TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-393/24

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

(…) la actuación del Ministerio del Interior, representado en esta causa por la DANCP, sí implicó una vulneración del derecho fundamental a la consulta previa… dicha Dirección desconoció que el proyecto energético a cargo del (la empresa accionada) tenía la potencialidad de afectar directamente a la comunidad accionante desde varias perspectivas. Por tanto, aquella debió ser incluida desde un primer momento dentro de las comunidades certificadas en la Resolución de Procedencia y Oportunidad… para materializar la protección de su derecho fundamental a la consulta previa. Sin embargo, los funcionarios del Ministerio omitieron adelantar las gestiones necesarias para verificar el impacto del proyecto en la comunidad y, de esta manera, garantizar los derechos fundamentales de la Asociación.

PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Alcance

DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA DE GRUPOS ETNICOS SOBRE TERRITORIOS-Protección constitucional y marco normativo internacional

DERECHO A LA PARTICIPACION DE COMUNIDADES ETNICAMENTE DIFERENCIADAS-Garantía de participación activa y efectiva

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Objetivo

(…) el objetivo de la consulta es intentar genuinamente lograr un acuerdo con las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre medidas que las afecten directamente (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.).

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

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

(…) las empresas están llamadas a respetar los derechos humanos, actuando con la debida diligencia para no vulnerar los derechos humanos o contribuir a su desconocimiento. En ese sentido, deben preverse mecanismos efectivos para reparar las violaciones cuando estas se produzcan. De manera específica, en ello se concreta el deber de las empresas de celebrar consultas y cooperar de buena fe con las comunidades étnicas interesadas por medio de sus instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de iniciar actividades.

CONSULTA PREVIA-Competencias del Ministerio del Interior

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

CONSULTA PREVIA-Etapas y deberes en el proceso

CONSULTA PREVIA-Sentido y alcance de la etno-reparación

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIA T-393 DE 2024

Referencia: Expediente T-9.995.207

Acción de tutela interpuesta por la Asociación de Negritudes Unidas de Macaján-Negrihuma contra el Ministerio del Interior -Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, la empresa Celsia Colombia S.A. E.S.P. y el departamento de Sucre – municipio de Toluviejo.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

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

La Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por la magistrada Cristina Pardo Schlesinger -quien la preside-, el magistrado José Fernando Reyes Cuartas y la magistrada Natalia Ángel Cabo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo el 28 de noviembre de 2023 y, en segunda instancia, por el Tribunal Administrativo del Sucre, el 18 de diciembre de 2023, en el proceso de tutela promovido por la Asociación de Negritudes Unidas de Macaján – Negrihuma contra el Ministerio del Interior -Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, la empresa Celsia Colombia S.A. E.S.P. y el departamento de Sucre – Municipio de Toluviejo.

Síntesis de la decisión

La Sala conoció de la acción de tutela promovida por la Asociación de Negritudes Unidas de Macaján – Negrihuma contra el Ministerio del Interior -Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, la empresa Celsia Colombia S.A. E.S.P. y la Gobernación de Sucre – Municipio de Toluviejo. Dicha Asociación invocó la protección de sus derechos fundamentales, concretamente el de la consulta previa, que estimó vulnerados de manera específica por las actuaciones adelantadas por la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa y Celsia Colombia S.A. E.S.P, quienes consideraron que el proyecto de energía eléctrica que se

encuentra adjudicado a dicha empresa no es susceptible de afectar directamente a la comunidad étnica en lo que respecta, puntualmente, a asentamientos, zonas de tránsito, usos y costumbres.

Celsia indicó que se abstuvo de adelantar el trámite de consulta previa respecto de la comunidad accionante comoquiera que fue la propia DANCP la que, a partir de un análisis cartográfico, resolvió no incluir a la Asociación en la resolución de procedencia y oportunidad del aludido mecanismo de participación. Por su parte la DANCP aseguró que no encontró probada una afectación directa de la comunidad por parte del proyecto. Ello, se destaca, sin que mediara visita alguna al territorio de asentamiento del colectivo étnico. Los jueces que conocieron de la causa en primera y segunda instancia negaron el amparo invocado tras encontrar acertados los argumentos expuestos por las accionadas.

De manera preliminar, la Sala adelantó el correspondiente estudio de procedibilidad de la acción de tutela, encontrando satisfechos todos los presupuestos. Así, se procedió a plantear el problema jurídico, el cual fue resuelto a partir de reiterar la jurisprudencia en materia de derechos de las comunidades étnicas, la naturaleza y alcance de la consulta previa y los deberes del Estado y las empresas en el marco del desarrollo de proyectos, obras y actividades de interés general.

Con fundamento en las pruebas allegadas al proceso, particularmente de una visita realizada por la Defensoría del Pueblo al territorio de asentamiento de la comunidad accionante, la Sala encontró que para en el asunto bajo examen Celsia demostró, en principio, haber actuado en el marco de la buena fe y la debida diligencia. Sin embargo, se advirtieron falencias en las gestiones y deberes llamados a atender por la DANCP en punto a haber limitado sus actuaciones a un análisis netamente formal, sin haber acudido a otras fuentes que le permitieran valorar con suficientes elementos de juicio los impactos del proyecto respecto de la comunidad tutelante.

En ese orden, la Sala encontró razonable considerar, de conformidad con estudios en la materia y la información allegada por la Defensoría del Pueblo, que en esta oportunidad existen elementos que llevan a concluir que la Asociación actora ha sido y es susceptible de impactos directos por parte del proyecto que adelanta Celsia.

En consecuencia, la Sala revocó las decisiones de instancia y, en su lugar, amparó el derecho

fundamental a la consulta previa. Así, ordenó entre otras cosas la inclusión de la comunidad accionante en el proceso consultivo y exhortó a la DANCP a adoptar actuaciones más diligentes en cuanto a la certificación de comunidades étnicas aledañas a los proyectos, obras o actividades.

De forma preliminar se advierte que, para efectos de facilitar la lectura de la presente providencia, la Sala podrá hacer uso del siguiente listado de siglas, abreviaturas y acrónimos:

Asociación de Negritudes Unidas de Macaján – Negrihuma

ANUM o la Asociación

Empresa Celsia Colombia S.A. E.S.P.

Celsia S.A, la empresa

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

DANCP

Autoridad Nacional de Licencias Ambientales

ANLA

El proyecto UPME 05-2018 – Nueva Subestación Toluviejo 220 KV y Línea de Transmisión Asociada – Tramo 2

el proyecto

Etapa de Diagnóstico Ambiental de Alternativas

DAA

Kilómetros viales

Kv

RPOCP

Proyecto, obra o actividad

POA

Comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras

comunidades NARP

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), el Decreto 2591 de 1991 (art. 33) y el Acuerdo 02 de 2015 (art. 55), la Sala de Selección Número Tres de 2024 de la Corte Constitucional escogió para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia. Así, de conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, la Sala procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. De los hechos y las pretensiones

El señor Rafael Enrique Ricardo Narváez, en calidad de representante legal de la Asociación de Negritudes Unidas de Macaján – Negrihuma, presentó acción de tutela en contra del Ministerio del Interior – Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, la empresa Celsia Colombia S.A. E.S.P. y la Gobernación de Sucre – Municipio de Toluviejo por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la integridad social, cultural y económica, a la participación democrática, a la consulta previa y al debido proceso de la referida Asociación. Lo anterior tras asegurar que, en el marco del desarrollo del proyecto “UPME 05-2018 – Nueva Subestación Toluviejo 220 KV y Línea de Transmisión Asociada – Tramo 2”, la comunidad que representa fue excluida del correspondiente trámite de consulta previa pese a que, a su juicio, el aludido proyecto afecta directamente su ámbito territorial, generando impactos de distinto orden.

Del escrito de tutela y los elementos de juicio que obran en el expediente, la solicitud de amparo se sustenta en los siguientes hechos:

1. 1. La ANUM mediante Resolución No. 024 del 05 de noviembre de 2003 fue inscrita en el Registro Único Nacional de Consejos Comunitarios, Formas y Expresiones Organizativas y Organizaciones de Base de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras

del Ministerio del Interior. A la fecha, la Asociación está conformada por 100 familias correspondientes a 500 personas.

2. Se refiere en el escrito de tutela que la Asociación se encuentra asentada y tiene jurisdicción a lo largo del "Corregimiento de Macaján, Veredas El Mango, El Bobo y Ambrunas y algunas familias asentadas en el casco urbano del municipio de Toluviejo" en el departamento de Sucre donde ancestralmente desarrollan sus usos y costumbres. Al respecto, se precisó que la comunidad no cuenta con territorios colectivos.

3. Por su parte, Celsia Colombia fue adjudicataria de la convocatoria "UPME 05-2018 – Nueva Subestación Toluviejo 220 KV y Línea de Transmisión Asociada – Tramo 2" la cual guarda relación con un proyecto de interés nacional que fue impulsado por el gobierno nacional con apoyo de las autoridades departamentales que tiene por objeto "mejorar la prestación del servicio de energía eléctrica en la costa caribe colombiana".

4. Bajo ese contexto, la empresa adelantó las correspondientes fases para dar inicio al comentado proyecto. De allí que una vez agotada la etapa de diagnóstico ambiental de alternativas –DAA, a través de petición radicada en enero de 2020, le solicitó a la DANCP la certificación respecto de la presencia de comunidades étnicas en el área de ejecución del proyecto. Fue así como, mediante Resolución No. 0035 del 18 de marzo de 2020, se "certificó la procedencia de consulta previa con las comunidades indígenas La Venta, La Esperanza, Las Cavernas y Cienaguita del municipio de Toluviejo y la comunidad indígena Palo Alto del municipio de San Onofre en el departamento de Sucre; y los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras de Flamenco, Nispero y Correa en el municipio de María La Baja en el departamento de Bolívar (…)" excluyéndose, en consecuencia, la procedencia de la consulta previa respecto de la ANUM del municipio de Toluviejo. Ello, aseguró el accionante, "(…) a pesar de que el proyecto intervendrá directamente [su] ámbito territorial".

5. Una vez la precitada resolución fue expedida, se presentaron algunas inconformidades por parte de aquellas comunidades que habiendo participado en la fase del DAA no resultaron comprendidas en la mencionada certificación. Por lo tanto, mediante petición de septiembre de 2020, Celsia S.A. le solicitó a la DANCP la inclusión de los "Consejos Comunitarios de Rocha, Renaciente y Palo Alto y el Cabildo Indígena Gambote del municipio de Arjona en el departamento de Bolívar". Esta solicitud fue atendida de manera afirmativa por parte de la

DANCP que, mediante la Resolución No. ST-1129 del 6 de noviembre de 2020 accedió a la inclusión de las nombradas comunidades. Sobre el particular, se precisa que la Asociación que ahora tiene la calidad de accionante no fue incluida para ser consultada en ninguna de las oportunidades en las que se pronunció la DANCP.

6. En el marco del contexto antes descrito, la parte actora refirió que Celsia, a través de su empresa consultora "Consultoría y Medio Ambiente – C&MA S.A.", en varias oportunidades ha convocado a la Junta de Acción Comunal del Corregimiento Macaján del Municipio de Toluviejo con el fin de socializar el proyecto. Concretamente, aseguró que el 26 de noviembre de 2022, la referida Junta de Acción Comunal le solicitó a Celsia ser incluida "en el proceso de consulta previa que la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior adelantó en la zona del proyecto y en particular en el municipio de Toluviejo con otros grupos étnicos". Sin embargo, afirmó que dicha petición nunca fue resuelta.

7. El actor anexó a su escrito de tutela el siguiente plano donde, a su juicio: "se puede apreciar el ámbito territorial de la [Asociación] y se evidencia que el proyecto de interconexión y algunas de sus torres, se traslapan con el territorio ancestral de la [comunidad] teniendo en cuenta los preceptos determinados en la [s]entencia SU- 123 de 2018 de la Corte Constitucional".

8. Sostuvo el accionante que las actuaciones de la DANCP se fundamentaron en "(…) una base de datos institucional que al parecer se encuentra desactualizada, información secundaria y terciaria". Así, afirmó que dicha dependencia del Ministerio del Interior no adelantó "(…) una visita oficial de verificación en terreno, donde se pudo haber escuchado a la comunidad en general y se hubiera podido observar, validar y constatar que efectivamente el proyecto afectará directamente a [la] Asociación de Negritudes Unidas de Macaján -NEGRIHUMA- con base en los lineamientos de la Sentencia SU-123 de 2018 de la Corte Constitucional".

9. Específicamente, el actor explicó que el proyecto adelantado por Celsia S.A. tendrá impactos directos sobre la comunidad desde varias perspectivas tales como:

* Respecto de las zonas de asentamiento y tránsito: Indicó que sobre las vías de acceso del proyecto se registran 23 familias pertenecientes a la Asociación las cuales van a ser afectadas directamente por la implementación del proyecto de interconexión. Resaltó que los

impactos que se presentarán son: “levantamiento de material particulado afectando la salud; seguridad vial de la población y en especial en el acceso hacia el sector las Ambrunas, porque prácticamente es una zona suburbana del centro poblado de Macaján; impacto a las viviendas por el ingreso de maquinaria y el aumento de la movilidad de los vehículos; llegada de foráneos (tranquilidad y cotidianidad de la comunidad), estos impactos se asocian al medio socioeconómico”. Como sustento de lo anterior, allegó en su escrito de tutela tres testimonios de miembros de la comunidad y el siguiente plano que, en criterio del tutelante: “(…) ilustra y precisa la ubicación de las familias en las vías de acceso que se van a utilizar para el proyecto”.

 Respecto de usos y costumbres: aseguró que: “(…) 6 torres son las que causarán afectaciones directas (torres de la 22 a la 27) junto con la línea de transmisión. En estos sitios se pudo constatar que toda el área en particular en el sector de las Ambrunas y cerca al arroyo el Bobo, allí se realizan prácticas tradicionales y culturales tales como recolección de plantas como orégano, ñeñe, salvia, cebollín, col, hierba limón, la capitana, guanabanito, anamú, mata ratón, bejuco uvita, cruceto del morado y blanco, algarrobo, laurel, espina de indio, caracolí, jobo, roble, totumo, guasimo, wandul y berenjena que sirven para autoconsumo y como atención medicinal. También se va a impactar la cobertura vegetal, el uso del suelo, [las]zonas de tránsito y aquellos de especial interés étnico como las plantas medicinales y tradicionales que son sustento para nuestra cotidianidad y [para] [la] salud”.

10. Añadió que la Asociación identificó los impactos que van a ser susceptibles de ocurrir con ocasión de la implementación del proyecto de interconexión eléctrica. Así, anexó la siguiente tabla que, estimó, sintetiza las afectaciones directas que tendría la comunidad.

11. La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, por medio de la Resolución No. 1636 del 28 de julio de 2023, expidió licencia para el proyecto “UPME 05-2018 – Nueva Subestación Toluviejo 220 KV y Línea de Transmisión Asociada – Tramo 2”.

12. Finalmente, el actor indicó que Celsia “inició sus actividades de construcción adelantando actividades de arqueología, jornadas de socialización de la licencia ambiental y concertación de cupos laborales de las comunidades del área de influencia directa y por supuesto no han tenido en cuenta a miembros de la Asociación de Negritudes Unidas de Macaján -NEGRIHUMA-”.

13. Con fundamento en todo lo expuesto, la ANUM solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la integridad social, cultural y económica, a la participación democrática, a la consulta previa, a la existencia, al debido proceso y que, en consecuencia, se les ordene a las entidades accionadas dar inicio al proceso de consulta previa de manera inmediata.

2. Trámite surtido en primera instancia

2.1 Mediante auto del 16 de noviembre de 2023, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo (Sucre) admitió la acción de tutela de la referencia y corrió traslado a las accionadas para que rindieran un informe y remitieran los documentos que guardaban relación con los hechos que dieron origen a la acción de tutela.

2.1.1 Contestación de Celsia Colombia S.A

Mediante escrito allegado el 17 de noviembre de 2023, Celsia actuando a través de su apoderado judicial se pronunció sobre los hechos en los que se enmarca el presente trámite tutelar y remitió toda la documentación necesaria para soportar los fundamentos de su contestación.

Empezó por realizar una breve descripción de los proyectos que se encuentra ejecutando. Al respecto enfatizó, entre otras cosas, que: "(…) son estratégicos para la Nación, ya que los mismos hacen parte de las convocatorias de los Planes de Expansión que tienen como propósito i) la atención oportuna de la demanda de electricidad de la región y ii) la operación confiable del sistema, atendiendo criterios de viabilidad ambiental, eficiencia económica, calidad y continuidad en el suministro de energía eléctrica para el país". Puntualizó que en el marco de su gestión se llevaran a cabo las siguientes actividades: (i) construcción de una línea a 220 kV con una longitud de 114 km, desde la nueva subestación Toluviejo 220 kV, hasta la actual Subestación Bolívar 220 kV, (ii) construcción de una bahía de línea 220 kV en la Subestación Bolívar 220 Kv y (iii) construcción de 232 torres con una altura de 58 a 107 metros en promedio.

Seguidamente y en punto con los hechos relatados por el actor, la empresa explicó que en más de una oportunidad le solicitó a la DANCP que certificara la presencia de comunidades étnicas en el área de ejecución del proyecto, sin que se incluyera a la asociación demandante. Así, aseguró que su actuar, contrario a esquivar, dejar de garantizar o dar un

trato desigual, se circunscribió en el principio de debida diligencia. En ese orden, indicó que en este caso la autoridad competente para el efecto – DANCP- no advirtió una afectación directa de la comunidad accionante, de conformidad con los criterios fijados por la Corte Constitucional respecto de los eventos en que se hace necesario adelantar los procesos de consulta previa.

Seguidamente, precisó que "en el uso de vías no se puede establecer una afectación directa con ocasión al proyecto, teniendo cuenta que las vías de acceso que utilizará el Proyecto no son de uso exclusivo de la comunidad y sobre las mismas no se realizará ningún tipo alteración como tampoco restricciones a la comunidad para su uso cotidiano". Añadió que el asentamiento principal de la comunidad accionante "(…) se localiza a una distancia de aproximadamente 1.5 kilómetros del trazado del proyecto, las actividades constructivas se desarrollaran en predios de propiedad privada, sin vínculo alguno con la comunidad accionante, en los cuales se adelantó proceso de constitución de servidumbre conforme a la ley".

Ahora bien, en cuanto al cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la tutela, consideró que aun cuando la accionante cuenta con mecanismos idóneos y expeditos tales como la petición directa ante la empresa desarrolladora del proyecto, la DANCP, las autoridades ambientales, el agotamiento de la vía gubernativa y/o defensa en sede judicial con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, nada de esto ha ocurrido, convirtiendo la acción de tutela en un mecanismo principal y no subsidiario.

Concretamente, Celsia resaltó que "no se aporta en la acción de tutela actuaciones como: i) elevar solicitud de inclusión dentro del proceso de consulta previa ante la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior para que la Comunidad Asociación De Negritudes Unidas De Macaján – NEGRIHUMA haga parte de la determinación o no de procedencia de consulta previa para el Proyecto (…)".

Agregó que las certificaciones de determinación de procedencia y oportunidad de consulta previa (Resolución 0035 de 18 de marzo de 2020 y la ST 110 del 06 de noviembre de 2020) son actos administrativos que, conforme al artículo 88 del CPACA, gozan de legalidad, obligatoriedad y exigibilidad hasta tanto no se revoquen o modifiquen a través de los procesos judiciales respectivos. En consecuencia, sostuvo que la acción de tutela no es el

medio para obtener tal declaración. Adicionalmente, explicó que la parte accionante no realizó "(…) si quiera un esfuerzo para probar de manera sumaria la existencia de un perjuicio irremediable y tampoco estableció la conexión de los hechos con la totalidad de derechos fundamentales que pretende sean protegidos".

Por otro lado, aseveró que el caso bajo examen no se ajusta a ninguno de los presupuestos jurisprudenciales desarrollados por la Corte Constitucional para que proceda la consulta previa, máxime cuando la parte actora "(…) no aport[ó]ningún elemento probatorio o siquiera indiciario que permita establecer su presunta afectación directa con ocasión del Proyecto". Sobre el particular, enfatizó que para el momento de la interposición del amparo el proyecto no había siquiera iniciado su etapa de construcción. De allí que la tutelante se haya limitado a "(…) señalar una presunta vulneración a los derechos fundamentales […] sin que se haya acreditado tal situación mediante alguna prueba y sin que se soporte que se están causando graves daños sociales, culturales y ambientales (…)".

En razón de todo lo expuesto, Celsia solicitó declarar la improcedencia de la acción por ausencia del requisito de subsidiariedad. Así mismo, indicó que de superarse dicho presupuesto no hay lugar a conceder la protección invocada en tanto la accionante no allegó prueba alguna que demuestra la aparente afectación de sus derechos fundamentales.

2.1.2 Contestación del Ministerio del Interior, actuando en representación de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa – DANCP

La jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Interior, conforme a la información y documentación proporcionada por la DANCP, se pronunció respecto de los hechos en los que se sustentó el proceso constitucional de la referencia. Inicialmente, indicó que en virtud de la Resolución de Procedencia y Oportunidad de la Consulta Previa -RPOCP- No ST0035 del 18 de marzo de 2020 se determinó, de acuerdo con la información suministrada por el ejecutor del proyecto y atendiendo al criterio de afectación directa, los estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales pertinentes, las comunidades que se verían afectadas por el proyecto, "(…) sin que se determinara la afectación de la comunidad accionante ASOCIACIÓN DE NEGRITUDES UNIDAS DE MACAJÁN – NEGRIHUMA".

Resaltó que la DANCP adelantó los procedimientos y análisis correspondientes, con la finalidad de expedir la RPOCP para el área de influencia de ejecución del proyecto. Así,

aseguró que desde un primer momento la entidad garantizó todos los derechos constitucionales de las comunidades étnicas para las cuales procede la consulta previa considerando, en el marco de sus funciones y competencias, la existencia de posibles afectaciones en sus usos y costumbres y zonas de tránsito.

Puntualizó que, en efecto, una vez proferida la primera RPOCP, el apoderado general de la empresa Celsia solicitó la inclusión de otras comunidades étnicas, respecto de la cuales se determinó la procedencia de la consulta previa, mediante resolución del 6 de noviembre de 2020, excluyéndose nuevamente a la Asociación accionante. Sobre el particular, precisó que: "(…) en esta oportunidad el estudio de procedencia de la consulta previa se efectuó sobre las comunidades, consejos comunitarios de comunidades negras de Renaciente, de Rocha y Palo Alto y el cabildo indígena Gambote, relacionadas por CELSIA S.A E.S.P. en su solicitud (…)".

Destacó que desconoce si la comunidad accionante realizó o no solicitudes directas ante Celsia en punto advertir la necesidad de adelantar una consulta previa. Ello, en tanto no participó ni tiene conocimiento de las reuniones que se hubiesen podido llevar a cabo sobre el particular. Agregó que, previa interposición de la tutela, la entidad nunca recibió reparo o solicitud alguna por parte de la demandante que guarde relación con algún tipo de inconformidad sobre las RPOCP que fueron expedidas.

Con todo, enfatizó que la entidad desplegó todas las acciones que, en el marco de sus competencias, correspondían. Concretamente, valoró si existía sobre la comunidad étnica accionante una afectación directa en relación con el proyecto. Así, sostuvo que fue con fundamento en los estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que se adoptó la decisión de excluir a la actora del trámite de consulta previa. Al respecto, precisó que la obligatoriedad de la consulta previa surge a partir que se evidencie una afectación específica y directa en las comunidades étnicas por un proyecto, entendida esta como aquella 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 consecuencia, aseveró que fue con fundamento en dicha línea que se excluyó a la comunidad tutelante de dicho mecanismo de participación.

En esa línea, explicó que el análisis de procedibilidad de la consulta que llevó a cabo la DANCP se efectuó conforme a la información que para tal efecto suministró Celsia que, como

empresa interesada en la ejecución del proyecto, estaba obligada a allegar, bajo el estricto cumplimiento del deber de diligencia, toda la información sobre las comunidades étnicas identificadas cerca al lugar de la obra así como, la determinación de las posibles afectaciones que pudieran ocasionarse con la ejecución de actividades del proyecto. En consecuencia hizo especial hincapié en que la debida diligencia de los solicitantes para determinar la necesidad de adelantar una consulta previa constituye un parámetro razonable para valorar las actuaciones de esta autoridad, toda vez que esta dirección inicia su análisis partiendo del principio de buena fe frente a la información que para tal fin presenten las empresas interesadas, quienes deben presentar un informe diligente sobre el área de influencia del proyecto, las actividades a realizar y determinación de posibles afectaciones a las comunidades asentadas en el territorio.

Así las cosas, aseguró que la DANCP agotó "(…) uno a uno los procedimientos que rigen [su] competencia, en cumplimiento de su deber misional y con plena observancia de los parámetros fijados por la jurisprudencia, la constitución y la ley". En ese orden, informó que la entidad no encontró vinculación entre el área geográfica, cartográfica y espacial del proyecto con el territorio sobre el cual la Asociación accionante adelanta sus dinámicas sociales, espirituales y culturales. Fue así como no se identificó la afectación directa de la comunidad tutelante y, en consecuencia, se resolvió no incluirla en las resoluciones proferidas por la entidad.

Adicionalmente, la entidad puntualizó que las resoluciones – No. 0035 del 18 de marzo de 2020 y la N°1129 del 6 de noviembre de 2020- emitidas por la DANCP constituyen actos administrativos en firme que gozan de presunción de legalidad, y por tanto, la acción de tutela, por su naturaleza residual y subsidiaria, no es el mecanismo idóneo y eficaz para controvertir dicha legalidad. En ese orden, indicó que, para el efecto, el ordenamiento jurídico prevé las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, salvo que la tutela se utilice como mecanismo transitorio de protección, evento en el cual será necesario acreditar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; hecho que, en todo caso, consideró, no se acredita en esta ocasión.

Bajo esa lectura, destacó que la parte actora "(…) ni siquiera sumariamente ha probado la supuesta afectación o perjuicio irremediable del derecho a la consulta previa por parte de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, así como ningún medio de prueba que

pueda deducirlo". Al respecto explicó que si el perjuicio alegado no logra acreditarse en el expediente, el juez de tutela "(…) no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar por sí mismo el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable".

En este orden de ideas, concluyó que la accionante no acreditó, ni allegó los elementos de juicio que demuestren la forma en que el proyecto "(…) atente contra lugares relevantes para las cosmovisiones: sus mitos, sus ritos, su modo de producción y medios de subsistencia o el desarrollo de sus festividades, por lo cual no hay una evidencia cierta de una posible afectación, lo que demuestra que no se ha vulnerado el derecho de la comunidad accionante".

Con fundamento en lo expuesto, solicitó que se niegue el amparo invocado y que, subsidiariamente, se declare la improcedencia del mismo tras advertirse la existencia de otros mecanismos judiciales al alcance de la Asociación demandante para reclamar la presunta afectación de sus derechos. Finalmente anotó que, de no prosperar las anteriores solicitudes, deberá ordenársele a Celsia que en atención de la debida diligencia le solicite a la DANCP pronunciarse acerca de la determinación de la procedencia de la consulta previa respecto de la comunidad actora.

2.1.3 Contestación de la Alcaldía del Municipal de Toluviejo

La alcaldesa de Toluviejo (Sucre) solicitó que se declare la falta de legitimación en la causa respecto de dicho municipio. Alegó que el hecho generador de la presunta afectación de los derechos de la accionante no le es atribuible. Al respecto, explicó que la entidad territorial no es ejecutora del proyecto y que, por lo tanto, no está llamada a responder por las acusaciones presentadas por la Asociación demandante. Con todo, resaltó que la peticionaria no aportó prueba alguna que soporte la presunta amenaza a sus garantías fundamentales, así como tampoco demostró la existencia de un perjuicio irremediable.

3. Pruebas relevantes que obran en el expediente

* Resolución No. 024 del 5 de noviembre de 2003 de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia mediante la cual se certificó la inscripción de la Asociación de Negritudes

Unidas de Macaján -NEGRIHUMA en el Registro Único Nacional a la Organización de Comunidades Negras.

* Resolución No. 066 del 11 de mayo de 2022 de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior.

* Acta de reunión de socialización de la Empresa Consultoría y Medio Ambiente S.A. – CMA S.A. en representación de la Empresa Celsia Colombia S.A. E.S.P. y la Junta de Acción Comunal de Macaján del 26 de noviembre de 2022.

* Cuatro (4) audios sobre testimonios de miembros de la Asociación de Negritudes Unidas de Macaján -NEGRIHUMA- al respecto del proyecto de interconexión (Yurlay López, Celina Ricardo, Oraldo Ozuna y Rafael Ricardo.

* Registros fotográficos aportados por la Asociación mediante los cuales pretende poner en evidencia el área de influencia del proyecto en relación con el ámbito de asentamiento de la comunidad.

* Solicitud de certificación presentada por Celsia ante la DANCP con radicado EXTMI19-50696 de 29 de noviembre de 2019.

* Resolución de Procedencia y Oportunidad de la Consulta Previa -RPOCP- No ST0035 del 18 de marzo de 2020 donde se descartó en un primer momento la afectación de la comunidad accionante por parte de la DANCP.

* Resolución ST 1129 de 06 nov 2020 “Por medio del cual se modifica parcialmente la Resolución N° 0035 del 18 de marzo de 2020”, expedida por la DANCP. Allí se excluyó nuevamente a la Asociación actora de la procedencia de la consulta previa.

4. Decisiones judiciales objeto de revisión

4.1 Sentencia de primera instancia

Mediante providencia del 28 de noviembre de 2023, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo negó la protección invocada tras estimar que, desde el aspecto geográfico, no se demostró una afectación directa de la ANUM en relación con el proyecto que adelanta Celsia.

Explicó que, conforme a los estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que adelantó la autoridad competente en la materia – el Ministerio (DANCP)- se encontró que no era necesario llevar a cabo una consulta previa a dicha comunidad. Así, concluyó que a la fecha no se encuentra demostrada una vinculación entre el área geográfica, cartográfica y espacial del proyecto con el territorio sobre el que la Asociación adelanta sus dinámicas sociales, espirituales y culturales. Resaltó que las resoluciones expedidas por el Ministerio se encuentran amparadas por el principio legalidad, sin que la parte accionante haya logrado controvertir su contenido.

Adicionalmente, el a quo señaló que, si la parte accionante "considera que reúne los aspectos reglamentados para ser convocados, puede realizar el trámite ante la Dirección de la autoridad nacional de consulta previa del Ministerio del Interior encargada del estudio de dicho llamado, siendo otro el mecanismo para acudir y no la presenta acción Constitucional".

4.1.1 Impugnación

Encontrándose dentro del término previsto para el efecto, la parte actora presentó escrito de impugnación mediante el cual señaló que: "(…) con la futura ocupación del territorio ancestral y tradicional por parte de la empresa Celsia Colombia S.A. E.S.P., no será posible continuar con el desarrollo de las actividades culturales, espirituales, económicas y tradicionales que generan equilibrio a nuestra cosmovisión negra". Así, destacó que el a quo desconoció no solo el precedente fijado por esta Corporación mediante la sentencia SU-123 de 2018 sino también el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT comoquiera que la tierra "(…) es asociada a los usos y costumbres de la comunidad negra y su territorio tradicional, y éste va a ser intervenido por la Empresa Celsia […] y por falta de la consulta previa se originará una afectación directa ya que no se permitirá la participación de la comunidad en la identificación de los impactos y medidas de manejo del proyecto".

Insistió que "(…) el colectivo [étnico] no podrá seguir desarrollando actividades de caza, puesto que se va a generar ahuyentamiento de la fauna con la construcción de las torres y las líneas de transmisión y se pondrá en riesgo parte de la seguridad alimentaria de muchas de las familias de la comunidad que se dedican a la caza para el autoconsumo". Reiteró que con el proyecto se va a generar un impacto negativo respecto de la cobertura vegetal de la

zona, reduciéndose con ello el uso cultural de plantas tradicionales y medicinales para el tratamiento de algunas enfermedades y otras plantas que sirven de alimento (autoconsumo).

Resaltó que el juez de primera instancia ignoró los mapas allegados dentro de la acción de tutela que dan cuenta del territorio tradicional y ancestral de la Asociación y su traslape con el proyecto. Así, explicó que a partir de los comentados mapas "(…) se puede observar como a pesar de que el proyecto es lineal, interviene el territorio tradicional y ancestral no sólo de la comunidad negra sino otros grupos étnicos que son vecinos nuestros y los cuales algunos si fueron certificados para la consulta previa". Añadió que los grupos étnicos no son estáticos sino que, por el contrario, su cosmovisión y supervivencia los dinamiza abarcando un espectro territorial y cultural más amplio.

Adicionalmente, aseguró que con la respuesta de DANCP se evidencia que las resoluciones que expidió se fundamentaron en la información suministrada por el ejecutor del proyecto. Ello, pese a que comunidades étnicas vecinas que poseen características sociales, culturales, ambientales, territoriales, usos y costumbres similares ya fueron consultadas.

Insistió que las familias de la Asociación tienen su asentamiento a lado y lado sobre los carreteables que van a ser utilizados como vías de acceso por Celsia para la construcción y operación del proyecto. Recordó que dichas vías de acceso se encuentran sin pavimentar y que son de uso exclusivo de las comunidades asentadas allí y que a raíz del ingreso de vehículos y maquinaria ajena a la comunidad y de diferente tipo para la realización del proyecto, las familias se van a ver afectadas directamente. Para sustentar lo anterior, la accionante aportó nuevos registros fotográficos que dan cuenta de: (i) la entrada principal del barrio "Macajáncito" de la Asociación vs la vía de acceso 1 del proyecto -hacia el sector "Las Ambrunas"-, (ii) la vía de acceso 2 (sector el Mango) vs el proyecto (tramo 2), (iii) las vías de acceso 1 vs el proyecto (Tramo 2), correspondientes a los asentamientos de la comunidad. En ese orden, resaltó que con la construcción del proyecto "(…) la tranquilidad de la comunidad se va a ver socavada por la llegada de foráneos, se incrementará el valor de la tierra así como la canasta familiar, entre otros".

Por otro lado, explicó que Celsia, durante la fase de DAA, estaba llamada a realizar las gestiones de recolección de información primaria a nivel local y regional ante la Alcaldía Municipal de Toluviejo y Gobernación de Sucre donde "(…)se hubieran enterado que en el

municipio de Toluviejo existe además de otros grupos étnicos la Asociación de Negritudes Unidas de Macaján -NEGRIHUMA- [que tiene] jurisdicción [en] el Corregimiento de Macaján, Veredas El Mango, El Bobo y Ambrunas en el municipio de Toluviejo, todos estos sectores se traslapan o hacen parte del área de influencia directa del proyecto (…)". Así, concluyó que Celsia no cumplió con su deber de diligencia en la identificación de grupos étnicos en la zona del proyecto.

Aseveró que no es cierto que no se hayan allegado pruebas, pues indicó que las coordenadas de ubicación de las familias de la comunidad y las vías de acceso del proyecto dan cuenta de su afectación directa. Incluso, sostuvo que el operador judicial no valoró las pruebas y mucho menos tomó en consideración los testimonios allegados con el escrito de tutela.

Ahora bien, en punto a la solicitud de Celsia orientada a declarar la improcedencia del amparo, precisó que de conformidad con la jurisprudencia constitucional en la materia, la acción de tutela es el mecanismo idóneo y eficaz para proteger el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas. Seguidamente, advirtió que la empresa no cumplió con el principio de debida diligencia en tanto su actuación de circunscribió únicamente en solicitar la certificación de procedencia de consulta previa a la DANCP sin que se evidenciara que esta última adelantó un "(…) recorrido por la línea, ni por dónde van a quedar las torres, ni otras vías de acceso al proyecto (…)". Por esta razón, reiteró la necesidad de llevar a cabo un "visita de inspección judicial o la visita de verificación por parte de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior".

Expuso que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta los audios anexados en el escrito de tutela donde varios miembros de la Asociación se pronunciaron respecto del proyecto y sus afectaciones directas sobre la comunidad. Específicamente, precisó que la actividad de "descapote" se vería impactada en tanto las especies arbóreas van a desaparecer. Así mismo, aseguró que los audios allegados con el escrito de tutela dan cuenta de que la Junta Directiva de la Asociación observó algunas especies de fauna silvestre que se van a ahuyentar durante la construcción del proyecto, ignorando que la comunidad "(…) se provee de estos a través de la caza para la seguridad alimentaria y autoconsumo (…)". Finalmente, referenció que se identificaron dos arroyos o cuerpos de agua que van a ser cruzados por las líneas de transmisión del proyecto.

Con fundamento en lo expuesto, la Asociación solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y que, en su lugar, se conceda el amparo invocado.

4.2 Sentencia de segunda instancia

Mediante providencia del 18 de diciembre de 2023, el Tribunal Administrativo de Sucre confirmó el fallo de primera instancia. Argumentó que, a partir del material probatorio obrante en el expediente, no se demostró que con la ejecución del proyecto se vayan a desplegar actuaciones o hechos que puedan catalogarse como una “intromisión intolerable en las dinámicas sociales, económicas y culturales de la comunidad accionante”, como tampoco una afectación en su territorio, medio ambiente, flora, fauna, idiosincrasia, salud, en sus derechos a la propiedad y de participar en las decisiones que le pueden causar un agravio injustificado; por lo que carece de soporte la vulneración alegada en la tutela. Bajo esa línea, consideró que las apreciaciones de la actora son subjetivas y no encuentran soporte en las demás pruebas del proceso. Concretamente encontró que ni los mapas, ni lo audios allegados al trámite tutelar tienen la entidad suficiente para probar la afectación directa de la comunidad por parte del proyecto.

5. Actuaciones adelantadas en sede de revisión

5.1 Actuaciones adelantadas por parte de la magistrada ponente

Con el propósito de adquirir mayores elementos de juicio que contribuyeran en la valoración de los hechos que dieron lugar a la interposición de la acción de tutela de la referencia y, concretamente, de conocer el estado actual del proyecto y esclarecer el nivel de afectación del mismo respecto de la comunidad étnica accionante, mediante auto del 4 de junio de 2024, la magistrada sustanciadora dispuso oficiar a Celsia para que se pronunciara en torno de una serie de cuestionamientos que guardan correspondencia con el proyecto y su relación con la accionada.

Así mismo, en el marco del aludido decreto probatorio se vinculó a la Defensoría del Pueblo para que, a través de su regional Sucre, realizara una visita al territorio de asentamiento de la Asociación a efectos de allegar ante esta Corporación un informe sobre las actuales o posibles afectaciones a los derechos fundamentales de dicha comunidad, debido a la ejecución del proyecto que adelanta Celsia.

Vencido el término otorgado, la Secretaría de esta Corporación allegó al despacho el informe de las intervenciones recibidas con ocasión del auto del 4 de junio de 2024 y aquellas que se presentaron en el marco del término del traslado. Al respecto se precisa que Celsia allegó en tiempo la información solicitada y que la Defensoría del Pueblo lo hizo de forma extemporánea, es decir, luego de que la Secretaría hubiese remitido el comentado informe. En consecuencia, y para efectos de garantizar el debido proceso de las partes, mediante auto del 26 de julio de 2024 la magistrada sustanciadora ordenó que, a través de la misma Secretaría General de esta Corte, se le corriera a las partes el traslado de la información allegada por dicha entidad.

5.2 Respecto de la información allegada por Celsia: Informó que comoquiera que el proyecto cuenta con licencia ambiental expedida por la ANLA, mediante la Resolución 01636 del 28 de julio 2023, se iniciaron actividades constructivas en agosto de 2023 y, a la fecha, el proyecto se encuentra en etapa constructiva y presenta un avance de 82.22 % distribuido de la siguiente manera: obra civil 94%, montaje 75%, tendido 27% y pruebas 27%.

Aseguró que el proyecto tiene fecha estimada de puesta en operación para el 2 de diciembre 2024, según el plazo establecido por la Unidad de Planeación Minero-Energética – UPME. Al respecto, precisó que dicho plazo corresponde a una “planeación marco” adelantada por el administrador del sistema para garantizar la interconexión de los proyectos y permitir una adecuada prestación del servicio.

Seguidamente, aseveró que para las actividades constructivas del proyecto se hace uso de una vía terciaria que conduce a predios de propiedad privada en donde se ubican los denominados “sitios de torre”. Sobre el particular, indicó que el tránsito se realiza por una sola vez en horas de la mañana para el ingreso del personal a las actividades constructivas, y por la tarde, al finalizar las jornadas de trabajo, por un lapso aproximado de dos meses. Para efectos de soportar lo anterior, allegó la siguiente documentación: (i) plano con descripción del acceso a los sitios de torre asociados al proyecto; (ii) registro fílmico donde es posible visualizar el recorrido a través de las vías, las cuales, según la empresa, son de tránsito permanente y que se encuentran distantes con la comunidad accionante y (iii) resolución emitida por el Ministerio de Trasporte, la cual acredita la categorización de la vía.

Por otro lado, puntualizó que los vehículos y la maquinaria utilizada por Celsia para la

materialización del proyecto no se desplazan en lugares cercanos al asentamiento de la comunidad accionante. Con todo, la empresa dio cuenta de la maquinaria utilizada en los siguientes términos:

* Una (1) camioneta y una (1) buseta para el transporte del personal. La buseta realiza un ingreso en horas de la mañana y retorna finalizada la jornada laboral.

* Un (1) camión NQR para el transporte de los equipos necesarios, y que se utilizarán para la obra civil y de montaje: este se utiliza al iniciar las actividades constructivas, ingreso con el material de obra civil, finalizadas las actividades aproximadamente en cuatro días regresa nuevamente a recoger los materiales. Ingresa nuevamente con la estructura para el montaje de la torre, por lo que se requiere de máximo 3 entradas.

* Un (1) camión doble cabina, para transporte de pormenores que se puedan presentar durante la ejecución de los trabajos o bien sea, para el transporte de personal, ya que tiene cupo para 6 personas.

Explicó que los predios intervenidos por el proyecto son de propiedad privada sin vínculo alguno con el colectivo accionante, "(…) dedicados en su mayoría a la ganadería, estableciendo para cada caso la ubicación de punto de torre con su respectivo cable conductor y la constitución de servidumbre legal de conducción de energía. Respectando los parámetros y las distancias establecidos por el Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas – RETIE, y no generando cambios sustanciales en el uso de la tierra". Para sustentar la anterior afirmación, la empresa aportó un cuadro donde relacionó cada uno de los predios de propiedad privada que fueron intervenidos.

En esa línea, la empresa destacó que tras no encontrarse relación directa entre los impactos ocasionados por el proyecto y la comunidad étnica, conforme a los parámetros fijados por esta Corte en sentencia SU-123 de 2018, no se solicitó la inclusión de esta en la resolución de procedencia y oportunidad que fue requerida por la empresa en el marco de la debida diligencia adelantada ante la DANCP. A efectos de probar lo anterior, aportó el siguiente plano de identificación de la infraestructura eléctrica, y la distancia con respecto a la comunidad.

Así, en atención a la gráfica, explicó que existe una distancia entre el área de asentamiento

de la comunidad y el área de intervención con el proyecto. De allí que no se configuren los criterios de intensidad, permanencia y exclusividad para reconocer que la accionante hace uso del territorio amplio intervenido, descartándose también una afectación directa en los términos de la jurisprudencia constitucional en la materia.

Celsia informó que a la fecha no ha recibido por parte de la actora solicitudes, peticiones, requerimientos o quejas relacionadas con las actividades del proyecto. Por otra parte estimó importante precisar, frente a las acusaciones de la comunidad accionante, "(…) que durante el desarrollo de las actividades constructivas del proyecto no se evidenció en los sitios de torre o en las cercanías a estos, la presencia de personas que desarrollarán alguna práctica cultural, durante el levantamiento de actas de acceso a cada sitio de torre (…)". Por el contrario, aseguró, que se pudieron evidenciar zonas de pastos limpios.

Ahora bien, una vez atendidos todos los cuestionamientos propuestos por la magistrada ponente, la empresa puso de presente que encomendó a la Fundación para el Desarrollo Social y la Convivencia Pacífica (Fundescop), para que rindiera un informe dirigido a analizar la ubicación de la comunidad, las características del proyecto y las eventuales afectaciones que sufriría. Así, indicó que mediante el mismo, se concluyó que: "(…) en efecto, no se encuentra relación directa entre los impactos ocasionados por el proyecto y la comunidad étnica". Por tanto, explicó que fue con base en el comentado informe que se estructuró la posición de Celsia respecto a la petición de reconocimiento de esta comunidad como sujeto de consulta previa y la respuesta a esta Corporación.

Finalmente, la empresa referenció algunos de los antecedentes jurisprudenciales de esta Corte relacionados con la afectación directa y la acreditación de la afectación de la comunidad accionante para definir su inclusión o no en la resolución de procedencia y oportunidad solicitada por la empresa en el marco de la debida diligencia adelantada ante la DANCP. En razón de todo lo expuesto, insistió en la necesidad de negar la protección de los derechos invocados por la parte actora.

Respecto de la intervención de Celsia se precisa que la empresa allegó un registro fílmico a través del cual realizó el recorrido de los accesos viales que conducen a los diferentes sitios de torres de energía asociados al proyecto .

5.3 Respecto de la información allegada por la Defensoría del Pueblo: El delegado para

asuntos constitucionales de dicha entidad remitió el informe elaborado por la regional Sucre en el marco del cumplimiento del auto del 4 de junio del año en curso. A continuación, se exponen los aspectos más relevantes que fueron consignados en el comentado informe:

Para empezar, se indicó que el día 20 de junio de 2024 la regional Sucre de la Defensoría del Pueblo realizó una visita al territorio donde se encuentra asentada la Asociación. Explicó que en curso de dicha visita se llevó a cabo una reunión con los miembros de la comunidad en la que: "(…) se recibió información sobre algunas generalidades del colectivo étnico y las posibles afectaciones que la comunidad ha empezado a percibir con el desarrollo del proyecto". Respecto de la información ofrecida por la comunidad en la visita, se advirtió, entre otras cosas, que:

i. (i) La Asociación insistió en que para noviembre de 2022 se llevó a cabo una reunión con la Consultoría y Medio Ambiente – C&MA S.A., donde solicitó el reconocimiento del derecho a la consulta previa en desarrollo del proyecto, sin que hubiesen recibido respuesta sobre el particular.

() La comunidad indicó que, a la fecha, "(…) se instalaron 6 torres (de la 22 a la 27) en el ámbito territorial de la Asociación […] que han venido generando afectaciones ambientales y paisajísticas al colectivo". Para el efecto, la Asociación aportó a los delegados de la Defensoría las mismas gráficas que fueron aportadas con el escrito de tutela (ver Supra numeral 7 de los antecedentes).

() El colectivo informó que, concretamente, en los sectores de "Ambrunas, El Bobo y El Mango la comunidad desarrolla sus actividades económicas como la agricultura específicamente de maíz, yuca, ñame, arroz y ajonjolí". Explicó que: "si bien es cierto, no se trata de predios que se encuentren a nombre del colectivo étnico, si son predios que pertenecen a miembros de la comunidad y que son utilizados por el colectivo para poder adelantar sus actividades de pan coger".

() Aseguraron que "se han generado afectaciones a la comunidad con el levantamiento de la cobertura vegetal que ha ocasionado la pérdida de especias nativas utilizadas para la medicina tradicional como: la guanacona, jengibre, eucalipto, el ovejón, la venturosa, rosa vieja, mentorin, el estropajo y diente de león".

() Afirmaron que la presencia de maquinaria pesada y la construcción de las torres ha generado un ahuyentamiento de la fauna silvestre que tradicionalmente ha sido parte de la dieta del colectivo, afectándose así su seguridad alimentaria.

() Precisaron que para la ejecución del proyecto se han utilizado dos vías de acceso que se dirigen, una hacia el sector de “Ambrunas,” y otra hacia los sectores de “El Bobo” y “El Mango”. Allí, insistieron, se encuentran asentadas algunas familias que hacen parte del colectivo y que se han visto afectadas por el tránsito de maquinaria que genera el levantamiento de material particulado como polvo y el incremento de ruido.

() Indicaron que, específicamente, el camino hacia el sector de “El Bobo” se ha visto afectado con el “(…) desbancamiento de algunos tramos de la vía, que se incrementa con el tránsito de maquinaria en época de invierno”.

() Reiteraron que se ha generado una afectación en el entorno paisajístico de la comunidad con la instalación de las torres.

Seguidamente se advirtió en el informe que una vez culminada “la reunión” con la comunidad, se recorrieron los puntos que el colectivo identificó de mayor relevancia en cuanto a afectaciones. Se anotó que “(…) en el recorrido se pudieron identificar algunos sectores que se encontraban en malas condiciones para el acceso, principalmente por la época de lluvias que se vive en la región”. Por lo cual la comunidad insistió en que dicha situación se incrementa en razón del paso de vehículos que llevan maquinaria pesada.

Refirió la delegada que “se identificaron varios cultivos de yuca y maíz, sin que se pudiese identificar la pertenencia de los mismos. La comunidad manifiesta que son de propiedad de algunos miembros del colectivo y que en dichos predios se da la posibilidad de adelantar sus actividades de agricultura y recolección”.

Así mismo quedó consignado en el informe que en algunos tramos de la vía que conduce hacia la vereda “El Bobo”, se identificó el deslizamiento de la orilla del camino hacia el arroyo “El Bobo”. Al respecto, se puntualizó que la comunidad aseguró que dicha situación tiene lugar en épocas de lluvia pero se incrementa con el tránsito constante de vehículos pesados por el sector. Se añadió que mediante el recorrido se constató que en los sectores de “El Bobo” y “El Mango” se evidenció la presencia de las torres instaladas con ocasión del

proyecto. Sobre el particular se precisó que la comunidad reiteró que son varias las familias que hacen parte de la Asociación que se encuentran cerca al área de desarrollo del proyecto.

Posteriormente, quedó expuesto en el informe que en el recorrido se visitó el sector de "Ambrunas," donde el colectivo identificó varias familias que se encuentran a la entrada de la vía de acceso al proyecto según la siguiente imagen suministrada.

Respecto de lo anterior, anotaron los delegados de la Defensoría del Pueblo que "en este sector encontramos algunas viviendas de quienes afirman tener las mayores afectaciones a la salud por el levantamiento de material particulado (polvo), sobre todo en época de verano con el paso de maquinaria y vehículos pesados y la escasa hidratación del suelo".

Igualmente, quedó reportado que durante el recorrido se evidenciaron "algunos tramos de la vía que conduce desde la vía principal del corregimiento de Macaján hacia la vereda Ambruna que habían tenido deslizamientos sobre la orilla de carretera, especialmente donde se encuentra el Arroyo Macaján". Sobre este punto, se anotó que la comunidad manifestó que estas situaciones "(…) se han incrementado desde que estas vías se han utilizado para el tránsito de vehículos pesados, generando también una grave afectación a la comunidad que las necesita para el desplazamiento hacia los lugares donde realizan sus actividades agrícolas y de recolección".

Por otra parte, obra en el informe que se identificó la instalación de torres que hacen parte del proyecto en donde la comunidad manifestó que las especies de árboles que se encuentran debajo de las estructuras deberán ser podadas al momento de la instalación de las líneas de transmisión. Al respecto, se aportó la siguiente imagen.

Con fundamento en lo anterior, la regional Sucre de la Defensoría del Pueblo concluyó en su informe lo siguiente: (i) durante el recorrido se evidenciaron las posibles afectaciones; (ii) se levantaron algunos pequeños tramos de la corteza vegetal en el área donde se instalaron las antenas; (iii) el entorno paisajístico se ha visto alterado con la instalación de las torres eléctricas; (iv) en el sector de "Ambrunas" se encuentran varias viviendas de miembros de colectivo que se vieron afectadas con el levantamiento de material particulado (polvo) con el paso de los vehículos de la empresa, esto particularmente en época de sequía; (v) la comunidad manifiesta que se ha presentado alteración en la convivencia comunitaria por la presencia de personas foráneas; (vi) hay algunos tramos en las vías de acceso en los

sectores de “El Bobo”, “El Mango” y “Ambrunas” que se encuentran en mal estado; (vii) en el recorrido se encontraron varios cultivos de yuca y maíz en los sectores de “El Bobo” y “El Mango”, sin que se pudiera identificar la pertenencia de los mismos. Finalmente señaló que “se podrían presentar afectaciones sobre los derechos fundamentales del colectivo étnico como el territorio y la identidad cultural, que deberán ser identificados por las partes en el evento de que sea reconocido el derecho a la Consulta Previa del colectivo”.

5.4 Respecto de los pronunciamientos allegados que en el marco del traslado de las pruebas recibidas.

5.4.1 Intervención del departamento de Sucre: El jefe de la oficina jurídica del Departamento de Sucre indicó que, en razón de las normas que rigen todo lo relacionado con la consulta previa para comunidades étnicas, resulta indispensable atender la solicitud presentada por la accionante en punto a que se le realice la visita en campo con los funcionarios de la Unidad Nacional de Consulta Previa, la empresa y los miembros de la comunidad, a fin de que se constate si el proyecto está afectando directamente o no su ámbito territorial y si está generando impactos ambientales o de diferente índole.

Con todo, resaltó que la Administración Departamental no es competente para certificar presencia de comunidades étnicas en áreas de influencia de proyectos, ni la de determinar cuándo procede la consulta previa comoquiera que dichas competencias son exclusiva de la DANCP. Así, insistió en la importancia de realizar una visita al terreno. Finalmente, puso de presente que si bien es interés de los gobiernos locales y del Departamento de Sucre que se desarrollen proyectos que mejoren la prestación del servicio de energía en el territorio, dicho propósito debe enmarcarse en el respeto y la garantía de los derechos fundamentales de los habitantes de la zona, incluidas las comunidades étnicas que puedan llegar a verse afectadas por el proyecto.

5.4.2 Intervención de la Asociación accionante: Atendiendo a las pruebas allegadas por Celsia, la parte tutelante indicó- como aspectos adicionales a todo lo referenciado en su escrito de tutela y de impugnación al fallo de primera instancia- que la ejecución del proyecto sin el respectivo proceso de consulta previa viene causando una afectación directa. Particularmente, destacó que en la zona de la ubicación de las torres y de tránsito de personal se ha visto afectada la cobertura vegetal, por tanto los impactos del proyecto son

actuales.

Advirtió que el video allegado por Celsia como soporte de las pruebas aportadas carece de fundamento en tanto la vía que utiliza la empresa "(…) es de uso tradicional de las comunidades allí asentadas y no es de tránsito pesado como se manifiesta, […] es una vía tradicional de uso de nuestra comunidad negra, siendo esta afectación directa a nuestra comunidad". Así, aseguró que Celsia "minimiza" las cosas manifestando que no se están causando afectaciones y, además, desconoce las zonas de asentamiento y tránsito de la comunidad comoquiera que si bien esta no cuenta con territorios colectivos, tiene su asentamiento y jurisdicción a lo largo del Corregimiento Macaján, Veredas "El Mango", "El Bobo" y "Ambrunas".

Informó que, en efecto, la Asociación no ha presentado peticiones, quejas o requerimientos en relación con el proyecto, pues se encuentra a la espera de las resultas de la presente acción de tutela. Por último, insistió en que "(…) las consultas previas realizadas a los cabildos indígenas y el consejo comunitario presente en la zona se dio con ocasión de la afectación a las vías de acceso, pérdida de plantas medicinales y ahuyentamiento de animales silvestres, encontrando[se] en las mismas condiciones y características territoriales de los grupos étnicos consultados para e[l] proyecto". En consecuencia, reiteró su solicitud de amparo.

5.4.3 Intervención de Celsia Colombia: Mediante oficio del 2 de agosto de 2024, la empresa accionada se pronunció en relación con el informe allegado por la Defensoría del Pueblo con ocasión a la visita que realizó al territorio de asentamiento de la Asociación. Aseveró que el comentado informe se fundamentó en "apreciaciones subjetivas". Concretamente, refirió que la comunidad accionante en la mayoría de su relato le aseguró a los delegados de la Defensoría que la instalación de las torres de energía "les generan unos impactos, sin embargo no se aporta prueba de estos": Al respecto, precisó que las infraestructuras serán instaladas en predios de propiedad privada con los que se adelantó el correspondiente proceso de negociación de servidumbre, sin que sus propietarios hubiesen puesto de presente el uso de sus predios para actividades colectivas; por el contrario, indicó que se pudo constatar que estos terrenos tienen una vocación ganadera que es desarrollada y liderada por los sus dueños.

En relación con el uso de la vía, insistió que es de carácter público y no de uso exclusivo de la comunidad. Sobre el particular aseguró que "(…) por la misma transitan otros actores para el desarrollo de sus labores cotidianas, por lo que una posible afectación no puede ser atribuible directamente al proyecto. Las actividades adelantadas no restringen de ninguna manera la movilidad y el paso de los usuarios regulares de la vía".

En cuanto a la zona que, según el informe de la Defensoría, reporta hundimientos, resaltó que antes del inicio de las actividades constructivas se evidenció que estos ya tenían lugar. Incluso, informó que ello dio lugar a que, en su momento, se levantara un acta -producto de una negociación con el propietario del predio- en la que se certificó que esta situación se presentaba antes del proyecto.

Respeto de la reunión realizada el 26 de noviembre de 2022, a la cual ha hecho varias veces alusión la accionante comoquiera que allí solicitó su inclusión en los procesos de consulta previa, la empresa sostuvo que- en su momento- dio respuesta a la comunidad manifestado que se habían adelantado los trámites pertinente y la debida diligencia ante la DANCP.

Seguidamente, manifestó que el informe presentado por la Defensoría del Pueblo "(…) solo se limita a consignar las manifestaciones realizadas por la comunidad, mas no aporta de manera autónoma e independiente, un pronunciamiento juicioso y detallado que contenga material probatorio clave que evidencie la supuesta afectación del proyecto a la comunidad referenciada".

Finalmente, afirmó que Celsia ha realizado un "ejercicio juicioso y respaldado" para determinar si el proyecto y sus actividades pueden ocasionar algún tipo de afectación directa a la comunidad. De ello, recordó, dan cuenta las pruebas allegadas ante este Tribunal.

II. II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. 1. Competencia

1.1 De conformidad con las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en virtud de la selección y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de esta Corporación, la Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el

proceso de la referencia.

2. Examen de procedibilidad de la acción de tutela

De acuerdo con lo previsto en el artículo 86 de la Carta Política, el Decreto 2591 de 1991 y el desarrollo jurisprudencial de esta Corte, son requisitos generales de procedencia de la acción de tutela: (i) la legitimación en la causa, (ii) la inmediatez y (iii) la subsidiariedad. La verificación en el cumplimiento de estos requisitos supone una condición para que el juez de tutela pueda emitir un pronunciamiento de fondo. De allí que, de manera preliminar, le corresponda a la Sala constatar la configuración de tales presupuestos para, posteriormente y si hay lugar a ello, plantear el problema jurídico y exponer las consideraciones que contribuyan a la solución de la presente causa.

2.1. De la legitimación en la causa y la inmediatez

2.1.1 Sobre la legitimación de las partes

Legitimación en la causa por activa: la Sala encuentra satisfecho este requisito comoquiera que la acción de tutela de la referencia fue promovida por el señor Rafael Enrique Ricardo Narváez, en calidad de representante legal de la Asociación de Negritudes Unidas de Macaján-Negrihuma. En efecto, se constató que en expediente obra la Resolución 066 del 11 de mayo de 2022 de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, en la cual se reconoce al actor como representante legal de la aludida asociación.

Legitimación en la causa por pasiva: El artículo 86 superior y los artículos 1° y 42 del Decreto 2591 de 1991 disponen que la acción de tutela procede frente a la amenaza o vulneración de derechos fundamentales, cuando la transgresión de los mismos provenga de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares cuando estos últimos (i) están a cargo de la prestación de un servicio público; (ii) su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo; o (iii) frente a ellos el solicitante tiene una relación de subordinación o indefensión.

En el caso bajo estudio, Celsia es una empresa de servicios públicos domiciliarios de naturaleza privada que está encargada de la ejecución del proyecto que, según el

accionante, genera una afectación directa del colectivo étnico que representa. Además, por este hecho se estima que entre la tutelante y esta empresa se configura una relación de indefensión toda vez que la Asociación, en este punto de ejecución del proyecto, se encuentra supeditada a las acciones que Celsia deba adelantar para el efecto, sin que entre las partes medie una relación jurídica. Todo esto, encuentra la Sala, da lugar a estimar satisfecha la legitimación en la causa por pasiva de la referida empresa dentro del presente trámite de tutela.

Ahora bien, comoquiera que mediante auto del 4 de junio de 2024 se dispuso vincular a la Defensoría del Pueblo, la Sala estima necesario advertir que dicha vinculación estuvo estrictamente orientada a que la entidad, a través de su regional Sucre, realizara una visita al territorio de asentamiento de la comunidad accionante con el propósito de rendir un informe que contribuyera al esclarecimiento de los hechos en los que se sustenta la presente causa. Así, es claro que la actuación de la Defensoría del Pueblo no guarda relación alguna con las razones que motivaron la presunta vulneración de los derechos invocados por la parte actora. Con todo, la Sala encuentra una vez ordenada su vinculación en el presente tramite de revisión resulta pertinente legitimar su comparecencia dentro de la tutela de la referencia comoquiera que, en virtud de sus facultades legales y constitucionales, podría llegar a ser destinataria de algún tipo de orden por parte de esta Corte, máxime cuando la presente discusión versa sobre la posible afectación de derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional como lo son las comunidades étnicas.

2.1.2 Sobre la inmediatez

La jurisprudencia de esta Corte ha sido clara en establecer que la valoración del requisito de inmediatez en las acciones de tutela donde las comunidades étnicamente diferenciadas invocan la protección de su derecho fundamental a participación o a la consulta previa debe realizarse tomando como referente el estado en que se encuentra el proyecto, obra o actividad (POA). Concretamente, mediante la reciente sentencia T-433 de 2023, la Sala Octava de Revisión identificó tres situaciones de hecho a considerar en estos eventos:

i. (i) Por un lado, se refirió al supuesto donde la acción de tutela se interpone respecto de un POA cuya ejecución terminó, pero continúa produciendo efectos en la actualidad y frente al cual la comunidad étnica fue diligente en indicar que le afectaba directamente. Ante esta

circunstancia, se señaló que la Corte Constitucional ha reconocido que, a pesar del paso del tiempo, la acción es procedente en tanto la vulneración alegada puede considerarse actual y permanente dada la continuidad de los efectos del POA.

() Un segundo escenario es cuando la acción de tutela se presenta mucho tiempo después, en relación con un POA que ya culminó y no produce efectos actuales, sin que se justifique la tardanza de acudir al juez constitucional. La jurisprudencia reciente de esta Corporación ha considerado que en estos casos no se satisface el requisito de inmediatez.

() Un tercer evento es aquel en el que la acción de tutela se presenta cuando se está ejecutando el POA, caso en el cual esta Corte ha reconocido que sí es procedente analizar de fondo la presunta vulneración del derecho fundamental a la consulta previa.

Para el caso concreto, la Sala encuentra que se cumple con el requisito de inmediatez por cuanto, a pesar de que la adjudicación del proyecto a Celsia data de 2018, lo cierto es que, a la fecha, el mismo aún no ha culminado. De ello dan cuenta varios elementos de juicio que obran en el expediente, concretamente, la información allegada por la empresa en el marco del auto del 4 de junio de 2024 donde señaló que “el proyecto Nueva Subestación Toluviejo 220 KV y Líneas de Transmisión Asociada – Tramo 2, cuenta con licencia ambiental expedida por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales-ANLA, mediante la Resolución 01636 del 28 de julio 2023, por lo cual se iniciaron actividades constructivas en agosto de 2023, y a la fecha el proyecto se encuentra en etapa constructiva y presenta un avance de: 82.22 % (…)”.Igualmente, Celsia le informó a esta Corporación que la fecha estimada de finalización del proyecto es el 2 de diciembre del año en curso (ver Supra 5.2 de los antecedentes).

Bajo ese contexto, la Sala estima que las actividades que desarrolla Celsia para ejecutar el proyecto son permanentes y actuales. De allí que la ANUM, de manera justificada, haya acudido al amparo para alegar la presunta vulneración de su derecho a la consulta previa tras asegurar que las actividades ya realizadas y aquellas que, a la fecha, realiza la comentada empresa afectan directamente su ámbito territorial, generando impactos de distinto orden.

2. %1.2 De la subsidiariedad

En plena correspondencia con los artículos 86 de la Constitución, 6.1 del Decreto 2591 de

1991 y la jurisprudencia de este Tribunal, la acción de tutela es un mecanismo judicial de defensa de los derechos fundamentales de carácter subsidiario. Esto implica que es improcedente ante la existencia de un medio de defensa judicial principal idóneo y eficaz, salvo que se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, esto es, inminente y grave, y que, por tanto, requiera la adopción de medidas urgentes e impostergables.

Con todo, la jurisprudencia de esta Corte ha sido clara en considerar que "no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales sean consultados". De manera que, mediante reiterados fallos se ha reconocido que el amparo es el mecanismo principal de defensa judicial del derecho fundamental de las comunidades étnicas a la consulta previa. Así lo reiteró este Tribunal mediante la SU-123 de 2018 y otros pronunciamientos recientes de diferentes salas de revisión, tales como las sentencias T-063 de 2019, T-281 de 2019, T-444 de 2019, SU-111 de 2020 y T-154 de 2021, SU- 121 de 2022, T-162 de 2023, T-039 de 2024, entre otras.

Incluso, ha precisado esta Corporación que cuando la presunta vulneración alegada se manifiesta a través de un acto administrativo que puede ser demandado mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa, esta no resulta ser eficaz para la protección inmediata del derecho fundamental a la consulta previa. Pues las acciones contenciosas "carecen de idoneidad para salvaguardar el derecho a la consulta previa", comoquiera que "no ofrecen una respuesta clara, omnicomprensiva y definitiva a la vulneración de derechos de las comunidades que tienen una especial protección constitucional y vulnerabilidad (…)".

Igualmente, mediante sentencia T-433 de 2023 esta misma Sala de Revisión estableció que la determinación de la procedencia de consulta previa que adelanta la DANCP del Ministerio del Interior no es un mecanismo judicial sino administrativo. En efecto, se explicó que tanto el artículo 86 superior como el Decreto 2591 de 1991 son precisos en señalar que la tutela no es procedente cuando existen otros mecanismos de defensa judicial. De allí que, a través de la aludida providencia, se puntualizara que es equivoco sostener que la acción de tutela es improcedente porque existe un mecanismo de naturaleza administrativa no jurisdiccional, como lo es la determinación de procedencia de la consulta previa.

En el caso bajo revisión ninguno de los jueces de instancia declaró la improcedencia de la presente acción constitucional por ausencia del presupuesto de subsidiariedad. Sin embargo, tanto Celsia como la DANCP sostuvieron en varias instancias procesales que la comunidad accionante tenía a su alcance otros mecanismos de defensa para invocar la protección de su derecho a la consulta previa. Esta aproximación, de cara a los argumentos previamente expuestos, resulta equivocada y por tanto deberá la Sala -desde este análisis preliminar de procedibilidad- rechazar las pretensiones de las partes accionadas que guardan estricta relación con el incumplimiento del requisito de subsidiariedad. Pues, como ha quedado reseñado, la acción de tutela es la vía principal que la jurisprudencia constitucional ha reconocido para que los grupos étnicos reclamen la protección de su derecho a la consulta previa, a través del cual se hacen efectivos otros derechos de los que depende su pervivencia como comunidades étnica y culturalmente diversas.

Establecida la procedencia de la presente acción de tutela, la Sala continuará con el planteamiento del problema jurídico y el esquema de resolución de este.

3. Planteamiento del problema jurídico y esquema de resolución

3.1 De conformidad con las circunstancias fácticas expuestas, las pruebas aportadas y en atención a los fallos proferidos por los jueces de instancia en el marco de la acción de tutela objeto de estudio, le corresponde a la Sala Octava de Revisión establecer si, concretamente, Celsia Colombia S.A. E.S.P. y la DANCP del Ministerio del Interior desconocieron los derechos “a la integridad social, cultural y económica, a la participación democrática, a la consulta previa, y al debido proceso” de la Asociación de Negritudes Unidas de Macaján-Negrihuma, tras no haber verificado la presencia de este colectivo étnico en el área de ejecución del proyecto “UPME 05-2018 – Nueva Subestación Toluviejo 220 KV y Línea de Transmisión Asociada – Tramo 2”. Puntualmente, se deberá determinar si las accionadas omitieron adelantar un estudio diligente de las afectaciones directas que, con ocasión del comentado proyecto, podían impactar a la comunidad demandante en su integridad cultural, social y económica.

3.2 Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, la Sala procederá a reiterar la jurisprudencia en relación con (i) El principio de la diversidad étnica y cultural y la protección

al territorio de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras; (ii) El derecho fundamental a la consulta previa; (iii) El principio de la debida diligencia en el marco de las actuaciones del Estado y las empresas y su relación con la garantía del derecho a la consulta previa; (iv) Las funciones actuales del Ministerio del Interior y su DANCP en relación con la determinación de procedencia de la consulta previa y (v) el derecho a la consulta previa y su aplicación en el tiempo. Finalmente, la Sala abordará el estudio del caso concreto.

4. El principio de la diversidad étnica y cultural y la protección al territorio de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras. Reiteración de jurisprudencia

El principio de la diversidad étnica y cultural contemplado en los artículos 1, 7, 8, 9 y 70 superiores pone de presente el carácter democrático, participativo y pluralista del Estado. Dicho principio admite la coexistencia de múltiples formas de vida y cosmovisiones dentro del territorio colombiano. De allí que esta Corporación reconozca que el mismo constituye una garantía de supervivencia y participación de los distintos colectivos étnicos en las decisiones que los impactan, en condiciones de dignidad e igualdad.

En ese orden, esta Corte ha sido clara en establecer que, en virtud del comentado principio constitucional, los pueblos étnicamente diferenciados son destinatarios de un tratamiento especial, de acuerdo con los valores y las particularidades propias de su cultura; y, por tanto, corresponde reconocerles entre otras cosas el carácter inalienable, imprescriptible e inembargable del derecho de propiedad de sus resguardos y tierras colectivas; la jurisdicción especial; el derecho a gobernarse por sus propias autoridades según sus usos y costumbres; y un régimen especial de representación en el Congreso para las comunidades indígenas y los grupos étnicos.

En consecuencia, la garantía al principio de la diversidad étnica y cultural no solo implica aceptar la existencia del grupo étnicamente diferenciado, sino también el deber de promover a sus integrantes el ejercicio efectivo, tanto de su autodeterminación, sus instituciones y autoridades de gobierno, como la posibilidad de guiarse por sus propias normas, costumbres, opciones de desarrollo, visión del mundo y proyectos de vida.

Por lo tanto, este Tribunal ha puntualizado que es a partir del reconocimiento constitucional del principio a la diversidad étnica y cultural de la Nación que surge la necesidad de aplicar

un tratamiento especial para las comunidades etnodiferenciadas, que involucra adoptar mecanismos adecuados que faciliten su participación libre e informada con el fin de salvaguardar sus modos de vida y cultura para con ello asegurar su supervivencia.

Ahora bien, en tratándose de la protección del territorio de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras (en adelante NARP), cabe recordar que el artículo 55 transitorio de la Constitución dispuso la expedición de una Ley que reconociera el derecho a la propiedad de las "comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción," así como de otras zonas del país que presentaran condiciones similares. Fue así como en desarrollo de dicho mandato constitucional se expidió la Ley 70 de 1993 que, se ha considerado, constituye un hito normativo en materia de reconocimiento de las tierras que históricamente han sido ocupadas por las comunidades NARP.

A partir de lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte ha reconocido la garantía constitucional de la diversidad étnica y cultural de las comunidades NARP, así como el derecho al territorio, haciéndoles extensivas las prerrogativas inicialmente reservadas a los pueblos indígenas. Ejemplo de ello es la aplicación de la consulta previa como mecanismo de protección de su autonomía, autodeterminación y de supervivencia bajo sus formas de vida particulares. Al respecto, esta Corporación ha explicado que, comoquiera que estas colectividades han sido históricamente discriminadas e invisibilizadas, no resultaría admisible adelantar procesos sociales, económicos y políticos que desvalorizan las manifestaciones culturales de las mismas. De allí que, mediante numerosos pronunciamientos, este Tribunal haya desarrollado una línea dirigida a superar los escenarios donde se materializa e incrementa la discriminación o ausencia de reconocimiento de estas comunidades.

En ese contexto, la jurisprudencia constitucional en la materia, en armonía con el mandato de protección a la diversidad étnica y cultural de la nación, ha sido enfática en establecer que estos grupos étnicos son sujetos de especial protección constitucional y tienen derecho, al menos: i) al territorio y a la titulación colectiva de los territorios que ocupan ancestralmente; ii) al aprovechamiento, uso y explotación de los recursos naturales que se encuentren en sus territorios (bajo los límites que la ley establezca) en tanto que son propietarios de estos; y, por ende, iii) a ser consultados previamente sobre las medidas que puedan afectarles, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la

Corte.

En suma, se ha determinado que las comunidades NARP son titulares de los derechos de reconocimiento de identidad y diversidad cultural. En el mismo orden, goza de protección constitucional el territorio ancestralmente ocupado por estos grupos, de allí que dichos colectivos tengan derecho a que les consulten previamente las medidas que pudieren afectarles en forma directa.

5. Derecho a la participación de las comunidades étnicas. Reiteración de jurisprudencia

Conforme quedó expuesto en el título anterior, la Constitución de 1991 prevé un modelo de relación con los diversos grupos étnicos del territorio nacional que encuentra su principal fundamento en el reconocimiento de su diferencia cultural, hecho que merece toda atención por parte del Estado y sus agentes en tanto contribuye en el fortalecimiento de una sociedad plural e incluyente de las diversas formas de vivir de la humanidad.

Este modelo impulsado por texto constitucional y consolidado con la incorporación al derecho interno del Convenio 169 de 1989 de la OIT ha dado lugar a la consagración de una serie de derechos orientados a proteger, entre otras cosas, la participación de las comunidades étnicas no sólo en los escenarios donde se toman decisiones susceptibles de afectarles de manera directa, sino además, en aquellos escenarios donde se definen, con carácter general, las reglas del juego social.

Particularmente, el artículo 6° del comentado Convenio establece que los Estados deben:

“a. consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b. establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados pueden participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c. establecer los medios para el pleno desarrollo de instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin”.

Bajo ese contexto, la Sala Plena de esta corporación, mediante la reciente sentencia SU-121 de 2022, indicó que en tratándose de comunidades étnicamente diferenciadas la garantía activa y efectiva de su derecho a la participación supone, por lo menos, que:"(i) sean informadas de manera oportuna y completa sobre los [proyectos, obras o actividades] que se desarrollan en sus territorios y que podrían llegar a afectarlos, indicándoles cómo la ejecución de los mismos podrían impactarlos; (ii) se propicien espacios de diálogo y concertación a los cuales sean convocados; (iii) tengan la posibilidad de pronunciarse de manera libre y sin interferencias sobre las ventajas y desventajas, presentar sus dudas e inquietudes; y (iv) tener incidencia respecto de las decisiones adoptadas".

De igual manera, a través de la precitada sentencia SU-121 de 2022 se explicó que en los eventos donde se puedan encontrar comprometidos los derechos de los colectivos étnicos como consecuencia de la ejecución de un POA es necesario diferenciar tres niveles de participación, a saber: (i) el consentimiento libre, previo e informado, (ii) la consulta previa y (iii) la participación en igualdad de condiciones con los otros sectores de la población. Dicha categorización, cabe precisar, se encontró precedida de lo dispuesto en la sentencia SU-123 de 2018 donde la Sala Plena estableció que los grados de participación a reconocer a las comunidades étnicas en razón de un POA deben ser valorados a partir del nivel de afectación que se les llegase a ocasionar, tal y como puede explicarse mediante la siguiente tabla.

Grado de afectación causado en razón del POA

Tipo de participación que debe garantizarse

Eventos en donde la medida no afecta directamente al pueblo étnico – "afectación indirecta"

Se aplicará un estándar de intervención básico que corresponde a la inclusión de las comunidades en los órganos decisorios nacionales o la mediación de sus organizaciones en cualquier escenario que les interese. Es decir, un nivel de participación en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos.

Eventos donde la medida sea susceptible de impactar de forma directa, positiva o negativamente, a una comunidad

Se garantizará la realización de la consulta previa.

Eventos donde se presenta una afectación directa intensa y la medida llegue al punto de afectar la subsistencia de la comunidad.

Se requerirá el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades tradicionales. Al respecto se precisa que, en caso de no llegar a un acuerdo, prevalecerá la protección de las comunidades.

Este grado de participación se aplicará excepcionalmente en tres casos: "(i) Traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento; (ii) el almacenamiento o depósito de materiales peligrosos o tóxicos en sus territorios; (iii) medidas que impliquen un alto impacto social, cultural y ambiental que pone en riesgo su subsistencia".

6. El derecho fundamental a la consulta previa. Reiteración de jurisprudencia

Como pudo advertirse anteriormente, existen diversos mecanismos de participación que esta Corte ha reconocido como garantías de los derechos de las comunidades étnicas en los eventos donde se encuentra prevista la ejecución de un POA. No obstante, para lo que resulta de interés en esta causa, la Sala se referirá , específicamente , a la figura de la consulta previa.

La consulta previa es un mecanismo específico que se le reconoce a las comunidades étnicas para participar de la toma de decisiones de la administración sobre los proyectos que las puedan afectar directamente. Tal y como se anotó en el título precedente, según el Convenio 169 de la OIT, la consulta previa constituye un deber del Estado, siempre que los pueblos tradicionales puedan verse impactados en su vida de manera directa por alguna medida administrativa o legislativa.

Puntualmente, esta Corte mediante sentencia SU-123 de 2018 estableció que: "(…)se trata de un derecho fundamental que protege a los pueblos indígenas y tribales y tiene carácter de irrenunciable". Dicha protección, ha resaltado este Tribunal, no solo está en cabeza de la autoridades estatales sino también de los particulares quienes deben coadyuvar en su materialización. En efecto, las autoridades tienen la carga de consultar sus decisiones, proyectos y planes, de manera previa e interactiva, con los grupos étnicos que puedan verse

afectados directamente por las actuaciones a desplegar. A su turno, a las personas de derecho privado les corresponde atender al principio de “debida diligencia”. Es decir, deben esforzarse por “identificar, prevenir, mitigar y responder a las consecuencias negativas de sus actividades” en los derechos de las comunidades involucradas.

A través de la precitada sentencia de unificación, la Sala plena estableció que el “objetivo de la consulta es intentar genuinamente lograr un acuerdo con las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre medidas que las afecten directamente (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.)”. Así, esta Corporación se ha referido a algunos de los principios que deben guiar este mecanismo de participación de la siguiente manera:

i. (i) El fin último 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”.

() El principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, siendo ello una condición imprescindible para alcanzar el entendimiento, la confianza y, por lo tanto, para la eficacia de la consulta.

() A través de la consulta se debe asegurar la participación efectiva y activa de los pueblos interesados.

() La consulta obedece a un proceso intercultural de diálogo entre iguales donde ni los pueblos tradicionales tienen un derecho de veto que les permita bloquear decisiones estatales, ni el Estado tiene un poder arbitrario de imposición de la medida prevista.

() La consulta debe ser flexible, “de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, sin que esto se pueda desconocer con la simple alusión del interés general, pues debe atenderse a la diversidad de los pueblos indígenas y de las comunidades afro descendientes”; e informada, pues “no puede tratarse de un asunto de mero trámite formal sino de un esfuerzo genuino del Estado y los particulares implicados por conocer las perspectivas de los pueblos afectados y por efectivamente lograr un acuerdo”.

Ahora bien, tal y como quedó reseñado en título precedente, el nivel de afectación directa es un parámetro determinante para concluir que una medida legislativa, administrativa o un

proyecto, obra o actividad debe ser objeto de consulta previa. En efecto, la Sala Plena en la pluricitada sentencia SU-123 de 2018 precisó que “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”, es decir que se advierta lo que se conoce como “afectación directa”, entendida esta última como “el impacto positivo o negativo que puede 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 consecuencia, corresponde adelantar la consulta previa “cuanto exista evidencia razonable de que una medida es susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena o a una comunidad afrodescendiente” .

Bajo esa línea, constatar la existencia de una afectación directa es un elemento indispensable para garantizar el derecho a la consulta previa. De allí que, conforme lo ha sostenido esta Corporación, no es válido argumentar que ante la mera presencia de una comunidad étnica el ejecutor de un proyecto deba de manera automática adelantar un proceso consultivo, pues existe un deber mínimo de evidenciar las afectaciones, de modo que estas “no sean hipotéticas ni abstractas, sino determinables y ligadas a la realidad material de la comunidad étnica que reclama la protección del derecho a la consulta previa”.

Respecto de lo anterior, explicó la Corte que dicha carga probatoria debe interpretarse en armonía con los principios que rigen el trámite de la acción de tutela, en particular con el de prevalencia del derecho sustancial que le 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”. Sin embargo, se ha resaltado que de persistir dudas sobre si un POA es susceptible de afectar de manera directa a la comunidad étnica que demanda el amparo, “será imprescindible la realización de visitas al lugar”. Y, ante potenciales impactos sobre el ambiente y la salud, aplicar el principio de precaución. Sobre el particular, conviene anotar que en la sentencia SU-123 de 2018 se consideró que :“la exigibilidad de la licencia ambiental para desarrollar una actividad es un indicio fuerte de la necesidad de consulta previa”.

Ahora bien, a título enunciativo, mas no limitativo, en la precitada sentencia de unificación la Sala Plena sistematizó algunos de los eventos en los que se ha reconocido la existencia de afectación directa a las minorías étnicas. Por ejemplo, cuando la medida legislativa,

administrativa o POA (i) perturba las estructurales sociales, espirituales, en salud y ocupacionales; (ii) impacta sobre las fuentes de sustento ubicadas al interior del territorio étnico; (iii) impide adelantar los oficios que proveen el sustento y (iv) ocasiona un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. Igualmente, se estimó que es necesario adelantar la consulta previa cuando una política, plan o proyecto (v) recae sobre los derechos de los pueblos étnicamente diferenciados; (vi) desarrolla el Convenio 169 de la OIT; (vii) impone cargas o beneficios a una comunidad, variando su situación jurídica o (viii) porque altera los elementos que definen la identidad cultural.

Sobre el particular vale la pena destacar que, en sentencia T-039 de 2024, la Corte puntualizó que la evidencia razonable requerida para decidir sobre la procedencia de la consulta previa "(…) no exige acreditar que la afectación directa que en cada caso se alega efectivamente haya tenido lugar, sino que de manera anticipada pueda concluirse, a partir de la evidencia disponible, que es altamente probable que se produzca como consecuencia de la ejecución del proyecto, obra o actividad de que se trate". En ese orden, se consideró mediante la decisión en comento que "(…) condicionar la procedencia de la consulta a que se acredite que la afectación directa efectivamente se ha producido o se está produciendo desconocería el carácter previo de la consulta. Mas aún, desvirtuaría el sentido de esta figura como mecanismo de diálogo intercultural orientado a garantizar la participación efectiva de los pueblos en la toma de decisiones que tienen el potencial de afectarles de manera directa".

Por lo tanto, el concepto de "afectación directa" como condición para la procedencia de la consulta previa no implica desconocer que en muchas ocasiones se trata de una evaluación que debe llevarse a cabo antes de que el POA reporte las afectaciones directas sobre las comunidades étnicas. Es decir, no se requerirá de la culminación del proyecto para constatar la afectación a la que estuvieron expuestos los colectivos étnicos.

Así las cosas, la propia jurisprudencia constitucional ha desarrollado dos conceptos de territorio, así: (i) el geográfico, "que comprende el espacio reconocido legalmente bajo la figura del resguardo u otras figuras semejantes, como la de territorios colectivos de las comunidades afrodescendientes"; y (ii) el amplio, "que incluye las zonas que habitualmente ha ocupado la comunidad indígena, al igual que los lugares en donde tradicionalmente los mencionados sectores de la sociedad han desarrollado sus actividades, económicas,

espirituales o culturales”.

Con todo, la Corte ha indicado que para determinar si procede la consulta previa ante la posible afectación del territorio amplio, la autoridad competente debe considerar la forma en que la comunidad étnica está vinculada con un determinado espacio a través de sus manifestaciones económicas, culturales, ancestrales y espirituales. Asimismo, se deberá tomar en consideración “la intensidad y permanencia efectiva con la cual un pueblo étnico ha ocupado o no un determinado espacio específico, el grado de exclusividad con el cual ha ocupado esas porciones territoriales, al igual que sus particularidades culturales y económicas como pueblo nómada o sedentario, o en vía de extinción”. De esta manera, debe entenderse que la sola localización territorial es insuficiente para precisar el ámbito cultural de la comunidad y su relación con la tierra. En ese orden, dicho factor -por sí mismo- no es determinante para evaluar el impacto de la medida en el colectivo étnico.

Bajo esa línea de interpretación, la Corte en sentencia T-210 de 2022 concluyó que la determinación de la afectación directa no está reducida a conclusiones técnicas en función de la cartografía física. Por el contrario, esta debe ser producto de la intervención en las esferas social, económica, política, cultural y administrativa de los pueblos tribales. Por lo tanto, no puede asumirse que solo hay afectación directa cuando la medida impacta el territorio de la comunidad; y, mucho menos, a la tierra titulada que el Estado le ha reconocido. Aquel implica un concepto que comprende otros elementos que deben ser valorados por las autoridades.

Por otro lado, la Corte ha indicado que el concepto de afectación directa difiere del de área de influencia de un proyecto. Pues, mientras este último es una noción técnica que alude al espacio geográfico en el que se desarrollará un proyecto, la afectación directa causada por un determinado POA no necesariamente se circunscribe a su área de influencia; a su vez, dentro del área de influencia es necesario identificar, caso a caso, los impactos directos que el proyecto cause a las comunidades étnicas que allí se encuentran, comoquiera que ambos conceptos no son equiparables. Ello 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. En palabras de la Corte:

“[…] Si las autoridades estiman que el área de influencia directa de un proyecto determinado

se traslapa con una comunidad [….], sin lugar a dudas deberá inferirse que se trata de un supuesto de afectación directa de las comunidades. 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".

Conforme ha quedado expuesto en este acápite, la consulta previa procede cuando hay evidencia razonable de que la iniciativa puede afectar directamente a una comunidad étnica. Lo anterior, de conformidad con los estándares desarrollados en la sentencia SU-123 de 2018, significa que debe constatarse una relación entre el POA a ejecutar y la vida comunitaria, su dinámica, sus costumbres, su cosmovisión y su identidad étnica. Sin embargo, la verificación del impacto del POA sobre el colectivo implica comprobar si existe una intervención en las esferas sociales, económicas, políticas, culturales y administrativas de estos grupos étnicos, es decir, el criterio de afectación directa no está limitado a conclusiones técnicas en función de la cartografía física de un territorio registrado como propiedad del colectivo o habitado por la comunidad.

Ahora bien, el desarrollo jurisprudencial que esta Corte ha llevado a cabo en la materia fue recientemente complementado por la sentencia SU-121 de 2022, donde la Sala Plena definió los denominados criterios "sustantivos" y "adjetivos" que se suman a los ya establecidos en la pluricitada sentencia SU-123 de 2018. Mediante estos se busca "determinar la intensidad, permanencia y exclusividad con las que un pueblo étnico ha ocupado un determinado territorio" y "establecer el grado de afectación" que se genera con las medidas legislativas o administrativas que se adopten sobre un determinado territorio.

Así, los criterios sustantivos que "permitirán establecer el grado de 'afectación directa', prima facie, a menos que se presenten razones en contrario". Son los siguientes:

"i. cuando la preservación de los usos y costumbres de la comunidad étnica se hace evidente y la medida examinada se relaciona directamente con ellos.

ii. cuando la medida impacta zonas de un territorio en las cuales las comunidades étnicas han desarrollado sus prácticas culturales de manera permanente, intensa y con pretensión

de exclusividad.

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

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

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

En punto a los criterios adjetivos relacionados con "la forma de identificar el grado de afectación de una medida" se debe considerar lo siguiente:

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

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

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

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

7. El principio de la debida diligencia en el marco de las actuaciones del Estado y las empresas y su relación con la garantía del derecho a la consulta previa. Reiteración de jurisprudencia

El Estado es el principal garante del derecho a la consulta previa. Ello no significa que los particulares y las empresas no tengan deberes en relación con la materialización de ese derecho fundamental. En efecto, mediante la pluricitada sentencia SU-123 de 2018, la Corte también se pronunció respecto del deber de diligencia que asiste tanto al Estado como a las empresas en punto a la garantía de la consulta previa para las comunidades étnicas. Sobre el particular, la Sala Plena estableció lo siguiente:

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

En desarrollo de lo anterior es preciso indicar que, mediante la sentencia de unificación en comento, la Corte puntualizó que los Estados tienen el deber de proteger los derechos humanos, por ejemplo, contra violaciones cometidas por las empresas comerciales y otras terceras partes, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.

A su vez, explicó la Sala plena en la misma providencia que las empresas están llamadas a respetar los derechos humanos, actuando con la debida diligencia para no vulnerar los

derechos humanos o contribuir a su desconocimiento. En ese sentido, deben preverse mecanismos efectivos para reparar las violaciones cuando estas se produzcan. De manera específica, en ello se concreta el deber de las empresas de celebrar consultas y cooperar de buena fe con las comunidades étnicas interesadas por medio de sus instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de iniciar actividades. Dichas consultas, resaltó la Sala Plena, deben permitir la identificación de los posibles efectos negativos de las actividades y de las medidas a fin de mitigarlos y contrarrestarlos. También deben propiciar la creación de mecanismos de participación en los beneficios derivados de las actividades.

Bajo esa línea de interpretación, la Corte concluyó que el deber de diligencia de Estado y empresas frente a los colectivos étnicos comprende (i) el deber de debida diligencia en el reconocimiento, (ii) el deber de diligencia sobre las tierras, territorios y recursos naturales, y (iii) el deber de diligencia en consultar.

Concretamente, tratándose del deber de diligencia de las empresas, esta Corporación en la Sentencia T-219 de 2022 explicó que es obligación de estas informar a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa – DANCP – del Ministerio del Interior sobre la presencia de comunidades étnicas que son susceptibles de ser directamente afectadas por el POA, incluso si el acceso a esa información es posterior a la certificación del Ministerio sobre la procedencia de consulta previa para el proyecto u obra correspondiente.

Por tanto, esta Corte ha considerado que el estándar de la debida diligencia es un referente razonable que permite determinar si, en el desarrollo de sus actividades empresariales, las compañías vulneraron o no el derecho a la consulta previa de una comunidad étnica. En consecuencia, en el marco de la valoración de la posible afectación del derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas, el juez constitucional debe tomar en cuenta si la empresa a cargo del proyecto cumplió o no con los estándares antes reseñados para luego, con fundamento en ello y en aplicación del principio de proporcionalidad, determinar cuál es el remedio constitucional procedente para garantizar de la mejor manera los derechos constitucionales que se pudieron ver comprometidos.

8. Las funciones actuales del Ministerio del Interior y su DANCP en relación con la determinación de procedencia de la consulta previa. Reiteración de jurisprudencia

Tal y como se expuso en precedencia, uno de los escenarios en los que se materializa el deber de diligencia no solo de las empresas sino también del Estado frente a las comunidades étnicas guarda correspondencia con el trámite de la certificación que debe expedir la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa -DANCP- del ministerio del Interior sobre la procedencia de la consulta previa respecto de POA que puedan afectar a colectivos étnicos. Así, la decisión de la referida DANCP se concreta a través de la expedición de un acto administrativo que resulta decisivo en la garantía del derecho a la consulta previa, "pues es el que abre o cierra la puerta a este mecanismo de diálogo intercultural". Además, el aludido trámite contribuye también en el respeto de la seguridad jurídica de las comunidades, de la personas naturales y jurídicas interesadas en llevar a cabo POA en sus territorios y de la sociedad en general.

Ahora bien, pese a la importancia que representa esta actuación administrativa, esta Corte ha advertido que muchas de las situaciones que con recurrencia dan lugar a la solicitud de protección del derecho a la consulta previa- vía acción de tutela- encuentra su principal fundamento, justamente, en la manera como el Ministerio del Interior, a través de la DANCP, desempeña su labor en este ámbito.

Explícitamente, la Corte ha señalado que, a partir de un recuento jurisprudencial en la materia, se han constatado las múltiples deficiencias en el trámite y expedición de las certificaciones por parte del Ministerio del Interior. Ello, ha precisado este Tribunal, atiende entre otras cosas a que (i) no se realizan visitas de verificación a las zonas de asentamiento de las comunidades y cuando estas se llevan a cabo de realizan de manera superficial; y (ii) la decisión se toma en razón de análisis cartográficos basados en la información suministrada por el interesado en ejecutar el proyecto, la información disponible sobre comunidades y territorios titulados en bases de datos de entidades del nivel central y, solo en algunos casos, en visitas de verificación. En efecto, aseguró la Corte en reciente sentencia T-039 de 2024 que " la jurisprudencia del período 2011-2018 abunda en ejemplos de actos administrativos proferidos por esta dependencia que, contrariando la evidencia en terreno, certificaban la inexistencia de comunidades a partir de la mera verificación cartográfica de traslape entre área de influencia del proyecto y tierras tituladas de grupos étnicos, sin considerar la visión amplia y cultural de territorio y, con ella, las perturbaciones culturales, ambientales o en la salud de los grupos étnicos". Ello, se explicó en la referida providencia, daba lugar que las empresas y entidades concernidas dejaran de adelantar las consultas previas en casos en los

que era posible verificar tanto la presencia de comunidades como las afectaciones directas causadas por los proyectos.

Esta problemática fue particularmente advertida y estudiada in extenso por la Sala Plena de este Tribunal a través de la pluricitada sentencia SU-123 de 2018. Allí se expusieron las falencias en que incurría la DANCP al expedir las certificaciones de procedencia de la consulta previa debido a que su metodología para concluir si un POA era susceptible de afectar directamente o no a una comunidad étnica se limitaba en contrastar las coordenadas suministradas por el encargado de implementar el proyecto con las bases de datos propias.

Ahora bien, con miras a eliminar la inseguridad jurídica generada por la metodología empleada por la DANCP, esta Corte consideró que dicha entidad debía "interpretar su competencia conforme a los principios constitucionales relativos al derecho a la consulta previa de los pueblos étnicos, por lo cual no debe limitarse a señalar la presencia o ausencia de dichos pueblos dentro del territorio correspondiente al área de afectación del proyecto, sino que debe incorporar dentro de los certificados que expida 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".

Como consecuencia de lo señalado por la Corte en la aludida sentencia de unificación, el Gobierno nacional expidió el Decreto 2353 de 2019 modificando la estructura y algunas funciones del Ministerio del Interior, DANCP, con el fin de que, al expedir dichas certificaciones, la entidad empleara el criterio de afectación directa. Puntualmente, en el artículo 16 del referido decreto se estableció de manera expresa el criterio de afectación directa para determinar la procedencia de la consulta previa. En la misma línea se encuentra la Directiva Presidencial Nº 8 del 9 de septiembre de 2020, "Guía para la realización de consulta previa", que en su numeral 3.2 dispone que, si la información suministrada por el promotor o ejecutor del POA es insuficiente, "deberá realizar una visita de verificación en territorio, la cual comprenderá una extensión superior al área identificada por la entidad promotora o ejecutora del POA, que permita determinar posibles afectaciones directas".

Así, en atención a las directrices previstas en la sentencia SU-123 de 2018 y la normatividad antes reseñada, en la actualidad la DANCP, a través de su Subdirección Técnica de Consulta Previa, tiene por función "determinar la procedencia y oportunidad de la consulta previa para

la adopción de medidas administrativas y legislativas y la ejecución de proyectos, obras o actividades, de acuerdo con el criterio de afectación directa, y con fundamento en estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que se requieran". Además, "proponer las directrices, metodologías, protocolos y herramientas diferenciadas frente a la determinación de la afectación directa" que pueda derivarse de un POA.

9. El derecho a la consulta previa y su aplicación en el tiempo. Reiteración de jurisprudencia

Esta Corporación ha considerado que la consulta debe ser previa al inicio del respectivo proyecto, obra o actividad; sin embargo, también se ha resaltado que su materialización no se agota en un único momento, sino que es un proceso que acompaña todas las fases de ejecución de un POA y que se activa toda vez que ocurre un cambio sustancial en sus condiciones. En ese orden, la propia jurisprudencia en la materia ha sido clara en señalar que no se configura un daño consumado cuando se ha omitido la consulta previa al inicio de un proyecto, toda vez que este mecanismo de participación procede aun cuando el proyecto esté en marcha o, incluso, haya finalizado. Ello con el propósito de definir las "etno-reparaciones" por las afectaciones causadas por el proyecto, obra o actividad que no fue objeto de consulta.

Sobre el particular, en sentencia SU-123 de 2018 se precisó que (i) la consulta previa "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"; y (ii) de forma especial, la consulta procede aun cuando el proyecto esté en marcha, e incluso, cuando haya finalizado. En este último evento, la realización de la misma está orientada 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)".

10. Análisis del caso concreto

10.1 Tomando en consideración los antecedentes en los que se enmarca el trámite tutelar que se revisa y conforme fue expuesto, le corresponde a la Sala determinar, concretamente,

si Celsia Colombia S.A E.S.P y la DANCP del Ministerio del Interior desconocieron los derechos "a la integridad social, cultural y económica, a la participación democrática, a la consulta previa, y al debido proceso" de la Asociación de Negritudes Unidas de Macaján-Negrihuma tras no haber verificado la presencia de este colectivo étnico en el área de ejecución del proyecto "UPME 05-2018 – Nueva Subestación Toluviejo 220 KV y Línea de Transmisión Asociada – Tramo 2". Puntualmente, se deberá establecer si las accionadas omitieron adelantar un estudio diligente de las afectaciones directas que, con ocasión del comentado proyecto, podían impactar a la comunidad demandante en su integridad cultural, social y económica.

10.2 El anterior cuestionamiento, tal y como se expuso en los antecedentes de esta providencia, guarda correspondencia con el hecho de que la Asociación accionante considera afectado, principalmente, su derecho a la consulta previa por estimar que tanto Celsia Colombia como la DANCP del Ministerio del Interior no advirtieron que el proyecto de energía eléctrica que, a la fecha, se encuentra en etapa de ejecución, genera afectaciones directas sobre el área de asentamiento de la comunidad étnica. Particularmente, el actor rechazó el hecho de que la DANCP no incluyera al colectivo étnico que representa en ninguna de las Resoluciones de Procedencia y Oportunidad de Consulta Previa que expidió tras asegurar que no encontró relación alguna entre el área de influencia del proyecto y el territorio que la Asociación ha ocupado ancestralmente y donde tiene su asentamiento. Así, en criterio del tutelante, las actuaciones desplegadas por las accionadas han mantenido a la comunidad al margen del proyecto, desconociéndose los impactos negativos que este ha ocasionado en lo que respecta, puntualmente, a asentamientos, zonas de tránsito, usos y costumbres.

10.3 Para efectos de darle solución al objeto de la litis es necesario empezar por señalar que de los elementos de juicio que obran en el expediente y de aquellos que fueron allegados en sede de revisión, la Sala encontró acreditados, para lo que resulta especialmente relevante en el análisis del problema jurídico propuesto, los siguientes hechos:

i. (i) La Asociación de Negritudes Unidas de Macaján -NEGRIHUMA-, fue inscrita con Resolución No. 024 del 5 de noviembre de 2003 en el Registro Público Único Nacional de Consejos Comunitarios, Formas y Expresiones Organizativas y Organizaciones de Base de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior. A la fecha de interposición de la tutela, la Asociación reportó que se encontraba conformada

por 100 familias correspondientes a 500 personas. Dicha afirmación no fue controvertida por ninguna de las partes.

() La ANUM tiene su asentamiento en el municipio de Toluviejo (Sucre). En efecto, la Sala pudo constatar que en el “mapa de oportunidades territoriales- año 2022” del referido municipio se señaló que “de acuerdo con el Plan de Desarrollo 2020 – 2023, el 36,06 % de la población afrodescendiente que reside en Toluviejo no nació en el municipio. En cuanto a su organización ante el Ministerio del Interior solo hay inscrita una Organización de Base - Asociación de Negritudes Unidas de Macaján – y un Consejo Comunitario -Consejo Comunitario de Comunidades Negras del corregimiento de La Piche -SOCOLANDO”.

() Celsia Colombia fue adjudicataria de la convocatoria del proyecto “UPME 05-2018 – Nueva Subestación Toluviejo 220 KV y Línea de Transmisión Asociada – Tramo 2” el cual tiene por objeto mejorar la prestación del servicio de energía eléctrica en la costa caribe colombiana. El proyecto en comento se localiza en los municipios de Toluviejo, Santiago de Tolú y San Onofre en el departamento de Sucre; y en jurisdicción de los municipios de María La Baja, Arjona, Turbaco y Santa Rosa, en el departamento de Bolívar.

() Bajo ese contexto, en enero del año 2020, Celsia le solicitó a la DANCP del Ministerio del Interior la certificación respecto de la presencia de comunidades étnicas en el área de ejecución del proyecto antes reseñado. Fue así como, mediante Resolución de Procedencia y Oportunidad No. 0035 del 18 de marzo de 2020, dicha entidad “certificó la procedencia de consulta previa con las comunidades indígenas La Venta, La Esperanza, Las Cavernas y Cienaguita del municipio de Toluviejo y la comunidad indígena Palo Alto del municipio de San Onofre en el departamento de Sucre; y los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras de Flamenco, Níspero y Correa en el municipio de María La Baja en el departamento de Bolívar (…)”. Es decir, en dicha oportunidad la ANUM no fue incluida para el trámite de consulta previa.

() Para septiembre del año 2020, Celsia Colombia le solicitó a la DANCP valorar las posibles afectaciones del proyecto, concretamente, respecto de los Consejos Comunitarios de las comunidades negras de “Renaciente, de Rocha y Palo Alto y el Cabildo Indígena Gambote”. Fue así como, mediante Resolución de Procedencia y Oportunidad de la Consulta Previa No. ST- 1129 del 6 de noviembre de 2020 dicha dependencia del Ministerio del Interior resolvió:

“Modificar parcialmente […] el acto administrativo N°0035 del 18 de marzo de 2020 (…)” e incluir a los referidos colectivos étnicos en el trámite de consulta previa. Es decir, en esta nueva oportunidad, tampoco se advirtió la procedencia del comentado mecanismo de participación para la Asociación accionante pues, conforme lo puso de manifiesto la misma DANCP en la contestación de la tutela, “el estudio de procedencia de la consulta previa se efectuó sobre las comunidades CONSEJOS COMUNITARIOS DE COMUNIDADES NEGRAS DE RENACIENTE, DE ROCHA Y PALO ALTO Y EL CABILDO INDÍGENA GAMBOTE, relacionadas por CELSIA S.A E.S.P. en su solicitud y con fundamento en la información suministrada para tal efecto”.

() Concretamente la Resolución de Procedencia y Oportunidad de Consulta Previa que fue expedida por la DANCP el 18 de marzo de 2020 -a la cual se hizo previa alusión (ver Supra iv)- se soportó en un análisis cartográfico y geográfico basado en el estudio de las actividades del proyecto, la consulta en las bases de datos institucionales de comunidades étnicas y tomando en consideración los colectivos étnicos que pudieran verse posiblemente afectados en razón de la ejecución de las actividades del proyecto. En esos términos fue explicado por la propia DANCP y, además, así se pudo constatar a partir del contenido del referido acto administrativo. En consecuencia, quedó probado que la DANCP expidió la RPOCP del 18 de marzo de 2020 sin que mediara una visita al terreno donde tiene asentamiento la Asociación actora.

() El día 26 de noviembre de 2022, Celsia, actuando a través de su empresa contratista “Consultoría y Medio Ambiente S.A” (la cual, se precisa, estuvo encargada de la elaboración del estudio de impacto ambiental) dio apertura “al espacio de socialización correspondiente a la actualización de la información primaria del estudio de impacto ambiental del [proyecto]”. Dicha reunión tuvo lugar en el corregimiento de “Macaján” y, según el acta suscrita el día de la misma, esta fue firmada por dos profesionales de la comentada empresa consultora y el ahora accionante en calidad de Presidente de la Junta de Acción Comunal del corregimiento de Macaján.

Sobre el particular cabe resaltar que en la aludida acta quedó reseñado que, para el momento de las intervenciones, el representante legal de la ANUM (ahora tutelante) puso de presente que en el marco del estudio de impacto ambiental “(…) no se les tuvo en cuenta para la realización de la consulta previa (…)” por el hecho de que la DANCP no los había

incluido en su concepto de procedencia. Con todo, quedó consignado en el documento que la comunidad accionante afirmó que se encontraba adelantando “los trámites” para solicitar la realización de la consulta previa. Sobre este aspecto se anotó en la pluricitada acta que la empresa consultora informó que la única entidad llamada a reconocer la procedencia de dicho mecanismo de participación es el Ministerio del Interior.

() Actualmente, el proyecto se encuentra en ejecución. En efecto, Celsia informó que, a la fecha, está en etapa constructiva y presenta un avance del 82.22 %. Así mismo, la delegada de la Defensoría del Pueblo en la visita al terreno de asentamiento de la comunidad étnica accionante pudo constatar que el proyecto ya se encuentra en marcha.

() Para las actividades constructivas del proyecto se hace uso de una vía terciaria de carácter público que conduce a predios en donde se ubican los “sitios de torre”. A través de esta vía transitan, al menos dos veces al día, vehículos de propiedad de Celsia entre los cuales pueden encontrarse, en razón de las necesidades, los siguientes: una (1) camioneta y una (1) buseta para el transporte del personal, un (1) camión NQR para el transporte de los equipos necesarios, y un (1) camión doble cabina con cupo para 6 personas.

() Celsia acudió a la “Fundación para el Desarrollo Social y la Convivencia Pacífica” con el propósito de que esta rindiera un informe dirigido a analizar la ubicación de la comunidad accionante, las características del proyecto y las eventuales afectaciones que sufriría la Asociación. Mediante dicho informe se concluyó, entre otras cosas, que no se encontró evidencia de que el desarrollo del proyecto pudiera perturbar al colectivo étnico accionante “(…) en sus estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales o que se pudieran impactar sus fuentes de sustento o imposibilitar la realización de los oficios de los que se deriva el sustento, como tampoco un eventual reasentamiento de la comunidad”.

() El 20 de junio de 2024, la Defensoría del Pueblo-Regional Sucre realizó una visita al territorio donde se encuentra asentada la Asociación. Concretamente, esta delegada recorrió los puntos que la comunidad identificó con mayor relevancia en la generación de afectaciones para el colectivo. Mediante el recorrido se evidenciaron, según el informe allegado, entre otras cosas, lo siguiente:

-Sectores que se encontraban en malas condiciones para el acceso y deslizamiento de la orilla del camino hacia el arroyo “El Bobo”. Lo anterior, se destaca, no fue atribuido por parte

de la comunidad exclusivamente al proyecto.

– En los sectores de “El Bobo” y “El Mango” se identificó la presencia de las torres instaladas dentro en desarrollo del proyecto.

– Se identificaron varios cultivos de yuca y maíz, sin que se pudiese establecer la pertenencia de los mismos.

– Se identificaron las viviendas en el sector de “Ambrunas” de quienes afirman tener las mayores afectaciones a la salud por el levantamiento de material particulado (polvo).

– Se advirtió el levantamiento de “algunos pequeños tramos de la corteza vegetal” en el área donde se instalaron las antenas.

-Se evidenció que “el entorno paisajístico se ha visto alterado con la instalación de las torres eléctricas”.

– Finalmente, se anotó en el comentado informe que presentó la Defensoría lo siguiente: “Se podrían presentar afectaciones sobre los derechos fundamentales del colectivo étnico como el territorio y la identidad cultural, que deberán ser identificados por las partes en el evento de que sea reconocido el derecho a la Consulta Previa del colectivo” (énfasis propio).

10.4 En relación con los elementos de juicio antes expuestos, se estima pertinente puntualizar que estos obedecen únicamente a una enunciación sintetizada que se llevó a cabo de aquellos hechos que, estima la Sala, fueron específicamente probados y que tienen particular relevancia en la valoración del caso concreto sin que ello implique desconocer el alcance y el estudio cuidadoso que se realizará de las demás pruebas que fueron aportadas por las partes dentro de todo el trámite de tutela.

10.5 Ahora bien, tomando en cuenta que el proyecto que adelanta Celsia al cual el actor le atribuye la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la comunidad étnica que representa guarda relación con el servicio de energía eléctrica, la Sala estima pertinente recordar que tanto la legislación colombiana como la jurisprudencia de este Tribunal han reconocido la importancia fundamental del suministro a la energía eléctrica para desarrollar una vida en condiciones mínimas de bienestar. Particularmente, el artículo 16 de la Ley 56 de 1981 declaró “la utilidad pública e interés social” de los planes, proyectos y ejecución de

obras para la generación, transmisión, distribución de energía eléctrica, entre otros.

10.6 Por su parte y solo a manera de ejemplo, mediante reciente sentencia T-337 de 2023, la Sala Octava de Revisión de tutela de esta Corte precisó que "(…) el servicio público de energía eléctrica es un servicio esencial, conforme a la ley; su prestación efectiva responde a los fines esenciales del Estado y a la garantía del interés individual. Al punto que la falta de suministro de dicho servicio puede ocasionar la vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana, vida en condiciones dignas, salud, trabajo, educación y vivienda digna". Bajo esa línea esta Corte ha considerado que el suministro de energía eléctrica"(…)es un deber en cabeza del Estado por tratarse de una manifestación de los fines esenciales del Estado que se orientan a la consecución del bien común y el bienestar general".

10.7 En ese orden, la Sala destaca la necesidad de que el Estado, a través de los diferentes entes territoriales, gestione y adelante proyectos tendientes a asegurar el suministro de energía eléctrica a todos los habitantes del territorio nacional. Pues la ausencia de esta puede derivar en la vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la vida en condiciones dignas, a la salud, a la educación, al trabajo y a la vivienda digna.

10.8 Con todo, la Sala enfatiza que la obligación del Estado y sus agentes en este ámbito deben armonizarse, entre otros, con el principio del pluralismo que, como se estudió en la parte considerativa de esta providencia, reconoce y protege la diversidad étnica y cultural como un valor constitucional, atribuyéndole a los diferentes colectivos étnicos plenos derechos constitucionales fundamentales entre los cuales se destaca, para lo que interesa en esta oportunidad, la consulta previa. Esta funge como un mecanismo de participación de las comunidades étnicas en las decisiones que puedan afectarlas y tiene como principal objeto preservar su integridad étnica, social, económica y cultural para asegurar su subsistencia como grupo social. Lo anterior, supone entonces el deber del Estado y de los particulares que pueden verse inmersos en proyectos -por ejemplo energéticos- de proteger adecuadamente los territorios de estos pueblos étnicos y consultarlos en relación con las medidas que los impactan directamente, incluso, en los eventos donde el proyecto, obra o actividad se enmarque en el interés colectivo.

Bajo el contexto antes descrito, la Sala procederá a dar solución al problema jurídico propuesto a partir de valorar, concretamente, las actuaciones adelantadas tanto por Celsia

Colombia y por la DANCP en el marco del desarrollo del proyecto energético que, aseguró el actor, debió haber sido objeto de consulta previa por estimar que el mismo genera afectaciones directas de diferente orden en la comunidad étnica que representa.

10.9 Respecto del actuar de Celsia Colombia. De acuerdo con los antecedentes del caso, los hechos probados, las pruebas allegadas por la empresa accionada -tanto en sede de instancias como en sede de revisión- y en aplicación de las reglas jurisprudenciales vigentes en la materia, la Sala encuentra que, en principio, la actuación de Celsia atendió los parámetros en los que se entiende satisfecho el deber de la debida diligencia.

Nótese que empresa le solicitó en más de una oportunidad a la DANCP que certificara la presencia de comunidades étnicas en el área de ejecución del proyecto para efectos de poder verificar la procedencia de la consulta previa. Al respecto la Sala pudo constatar que, en la primera ocasión, Celsia se dirigió ante la referida Dirección a efectos no solo de que esta certificara la existencia o no de comunidades étnicas de acuerdo con "las unidades territoriales del área de influencia del proyecto" sino también, requirió su colaboración en punto a que, ante la presencia de colectivos étnicos, se le suministrara toda la información de relevancia para lograr su individualización. Además, se evidenció que en esa primera comunicación Celsia advirtió a la DANCP la posibilidad de llevar a cabo una "visita de verificación en campo" que sustentó en "las características especiales del proyecto" y (ii) "la longitud y amplitud del área de influencia y las particularidades de asentamiento de las comunidades étnicas que eventualmente se puedan presentar y verificar".

Al respecto cabe precisar que en dicha ocasión, Celsia allegó ante la DANCP un mapa de localización del proyecto y una tabla donde identificó todas "las unidades territoriales del área de influencia del proyecto". A través de estos insumos se ponía en evidencia, al menos de forma genérica, que el proyecto tendría influencia en el municipio de Toluviejo (Sucre) y, a su vez, dentro de varias de sus unidades territoriales entre las que se destacan "Macaján, el Bobo, el Mango y Ambrunas". A continuación se reproduce un extracto de los insumos gráficos allegados en su momento con la solicitud.

Lo anterior adquiere particular relevancia si se tiene en cuenta que fue en razón de esta primera solicitud que la DANCP expidió la Resolución No. 0035 del 18 de marzo de 2020 donde, conforme quedó probado, no se incluyó a la Asociación actora como titular del

derecho a la consulta previa (Ver Supra numeral 10.3 [iv]).

Seguidamente se encontró que, en una segunda oportunidad, Celsia le solicitó a la DANCP valorar las posibles afectaciones del proyecto, concretamente, respecto de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras de “Renaciente, de Rocha y Palo Alto y el Cabildo Indígena Gambote”. Esto dio lugar a que se expidiera la 0035ción No. ST- 1129 del 6 de noviembre de 2020 donde se modificó parcialmente el acto administrativo del del 18 de marzo de 2020 al que se hizo previa alusión, incluyéndose a los referidos colectivos étnicos en el trámite de consulta previa.

Estos dos acercamientos por parte de Celsia ante la DANCP constituyen, en criterio de la Sala, al menos un indicio de que la actuación de la empresa no se dio en el marco de la mala fe; por el contrario, se circunscribió al diseño institucional vigente que se ha ajustado como consecuencia de las falencias advertidas en la Sentencia SU-123 de 2018. Pues, en efecto, es la DNACP del Ministerio del Interior la autoridad llamada a certificar la existencia de comunidades étnicas en relación con un POA y, en consecuencia, advertir la procedencia de consulta previa ante la verificación de un impacto directo sobre una comunidad.

Respecto de lo anterior cabe anotar que la segunda vez que Celsia se dirigió ante la DANCP su solicitud estuvo estrictamente orientada a que se valoraran las posibles afectaciones del proyecto en relación con unos colectivos étnicos en específico donde tampoco figuró la comunidad actora. Esto, estima la Sala, aun cuando no representó una gestión en favor de la Asociación accionante sí comporta un elemento que permite inferir, prima facie, que la empresa buscó la manera de corregir las posibles falencias en las se había podido incurrir en el primer trámite de certificación de comunidades étnicas que pudieran ser titulares del derecho a la consulta previa. En consecuencia, no encuentra la Sala que la actuación de Celsia- en este aspecto- hubiese estado precedida por el ánimo de desconocer los derechos y las garantías fundamentales de los colectivos étnicos que se verían impactados (de forma positiva y/o negativa) directamente por el proyecto.

Conforme lo ha considerado este Tribunal, en punto al derecho a la participación de las comunidades étnicas cuando estas puedan verse afectadas directamente por un POA, las empresas están llamadas a respetar los derechos humanos, actuando con la debida diligencia para no vulnerar los mismos o contribuir a su desconocimiento. En ese sentido, la

propia jurisprudencia ha resaltado que: “las compañías encargadas de proyectos deben adelantar consultas y cooperar de buena fe con los grupos étnicos que puedan resultar afectados por sus proyectos (…)”.

El anterior estándar de valoración, tal y como se explicó en la parte considerativa de esta providencia, es un referente razonable que contribuye a determinar si, en el desarrollo de sus actividades empresariales, las compañías vulneraron o no el derecho a la consulta previa de una comunidad étnica. A partir de este, se insiste, Sala no encuentra que el actuar de Celsia haya estado precedido de la mala fe o de una intención tendiente desconocer o contribuir en el desconocimiento de los derechos humanos que le asisten a la comunidad accionante.

Sin embargo, en los elementos de juicio que obran en el expediente existe un hecho que ha sido reseñado en múltiples oportunidades por la parte accionante y que la Sala estima debe ser valorado, de forma específica, a la luz de los principios que rigen la debida diligencias por parte de las empresas en este tipo de asuntos. Se trata de la reunión que tuvo lugar el día 26 de noviembre de 2022 donde, según fue evidenciado por la Sala a partir del acta suscrita el día de la misma, la empresa “Consultoría y Medio Ambiente S.A.”, actuando en calidad de contratista de Celsia que, además, estuvo encargada de elaborar el correspondiente estudio de impacto ambiental, tuvo un acercamiento con la Junta de Acción Comunal del corregimiento de Macaján en donde participaron “la capitana del Cabildo Menor Indígena – Arrollo de Macaján” y el ahora accionante. En dicho encuentro, según el actor, se puso de presente la necesidad de incluir a la Asociación en el trámite de consulta previa sin que, a juicio del interesado, se haya dado respuesta a tal solicitud por parte de Celsia.

Ahora bien, revisada el acta suscrita en la aludida reunión, la Sala encontró que, en efecto, durante la misma se llamó la atención a la empresa consultora en punto al hecho de que las comunidades allí representadas no habían sido incluidas en el certificado de procedencia y oportunidad de consulta previa expedido por el Ministerio del Interior. Sin embargo, reposa en la comentada acta que fueron los propios solicitantes quienes explicaron que: “(…)ellos se enc[ontraban] en proceso de realizar ante dicho Ministerio los trámites a que h [ubiese] lugar para que esta entidad deci[diera] nuevamente sobre su inclusión (…)”. Igualmente, quedó anotado en el acta, ante la intervención de los líderes comunitarios, que la empresa consultora “los invitó a continuar con su trámite ante el Ministerio y a dar a conocer los resultados del mismo cuando a ello hubiese lugar”.

El recuento de lo acontecido en la aludida reunión tiene especial relevancia en la valoración de la conducta desplegada por Celsia, pues podría considerarse que, atendiendo al contenido de la intervención de los representantes de los colectivos étnicos convocados aquel día, la compañía tuvo, en el marco de la debida diligencia, la posibilidad de haber solicitado nuevamente ante la DANCP la verificación y/o inclusión de la Asociación tutelante en el certificado de procedencia y oportunidad de consulta previa, tal y como quedó probado que lo había hecho previamente con otras comunidades étnicas (Ver Supra numeral 10.3 [v]). No obstante, existe un elemento que lleva a la Sala a estimar que, en principio, dicha oportunidad pudo no concretarse por el hecho de que fueron los propios solicitantes del derecho a la consulta previa quienes explicaron -en el curso de la reunión- que ya se encontraban adelantando las gestiones pertinentes ante el Ministerio del Interior para reclamar su inclusión en el comentado mecanismo de participación.

Ahora bien la Sala no desconoce que pese a lo anterior, como se anotó en precedencia, Celsia hubiese podido adoptar una conducta mucho más diligente en aras de salvaguardar los intereses, entre otros, de la Asociación tutelante. Sin embargo, el hecho de que no haya actuado de esa manera no tiene la entidad suficiente para considerar que la empresa obró de mala fe o con la particular intensión de afectar los derechos de la ANUM. Obsérvese que, incluso, en el marco del presente trámite constitucional, Celsia ha mostrado un interés genuino por contribuir en la resolución de la causa sin que ello implique, enfatiza la Sala, acoger su postura en punto a que el proyecto no tiene afectación directa sobre la comunidad actora.

Esta postura, ha explicado Celsia, no solo encuentra su fundamento en los estudios de impacto ambiental, las resoluciones que expidió la DANCP, los planos de identificación de la infraestructura eléctrica y la distancia con respecto a la comunidad, entre otros elementos de juicio aportados, sino que, además, se sustenta en un informe presentado por la “Fundación para el Desarrollo Social y la Convivencia Pacífica” al cual acudió encontrándose en curso la acción de tutela de la referencia, donde en términos generales se concluyó que no existe afectación directa de la comunidad en relación con el proyecto. Con todo, la valoración de este aspecto será objeto de pronunciamiento más adelante, reiterándose únicamente en este punto que, prima facie, no se estima que las actuaciones de Celsia hayan estado precedidas por la mala fe o por una evidente falta de diligencia.

10.10 Respecto las actuaciones adelantadas por la DANPC del Ministerio del Interior. Para efectos de abordar este aspecto conviene recordar que la Asociación actora, más allá de cuestionar el actuar de Celsia orientó también sus argumentos a reprochar la gestión de la DANCP. Puntualmente, refirió el actor tanto en su escrito de tutela como en otras instancias de este trámite de amparo que las actuaciones de dicha Dirección se fundamentaron en "(…) una base de datos institucional que al parecer se encuentra desactualizada, información secundaria y terciaria". Así, aseguró el actor que dicha dependencia del Ministerio del Interior no adelantó "(…) una visita oficial de verificación en terreno, donde se pudo haber escuchado a la comunidad en general y se hubiera podido observar, validar y constatar que efectivamente el proyecto afectará directamente a [la] Asociación de Negritudes Unidas de Macaján -NEGRIHUMA- con base en los lineamientos de la Sentencia SU-123 de 2018 de la Corte Constitucional".

En relación con el alcance del derecho a la consulta previa, el Convenio 169 de la OIT ha previsto que, "de requerirse un estudio para la verificación de comunidades tribales por consultar, el mismo debe adelantarse con su participación". Sin embargo, de acuerdo con los elementos de juicio que reposan en el expediente quedó probado que la ANUM, previa interposición de la presente acción de tutela, fue excluida del proceso de verificación de su presencia en la zona. Ello pese a que, al menos, de acuerdo con el mapa de localización del proyecto y la tabla aportada por Celsia ante la DANCP donde se relacionaron "las unidades territoriales del área de influencia del proyecto", se ponía en evidencia, siquiera de forma preliminar, que tendría influencia en el municipio de Toluviejo (Sucre) y, a su vez, dentro de varias de sus unidades territoriales entre las que se destacan "Macaján, El Bobo, El Mango y Ambrunas".

Lo anterior resulta relevante si toma en cuenta que, tal y como pudo constatarse, la Asociación accionante tiene su asentamiento en el municipio de Toluviejo (Sucre) (ver Supra 10.3 [ii]) y que, según lo indicó el actor, el colectivo étnico tiene jurisdicción a lo largo del "Corregimiento de Macaján, Veredas El Mango, El Bobo y Ambrunas y algunas familias asentadas en el casco urbano del municipio de Toluviejo", afirmación que, en todo caso, no fue controvertida por las partes en el curso de esta tutela y que, como se verá, más adelante guarda correspondencia con el informe remitido por la Defensoría del Pueblo ante esta Corporación.

Bajo ese contexto y en aras de poder valorar el alcance las actuaciones de la DANCP, la Sala procedió a verificar el contenido de (i) las resoluciones expedidas por esta Dirección donde, como ha quedado reseñado, no se incluyó a la comunidad accionante y (ii) la información allegada por esta tanto en el curso de las instancias como en esta sede de revisión. En ese orden la Sala encontró que:

i. (i) La expedición de la Resolución No. 0035 del 18 de marzo de 2020 estuvo precedida, en términos generales, de un análisis cartográfico y geográfico basado en el estudio de las actividades del proyecto, la consulta en las bases de datos institucionales de comunidades étnicas y de los colectivos étnicos que pudieran verse posiblemente afectados en razón de la ejecución de las actividades del proyecto. Así, quedó probado que la DANCP expidió la resolución en comento sin que mediara la participación de la Asociación tutelante y/o una visita al terreno donde tiene asentamiento.

() La expedición de la Resolución No. ST- 1129 del 6 de noviembre de 2020 estuvo precedida, no solo de la información que fue valorada en el marco de la primera actuación administrativa antes descrita, sino además y particularmente, de unos "recorridos de campo entre las comunidades y profesionales sociales al servicio del Proyecto" que tuvieron por objeto "precisar la intervención o no del Proyecto sobre el territorio de algunas comunidades no certificadas" en la primera resolución (aquella del 18 de marzo de 2020). En esos términos puede leerse la aludida resolución del 6 de noviembre de 2020.

() De las intervenciones presentadas por la DANCP en el curso del presente trámite de tutela, cabe resaltar que hizo alusión a las mismas fuentes de las que se valió para expedir los actos administrativos previamente descritos. Adicionalmente, aseguró que también tuvo en cuenta la información allegada por Celsia "en cuanto a las comunidades étnicas identificadas y las posibles afectaciones directas".

Respecto de los puntos antes expuestos precisa la Sala que, para lo que resulta trascendente en esta causa, se excluirá el análisis concreto de lo acontecido en el marco de la expedición de la Resolución No. ST- 1129 del 6 de noviembre de 2020, pues como se indicó (ver Supra 10.3 [v]) dicha actuación estuvo únicamente dirigida a la verificación e inclusión de comunidades étnicas concretas, distintas a la ANUM.

Nótese que la conducta de la DANCP corresponde a aquella que ha sido reprochada por esta

Corte en casos análogos donde ha sido necesario hacer un llamado a fortalecer el proceso de certificación que le corresponde llevar a cabo al Ministerio del Interior. Este, ha indicado la propia jurisprudencia, se puede adelantar con el apoyo de los entes territoriales y debe propiciar la concurrencia de las comunidades étnicas próximas a las áreas donde se adelantan las obras y los proyectos "como acto a partir del cual estas pueden o no ejercer el derecho a la consulta previa". En esa línea, este Tribunal ha establecido que el proceso de verificación de la existencia de afectaciones directas en relación con un POA debe involucrar a las comunidades presentes en el lugar donde, por ejemplo, se puedan llevar a cabo instalaciones de estructuras de diferente naturaleza como lo podrían ser las torres y/o a las líneas de trasmisión de energía eléctrica, con el fin de garantizar su participación efectiva.

Respecto de lo anterior, conviene recordar que la Corte ha señalado que, a la fecha, se siguen advirtiendo múltiples deficiencias en el trámite y expedición de las certificaciones por parte del Ministerio del Interior. Ello atiende entre otras cosas al hecho de que no se realizan visitas de verificación a las zonas de asentamiento de las comunidades y a que la decisión se toma en razón de análisis cartográficos basados en la información suministrada por el interesado en ejecutar el proyecto. Explícitamente, en reciente sentencia T-039 de 2024 esta Corporación volvió a referirse a esta problemática en los siguientes términos:

"(…) [abundan] ejemplos de actos administrativos proferidos por esta dependencia que, contrariando la evidencia en terreno, certificaban la inexistencia de comunidades a partir de la mera verificación cartográfica de traslape entre área de influencia del proyecto y tierras tituladas de grupos étnicos, sin considerar la visión amplia y cultural de territorio y, con ella, las perturbaciones culturales, ambientales o en la salud de los grupos étnicos".

Ahora bien, un vez advertidas las falencias que en el caso sub examine se presentaron de cara al trámite administrativo que adelantó la DANCP y en aras de confrontar no solo la información allegada por las partes involucradas en este proceso de tutela sino, especialmente, esclarecer la verdad en relación con la posible afectación directa de la comunidad actora respecto del proyecto y la eventual necesidad de garantizarles su derecho fundamental a la consulta previa, la magistrada ponente mediante auto del 6 de junio de 2024 le solicitó a la Regional Sucre de la Defensoría del Pueblo llevar a cabo una visita al territorio de asentamiento de la ANUM con el propósito de allegar ante esta Corporación un informe sobre las actuales o posibles afectaciones a los derechos fundamentales de dicha

comunidad, debido a la ejecución del proyecto que adelanta Celsia. Así mismo, se le solicitó a referida empresa información específica sobre el proyecto (ver supra numeral 5 de los antecedentes)

En atención a lo anterior, la Sala recibió el informe realizado por la delegada de la Defensoría del Pueblo que, conforme le fue solicitado, el día 20 de junio de 2024 vistió el territorio donde se encuentra asentada la Asociación. Según quedó reseñado en el aludido informe, la visita se desarrolló en dos espacios: el primero de ellos, estuvo orientado a tener un acercamiento con los miembros de la comunidad para que explicaran las afectaciones que, en su criterio, les ha ocasionado el proyecto; y el segundo, se concretó en llevar a cabo un recorrido por el territorio del colectivo étnico, específicamente, por las zonas que este aseguró que presentan mayores impactos.

En lo correspondiente al primer espacio -reunión con la comunidad- encuentra la Sala que los datos consignados en el informe obedecen a una recopilación de las manifestaciones de la comunidad que guardan relación, en su mayoría, con gran parte de los argumentos que utilizó desde su escrito de tutela para solicitar la protección de sus derechos fundamentales. Sin embargo, sobre este punto es importante destacar que las razones que el colectivo étnico le brindó a la delegada de la Defensoría para reiterar sus acusaciones se estructuraron, ya no en meras posibilidades de los impactos del proyecto, sino por el contrario, se refirieron a que aquellas afectaciones que, a la fecha, aseguró, se están percibiendo; así también lo hizo saber mediante la intervención que allegó ante esta Corte en el marco del traslado de las pruebas solicitadas a través del referido auto del 6 de junio de 2024 (ver Supra 5.4.2 de los antecedentes). Esto guarda correspondencia con el hecho de que "(…) se iniciaron actividades constructivas en agosto de 2023, y a la fecha el proyecto se encuentra en etapa constructiva y presenta un avance de: 82.22 %".

Ahora bien, en relación con el segundo espacio en el que se desarrolló la visita de la Defensoría (recorrido por el territorio), la Sala advierte que si bien la información aportada por esta entidad no resulta concluyente en punto a indicar con certeza la existencia de impactos directos a la comunidad con el proyecto, sí ofrece una serie de elementos que le permiten a esta Corte disentir de la postura que defiende Celsia y que también se vio reflejada por las actuaciones de la DANCP al asegurar -sin realizar una visita al territorio- que no encontró vinculación alguna entre el área geográfica, cartográfica y espacial del proyecto

con el área sobre la cual la Asociación accionante adelanta sus dinámicas sociales, espirituales y culturales. De allí que no la haya incluido en las RPOCP que profirió (ver Supra 2.1.2 de los antecedentes).

Del informe allegado por la Defensoría se destacan los siguientes aspectos en relación con el recorrido a la zona:

i. (i) En los sectores de “El Bobo” y “El Mango” se identificó la presencia de las torres instaladas dentro en desarrollo del proyecto.

ii. (ii) En el recorrido se encontraron varios cultivos de yuca y maíz en los sectores de “El Bobo” y “El Mango”, sin que se pudiera identificar la pertenencia de los mismos. Al respecto, quedó reseñado en el informe que la comunidad manifestó que son de miembros del colectivo, donde se desarrollan actividades de agricultura y recolección.

iii. (iii) Se advirtió que hay algunos tramos en las vías de acceso en los sectores de “El Bobo”, “El Mango” y “Ambrunas” que se encuentran en mal estado. La comunidad manifiesta que se debe al tránsito de vehículos pesados, lo que se agrava en época de lluvia.

iv. (iv) Se evidenció el levantamiento de “algunos pequeños tramos de la corteza vegetal en el área donde se instalaron las antenas”.

v. (v) La comunidad manifestó que las especies vegetales que se encuentran bajo las torres instaladas deberán ser podadas generando deforestación en el área intervenida.

vi. (vi) En el sector de “Ambrunas” se encuentran varias viviendas de miembros del colectivo que se vieron afectadas con el levantamiento de material particulado (polvo) con el paso de los vehículos de la empresa, esto particularmente en época de sequía.

Como se anotó en precedencia, el informe que remitió la Defensoría en varias de sus apreciaciones se limitó a exponer, concretamente, lo que informó la comunidad en relación con las zonas, aparentemente, afectadas por el proyecto. Con todo, encuentra la Sala que varios de los hallazgos reportados, en principio, sí pueden estar relacionados con la ejecución del proyecto. Ello aunado el hecho de que la delegada de la Defensoría a título conclusivo anotó que: “se podrían presentar afectaciones sobre los derechos fundamentales del colectivo étnico como el territorio y la identidad cultural, que deberán ser identificados por

las partes en el evento de que sea reconocido el derecho a la Consulta Previa del colectivo".

En aras de recaudar información adicional sobre la materia y con el propósito de lograr un mayor grado de entendimiento de los datos presentados por la Defensoría y de las manifestaciones hechas por la comunidad en el marco de la visita adelantada por esta entidad, la Sala en una labor de investigación encontró un estudio realizado por la "Asociación Ambiente y Sociedad" que tiene por objeto plasmar, a partir de la técnica de la infografía, "los impactos ocasionados por los proyectos de transmisión de energía". Dicho estudio, resalta la Sala, se apoyó en fuentes del ámbito nacional e internacional y, en términos generales, pone de presente que los proyectos de energía eléctrica suponen impactos de diferente orden, tales como: visuales, en el suelo, en la fauna, en la vegetación y sociales. Cada uno de ellos, según el estudio, con diversas implicaciones. Para mejor compresión, se estima necesario reproducir solo algunas de las imágenes presentadas por la aludida Asociación que representan los impactos antes referidos.

Ahora bien, la Sala no pretende con la información referenciada dar por probadas todas y cada una de las afirmaciones presentadas por el accionante, así como tampoco incluir afectaciones adicionales a aquellas alegadas en este trámite. Sin embargo, dicho estudio sí se reconoce como un referente en la materia que le permite a la Sala tener una aproximación más clara de los hallazgos que fueron reportados por la Defensoría del Pueblo con ocasión de su visita. De allí que, a partir de todos los elementos de juicio recaudados y valorados, se encuentre razonable considerar que el área del proyecto que adelanta Celsia sí puede tener una afectación directa de diferente orden sobre el territorio de asentamiento de la ANUM que, como quedó probado, se localiza en el municipio de Toluviejo, extendiéndose a lo largo del Corregimiento de Macaján, Veredas El Mango, El Bobo y Ambrunas.

En razón de lo expuesto, la Sala encuentra que la actuación del Ministerio del Interior, representado en esta causa por la DANCP, sí implicó una vulneración del derecho fundamental a la consulta previa de la ANUM y las garantías que este representa. Ello es así en tanto dicha Dirección desconoció que el proyecto energético a cargo del Celsia tenía la potencialidad de afectar directamente a la comunidad accionante desde varias perspectivas. Por tanto, aquella debió ser incluida desde un primer momento dentro de las comunidades certificadas en la Resolución de Procedencia y Oportunidad No. 0035 del 18 de marzo de 2020 para materializar la protección de su derecho fundamental a la consulta previa. Sin

embargo, los funcionarios del Ministerio omitieron adelantar las gestiones necesarias para verificar el impacto del proyecto en la comunidad y, de esta manera, garantizar los derechos fundamentales de la Asociación.

Se destaca entonces que la DANCP no advirtió la situación de la comunidad accionante toda vez que limitó sus gestiones al ámbito estrictamente formal. Así, circunscribió su estudio a un análisis cartográfico y geográfico, a la consulta de las bases de datos institucionales de comunidades étnicas y a la información allegada por Celsia en cuanto a las comunidades étnicas identificadas en el área de influencia del proyecto.

Tal y como fue explicado en la parte considerativa de esta sentencia, la consulta previa solo procede cuando se advierte una afectación directa del proyecto a la comunidad étnica. Su propósito es lograr la anuencia de los pueblos involucrados en relación con el desarrollo de un POA. En esa línea, la consulta previa supone un ejercicio de diálogo intercultural que facilita la coexistencia participativa, efectiva y respetuosa de sistemas culturales distintos. Para materializar esta obligación, las autoridades están llamadas a garantizar que los grupos étnicos participen de forma activa y efectiva en las decisiones relacionadas con las medidas que incidan o puedan incidir en su vida.

En este caso, la Sala encuentra razonable considerar, de cara a todos los elementos de juicio valorados, que el proyecto ocasiona una afectación directa en los usos y costumbres de la ANUM (presupuesto a valorar en el marco de la afectación directa- ver Supra consideraciones) . Tal y como lo estableció la comunidad y de alguna manera lo evidenció la misma Defensoría del Pueblo durante su visita, el proyecto en cuestión ha impactado el desarrollo de sus actividades económicas como la agricultura específicamente de maíz y yuca como fuentes de alimento. Igualmente, se constató que se han generado afectaciones adicionales a las ya existente antes del proyecto en las vías que si bien son terciarias se han visto seguramente impactadas en mayor proporción por el tráfico permanente de los vehículos que se emplean para el desarrollo de la obra. Así mismo, quedó probado que el entorno paisajístico se ha visto alterado con la instalación de las torres eléctricas y que se han ocasionado daños en algunos tramos de la corteza vegetal en el área donde se instalaron las antenas.

Ahora, concretamente, respecto del presunto daño ocasionado a las vías de acceso al

proyecto donde, además, se encontró que se ubican algunas familias que pertenecen al colectivo étnico y que aseguraron verse afectadas en su salud "(…) por el levantamiento de material particulado (polvo), sobre todo en época de verano con el paso de maquinaria y vehículos pesados y la escasa hidratación del suelo", la Sala estima pertinente precisar que dicho impacto, en principio tiene un carácter transitorio, pues se esperaría que una vez finalizado el proyecto el flujo de los vehículos por la zona vuelva a su normalidad y que, específicamente, aquellos que aseguró Celsia emplea para la construcción del proyecto, no sigan siendo utilizados, al menos diariamente, como a la fecha está probado que ocurre. Sin embargo, sobre el particular cabe recordar que la comunidad referenció que los impactos sobre las vías también generan "el ahuyentamiento de especies animales nativas que hacían parte de su dieta tradicional". Aun cuando este hecho no fue específicamente constatado, la Sala deberá tomarlo por cierto en tanto ninguna de las partes accionadas probó lo contrario. Además, comoquiera que el aumento en el flujo vehicular por las vías aledañas al asentamiento de la comunidad étnica accionante fue puesto en evidencia, resultaría en principio acertado pensar que el efecto alegado por el actor está llamado a materializarse, sin que sea ineludible aportar una prueba que dé cuenta de éste, máxime cuando se está en el ámbito de la acción de tutela.

Lo anterior lleva entonces a estimar que, atendiendo a los criterios de afectación directa previstos en la sentencia SU-123 de 2018 el proyecto ha generado un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica, particularmente, si dicho territorio parte de una concepción amplia o expansiva pues, en efecto, quedó probado que la comunidad tiene jurisdicción a lo largo de varios corregimientos del municipio de Toluviejo sin que, cuente con territorios colectivos.

Además, en armonía con los estándares adicionales de afectación directa que fueron incorporados en la sentencia SU-121 de 2022 cuyo contenido fue expuesto en la parte considerativa de esta providencia (ver Supra título 6 de las consideraciones), la Sala encuentra configurado ,en atención a los elementos de juicio valorados, por un lado, un criterio de orden sustantivo que guarda correspondencia con el hecho de que el proyecto adelantado por Celsia tiene la potencialidad de afectar zonas del territorio en las cuales la Asociación demandante han desarrollado sus prácticas culturales de manera permanente como lo sería, a manera de ejemplo, la actividad de agricultura y recolección que aseguraron han desempeñado por años en predios que si bien no son de su propiedad han sido utilizados

“(…) para poder adelantar sus actividades de pan coger” y que ahora se encuentran ocupados por algunas de las torres que ya fueron instaladas con ocasión del proyecto. De igual manera, se estima satisfecho un criterio de orden adjetivo que, a juicio de la Sala, encontraría su sustento en el hecho de que la Asociación aportó elementos y fundamentos mínimos para argumentar la caracterización de la afectación directa alegada. De allí que la presunción de dicha afectación deba tomarse por cierta, especialmente, cuando varios de los impactos advertidos por el colectivo étnico fueron, al menos, presenciados por la Defensoría del Pueblo durante su visita al territorio y, adicionalmente, estarían, en principio, soportados por el estudio técnico en la materia al que acudió la Sala y que fue previamente referenciado.

Con todo, destaca la Sala que, incluso, si en gracia de discusión se admitiera que existe duda en relación con la afectación directa del proyecto respecto de la comunidad accionante, lo cierto es que la propia jurisprudencia en la materia ha sido clara en señalar que dicha duda “deberá resolverse exigiendo la realización de la consulta previa”. Esto, además, guarda correspondencia con la necesidad de aplicar el principio de precaución en los eventos donde la existencia de una licencia ambiental para realizar un POA comporta un indicador para que se garantice dicho mecanismo de participación. Lo mismo ocurre en los casos donde se constata que existe afectación directa en poblaciones colindantes a aquellas cuyo derecho a la consulta previa no fue reconocido, hecho que, en efecto se presenta en el asunto bajo estudio, pues, conforme fue reseñado en los antecedentes de esta providencia, otras comunidades étnicas con asentamiento cercano al de la Asociación sí fueron titulares del derecho a la consulta previa en razón del proyecto que adelanta Celsia.

En este orden de ideas, conviene destacar que la DANCP del Ministerio del Interior, durante la etapa de verificación de procedencia de la consulta previa, estaba en la obligación de identificar a las comunidades de la zona y determinar si resultarían afectadas directamente por el proyecto sobre todo si se toma en cuenta que Celsia les indicó las unidades territoriales respecto de las cuales tendría influencia el proyecto y, además, le hizo un llamado a realizar una visita de verificación en campo atendiendo a las particularidades del mismo.

Por esa razón, dicha Dirección no podía limitarse a realizar un análisis cartográfico y geográfico, a revisar sus propias bases de datos y, mucho menos, circunscribir su gestión a valorar la información allegada por la empresa. Bajo ese entendido, debió acudir a otras

fuentes, incluso, de ser necesario a las visitas en terreno o cualquier otro mecanismo que permitiera identificar con mayores elementos de juicio si la comunidad accionante resultaría afectada y, de esta manera, garantizar su derecho a la participación y expedir los actos administrativos a los que hubiese lugar con una motivación suficiente. Debió además, permitir la participación efectiva de todas las comunidades que pudieran estar involucradas en la ejecución del proyecto, como, por ejemplo, aquellas ubicadas en las entidades territoriales en las que Celsia advirtió se desarrollaría la obra.

Bajo esa lógica, encuentra la Sala que en el caso sub examine la DANCP no actuó bajo la debida diligencia que le exige la ley y, puntualmente, no atendió los estándares desarrollados por esta Corte en la materia. En concreto, a pesar de que debía conocer la existencia del grupo étnico, omitió el deber que le asistía de indagar con suficiencia sobre la posible ocurrencia de afectaciones directas a la ANUM.

En síntesis, la Sala advierte que la DANCP desconoció los derechos fundamentales a la consulta previa, a la integridad social, cultural y económica, a la participación democrática y al debido proceso de la ANUM. Lo anterior, en tanto no incluyó a la referida comunidad étnica en la Resolución de Procedencia y Oportunidad No. 0035 del 18 de marzo de 2020. Con todo, esta Sala encontró que el proyecto adelantado por Celsia sí es susceptible de afectar directamente a la Asociación, situación que fue omitida por la DANCP y que llevó a que el colectivo étnico fuera excluido del acto administrativo que la habilita para participar de la consulta previa correspondiente.

En todo caso, la Sala precisa que la empresa encargada de ejecutar el proyecto actuó, prima facie, en el marco de la debida diligencia y en atención al principio de buena fe respecto de la comunidad accionante. Como se explicó, Celsia adelantó las gestiones que, en principio, tenía a su alcance para proteger los derechos de la comunidad. Por esa razón, para la Sala, la vulneración de los derechos de la comunidad no es atribuible a la empresa encargada de ejecutar el proyecto, máxime cuando quedaron probadas las falencias en la gestión encomendada a la DANCP.

Finalmente, aun cuando el actor en su escrito de tutela referenció al municipio de Toluviejo y a la Gobernación de Sucre como entes territoriales a vincular, lo cierto es que de los elementos de juicio que obran en el expediente, particularmente de las acusaciones

presentadas por la parte actora para alegar la vulneración de sus derechos fundamentales, no evidenció la Sala que exista conducta alguna que se le atribuya directamente a estos entes territoriales.

11. Respecto de las medidas a adoptar.

Esta Corporación ha reconocido que la principal medida para garantizar el derecho a la consulta previa es ordenar su celebración en los términos establecidos en la jurisprudencia. No obstante, esta Corte ha indicado que el juez puede disponer otro tipo de medidas como: (i) dejar sin efectos los certificados del Ministerio; (ii) ordenar la modificación de licencias ambientales; o, incluso, (iii) suspender los proyectos u obras. Esta última implica una tensión evidente entre la protección de los derechos de los pueblos étnicos y el interés general.

Sobre el particular, en sentencia SU-123 de 2018, la Sala Plena explicó que para determinar el remedio judicial correspondiente, el juez solo puede permitir limitaciones constitucionalmente legítimas del derecho a la consulta previa para salvaguardar un interés de superior jerarquía. Además, la medida a adoptar debe ser la menos gravosa para la autonomía de las comunidades étnicas. De esta manera, la Sala Plena determinó que para decidir cuál es el remedio a adoptar en este tipo de asunto las autoridades judiciales "deben ponderar y explorar los siguientes elementos: (i) la posición y las propuestas de los actores, (ii) el comportamiento de la empresa y en particular si ésta tuvo o no la debida diligencia frente a los derechos del grupo étnico, (iii) cuál es la mejor forma de garantizar los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud-, (iv) la protección del interés general de la nación colombiana a la diversidad étnica y cultural; (v) los derechos de terceros que podrían verse afectados por la suspensión o, por el contrario, por la continuación del proyecto, y (vi) el interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano"

De acuerdo con el escrito de tutela, se tiene que para este caso concreto el actor únicamente solicitó que "se ordene a las entidades aquí accionadas dar inicio al proceso de consulta previa de manera inmediata una vez se produzca el fallo de tutela". En ese orden, es claro que la intensión de la ANUM no se proyecta al punto de pretender la suspensión del proyecto que, como bien quedó probado, ya se encuentra en ejecución y que, además, presenta un

avance notable desde el punto de vista porcentual.

Lo anterior resulta de la mayor importancia para la Sala pues se descarta la posibilidad de ordenar algún tipo de medida dirigida a la suspensión del proyecto. Ello porque en los términos que lo explicó Celsia este resulta estratégico para la Nación en tanto busca la atención oportuna de la demanda de electricidad de la región de la costa caribe y la operación confiable del sistema y contribuye en calidad y continuidad en el suministro de energía eléctrica del país. Tal aproximación es de recibo para la Sala en tanto atiende, conforme se indicó al iniciar el estudio del caso concreto, a la materialización de uno de los fines esenciales del Estado que en este ámbito se relaciona específicamente con la consecución del bien común y el bienestar general, a través de la prestación de un servicio de primera necesidad como lo es la energía eléctrica. Así, resalta la Sala que el proyecto que adelanta Celsia es muestra de una iniciativa importante que tiene el Estado para garantizar la continuidad, estabilidad y confiabilidad en la prestación del servicio de energía eléctrica en la región que busca impactar. Con todo, la Sala no desconoce de ninguna manera la necesidad de proteger los derechos fundamentales las comunidades étnicas que puedan verse afectadas por un proyecto, pues tal y como lo hace recocido este Tribunal "la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos fundamentales de unos pocos en beneficio del interés de todos". Sin embargo, para el caso sub examine, la necesidad de darle continuidad al proyecto que adelanta Celsia no debe circunscribirse al interés general de la sociedad mayoritaria, sino por el contrario, a un interés que se proyecta sobre toda la población del territorio nacional, incluida la misma comunidad accionante que también podrá beneficiarse de una obra cuyo fin último, tal y como se anotó, es lograr la correcta prestación de un servicio público de primera necesidad.

Por otro lado, la Sala advierte que la jurisprudencia ha reconocido que otro de los remedios judiciales que pueden adoptarse en estos casos es dejar sin efectos los actos administrativos que certifican la presencia o no de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto. Generalmente, la Corte ha adoptado esa decisión cuando el acto administrativo concluye que no hay comunidades en la zona de influencia. Sin embargo, en este caso, a pesar de las irregularidades advertidas, los actos administrativos expedidos por la DANCP, puntualmente, la Resolución de Procedencia y Oportunidad No. 0035 del 18 de marzo de 2020, reconocieron la presencia de otras comunidades étnicas en la zona de influencia del proyecto. Con fundamento en esas decisiones, Celsia aportó prueba de que adelantó las

consultas correspondientes y llegó a unos acuerdos con esos colectivos étnicos. En ese sentido, dejar sin efectos dichos actos administrativos implicaría vulnerar los derechos fundamentales a la identidad étnica, a la autodeterminación, al debido proceso y a la consulta previa de las comunidades étnicas incluidas en las resoluciones que expedidas por la DANCP, sin que existan indicios sobre posibles violaciones a sus derechos fundamentales.

Por tanto, dejar sin efectos los actos administrativos vigentes a la fecha sin haberles permitido la participación en este procedimiento a las comunidades ya consultadas conllevaría un desconocimiento de sus garantías constitucionales. Asimismo, una decisión en ese sentido podría afectar la seguridad jurídica de Celsia que, en principio encontró la Sala, actuó dentro del margen de la buena fe y la debida diligencia. Igualmente, una medida con tal alcance implicaría reiniciar los trámites ya adelantados para efectos de ejecutar el proyecto, cuya materialización es de carácter prioritario para el país, en específico, la región caribe.

En ese orden de ideas y en aplicación del precedente establecido en la sentencia SU-123 de 2018, la Sala mantendrá vigente las resoluciones No. 0035 del 18 de marzo de 2020 y No. ST- 1129 del 6 de noviembre de 2020 con el fin de: (i) proteger los derechos de las comunidades étnicas reconocidas como afectadas por el proyecto; (ii) garantizar la protección de la prestación del servicio de energía eléctrica en la costa caribe colombiana; y (iii) materializar la seguridad jurídica de los involucrados en el proyecto, es decir, de los grupos étnicos que tienen su situación jurídica resuelta en el acto administrativo mencionado y del encargado de ejecutar el proyecto.

12. Órdenes a impartir

En virtud de lo expuesto, la Sala revocará las decisiones de instancia que negaron la solicitud de amparo de la referencia. En su lugar, concederá la protección de los derechos invocados por la ANUM. En ese sentido, ordenará a la DANCP del Ministerio del Interior que, en el marco de sus competencias constitucionales y legales y en un término no mayor a diez (10) días, convoque a la comunidad accionante para adelantar el proceso de consulta previa, en relación con el proyecto de energía que adelanta Celsia. Este proceso deberá respetar los principios que rigen la consulta previa, en los términos indicados en los fundamentos de esta providencia. Su propósito será: (i) determinar los impactos ambientales, culturales,

económicos y sociales que el proyecto energético ha ocasionado y podrá ocasionar sobre el colectivo étnico, asegurando que los mismos sean mitigados en lo que resta de tiempo para la ejecución total de proyecto; y, (ii) crear mecanismos que garanticen el diálogo permanente y efectivo con la comunidad actora mientras el proyecto se encuentre en ejecución.

De igual manera, en el marco de la precitada orden y tomando en consideración que el proyecto que adelanta Celsia ya reporta un avance importante en su ejecución, se dispondrá que, bajo un proceso de dialogo con la comunidad demandante, se adopten las medidas de necesarias para reparar, recomponer, restaurar o recuperar la afectación al tejido cultural, social, económico o ambiental, según el daño que hasta el momento ha sufrido la comunidad étnica accionante. Al respecto se precisa que las medidas reparatorias deben realizarse con un enfoque diferencial que tome en cuenta las particularidades del pueblo afectado (etno-reparaciones).

Asimismo, exhortará a la DANCP del Ministerio del Interior para que, en lo sucesivo, adelante los procesos de certificación de presencia de grupos étnicos no solo con base en la información que reposa en la base de datos de la entidad; sino que alimente su estudio con consultas en las distintas entidades públicas y, si fuera necesario, efectúe una visita de campo al lugar de influencia del proyecto.

Igualmente, se instará a la Defensoría del Pueblo para que apoye, acompañe y vigile el cumplimiento del presente fallo, con el fin de garantizar los derechos protegidos y la