se vulneró el derecho fundamental a la consulta previa, también se aseveró que existían indicios capaces de ejemplificar una posible afectación, pero que por las falencias identificadas en la actuación administrativa adelantada por la DANCP, no podía afirmarse tal vulneración. Esta consideración, en mi opinión, es contradictoria, por las razones que pasan a explicarse.

La Sala constató que el trámite realizado por la DANCP que terminó con la expedición de la Resolución No. ST-0268 del 31 de marzo de 2021, incurrió en cuatro deficiencias, que son: "(i) insuficiente motivación, (ii) metodología inadecuada, (iii) falta de articulación entre el nivel central de la administración y las entidades territoriales y (iv) falta de participación de las comunidades en el trámite administrativo."

Entre las conclusiones a las que arribó la Sala, una vez estudiadas dichas deficiencias, era que la información estudiada por la DANCP era muy precaria y no permitía hacer un análisis mínimo de los impactos del proyecto sobre la comunidad y, que no se habían realizado las averiguaciones sobre sus usos y costumbres, en especial, aquellas relativas a las fuentes hídricas aprovechables cercanas al proyecto. De hecho, en palabras de la Sala, "de lo descrito anteriormente, fácilmente se deriva que la DANCP no adelantó averiguaciones que permitieran concienzudamente definir si existía o no interacción capaz de provocar una afectación directa."

Además, señaló que por la falta de articulación institucional, la DANCP no solicitó información sobre la interacción de comunidades étnicas en la zona de influencia del proyecto, incluyendo las del consejo comunitario accionante, quien no fue convocado en ninguna etapa del trámite de certificación.

Finalmente, concluyó que en la recomposición del proceso de evaluación de la procedencia de la consulta previa, la entidad deberá constatar la forma "cómo interactúa la Comunidad "Miriam Makeba" en la zona de influencia del proyecto, (…), para que, con base en todo ese recaudo, pueda discernir con solidos elementos de juicio sobre la procedencia de la consulta en clave con la verificación de una eventual afectación directa."

Estas consideraciones de la sentencia en estudio que se traen a colación, van en contravía de la afirmación realizada por la Sala que existen indicios capaces de demostrar una afectación directa sobre el Consejo Comunitario "Miriam Makeba.", lo