

Sentencia T-416/17

TEMERIDAD-Configuración

CONVENIO 169 DE LA OIT Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Fundamento del derecho a la consulta previa

CONSULTA PREVIA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS-Criterios jurisprudenciales

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

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA A COMUNIDADES INDIGENAS Y AFRODESCENDIENTES-Improcedencia por no existir afectación directa de los derechos étnicos y culturales de resguardo indígena por parte de proyecto de infraestructura vial con su territorio ancestral

Referencia: Expediente T-5.478.103.

Accionante: Yazmín Gómez Agudelo actuando en calidad de Defensora del Pueblo – Regional

Caldas en representación del pueblo Embera del Departamento de Caldas, específicamente de la Comunidad de la Albania (resguardo indígena La Albania de los municipios de San José y Risaralda); de las comunidades El Playón, Jagüero, Langarero y Trujillo (resguardo indígena Escopetera y Pirza del municipio de Riosucio); de la parcialidad indígena La Trina (municipio de Supía), y de la comunidad La Garrucha (parcialidad indígena Cartama del municipio de Marmato).

Accionados: Nación – Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa, la Sociedad Pacífico Tres S.A.S., y los vinculados Agencia Nacional de Infraestructura (ANI); Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER), Municipios de Risaralda, San José, Riosucio, Supía y Marmato – Caldas.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Alejandro Linares Cantillo quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo dictado en primera instancia, el 29 de octubre de 2015, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales – Sala Laboral, y la impugnación resuelta por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, el 14 de septiembre de 2016, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA DE TUTELA

1. 1. Yazmín Gómez Agudelo en calidad de Defensora del Pueblo de la Regional Caldas actúa como agente oficiosa del pueblo Embera del Departamento de Caldas, específicamente de la Comunidad de La Albania (resguardo indígena La Albania de los municipios de San José y Risaralda); de las comunidades El Playón, Jagüero, Langarero y Bajo Trujillo (resguardo indígena Escopetera y Pirza del municipio de Riosucio); de la parcialidad indígena La Trina (municipio de Supía), y de la comunidad La Garrucha (parcialidad indígena Cartama del municipio de Marmato) en contra de la Nación – Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa, la Sociedad Pacífico Tres S.A.S., y los vinculados Agencia Nacional de Infraestructura (ANI); Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER), Municipios de Risaralda, San José, Riosucio, Supía y Marmato – Caldas.

2. Solicita al juez constitucional el amparo de los derechos fundamentales a la consulta previa (Convenio 169 de la OIT), a la participación (artículo 79, C.P.) a la integridad étnica y cultural (artículos 70, 72 y 95.8, C.P.), al territorio ancestral (artículos 286, 329 y 357, C.P.) y al debido proceso de las comunidades indígenas (artículo 29, C.P.) antes identificadas, por la presunta omisión de las accionadas en el desarrollo del proyecto de Concesión Conexión Pacífico Tres que abarca el Departamento de Caldas, y en especial:

a) Se ordene a la sociedad Pacífico Tres S.A.S., la suspensión inmediata de los trabajos en las Unidades Funcionales 2 (variante de la Tesalia), 4 (tramo Irra-La Felisa) y 5 (tramo la Felisa-La Pintada), sobre las cuales se localizan las comunidades indígenas presuntamente afectadas. De igual modo, se inste al Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa que inicie formalmente el proceso de consulta previa con las comunidades indígenas de la zona de influencia; y

b) Se dejen sin efectos los acuerdos celebrados entre la Sociedad Pacífico Tres S.A.S., y las autoridades indígenas del resguardo de La Albania, ya que se realizaron con violación al debido proceso y el principio de buena fe, dado que, en su sentir, la consulta previa no se agota con acercamientos y procesos de socialización con las comunidades, sino que debe cumplir con los lineamientos de la sentencia SU-039 de 1997.

B. HECHOS RELEVANTES

3. El Contrato de Concesión No. 005 de 2014, tiene por objeto realizar “Estudios y diseños definitivos, financiación, gestión ambiental, predial y social, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación, mantenimiento y reversión de la Concesión Autopista Conexión Pacífico 3, del Proyecto Autopistas para la Prosperidad”, la Agencia Nacional de Infraestructura, en adelante ANI, entregó a la Sociedad Pacífico Tres S.A.S una concesión de 25 a 29 años para construir la Autopista Conexión Pacífico Tres entre los municipios de Caldas (Antioquia) y La Virginia (Risaralda), con el fin de reducir en siete horas el transporte de carga entre Medellín y Buenaventura. Dicho proyecto fue clasificado como de interés nacional y estratégico – PINES y por virtud del artículo 19 de la Ley 1682 de 2013 fue declarado de “utilidad pública e interés social” . No obstante, al parecer uno de los trayectos de la Autopista Conexión Pacífico 3 que pasa por el occidente del departamento de Caldas, particularmente, por los municipios de Riosucio, Supía, Marmato, San José, Risaralda y

Viterbo afecta a las comunidades indígenas agenciadas.

4. El proyecto Conexión Pacífico 3 comprende 146 kilómetros de intervención, 26 puentes, 5 túneles cortos (uno de 400 metros en el lindero del río Cauca del municipio de Riosucio) y un túnel largo de 3,4 km en Tesalia (pasa debajo de los municipios de Belalcázar y San José), que deben construirse en un plazo de cinco años.

5. Para construir la Autopista Conexión Pacífico Tres dentro del tiempo propuesto, el concesionario, trabaja simultáneamente en 5 tramos por unidades funcionales, a saber:

Unidad funcional 1 - tramo La Virginia - Asia.

Unidad funcional 2 -variante de La Tesalia.

Unidad funcional 3 - La Manuela - Tres Puertas - Irra.

Unidad funcional 4 - tramo Irra - La Felisa.

Unidad funcional 5 - tramo La Felisa - La Pintada.

6. Aduce la agenciante que en tres de las cinco unidades funcionales habitan las siguientes comunidades indígenas del pueblo Embera Chamí del Departamento de Caldas:

a) Unidad funcional 2. En el área de influencia directa del tramo Variante de La Tesalia se encuentra localizado el resguardo Indígena La Albania, ubicado en los municipios de San José y Risaralda.

b) Unidad funcional 4. En el área de influencia directa del tramo Irra - La Felisa se encuentran

localizadas las comunidades indígenas El Playón, Langarero, Jagüero y Bajo Trujillo, ubicadas en el Resguardo Indígena Escopetera Pirza del municipio de Riosucio.

c) Unidad funcional 5. En el área de influencia directa del tramo La Felisa - La Pintada se encuentran localizadas la parcialidad indígena La Trina del municipio de Supía y la comunidad La Garrucha, perteneciente a la parcialidad indígena Cartama del municipio de Marmato.

7. Las comunidades indígenas del pueblo Embera Chamí del Departamento de Caldas posiblemente afectadas por el desarrollo del proyecto Concesión Autopista Pacífico Tres, viven agrupadas en comunidades, parcialidades y asentamientos diseminados en los municipios de Riosucio, Supía, Marmato, Anserma, Risaralda, San José, Belalcázar, Neira, Filadelfia y Palestina. Algunas comunidades tienen títulos colectivos de propiedad sobre el territorio llamados resguardos, otras viven en territorios sin títulos (parcialidades) y otras están en proceso de legalización (asentamientos). La mayoría habla y comprende bien el idioma español pero un número significativo de ellos solo entiende su lengua nativa. Dichas comunidades se pueden identificar de la siguiente manera:

a) La Albania: su resguardo indígena se constituyó inicialmente con un área de 38 Ha + 4511m² a través de resolución No. 35 del 10 de diciembre de 1997 proferida por el entonces INCORA y se amplió por primera vez el 10 de abril de 2003 con un área de 26 Ha + 9916 metros cuadrados. El 17 octubre de 2012 se realizó la segunda solicitud de ampliación del resguardo, para lo cual el INCODER adquirió el predio Sinaí, sobre los predios que conforman el resguardo se presenta la siguiente tradición:

i) El Encanto identificado con la matrícula inmobiliaria No.103-8188 del Círculo Registral de Anserma fue adquirido mediante remate por el ciudadano Hernando Posada Hoyos (anotación No. 1 del año 1956) hasta que el INCODER fue titular del dominio a través de compraventa registrada con la Escritura Pública No. 1788 de 13 de agosto de 2013

(anotación No. 12 del año 2016) con destinación específica para la primera ampliación del resguardo de conformidad con el artículo 31 de la Ley 160 de 1994. La entrega de este lote con cabida de 46 Ha y 8.888 m² se efectuó el 14 y 15 de agosto de 2013 acorde con el acta de entrega material y recibo del mismo por parte del Gobernador del Resguardo La Albania.

ii) Como consecuencia de una concertación celebrada por el Gobernador del Resguardo Indígena de La Albania, Jair Tamaniza Ochoa, con presencia de la Comunidad de dicho Resguardo Indígena y el INCODER, con apoyo de la ANI, concesionario Pacífico Tres, el Consejo Regional Indígena de Caldas - CRIDEC, la Defensoría del Pueblo y la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, se acordó intercambiar 4,05 Ha del predio El Encanto por un área de 9 Ha y 3.000 m² ubicada en el predio San José de Sinaí.

iii) El predio Sinaí fue solicitado directamente por la comunidad acorde con el Acta de reunión del 30 de mayo de 2015, en la que se expresa lo siguiente:

“el Cabildo Gobernador, presentó otra opción para ser tenida en cuenta en la PRIORIZACIÓN que es la finca SINAI opción No. 16, finca de 8,7 Ha que está libre de gravámenes, con el acompañamiento de representantes de la comunidad indígena, se realizó un acercamiento con el propietario, el predio propuesto se caracteriza por estar parcialmente cultivado, cuenta con la construcción de una casa y posee una topografía sustancialmente mejor contando además con que el precio está acorde con el mercado y los avalúos existentes en la zona.

El Cabildo Gobernador manifiesta que el predio SINAI es el predio que la comunidad indígena ha identificado en calidad de compensación por las 4,7 Ha que el proyecto “Pacífico 3” intervendrá en la finca denominada EL ENCANTO. Asimismo, manifiestan la necesidad de avanzar ágilmente en el proceso de ampliación” (subrayas fuera de texto).

iv) En consecuencia de lo anterior, mediante Escritura Pública No. 186 del 4 de diciembre de 2015 (anotación No. 16 del año 2016) se levantó parcialmente la destinación específica de las 4,05 Ha del predio El Encanto.

v) Posteriormente, el Gobernador del resguardo de La Albania en la ratificación de los hechos de la presente tutela informó que mediante Acuerdo 6 del 29 de septiembre de 2016 proferido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Agencia Nacional de Tierras, en adelante ANT, finalizó el proceso de la segunda ampliación del resguardo con la entrega del predio denominado San José de Sinaí. En resumen, los terrenos entregados por el INCODER al Resguardo Indígena de La Albania son los siguientes:

Municipio

Risaralda-Caldas

Nombre Predio

El Triunfo

No. Matricula Inmobiliaria

103-10358

Hectáreas

1 Hectárea 9.000 Metros Cuadrados

No. Resolución o Escritura

Escritura No. 994

Fecha Resolución o Escritura

2013-08-13

Municipio

Nombre Predio

El Encanto

No. Matricula Inmobiliaria

103-8188

Hectáreas

42 Hectáreas 8388 Metros cuadrados

No. Resolución o Escritura

Escritura No. 1788

Fecha Resolución o Escritura

2013-08-13

Municipio

Risaralda-Caldas

Nombre Predio

El Triunfo

No. Matricula Inmobiliaria

103-7784

Hectáreas

9 Hectáreas 2236 Metros Cuadrados

No. Resolución o Escritura

Escritura 1376

Fecha Resolución o Escritura

2013-08-13

Municipio

San José-Caldas

Nombre Predio

San José Sinaí

No. Matricula Inmobiliaria

103-330

Hectáreas

9 Hectáreas 3000 Metros Cuadrados

No. Resolución o Escritura

Escritura No. 186

Fecha Resolución o Escritura

2015-12-04

vi) En el mencionado Acuerdo 6 del 29 de septiembre de 2016 proferido por la ANT se indicó que dentro de los aspectos culturales, sociales y económicos de la comunidad de La Albania se estructura en los cultivos familiares, la caza, la pesca, las artesanías, describiendo su

organización política y social de la siguiente forma:

“Tradicionalmente, los Embera-Chamí se organizaban en familias dispersas que se juntaban en momentos críticos para la sociedad como las guerras, en estos casos los jefes de cada familia eran los Jaibanás (chamanes) quienes generalmente eran los hombres mayores. Con la llegada de los españoles los Embera se vieron obligados a agruparse en comunidades, al tiempo que fueron obligados a nombrar líderes llamados gobernadores agrupados en Cabildos. Hoy en día los Embera Chamí continúan reproduciendo este modelo de origen colonial pero que es asumido como propio, en donde la autoridad la ejerce un Gobernador, Alcalde Mayor, Secretario, Alguacil, Tesorero y fiscal, todos estos cargos son elegidos por la comunidad cada año” (subraya fuera de texto).

b) El Playón, Langarero, Jagüero y Trujillo Bajo: estas comunidades hacen parte del Resguardo Indígena de Escopetera Pirza, creado mediante la Resolución 005 del 10 de abril de 2003 del INCORA (hoy INCODER). El territorio de este Resguardo consta de dieciocho (18) globos de terreno discontinuos, que suman 437 Ha, y se encuentran ubicados en el Municipio de Riosucio. Sin embargo, el territorio ancestral del Resguardo Escopetera y Pirza está conformado por 28 comunidades: 18 en el municipio de Riosucio, Departamento de Caldas, y 10 en el municipio de Quinchía, Departamento de Risaralda, que comprenden un total de 7.524 indígenas.

Los límites que aduce como ancestrales son: al Occidente con el Resguardo Indígena de Nuestra Señora Candelaria de la Montaña; al Norte con el río Riosucio hasta su desembocadura en el río Cauca en la comunidad de El Playón, límites con el municipio de Supía, Caldas; al Sur con las parcialidades de Karambá y Embera Chamí, pertenecientes al municipio de Quinchía, Risaralda, llegando hasta el río Cauca en el sector de Pajarito, perteneciente a la comunidad de Trujillo, y al Sur hasta la desembocadura del río Riosucio en Supía (sector de El Palo y La Felisa).

Es importante tener en cuenta que el pueblo de Escopetera Pirza tiene antecedentes coloniales, ya que en el año 1759 los indígenas compraron todos los terrenos de Pirza a la española Catalina Gamonares, sin hacer reparto individual del predio sino conservando su naturaleza de territorio colectivo, gobernado por un Cabildo y un administrador. Así se mantuvo hasta la década del 50, cuando renunció el último administrador de la comunidad, señor Jesús Peña. Por esta razón el INCORA tituló el área como Resguardo Nuevo en 2003, sobre una porción del territorio ancestral (437 hectáreas en 18 globos de terreno), pero no sólo para los habitantes de los mismos sino también en beneficio de todos los 7.500 indígenas que integran la parcialidad, como aparece en el estudio socioeconómico que sirvió de base para la constitución del resguardo de Escopetera Pirza.

La circunstancia de dispersión de la comunidad de Escopetera Pirza es ampliamente conocida y reconocida por parte de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, al punto que la misma ha adelantado varios procesos de Consulta Previa sobre proyectos que involucran la totalidad del territorio donde está asentada la comunidad y no solamente las 437 hectáreas englobadas en el título de constitución del Resguardo, a saber:

La agente oficiosa manifiesta que las comunidades Pirza y Embera Chamí ubicadas a la orilla del río Cauca, por donde pasa la actual carretera Medellín-Manizales, que va a ser convertida en la Autopista Pacífico Tres, y a las cuales se les está vulnerando el derecho a la Consulta Previa, son: El Playón, conformada por 114 familias; Jagüero con 17 familias; Langarero por 26 familias y parte baja de Trujillo con 11 familias, para un total de 168 familias censadas en el resguardo. Ancestralmente estas familias siempre han permanecido en estas comunidades y entraron a hacer parte en los procesos de recuperación del Resguardo en el año 1990; luego, siendo reconocida como parcialidad y posteriormente en el año 2003 bajo la Resolución 005 del 10 de abril de 2003 del INCORA, quedaron legalizadas como beneficiarias del territorio del Resguardo. Aunque están por fuera de los 18 globos titulados, sus habitantes se encuentran censados dentro de la parcialidad, están inscritos en el sistema de salud indígena, no prestan servicio militar obligatorio y con ellos se ejecutan proyectos con

los recursos del Sistema General de Participaciones que le llegan al Resguardo.

Dentro de las actividades económicas de estas cuatro comunidades se desarrolla minería artesanal, pesca, producción agrícola de maíz, plátano, yuca, árboles frutales, cultivos de caña panelera y procesamiento de la misma. También realizan actividades de pequeño comercio informal, que consiste en la comercialización de productos ubicados en su vivienda o al lado de la vía, lo cual les genera parte de su sustento.

La alegada afectación de estas comunidades se origina en el desplazamiento, ya que están ubicadas dentro del área de treinta metros de retiro de la vía que prevé el Proyecto Pacífico Tres para la doble calzada, lo cual generará vulneración de derechos individuales y colectivos, dentro de los que están la pérdida del territorio, la desconfiguración de la parcialidad, la pérdida de caminos ancestrales y del uso de las servidumbres que han comunicado entre sí a las comunidades de Jagüero, Mejial, Carmelo, Trujillo y el centro poblado de Bonafont, donde se encuentra la sede administrativa del resguardo. Sin embargo, ni la agente oficiosa ni la comunidad en la ratificación de la agencia aportan prueba de esta aseveración.

c) La Trina: esta parcialidad se encuentra ubicada en el municipio de Supía. Consta de siete comunidades, que albergan a 1.487 indígenas. Tienen reconocimiento del Ministerio del Interior, Dirección de Asuntos Indígenas, aunque carecen de Resguardo. Desde 1996 presentaron la solicitud de constitución del Resguardo y sólo en 2010 el INCORA hizo el estudio socioeconómico. En cuanto a su cultura, el Plan de Salvaguarda del Pueblo Embera de 2011 expresa:

Monolingüismo en castellano.

Inexistencia de conocimientos y prácticas del jaibanismo.

La medicina propia se limita a trabajos relacionaos con etnobotánica y el manejo tradicional de partos, sobandería y problemas como el mal de ojo y el cuajo.

La tradición oral se limita a leyendas que son compartidas por gran parte del campesinado de la región.

Existen sitios sagrados, petroglifos, y piezas arquitectónicas sin registro ni protección.

Se requiere del Gobierno apoyo y financiación para:

- * La recuperación de la cultura mediante la creación de una escuela de talentos.
- * La creación de la escuela de Lengua Embera
- * La creación de una escuela de formación en Cultura que empleé el conocimiento que existe en las comunidades.
- * La creación de espacios para que los mayores compartan sus saberes sobre bailes, cantos, juegos, alimentos, métodos para la siembra, medicina, historia propia, teatro, arte y otros, principalmente con los niños y los jóvenes.
- * La conformación y capacitación de grupos culturales (danzas, chirimías, arte propio, etc) dirigidos a la niñez y juventud.

En cuanto a la economía, la parcialidad de La Trina es generalmente agrícola, basándose principalmente en los cultivos de caña y pasto. Por la falta de tierra se da en alto grado el jornaleo, incluyendo en las minas de Marmato y en el río Cauca. Las comunidades asentadas sobre la Carretera Panamericana ejercen actividades de comercio (restaurante, lavaderos de carros, talleres de mecánica).

d) La Garrucha: esta comunidad hace parte de la parcialidad indígena Cartama del municipio de Marmato (Caldas), y se encuentra ubicada a la orilla del río Cauca y de la actual carretera Panamericana y futura autopista Pacífico Tres. El Cabildo se constituyó en 2005 y el 3 de mayo de 2012 el Ministerio del Interior expidió la Resolución No. 0046 de 2012 “Por la cual se reconoce como parcialidad indígena a la comunidad Cartama, perteneciente al Pueblo Embera Chamí, localizada en las veredas San Juan, La Miel, Echandía, Llano Grande, La Loma, el Volante, Monteredondo, Bellavista, Boquerón, Guayabito, Republicana, Jiménez Alto, Jiménez Bajo, Tacón, Cabras, El Tejar, La Garrucha, El Llano y Limonar, asentada en jurisdicción del área rural del municipio de Marmato departamento de Caldas”. Los indígenas de la Parcialidad de Cartama se dedican principalmente a la minería de socavón de Marmato, teniendo algunos productos de pancoger en las huertas caseras y a la orilla de la Carretera Panamericana tienen actividades de pequeño comercio.

9. Manifiesta que dicho Ministerio expidió las certificaciones No. 53 y 56 ambas del 4 de febrero de 2015 y la 655 del 14 de mayo de 2015, por medio de las cuales, se señala que no reconoce la existencia de comunidades étnicas en los tramos del proyecto que pasan por el departamento de Caldas. En efecto, a pesar de encontrarse ubicado el resguardo de La Albania en el área de influencia de la Unidad Funcional 2 del Proyecto Pacífico Tres (tramo variante La Tesalia), el Ministerio del Interior en su página web publicó la certificación N° 56 del 4 de febrero de 2015, que dice:

“CERTIFICA:

PRIMERO. Que no se registra presencia de comunidades Indígenas, Minorías y Rom, en el área del proyecto “ESTUDIOS Y DISEÑOS DEFINITIVOS FINANCIACION GESTION AMBIENTAL, PREDIAL Y SOCIAL, CONSTRUCCION, MEJORAMIENTO, REHABILITACION. OPERACIÓN. MANTENIMIENTO Y REVERSION DE LA CONCESION AUTOPISTA PACIFICO 3 (TRES), DEL PROYECTO AUTOPISTAS PARA LA PROSPERIDAD – UNIDAD FUNCIONAL 2, SECTOR 1 -UF2-1-VARIANTE DE TESALIA, SECTOR 1, ASIA – PORTAL DE ACCESO TUNEL DE TESALIA, INCLUYENOO EL INTERCAMBIADOR DE ASIA: COORDENADAS DE INICIO ESTE 1137403.832; NORTE 1066965.946, COORDENADAS FIN: ESTE 1141041.326; NORTE 1057069.379”, localizado en jurisdicción de los municipios de Viterbo y Risaralda en el departamento de Caldas”.

10. Que el desconocimiento de las comunidades indígenas en la Variante de la Tesalia del proyecto Pacífico 3, se ratifica en la certificación N° 655 del 14 de mayo de 2015, tal y como se desprende del siguiente texto:

“CERTIFICA:

PRIMERO. Que no so registra la presencia de Comunidades Indígenas, Rom y Minorías, en el área del proyecto ESTUDIOS Y DISEÑOS DEFINITIVOS FINANCIACIÓN, GESTIÓN AMBIENTAL PREDIAL Y SOCIAL CONSTRUCCIÓN, MEJORAMIENTO REHABILITACION OPERACION. MANTENIMIENTO Y REVERSIÓN DE LA CONCESIÓN AUTOPISTA PACIFICO 3 (TRES» DEL PROYECTO AUTOPISTAS PARA LA PROSPERIDAD -UNIDAD FUNCIONAL 2 SECTOR 1- -VARIANTE DE TESALIA. SECTOR 1. INTERCAMBIADOR ASIA (MUNICIPIO VITERBO) HASTA LÍMITE ORIENTAL ENTRE LAS VEREDAS EL PARAÍSO (MUNICIPIO ANSERMA) Y EL CAIRO (MUNICIPIO RISARALDA). DEPARTAMENTO DE CALDAS localizado en jurisdicción de los municipios de Viterbo y Risaralda, departamento de Caldas, y jurisdicción del municipio de Belén de Umbría departamento de Risaralda”.

11. Que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, también desconoce las comunidades de El Playón, Jagüero, Langarero y Trujillo bajo, que hacen parte del resguardo de Escopetera Pirza ubicado en el área de influencia de la Unidad Funcional 4 del Proyecto Pacífico Tres (tramo Irra - La Felisa), lo cual se desprende de la certificación N° 53 del 4 de febrero de 2015, publicada en la página web del Ministerio del Interior, en la que se lee lo siguiente:

“PRIMERO. Que no se registra presencia de comunidades Indígenas, Minorías y Rom en el área del proyecto “ESTUDIOS Y DISEÑOS DEFINITIVOS, FINANCIACIÓN, REHABILITACIÓN, OPERACIÓN, MANTENIMIENTO, Y REVERSIÓN DE LA CONCESIÓN AUTOPISTA PACÍFICO 3 (TRES), DEL PROYECTO AUTOPISTAS PARA LA PROSPERIDAD -UNIDAD FUNCIONAL 4 -UF4- IRRRA - LA FELISA, INCLUYE LOS PUENTES SOBRE LOS RÍOS CAUCA Y TAPIAS Y EL TÚNEL DE IRRRA; COORDENADAS DE INICIO: ESTE 1157065,216; NORTE 1074936,782; COORDENADAS FIN: ESTE 1162249,901; NORTE 1085919,324”, localizado en jurisdicción del municipio de Quinchía, en el departamento de Risaralda, y en jurisdicción de los municipios de Filadelfia, Neira, y Riosucio, en el departamento de Caldas” .

12. Manifiesta que en el tramo del proyecto que abarca Irra - La Felisa, se pretende hacer un plan de mejoramiento vial de gran impacto sobre las comunidades de El Playón, Langarero, Jagüero y Bajo Trujillo, por lo que se efectuará el desalojo de 168 familias. No obstante, no se aporta prueba alguna de esta aseveración, indicando que las condiciones sociales, económicas, culturales y espirituales de las cuatro comunidades se ven transgredidas en un cambio en sus formas de vida, pues gran parte de estas familias derivan su subsistencia de prácticas de minería artesanal sobre el río Cauca, además de la venta de producto artesanales derivados de la panela sobre la carretera panamericana.

13. Señala que la presencia de las comunidades en el área de influencia de la Concesión

Autopista Conexión Pacífico 3, en especial, en el trayecto de la vía que pasa por el occidente del departamento de Caldas, fue reconocida por el INCODER mediante auto del 14 de mayo de 2015, en cuyo artículo primero de la parte resolutive de dicha providencia ordena:

“ARTÍCULO PRIMERO: Suspender el procedimiento de ampliación del Resguardo Indígena Embera Chamí La Albania, hasta que se adelanten los procesos de consulta previa por parte de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y las posibles compensaciones a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura y el Concesionario Pacífico 3”.

No obstante mediante auto del 29 de mayo de 2015 proferido por el INCODER indica que no es de su competencia reconocer la existencia de comunidades o determinar la procedencia de la consulta previa, por lo que la semántica del artículo 1 del auto del 14 de mayo de 2015 fue mal interpretada por lo que procedió a su aclaración en los siguientes términos:

“ARTÍCULO PRIMERO: Aclarar el texto del artículo primero del Auto de fecha 14 de 2015, el cual quedará así: “ARTÍCULO PRIMERO: Suspender el procedimiento de ampliación del Resguardo Indígena Embera Chamí La Albania, hasta que se superen las situaciones descritas en la parte motiva”.

14. Por solicitud del Alcalde de Riosucio, el 05 de junio del 2015 se realizó una reunión con los secretarios de Planeación y de Desarrollo Económico, el asesor de ordenamiento territorial de la Alcaldía, la Personera Municipal, el Gerente y funcionarios de las áreas Ingeniería, Ambiental y Social del concesionario Pacífico Tres, el Gobernador del Resguardo Indígena de Escopetera Pirza, la coordinadora general del Consejo Regional Indígena de Caídas (CRIDEC) y abogados asesores de los indígenas, en la que la gerencia del proyecto informa que no realizará el proceso de Consulta Previa, en tanto que existe una certificación expedida por el Ministerio del Interior de no presencia de comunidades indígenas en el área de influencia del proyecto.

15. Desde cuando se empezó a mencionar la construcción de las Autopistas de La Montaña (hoy Autopistas de la Prosperidad), el concesionario ha celebrado varias reuniones informativas con algunas comunidades sobre generalidades del proyecto, inclusive en una de ellas llevada a cabo en el Resguardo la Albania. La Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior propició la suscripción de un Acta de Acuerdos con el Concesionario Pacífico 3, que ha dado lugar al seguimiento del cumplimiento de los compromisos acordados.

16. Es así como mediante acta de reunión del 26 de septiembre de 2015 en presencia y con la firma del Gobernador del Resguardo Indígena de La Albania, Jair Tamaniza Ochoa, desarrollada en el resguardo de La Albania, se informó sobre la promesa de compraventa sobre el predio SINAI y en especial se aclaró que “Se hace claridad que son 4,05 hectáreas las que serán objeto de intervención por el proyecto. Informa el INCODER que ya se realizó el desenglobe de las 4,05 hectáreas que necesita el proyecto, queda pendiente informar a la comunidad indígena el procedimiento correspondiente para continuar con el proceso”, el cual, acorde con la ratificación de los hechos que hizo el Gobernador del Resguardo Indígena de la Albania culminó con la entrega efectiva del predio. No obstante en el acuerdo inicial se llegaron a los siguientes compromisos:

“1. El 30 de octubre, el INCODER deberá haber emitido el auto por medio del cual se levanta la medida de suspensión de ampliación de resguardo, haciendo claridad de que se sustraen 4,05 ha del predio El Encanto y se incorporan las 9,3 ha del predio SINAI al respectivo proceso de ampliación.

2. El 30 de octubre, el INCODER realizará la entrega material del predio SINAI a la comunidad indígena.

3. En la siguiente semana entre el 28 de septiembre y 02 de octubre, el INCODER, ANI, Concesionario, adelantarán mesa técnica y jurídica para establecer los aspectos necesarios para realizar la entrega del predio a la comunidad indígena.

4. En la siguiente semana entre el 28 de septiembre y 02 de octubre La Concesión enviará

las coordenadas correspondientes al área objeto de intervención del proyecto, las cuales comprenden 4,05 ha del predio El Encanto”.

17. Se dejó constancia en el acta de reunión de información y participación del 30 de julio de 2015, realizada en el territorio del resguardo La Albania y con la presencia e intervención de la autoridad indígena del Resguardo, Gobernador Jair Tamaniza Ochoa, así como de otros miembros de la comunidad, en seguimiento de los compromisos acordados mediante acta del 26 de septiembre de 2015 el cabildo del Gobernador presentó la siguiente propuesta:

“[E]l Cabildo Gobernador presentó otra opción para ser tomada en cuenta en la PRIORIZACIÓN que es la finca SINAI opción No. 16, finca de 8,7 Ha que está libre de gravámenes, con el acompañamiento de representantes de la comunidad indígena, se realizó un acercamiento con el propietario, el predio propuesto se caracteriza por estar parcialmente cultivado, cuenta con la construcción de una casa y posee una topografía sustancialmente mejor contando además con que el precio está acorde con el mercado y los avalúos existentes en la zona.

El Cabildo Gobernador manifiesta que el predio SINAI es el predio que la comunidad indígena ha identificado en calidad de compensación por las 4,7 Ha que el proyecto “Pacífico 3” intervendrá en la finca denominada EL ENCANTO. Asimismo, manifiestan la necesidad de avanzar ágilmente en el proceso de ampliación”.

18. Considera la agenciante que los anteriores compromisos asumidos en el acta referida en el numeral 16, vulneran los derechos de la comunidad, toda vez que se dieron al margen del proceso de consulta previa, y por lo tanto esos acuerdos al no darse en el marco de un proceso libre, previo e informado se consideran meramente informativos, y por consiguiente están viciados y sólo pueden ser ratificados una vez se adelante dicho proceso de consulta.

19. Ante la necesidad de salvaguardar los derechos especiales de los grupos étnicos ya relacionados, el 18 de junio la Defensoría del Pueblo – Regional Caldas, ofició al Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior solicitándole la revocatoria de la certificación que le fue expedida a la Empresa Pacífico Tres en la cual no se registra presencia indígena en el área del proyecto. Se le solicitó también garantizar el derecho a la Consulta Previa a las comunidades indígenas presentes en los resguardos la Albania, Escopetera Pirza y las Parcialidades Cartama y la Trina.

20. El Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, en respuesta radicada el 24 de julio de 2015, eludió revocar la certificación de no presencia de las comunidades sobre el área de influencia aduciendo que se habían inobservado unas formalidades mínimas sin las cuales no era posible acceder a lo solicitado, como era la falta de identificación por el número y fecha de expedición del acto administrativo y del tramo puntual, cuando del texto se desprende que se estaba aludiendo a la certificación relacionada con el resguardo La Albania, de la cual se carecía de identificación exacta por cuanto ese mismo Ministerio pese a habersele expresamente solicitado copia de dicho acto en reunión del 8 de mayo, y que nunca fue entregado.

C. RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS

21. Mediante auto del 16 de octubre de 2015, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Laboral en calidad de juez de primera instancia avocó conocimiento, y dispuso vincular al Ministerio de Transporte – Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural – Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER) y a los Municipios de San José, Risaralda, Riosucio, Supía y Marmato, Caldas.

A continuación se relaciona en orden cronológico la constestación de la demanda efectuada por las entidades accionadas o vinculadas, a saber:

Ministerio del Interior

22. La Dirección de Consulta Previa manifestó mediante escrito del 21 de octubre de 2015 que la entidad encargada de viabilizar el proyecto para su ejecución en cumplimiento de la Ley, es la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI.

23. Que dentro del trazado previsto por el concesionario en terreno de 4.7 Ha denominado “El Encanto” se detectó que dicha área fue declarada de utilidad pública mediante Resolución No. 713 del 26 de mayo de 2014 expedida por la ANI. Reconoce que sobre ese mismo predio en el polígono de 4.7 Ha el INCODER se encontraba adelantando tramites de titulación para la ampliación del resguardo La Albania.

24. Frente a la declaratoria de utilidad pública del predio “El Encanto” se abordaron de manera directa con la comunidad las siguientes alternativas:

a. a) Mediante un acuerdo de voluntades celebrado por las máximas autoridades de la comunidad y el Gobernador del Cabildo y la Defensora del Pueblo se determinó la sustitución de dicha área por otro espacio que se ajustara al interés étnico en favor de sus aspiraciones de ampliación territorial.

b) La comunidad del resguardo de La Albania solicitó dentro de un paquete de 10 alternativas, la sustitución del predio 4.7 Ha por otro de 8.9 Ha.

c) Como resultado de las gestiones autónomas realizadas por la comunidad de La Albania, concluyeron que el terreno que mejor satisfacía sus intereses colectivos es el que se denominó “SINAI”, fundo privado de un área aproximada de 8.9 Ha.

d) La ANI presentó la correspondiente oferta sobre el predio SINAI, la cual fue aceptada por el INCODER mediante oficio del 21 de octubre de 2015, definiendo el procedimiento administrativo para que el mencionado predio pudiera ingresar como parte de la ampliación del territorio colectivo del resguardo de La Albaria.

25. Señala que las razones que llevaron a determinar que la consulta previa no era procedente respecto de la unidad funcional 2, Sector 2, se origina en la no expedición de la certificación de presencia de comunidades indígenas, dada la espera en la definición de la titularidad del predio “El Encanto” y que frente a las demás unidades funcionales se cumplió con el proceso de certificación, dando como resultado “negativo de procedencia” ante la ausencia de comunidades étnicas en la zona.

Alcaldía Municipal de Supía Caldas

26. Por medio de escrito recibido el 22 de octubre de 2015, la Alcaldesa indicó que la autorización del proyecto vial se hizo por parte de una autoridad del orden Nacional y no por su representada, asimismo que no le corresponde el inicio y desarrollo del proceso de consulta previa.

Alcaldía Municipal de Riosucio Caldas

27. El Alcalde Municipal, por medio del Oficio 321 del 22 de octubre de 2015, manifestó que si bien ni el Ministerio del Interior o la Sociedad Pacífico Tres S.A.S., solicitaron que certificara la existencia de comunidades indígenas en el área de influencia del proyecto, aduce que las comunidades de El Playón, Langarero, Jagüero y Trujillo integrantes del Resguardo de Escopetera Pirza están ubicadas en la Carretera Panamericana, via original, a orillas del río Cauca cuyas características sociales, culturales y económicas son las indicadas en el escrito de tutela.

28. Reitera que le consta la realización de la reunión del 5 de junio de 2015, -Supra numeral 14- ya que se efectuó en su despacho y que la Certificación No. 53 del 4 de febrero de 2015 fue hecha apresuradamente violentando el trámite administrativo, puesto que la solicitud de presencia de comunidades se radicó el 2 de febrero y la certificación se expidió dos días después, reduciendo a dos los quince días hábiles que concede la Directiva Presidencial No. 10 de 2013.

Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER

29. Mediante oficio del 23 de octubre de 2015, el Coordinador de la Oficina Asesora jurídica, indicó que la competencia para certificar la presencia de comunidades étnicas y territorios colectivos es del Ministerio del Interior de conformidad con el Decreto 1076 del 26 de mayo de 2015.

30. Manifiesta que el proceso de ampliación del Resguardo Indígena La Albania se encuentra suspendido en tanto que “una franja del predio El Encanto adquirido por INCODER para la ampliación del Resguardo La Albania, cuyo titular del derecho de dominio a la fecha es el Fondo Nacional Agrario – INCODER se traslapa en 4.5 hectareas con el proyecto de infraestructura, que fue declarado como utilidad pública e interés social mediante la Resolución No. 713 de mayo de 2014 expedida por el Ministerio de Transporte”.

31. Mediante apoderada judicial la ANI rindió informe del 23 de octubre de 2015 por medio del cual solicitó que la acción de tutela fuera declarada improcedente ante la existencia de otros mecanismo de defensa judicial, la inexistencia de un perjuicio irremediable y la falta de legitimidad por pasiva de su mandante, toda vez que no es el organismo competente para tramitar y desarrollar los procesos de consulta previa.

32. Asimismo informó sobre una acción de tutela previa interpuesta por el Gobernador del Resguardo Indígena contra el Ministerio del Interior – Dirección de consulta previa, Concesión Pacífico 3, los Municipios de Riosucio, Quincha, la ANI y la oficina de Minorías étnicas del Ministerio del Interior, por los mismos hechos y pretensiones a los estudiados en el presente caso. Dicha acción de tutela fue declarada improcedente también por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizalez, Sala Civil – Familia, en cuya oportunidad se consideró que “sin desconocer la naturaleza de fundamental que se predica del derecho a la consulta previa propio de la células que componen una comunidad indígena, lo evidente en el presente es que encaminada realmente la solicitud objeto de estudio a cuestionar un acto administrativo -en el que se certificó la no presencia de comunidades étnicas en el territorio donde se iniciará un proyecto adjudicado al Consorcio Pacífico 3 para la adecuación y construcción de la vía en el tramo denominado unidad funcional 4, entre Irra y la Felisa-, emerge la improcedencia del amparo solicitado, pues para la determinación o no de la legalidad del mismo y sus efectos, cuenta la parte actora con mecanismo judiciales para refutarla, con la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto, para lograr que el mismo no produzca efectos mientras adelanta juicio idóneo donde se resuelva su revocatoria”.

33. Con escrito del 28 de octubre de 2015 el Alcalde Héctor Jaime Osorio Agudelo indica que en Marmato se ubica la parcialidad indígena de Cartama, reconocida mediante Resolución No. 046 del 3 de mayo de 2012 proferida por el Ministerio del Interior.

Concesión Pacífico Tres S.A.S.

34. Mediante documento del 29 de octubre de 2015 informa que el dos (02) de febrero de 2015 con oficio No. EXTMI15-00004052, la Concesión Pacífico Tres, solicitó a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior certificación sobre presencia o no de comunidades étnicas en la Unidad Funcional No. 5 (La Felisa - La Pintada) del proyecto denominado Autopistas para la Prosperidad Conexión Pacífico Tres. En respuesta a dicha solicitud el Ministerio del Interior expidió la certificación No. 54 de cuatro (4) de febrero de 2015 en la que se declaró la no presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto descrito.

35. No obstante lo anterior, puso de presente que mediante acta de compromisos suscrita el 30 de mayo de 2015 las partes ANI, Consejo Regional Indígena de Caldas, los Municipios de San José y Risaralda, el Ministerio del Interior, el Resguardo Indígena La Albania y la Concesión Pacífico Tres S.A.S., adquirieron los siguientes compromisos:

b) A partir del 01 de junio de 2015 el Concesionario evaluará jurídica y financieramente las diferentes opciones de polígonos que permitan cumplir el compromiso referido en el numeral anterior. Surtido el estudio anterior el Concesionario presentara al cabildo Gobernador las opciones viables a efecto de que éste en representación de La Albania determine el nivel de priorización.

c) El Ministerio del Interior asume el compromiso de tramitar con la presencia del INCODER, dentro de la semana siguiente, la respectiva priorización de predios objeto de adquisición.

d) Durante la gestión del INCODER se debe levantar la información técnica relacionada con la sustracción de las cuatro (4) hectáreas requeridas para construcción y de las ocho (8) hectáreas que comprenderá el predio objeto de adquisición.

e) La ANI y el Concesionario adelantarán las gestiones relacionadas con la adquisición del predio materia de intercambio sin dilación de ninguna naturaleza, a efecto de que el INCODER levante la medida provisional de suspensión y concluya el trámite de adjudicación del título colectivo de tierra que incluya, la solicitud de ampliación que actualmente se encuentra suspendida, sustraídas las cuatro (4) hectáreas declaradas en utilidad pública, sobre las cuales la comunidad acepta de manera voluntaria la sustracción y las ocho (8) hectáreas en reposición.

f) El Ministerio del Interior se compromete a convocar mensualmente reunión de seguimiento a los anteriores compromisos asumidos por las autoridades y empresas comprometidas, en especial el INCODER.

g) El Concesionario se compromete con el resguardo indígena La Albania a llevar a cabo la reparación de un kiosco por una suma hasta de once (\$11.000.000) millones de pesos durante los meses de junio y julio de 2015.

h) El Concesionario dispondrá la restauración de la cubierta de la sede de la escuela Tamaniza de dicho resguardo, suministrando e instalando dos (2) ventiladores y la pintura de

la misma sede. Las anteriores actividades se realizarán durante el mes de junio de 2015.

i) La Albania permite a partir de la fecha el ingreso de personal de la concesión al predio el Encanto para llevar a cabo los estudios en la fase de preconstrucción del proyecto, para lo cual, de manera concertada con la comunidad indígena se levantarán las actas del estado actual de las áreas a intervenir en ésta fase, así como, las medidas objeto de reparación o compensación a que diera lugar cualquier tipo de afectación en esta materia. Actividad que según información del Concesionario tendrá un tiempo de dos (2) meses contados a partir del ingreso del equipo requerido para tal propósito.

36. Adicionalmente manifiesta que se han suscrito varias actas de verificación de compromisos de fechas veintitrés (23) de julio de 2015, cuatro (4) de julio de 2015, treinta (30) de julio de 2015, veinticinco (25) de agosto de 2015 y veintiséis (26) de septiembre de 2015. Reitera que durante todos estos procesos la comunidad contó con la presencia del Gobernador Cabildo, quien a su vez funge como intérprete de la lengua embera.

D. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: sentencia proferida por Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales
– Sala Laboral, el 29 de octubre de 2015

37. El a quo consideró que de acuerdo con la prueba documental “Formato Concepto Geográfico y Cartográfico Anexo 3” se evidencia que para las unidades funcionales 4 y 5 se expedieron sendas resoluciones de “No presencia de comunidades indígenas”. En ese sentido, concluyó que la acción de tutela era improcedente ante la existencia de otros medios de defensa, en especial, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para controvertir la firmeza de dichas certificaciones. De igual modo, determinó que si consideran que existe un perjuicio irremediable, conforme a lo regulado por la Ley 1437 de 2011 es posible solicitar medidas cautelares.

Impugnación

38. Mediante oficio del cuatro (04) de noviembre de dos mil quince (2015) una funcionaria con funciones de Defensora del Pueblo – Regional Caldas presentó escrito de impugnación con el fin de que se revoque la decisión de improcedencia y en su lugar se ampare el derecho fundamental a la consulta previa. El juez de primera instancia, con auto del seis (06) de noviembre de dos mil quince (2015) remitió el expediente al juez de segunda instancia para lo de su competencia.

Decreto de nulidad: Auto proferido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, el 02 de diciembre de 2015

39. Mediante providencia registrada en el Acta No. 43, la magistrada ponente, informó que si bien lo procedente era resolver la alzada, advirtió sobre una nulidad en la interposición del recurso de apelación, en tanto que la funcionaria que suscribió el escrito del 04 de noviembre de 2015 no adjuntó el respectivo acto administrativo de su nombramiento o prueba instrumental que certifique su calidad de funcionaria de la Defensoría del Pueblo de la Regional Caldas, viciando el trámite de impugnación por la falta de legitimación por activa conforme lo dispone el artículo 140 numeral 7 del Código General del Proceso, aplicable a la acción de tutela por virtud del artículo 4 del Decreto 306 de 1992.

40. En consecuencia declaró “la nulidad de todo lo actuado, a partir de la providencia de fecha de 6 de noviembre de 2015, inclusive.” Y conforme a la parte motiva dispuso que rehiciera el trámite surtido a partir del 6 de noviembre de 2015 observando el debido proceso. Posteriormente mediante Oficio CSJ/SSCL/436 del 20 de enero de 2016 envió el expediente de tutela con el fin de que subsanara la nulidad antes señalada.

Subsanación de la nulidad parcial

42. Mediante Auto 313 del dieciocho (18) de julio de dos mil dieciséis (2016), la Sala Tercera de Revisión se abstuvo de proferir una decisión de fondo toda vez que la nulidad decretada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no había sido subsanada, quedando pendiente por resolver el recurso de apelación interpuesto por la accionante.

E. ACTUACIONES SURTIDAS TRAS LA SUBSANACIÓN DE LA NULIDAD DECRETADA POR EL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA

43. En cumplimiento de lo ordenado por la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional en el Auto 313 de 2016, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales mediante Oficio No. 1777 del veintidós (22) de agosto de dos mil dieciséis (2016) remitió el expediente a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para que se tramitara el recurso de alzada.

Segunda instancia: sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, del 14 de septiembre de 2016

44. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia confirmó la improcedencia de la acción de tutela al considerar que la controversia se circunscribe en la mera inconformidad de las comunidades frente al acto administrativo que no los certificó como influenciados por parte de la obra, toda vez que con fundamento en los datos cartográficos proporcionados por el INCODER, el IGAC y los consejos comunitarios constituidos, entre otros, dichas comunidades no hacen presencia dentro del área destinada para la concesión, por lo que se estimó que no era necesario adelantar el proceso de consulta previa. Asimismo advirtió el ad quem que el Gobernador del cabildo indígena Escopetera Pirza en una pasada oportunidad había interpuesto acción de tutela por los mismos hechos, acción que también fue denegada. No obstante, al no existir identidad de partes resulta improcedente la declaratoria de temeridad. Surtida la segunda instancia el expediente fue remitido a la Corte Constitucional para que continuara con el trámite de revisión de los fallos de tutela.

Actuaciones en sede de revisión

45. La Sala Tercera de Revisión mediante auto del dieciséis (16) de enero de dos mil diecisiete (2017) ordenó vincular al proceso de la referencia a: i) el Pueblo Embera del Departamento de Caldas, específicamente de la Comunidad de la Albania (resguardo indígena la Albania de los municipios de San José y Risaralda; ii) las comunidades El Playón, Jagüero, Langarero y Trujillo (resguardo indígena Escopetera y Pirza del municipio de Riosucio); iii) la parcialidad indígena La Trina (municipio de Supía); y iv) a la comunidad La Garrucha (parcialidad indígena Cartama del municipio de Marmato), para que manifestaran si ratifican los hechos y pretensiones presentados por la agente oficiosa, por lo que se presentaron las siguientes intervenciones:

Resguardo indígena Escopetera y Pirza

46. La Gobernadora y representante legal de este resguardo manifiesta la ratificación de la agencia oficiosa iniciada por la Defensoría del Pueblo, regional Caldas y en especial aduce que su comunidad está en un programa de autoreconocimiento y recuperación cultural y organizativa; que son beneficiarios de salud subsidiada, educación gratuita, exoneración del servicio militar, subsidio al adulto mayor, familias en acción entre otros.

47. Señala que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior insiste en negar la existencia de su comunidad en el área del proyecto unidad funcional 4 UF4, Irra – La Felisa, incumpliendo con ello el artículo 16 del Decreto 2893 de 2011 el cual dispone que las autoridades competentes deben asistir al área de influencia para verificar la presencia de comunidades indígenas, obligación que constantemente ha sido incumplida.

48. Aporta como pruebas documentales las siguientes fotografías de un puesto de ventas:

Consejo Regional Indígena de Caldas – CRIDEC

49. Los Gobernadores de la parcialidad indígena de la Trina, el resguardo La Albania, y la parcialidad de Cartama, manifestaron su anuencia en cuanto a la agencia oficiosa y los hechos y pretensiones de la acción de tutela. En especial la autoridad de la parcialidad indígena de la Trina aduce que sus comuneros reciben su sustento de los negocios que tienen ubicados al lado de la vía y que se han dado algunos ofrecimientos individuales que no tienen en cuenta las necesidades colectivas, culturales, sociales y espirituales.

50. El Gobernador de la parcialidad indígena de Cartama declaró que ha sido desconocido la existencia de la presencia de varias comunidades en la zona de la concesión tanto por parte

del Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa y la empresa Pacífico Tres. Asimismo indicó que aunque se desvíe el trazado de la vía la mayoría de sus comuneros se verían afectados en la obtención de su sustento dado que venden productos a la orilla de la vía y prestan el servicio de lavado de vehículos.

51. El Gobernador del resguardo de La Albania manifestó que su comunidad es la más afectada con el trazado de la autopista. Indica que para el año 2015 cuando la Concesión Pacífico Tres ingresó sin autorización al territorio los predios “El Encanto” y “El Triunfo” no habían sido anexados al resguardo, pero mediante Acuerdo No. 6 del 29 de septiembre de 2016 de la ANT se ordenó una segunda ampliación del resguardo, por lo que debería surtir el proceso de consulta previa. No obstante, se tiene que de conformidad con el acta de compromisos celebrada el 30 de mayo de 2015 a las 9:30 am, el Gobernador de La Albania y varios miembros de esta comunidad autorizaron el ingreso del personal de la Concesión Pacífico 3.

52. La autoridad indígena da fe que la Concesión Pacífico Tres cumplió con los acuerdos de la remodelación del kiosco, la escuela y demás ofrecimientos, lo que ha generado que la comunidad sienta simpatía por ellos y no quiera ir a consulta previa generando división entre el pueblo, sin que sea posible compensar la vulneración del derecho a la consulta previa.

II. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

53. Esta Corte es competente para conocer de esta acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 31

a 36 del Decreto 2591 de 1991, así como en virtud del Auto del 29 de abril de 2016, expedido por la Sala de Selección de Tutela Número Cuatro de esta Corte, que decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia.

B. PRUEBAS

54. Mediante Auto del 24 de mayo de 2017 se ordenó poner a disposición de las partes y terceros con interés las pruebas allegadas y el expediente en su totalidad, por lo que mediante constancia secretarial del 6 de junio de 2017 se informó que vencido el término de fijación en lista tan solo una de las partes se acercó a la Secretaría para revisar el expediente sin que se recibiera comunicación alguna. Las pruebas recaudadas son las relacionadas a continuación:

a. a) La agente oficiosa de la parte accionante anexó un CD con los siguientes documentos:

1. Acta de Posesión de la Defensora regional Caldas.
2. Acta de entrega predios resguardo La Albania.
3. Auto de suspensión del procedimiento de ampliación del Resguardo indígena La Albania expedido por el INCODER el 14 de mayo de 2015.
4. Certificado de tradición y libertad del predio El Encanto comprado por el INCODER para el proceso de la primera ampliación del resguardo La Albania.
5. Acta de reunión en resguardo La Albania con fecha 8 de Mayo de 2015.
6. Acta de acuerdos de 30 de Mayo de 2015 entre Pacífico Tres, Dirección de Consulta Previa de Ministerio del Interior resguardo La Albania.

7. Acta de reunión de seguimiento a compromisos entre Pacífico Tres, Dirección de Consulta Previa de Ministerio del Interior resguardo La Albania del 4 de Julio de 2015.

8. Resolución No. 0046 de 03 mayo de 2012, expedida por la Dirección de Asuntos indígenas del Ministerio del Interior.

9. Certificación 417 de marzo de 2014 expedida por el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

11. Solicitud dirigida a la Dirección de Consulta Previa por parte del Gobernador del resguardo Escopetera y Pirza.

12. Respuesta dirigida al Gobernador del resguardo Escopetera y Pirza OF115-000020632-DCP-2500 del 18 de junio de 2015 emitida por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

13. Solicitud dirigida a la Dirección de Consulta Previa por parte del señor Alcalde del municipio de Riosucio Caldas.

14. Respuesta dirigida al señor Alcalde del municipio de Riosucio Caldas OFI 15-000023005-DCP-2500 del 14 de julio de 2015.

b) El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Laboral en calidad de juez de primera instancia, mediante auto del 16 de octubre de 2015 decretó las siguientes:

1. Al Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa, para que informe si las comunidades indígenas La Albania, El Playón, Jagüero, Langarero, Trujillo, La Trina y La Garrucha están inscritas en la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y ROM, así como el área específica en donde se encuentran ubicados los resguardos indígenas y las normas de ordenamiento territorial que les asigna el área. Indique si realizó actividades con el fin de determinar la presencia de comunidades indígenas en las áreas de influencia de la autopista “Conexión Pacífico 3”, específicamente en las Unidades Funcionales 2, 4 y 5. En caso

afirmativo, especificar cuáles fueron y bajo qué parámetros se ejecutaron.

Deberá también informar con base en qué estudios se expidieron las certificaciones Nos. 53 y 56 del 4 de febrero de 2015 y 655 del 14 de mayo de esa misma anualidad. Igualmente, para que establezca qué actuaciones se han realizado para adelantar el proceso de consulta previa con el fin de obtener el consentimiento informado de las comunidades indígenas ubicadas en el área de influencia de la Autopista “Conexión Pacífico Tres”, especialmente en las Unidades Funcionales 2, 4 y 5. Así mismo, para que informe si ha suscrito actas de acuerdo con el Resguardo Indígena “La Albania”, y en caso afirmativo, en qué consisten y si para su conformación dicha comunidad contó con un intérprete de la lengua embera.

2. A la sociedad Pacífico Tres S.A.S., con el fin de que establezca si tramitó solicitud ante la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, para que le fuera certificada la presencia de comunidades étnicas en la Unidad Funcional No. 5 (tramo La Felisa - La Pintada). Además para que informe si ha suscrito actas de acuerdo con el Resguardo Indígena “La Albania”, y en caso afirmativo, en qué consisten y si para su conformación dicha comunidad contó con un intérprete de la lengua embera.

3. A los Municipios de San José, Risaralda, Riosucio, Supía y Marmato, Caldas, para que manifiesten si les fue solicitado por parte del Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa, o de la Sociedad Pacífico Tres S.A.S., certificación sobre la existencia de comunidades indígenas en el área de influencia del Proyecto “Conexión Pacífico Tres”. En caso afirmativo, deberán allegar la misma, o por el contrario, expedirla y aportar toda la información necesaria.

4. Al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural – Instituto Colombiano de Desarrollo Rural “INCODER”, con el fin de que aporten la información que tengan sobre la presencia de comunidades indígenas en el área de influencia de la Autopista “Conexión Pacífico Tres”, que

les permitió suspender el procedimiento de ampliación del Resguardo Indígena Embera Chamí La Albania.

c) Con el escrito de contestación de la demanda, las accionadas aportaron las siguientes pruebas documentales:

Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa:

1. Seis (06) mapas de la localización del proyecto con relación a las unidades funcionales.
2. Mapas de la localización general del proyecto discriminado por unidades.

Proyecto de infraestructura vial:

Unidad Funcional 1 Tramo La Virginia – Asia

Unidad Funcional 2 Variante de La Tesalia

Unidad Funcional 3 La Manuela - Tres Puertas - Irra

Unidad Funcional 4 Tramo Irra - La Felisa

Unidad Funcional 5 Tramo La Felisa - La Pintada

Mapa consolidado por sectores

Concesión Pacífico Tres S.A.S.:

1. Actas de verificación de compromisos de fechas veintitrés (23) de julio de 2015, cuatro (4) de julio de 2015, treinta (30) de julio de 2015, veinticinco (25) de agosto de 2015 y veintiséis (26) de septiembre de 2015.

Alcaldía Municipal de Riosucio Caldas:

1. Un CD con fotos y videos de la relatoría de la reunión efectuada en el Despacho de la Alcaldía el 05 de junio de 2015.

d) Las autoridades indígenas allegaron las siguientes documentales:

1. Acuerdo 6 de 2016 por medio del cual se decretó la segunda ampliación del territorio del resguardo de La Albania.
2. Acta de posesión del Gobernador de La Albania.
3. Certificado de tradición de los predios El Encanto y el Triunfo.
4. Auto del 14 de mayo de 2015 en el que se ordena la suspensión del trámite de expansión del resguardo indígena de La Albania.
5. Auto del 29 de mayo de 2015 por medio del cual se aclara el auto anterior.
6. Actas de reunión de información y participación comunitaria PGGS, en la cual se realizaron proposiciones para la adquisición de predios.
7. Fotografías de las mejoras del kiosco.
8. Asistencias de reuniones ejecutadas por Pacífico 3 convocadas en La Albania.

C. CUESTIONES PREVIAS

Procedibilidad de la acción de tutela

55. En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional dictada en la materia, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual, sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; (ii) cuando existiendo, ese

medio carece de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto; así mismo, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

Alegación de afectación de un derecho fundamental

56. La agente oficiosa invoca la vulneración del derecho a la consulta previa (Convenio 169 de la OIT), a la participación (artículo 79, C.P.) a la integridad étnica y cultural (artículos 70, 72 y 95.8, C.P.), al territorio ancestral (artículos 286, 329 y 357 C.P.) y al debido proceso de las comunidades indígenas (artículo 29, C.P.) ya mencionadas.

Legitimación por activa

57. La accionante en calidad de agente oficiosa de los titulares de los derechos presuntamente vulnerados interpuso acción de tutela de manera directa (artículo 86, C.P., Decreto Ley 2591 de 1991 art. 1º y art.10º). No obstante, dicha agenciante no cuenta con la legitimación en la causa para solicitar al juez constitucional a nombre de otros dejar sin efectos un acuerdo de voluntades, por medio del cual las comunidades indígenas agenciadas recibieron unos beneficios económicos o solicitar la protección de sus derechos fundamentales, en cuyo caso se impondría declarar la improcedencia de la acción de tutela; tal y como ocurrió en el caso resuelto en la sentencia T-253 de 2016 en cuya oportunidad la Sala Novena de Revisión declaró improcedente el amparo solicitado por otro Defensor del Pueblo a favor de los miembros de la Comunidad Indígena del Pueblo Miraña y Bora del Medio Amazonas – Asociación PANI, al determinarse la siguiente razón de la decisión:

“En esta oportunidad la Sala consideró improcedente la acción de tutela, al encontrar que el Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo no tiene legitimación en la causa por activa, en la medida que no acreditó que la Asociación PANI haya solicitado interponer la acción de tutela en su favor. Igualmente, se estableció que la referida Asociación no se encuentra en situación de desamparo o indefensión, que le impida acudir directamente ante el juez constitucional en defensa de sus propios intereses”.

58. Empero, la Sala Tercera de Revisión consideró pertinente vincular a las comunidades indígenas solicitando la ratificación o no de los hechos y pretensiones de la demanda por parte de sus legítimos representantes, a lo cual respondieron afirmativamente mediante contestación escrita y el aporte de pruebas. Razón por lo cual, se tiene por cumplido este requisito.

Legitimación por pasiva

59. Por un lado, las accionadas Nación – Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa y las vinculadas Agencia Nacional de Infraestructura (ANI); Nación-Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural; Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER); Municipios de Risaralda, San José, Riosucio, Supía y Marmato – Caldas, dada su naturaleza pública son susceptibles de demanda de tutela (artículo 86, C.P, artículos 1 y 13, Decreto Ley 2591 de 1991). Por otro lado, la accionada Sociedad Pacífico Tres S.A.S. es una empresa privada constituida con el único fin de suscribir y ejecutar un contrato de concesión bajo el esquema de Asociación Público Privada (APP) en los términos de la Ley 1508 de 2012, por lo tanto susceptible de demanda de tutela (artículo 48, C.P.; artículos 42 y 48, Decreto Ley 2591 de 1991).

Inmediatez

60. Es un requisito para la procedibilidad de la acción, el que ésta sea interpuesta en forma oportuna, es decir, que se incoe dentro de un plazo razonable, toda vez que busca la protección inmediata de los derechos fundamentales frente a su vulneración o amenaza. La Sala considera que en el asunto bajo estudio se cumple con el requisito de la inmediatez, toda vez que entre la conducta que causó la presunta vulneración y la fecha de interposición de las acciones de tutela transcurrió un término prudente y razonable para solicitar la protección de los derechos fundamentales. Esto es la finalización de las conversaciones y los acuerdos en torno al contrato de Concesión Pacífico 3 culminaron el 29 de septiembre de 2016 con la entrega del predio San José de Sinaí para la segunda ampliación del Resguardo Indígena de La Albania y el 15 de octubre de 2015, fecha en que anticipadamente se interpuso la demanda.

Subsidiariedad

61. El amparo constitucional, en principio es improcedente para aquellos casos en que existen mecanismos ordinarios de protección, máxime si uno de los fundamentos de la demanda se erige en atacar las certificaciones de no presencia de las comunidades indígenas expedidas por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior en la zona de influencia. En ese sentido, en principio le asiste razón a los jueces de instancia que declararon improcedente la tutela al considerar que el ataque a esos actos administrativos debían dilucidarse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, inciso 3 del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, e incluso solicitar medidas cautelares conforme a lo regulado por el artículo 229 del mismo Código.

62. Este requisito de procedencia demanda que el medio a disposición de los accionantes no sea eficaz e idóneo para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales amenazados o para garantizar los derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, como por ejemplo, las minorías indígenas o afrodescendientes y en algunos

otorgando la protección de modo definitivo.

63. No obstante lo anterior, considera la Sala que en el presente caso concurren pretensiones diferentes, pues una es atacar la legalidad de los certificados de no presencia de las comunidades indígenas en el área de influencia del proyecto, cuyo mecanismo judicial en efecto es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Empero no es la adecuada para lograr los cometidos ventilados por la agente oficiosa, como lo es dejar sin efecto el acuerdo para la segunda ampliación del resguardo y llevar a cabo el procedimiento de la consulta previa, para los cuales la mencionada acción judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no sería idónea ni eficaz.

64. En otros términos, la cuestión debatida no es la legalidad de las certificaciones, sino la ausencia de consulta previa. Al respecto, la Corte Constitucional al pronunciarse en la sentencia T-993 de 2012 sobre otro proyecto de infraestructura vial en el Departamento del Tolima en el que la entonces Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior y de Justicia se negaba a tener conocimiento de la presencia de la parcialidad indígena denominada La Luisa, esta Corporación consideró lo siguiente:

“[L]a existencia de una comunidad étnica no surge a partir de una resolución que formalice su conformación como resguardo o parcialidad indígena, sino del cumplimiento de condiciones materiales, referidas a factores etnoculturales que no están basados exclusivamente en una identidad racial; que la obligación de realizar consulta previa se predica tanto de comunidades étnicas ubicadas en zonas tituladas como no tituladas pero habitadas de manera permanente por las mismas; que es la presencia física de las comunidades étnicas en la zona de influencia, y no su constitución formal como resguardo o consejo comunitario o su inscripción mediante resolución, la que determina la obligación de la consulta previa; y que aún en el evento en que no se haya certificado la presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia de un proyecto, si durante la realización del estudio se constata la presencia de las mismas, debe garantizarse su derecho a ser

consultadas” (subraya fuera de texto).

65. Así, en el presente caso la acción de tutela presentada por la agente oficiosa en beneficio de la Comunidad de la Albania (resguardo indígena La Albania de los municipios de San José y Risaralda); de las comunidades El Playón, Jagüero, Langarero y Trujillo (resguardo indígena Escopetera y Pirza del municipio de Riosucio); de la parcialidad indígena La Trina (municipio de Supía), y de la comunidad La Garrucha (parcialidad indígena Cartama del municipio de Marmato) es procedente como mecanismo definitivo de conformidad con el artículo 86 de la Constitución y el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991.

Análisis de temeridad

66. Acorde con lo manifestado por las accionadas Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y Pacífico 3 verificado por la Sala Laboral de Casación de la Corte Suprema de Justicia al resolver la impugnación de la tutela, el Gobernador del Cabildo Indígena de Escopetera y Pirza presentó a nombre dicha comunidad acción de amparo, negada con sentencia del 20 de agosto de 2015 del mismo Tribunal de Manizales, Rad. 17-001-22-13-000-2015-00437-00 en contra de las mismas accionadas y por los mismos hechos en relación con el proyecto de infraestructura vial desarrollado por la Sociedad Pacífico Tres S.A.S.

67. El artículo 38 del Decreto Ley 2591 de 1991 dispone que será temeraria la demanda presentada varias veces por el titular o su representante por los mismos hechos y sin justificación alguna, más específicamente la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-168 de 2017 estableció las siguientes reglas en torno al análisis de esta prohibición:

“La temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista.

El último de los elementos mencionados se presenta cuando la actuación del actor resulta amañada, denota el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, deja al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción, o pretende a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de quien administra justicia”.

68. Conforme al anterior criterio de unificación, del no ser porque la profesional en derecho y además Defensora del Pueblo de la Regional Caldas rompió el elemento de la coincidencia de partes al vincular a otras cinco comunidades indígenas, se concluye que no se presenta la triple identidad para declarar la improcedencia de la acción de tutela por temeridad. Ello por cuanto no es competencia de una Sala de Revisión sino de la Sala Plena estudiar si la inclusión de otros actores podría considerarse como un acto de mala fe tendiente a hacer procedente el recurso de amparo cuando conscientemente se omite en la segunda actuación por parte del representante y posteriormente en la ratificación de los hechos, por el titular de los derechos presuntamente vulnerados, hacer alusión de la sentencia que ya hizo tránsito a cosa juzgada y justificar las razones que la harían procedente y la diferencian de la primera.

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

69. A pesar de las actuaciones de los jueces de instancia, de los hechos probados y las pruebas recaudadas no se evidencia, prima facie, la afectación o relación directa del proyecto de infraestructura vial Pacífico Tres sobre una comunidad indígena diferente a la del pueblo Embera-Chamí, resguardo indígena La Albania ubicados en los municipios de San José

y Risaralda, acorde con lo manifestado por las partes sobre el área de traslape entre una parte del resguardo de dicha comunidad y el proyecto de infraestructura vial -Supra hecho 7 (a), el plano No. 2 y el mapa consolidado por sectores-. Por lo cual, ante la falta de material probatorio que si quiera sumariamente denote la supuesta afectación deprecada por la agente oficiosa frente a las demás agrupaciones étnicas, el análisis de la vulneración de los derechos fundamentales invocados se centrará en la comunidad de La Albania.

70. Acorde con las facultades de auto gobierno de que gozan todas las comunidades indígenas, el resguardo de La Albania por medio de su Cabildo Gobernador celebró el Acuerdo 6 del 30 de mayo de 2015 en el cual quedó plasmado la intención de intercambiar a título de compensación 4,05 Ha del predio “El Encanto” pertenecientes al área de la primera ampliación del resguardo y que se traslapan con el tramo la Tesalia – unidad funcional 2, del proyecto de infraestructura vial por un nuevo terreno denominado San José de Sinaí con cabida de 9 Ha y 3.000 m2. Le corresponde a esta Sala determinar si la anterior situación a la luz de la jurisprudencia vigente sobre el derecho fundamental a la consulta previa y el concepto de territorio ancestral constituye una vulneración de los mismos.

71. Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala procederá a: (i) determinar el marco normativo del derecho a la consulta previa; (ii) reiterar las reglas jurisprudenciales sobre este derecho fundamental; (iii) determinar si con base en las certificaciones expedidas por el Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa se puede negar la presencia de una comunidad sobre determinado territorio; (iv) si las 4,05 ha de traslape ubicadas dentro del predio “El Encanto” afecta la cosmovisión de las comunidades agenciadas; y (v) finalmente la aplicación de las reglas jurisprudenciales en materia de consulta previa y territorio al asunto bajo estudio.

E. MARCO NORMATIVO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA

Convenio 169 de la OIT

72. La preocupación de la comunidad internacional sobre la participación de las minorías étnicas en las decisiones que los afecten se vio reflejada en un primer momento en el Convenio 107 de la OIT sobre poblaciones indígenas y tribales (1957) al reconocer que “en diversos países independientes existen poblaciones indígenas y otras poblaciones tribales y semitribales que no se hallan integradas todavía en la colectividad nacional y cuya situación social, económica o cultural les impide beneficiarse plenamente de los derechos y las oportunidades de que disfrutaban los otros elementos de la población”.

73. Posteriormente con la adopción del Convenio 169 de la OIT se reconocieron “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”.

74. En palabras de los expertos de dicho órgano tripartito este instrumento internacional se funda en dos postulados principales: “el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias, y su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan. Estas premisas constituyen la base sobre la cual deben interpretarse las disposiciones del Convenio”.

75. El Convenio 169 en su artículo 6 (a) indica que el Gobierno deberá “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” siendo relevante determinar la afectación de la medida objeto de estudio. Asimismo en el artículo 7 del mismo instrumento referente al autogobierno indica que “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan

de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

76. Adicionalmente, con relación al territorio, en el numeral 2 del artículo 16 dispone que: “Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados”.

77. Por su parte, el Estado colombiano se ha caracterizado por la proliferación de normas en materia de protección a minorías étnicas a través de distintas fuentes internas (Constitución, leyes, decretos, directivas presidenciales) sin que exista, a la fecha, norma expresa que regule integralmente el trámite y procedimiento de la consulta previa, asunto sobre el cual la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en adelante CEACR ha llamado la atención al Gobierno en la Observación (2014) sobre el cumplimiento “en relación con (...) la legislación sobre la consulta”.

78. También la CEACR resaltó en la Observación (2015) los avances en el proceso de consulta en la realización de proyectos, lo siguiente:

“La Comisión toma nota con interés de la adopción del decreto núm. 2613, de 20 de noviembre de 2013, por el cual se adoptó el protocolo de coordinación interinstitucional para la consulta previa. El protocolo tiene como objetivo facilitar el enlace entre las entidades públicas responsables y garantizar la circulación de información que sirva de soporte para la

certificación de la presencia de comunidades étnicas para la celebración de la consulta previa. La Dirección de Consulta Previa (DCP) del Ministerio del Interior ejercerá la competencia exclusiva de certificación de presencia de comunidades étnicas. El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER) debe suministrar a la DCP la información relativa a los resguardos legalmente constituidos y en proceso de constitución de comunidades indígenas y de los títulos colectivos de las comunidades negras. El protocolo además prevé que los representantes de las comunidades indígenas integren el comité de seguimiento para la verificación de los compromisos adquiridos en la consulta.

La Comisión también toma nota con interés de la adopción de la directiva presidencial núm. 10, de 7 de noviembre de 2013, que contiene la guía para la realización de consulta previa con comunidades étnicas. De acuerdo a la directiva presidencial núm. 10, el proceso de consulta contempla cinco etapas: 1) certificación de presencia de comunidades en base a los criterios del Convenio; 2) coordinación y preparación de la consulta, con la participación de las comunidades; 3) preconsulta; 4) consulta previa, y 5) seguimiento de acuerdos. En el proceso de consulta, la DCP recibe el apoyo de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo. La guía establece además que la consulta tiene como fin el diálogo entre el Estado, el ejecutor del proyecto y las comunidades étnicas sobre los impactos de los proyectos de explotación de recursos o de infraestructuras en las comunidades con miras a la formulación de medidas para prevenir, corregir, mitigar y compensar la afectación negativa que podría generar un proyecto”.

Constitución Política de 1991

79. El inciso cuarto del artículo 53 de la Constitución consagra una cláusula de incorporación al orden jurídico interno de los convenios de la OIT al disponer que “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”, empero, por virtud del inciso primero del artículo 93, los tratados que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en estados de excepción son parte del bloque de

constitucionalidad, es decir, están al mismo nivel que una norma de la Constitución Política de Colombia, tal y como lo reconoció la sentencia de unificación SU-383 de 2003 al declarar que “el Convenio 169 de la OIT, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad”.

80. Adicionalmente la Constitución consagra una serie de derechos en beneficio de los pueblos indígenas y tribales, como el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural (artículo 7, C.P.); asimismo, reconoce como entidades territoriales a los resguardos indígenas y orden la participación de los representantes de dichas comunidades en la conformación de las entidades territoriales (artículo 329, C.P.) y el derecho al autogobierno de acuerdo con sus particularidades ancestrales (artículo 330, C.P.).

F. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL.

81. La Corte Constitucional al estudiar varias normas del Código de Minas, declaró exequibles los artículos 122, 124 y 133 de la Ley 685 de 2001 en la sentencia C-389 de 2016 bajo el entendido de que “el derecho de prelación por parte de las comunidades étnicas o afrocolombianas, no constituye justificación alguna para omitir la aplicación del derecho fundamental a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado, cuando la afectación sea intensa por el desplazamiento de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural, o por el uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios” (subraya fuera de texto). En esa ocasión la Sala Plena en sentencia con efectos erga omnes indicó que la procedencia de la consulta previa se determina en la medida que es posible concretar la afectación directa de la comunidad con la medida legislativa o administrativa en los siguientes términos:

“De acuerdo con el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de esta Corte, el ámbito

material de aplicación de la consulta no se ciñe a determinados supuestos hipotéticos. Si bien los eventos explícitamente mencionados en la Constitución Política y los documentos relevantes del DIDH deben considerarse relevantes, estos no agotan la obligación estatal, pero el concepto clave para analizar la procedencia de la consulta previa es el de afectación directa. Esta expresión, por supuesto, es amplia e indeterminada, lo que puede ocasionar distintas disputas interpretativas. Sin embargo, actualmente, la Corte ha desarrollado un conjunto de estándares que permiten evaluar al operador jurídico, si una medida, norma o proyecto afecta directamente a los pueblos indígenas: (i) la afectación directa hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica; (iv) la interferencia en elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido; y (v) se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados. Evidentemente, se trata de criterios de apreciación que no cierran por completo la vaguedad del concepto de afectación directa y mantienen de esa forma la importancia de una evaluación caso a caso sobre la obligatoriedad de la medida. Pero constituyen, sin embargo, una orientación suficiente para el desempeño de esa tarea en términos acordes a los principios de razonabilidad y proporcionalidad” (subrayas fuera de texto).

82. En esa misma oportunidad, se distinguió del derecho de consulta previa como estándar general del concepto de consentimiento libre, previo e informado, se manifiesta como una de las facetas excepcionales de participación, cuando a medida legislativa o administrativa ejerce una afectación tan grave que puede influir en la pervivencia del pueblo indígena o afrodescendiente, expresado por este tribunal en los siguientes términos:

“Desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, que la participación de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes se concreta en tres facetas del mismo derecho, que pueden sintetizarse así: (i) la simple participación, asociada a la intervención de

las comunidades en los órganos decisorios de carácter nacional, así como en la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen; (ii) la consulta previa frente a cualquier medida que los afecte directamente; y (iii) el consentimiento previo, libre e informado cuando esa medida (norma, programa, proyecto, plan o política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial.

Ahora bien, según lo ha expresado la Corte, la subregla sobre el consentimiento puede generar algunas inquietudes. Al parecer, ello obedece a que podría resultar incompatible con el principio según el cual la consulta es un diálogo entre iguales y no un derecho de veto consagrado en cabeza de las comunidades indígenas o tribales, de manera que podría surgir una contradicción normativa cuando, en un evento determinado en que es aplicable la regla del consentimiento, una medida no logra alcanzar la aceptación de la comunidad o pueblo interesado pues, en términos prácticos, la medida no puede realizarse, así que la comunidad concernida habría efectuado un veto de la misma. La Corte Constitucional, sin embargo, ha expresado que mientras la consulta previa a las comunidades indígenas es el estándar general, el consentimiento previo, libre e informado es un estándar excepcional que procede en los eventos descritos por la jurisprudencia constitucional y al derecho internacional, asociados al traslado o reubicación de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural o uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios” (subrayas fuera de texto).

83. En la sentencia de unificación SU-097 de 2017 se amparó el derecho a la consulta previa del pueblo raizal vulnerado por el Convenio 9677-SAPII0013-445-2015 para la generación de estrategias de desarrollo integral a través de la cultura en el Municipio de Providencia y Santa Catalina, a través de la operación del Complejo Cultural Midnight Dream, toda vez que se constató que dicha medida administrativa afectaba la música del archipiélago como elemento definitorio de la cultura raizal. En esta oportunidad se recopilaron las principales reglas generales y específicas sobre el derecho a la consulta previa decantada de la jurisprudencia constitucional desde la sentencia SU-039 de 1997 y de las normas de derecho internacional, discriminadas en el siguiente cuadro:

Criterios generales de aplicación de la consulta

Reglas específicas

“(i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afro descendientes sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (iv) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afro descendientes”.

“(vii) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (viii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (pre consulta o consulta de la consulta); (ix) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad interesada; y, (x) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (xi) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social”.

84. Posteriormente, la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-217 de 2017, indicó respecto de las certificaciones de no presencia de comunidades o minorías expedidas por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, lo siguiente:

“230. Como puede constatar en el anexo 2º de esta providencia, en numerosas oportunidades los derechos de los pueblos indígenas han sido desconocidos a raíz de errores en las certificaciones expedidas por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, frente a los estándares establecidos por la jurisprudencia constitucional: porque se limitan a lo geográfico, porque confunden los conceptos de área de influencia directa y afectación directa, o porque pasan por alto algunos de los criterios que, según la jurisprudencia constitucional, definen la afectación directa (subraya fuera de texto).

231. En el caso objeto de estudio, la Sala constata que el relleno sanitario de Loma Grande no se encuentra dentro de territorio reivindicado por la comunidad de Jaraguay (según la información disponible, las familias y asentamientos más cercanos al relleno se encuentran a una distancia aproximada de 4 kilómetros), ni se allegaron elementos de juicio que demuestren la forma en que este podría atentar contra lugares relevantes para su cosmovisión: sus mitos, sus ritos, su modo de producción y vías de subsistencia o el desarrollo de sus festividades. La inspección judicial efectuada por el juez de primera instancia confirma lo expresado y, a pesar de las pruebas requeridas en sede de revisión, la comunidad indígena de Jaraguay no las aportó para demostrar que la ampliación del relleno la afecta, en tanto comunidad indígena o étnicamente diferenciada (subraya fuera de texto).

232. En este sentido, el caso difiere de aquellos eventos en que, las distintas Salas de Revisión han encontrado en el análisis conjunto de las pruebas (i) que el proyecto se desarrolla en lugares con relevancia sagrada o espiritual para una comunidad (T-693 de 2011); (ii) existen pruebas contundentes sobre la presencia de las comunidades, como el haber sido tenidas en cuenta en el Plan de Desarrollo municipal respectivo (T-993 de 2013); (iii) se evidencia una divergencia notable entre el concepto geográfico del territorio y el cultural, como ocurre con la línea negra de los pueblos de la sierra, que es desatendida por las autoridades administrativas (T-849 de 2014) o (iv) cuando se observa un conjunto de certificaciones contradictorias, que genera perplejidades, pues no resulta claro por qué el Ministerio encuentra en otras la misma comunidad, incluso durante un trámite que involucra muchos certificados (9, en el proceso de la sentencia T-547 de 2010)”.

85. En línea con el ámbito de protección del Convenio 169, esta corporación en la sentencia C-371 de 2014 se reiteró el siguiente concepto de territorio:

“Al respecto, debe tenerse en cuenta que el vínculo de los pueblos indígenas con el territorio va mucho más allá de la concepción material de las cosas, pues aquel parte de componentes espirituales, de la relación del hombre con la tierra. Según la cosmovisión indígena, algunos seres animados encarnan una “multitud de fuerzas benéficas o maléficas; todas ellas imponen pautas de comportamiento que deben ser rígidamente respetadas. Para muchos pueblos, especies determinadas de árboles eran veneradas y protegidas, y veíanse en el pasado grandes bosques intocados de ellas; se conoce por las crónicas de la conquista que, por ejemplo, en la sabana de Bogotá los muiscas mantenían unos bosques de altísimas palmas de ramos y palmas de cera a las cuales veneraban, hasta el obispo Cristóbal de Torres mandó talar y destruir el bosque entero para extirpar la idolatría” (subraya fuera de texto).

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

G. APLICACIÓN DE LAS REGLAS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA AL ASUNTO BAJO ESTUDIO

86. Acorde con la sentencia C-389 de 2016 es requisito para la procedencia de la consulta

previa la determinación de la afectación directa, la cual se puede determinar con la aplicación del siguiente test: (i) la afectación directa hace alusión a la intervención de medida política, plan o proyecto con efecto determinante frente a los derechos de las minorías étnicas. En el caso bajo análisis se verifica que la medida es el proyecto de Concesión Conexión Pacífico Tres con trazado en el Departamento de Caldas en el cual se ubica el resguardo de La Albania; (ii) el proyecto no reconoce expresamente que desarrolle el Convenio 169 de la OIT, no obstante a raíz de la declaratoria de utilidad pública del predio “El Encanto” se abordó de manera directa diálogos con la comunidad; (iii) en cumplimiento del Acuerdo celebrado por la comunidad de La Albania y las accionadas se le atribuyeron varios beneficios como la remodelación de un kiosco, la reparación del techo de la escuela Tamaniza y la entrega de un predio de mayor extensión para la segunda ampliación del resguardo, entre otros, de tal manera que se mejoró su situación jurídica, tal y como fue solicitado por su Gobernador indígena al consignarse que “El Cabildo Gobernador manifiesta que el predio SINAI es el predio que la comunidad indígena ha identificado en calidad de compensación por las 4,7 Ha que el proyecto “Pacífico 3” intervendrá en la finca denominada EL ENCANTO. Asimismo, manifiestan la necesidad de avanzar ágilmente en el proceso de ampliación”; (iv) no se evidencia la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del resguardo de La Albania, identificados en el Acuerdo 6 de 2016 como el establecimiento de un Cabildo Gobernador que representa a toda la comunidad y una economía basada en la agricultura, pesca, caza y artesanías, entre otras que a todas luces no son ejercidas en el trazado del proyecto, toda vez que la preocupación se centra en la posible afectación del pequeño comercio de productos manufacturados que realizan algunos habitantes en la antigua vía panamericana; y (v) se trata de una medida general que, en tanto que dicho proyecto de infraestructura vial fue declarado de “utilidad pública e interés social” mediante el artículo 19 de la Ley 1682 de 2013.

87. De lo antes expuesto, se constata que el proyecto de utilidad pública e interés social, Pacífico Tres no afecta con especial intensidad o de manera diferenciada al resguardo de La Albania o las demás comunidades agenciadas, al no comprobarse la afectación directa de su identidad, toda vez que al parecer el nuevo trazado interfiere con la venta de productos manufacturados y el comercio de las personas que se ubican al margen de la vía, actividad comercial que difiere sustancialmente del concepto de territorio amparado por esta

corporación o se relaciona con una actividad espiritual o ancestral a proteger. Máxime si se tiene en cuenta que el predio el Encanto adquirido en la primera ampliación del resguardo tenía una larga sucesión de propietarios, lo cual, denota que sobre el mismo no se ejerció ninguna actividad económica, social, religiosa o cultural por parte del resguardo de La Albania hasta que fue entregado por parte del Incoder, por lo que en aplicación de la sentencia de unificación SU-217 de 2017, se reitera que al no aportarse elementos de juicio que demuestren la forma en que el proyecto de infraestructura vial Pacífico Tres podría afectarlos y atentar contra lugares relevantes para su cosmovisión, mitos, ritos, modo de producción, subsistencia o el desarrollo de sus festividades, se negará el derecho a la consulta previa de las comunidades agenciadas, toda vez que este derecho fundamental no procede de modo genérico sino ante la comprobación de una afectación negativa directa frente a los sujetos beneficiarios del Convenio 169 de la OIT.

88. Adicionalmente, en este caso tampoco se constata la afectación del territorio ancestral protegido por el Convenio 169 frente a las seis comunidades representadas por la Defensora del Pueblo, toda vez que no aportaron prueba de los mencionados caminos ancestrales afectados, de sus ritos y en general de su cosmovisión, siendo su principal preocupación el pequeño comercio desarrollado en la vía Panamericana. En ese sentido, tan solo se demostró la existencia de un traslape en la unidad funcional 2 del predio El Encanto perteneciente al resguardo de La Albania, sin que reúna las características de componente espiritual, cultural o de subsistencia toda vez que por voluntad de la misma comunidad el predio fue intercambiado a través de su Cabildo Gobernador por el lote Sinaí por sus mejores calidades, que en su sentir les reportaba mayores beneficios.

89. Dada la importancia del autogobierno dentro de la cosmovisión de los Embera-Chamí asentados en la parcialidad de La Albania en su Gobernador, no es de recibo la intervención oficiosa de la Defensoría del Pueblo para solicitar por vía de la acción de tutela la declaratoria de dejar sin efectos los acuerdos celebrados por parte de una de sus máximas autoridades, como el Gobernador Jair Tamaniza Ochoa, desconociendo la voluntad de dicha comunidad y los efectos jurídicos que los benefician. Toda vez que no es posible iniciar, acordar y ejecutar

arreglos vinculantes para luego, mediante un tercero que no representa a la etnia dejarlos sin efectos, buscando entre otras, que se retrotraigan los beneficios de la segunda ampliación de su resguardo.

90. Finalmente, se recuerda a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior que actualice su base de datos toda vez que en el área de traslape de la segunda unidad funcional se encontraba una parte del resguardo de La Albania que no fue reportada en la certificación de no presencia, por lo que no se exculpa a dicha entidad que omitiera realizar una visita in loco para actualizar los datos con base en los cuales expide las certificaciones de no presencia de comunidades étnicas. En consecuencia, se exhorta a que en un futuro de aplicación al numeral 4 del artículo 16 del Decreto 2893 de 2011, máxime si es solicitado por las comunidades indígenas.

H. SÍNTESIS DEL CASO

91. En el presente caso la Defensoría del Pueblo, regional Caldas actuando en calidad de agente oficiosa interpuso una segunda acción de tutela en representación de la Comunidad de La Albania, rompiendo la triple identidad de hechos, pretensiones y partes mediante la vinculación de las comunidades El Playón, Jagüero, Langarero, La Garrucha y Trujillo y la parcialidad indígena La Trina en contra de la Nación – Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa, la Sociedad Pacífico Tres S.A.S., y los vinculados Agencia Nacional de Infraestructura (ANI); Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER), Municipios de Risaralda, San José, Riosucio, Supía y Marmato – Caldas, con el fin de que se suspenda la ejecución del proyecto de infraestructura y se deje sin efectos los acuerdos celebrados entre la Sociedad Pacífico Tres S.A.S., y las Autoridades indígenas del Resguardo de La Albania.

92. Toda vez que de los hechos probados y las pruebas recaudadas no se evidenció la

afectación o relación directa del proyecto de infraestructura vial Concesión Conexión Pacífico Tres sobre una comunidad indígena diferente a la del pueblo Embera-Chamí, resguardo indígena La Albania, en consideración a la cosmovisión de auto gobierno del resguardo de La Albania por medio de su Gobernador, quien celebró el Acuerdo 6 del 30 de mayo de 2015 por medio del cual se propuso intercambiar a título de compensación 4,05 Ha del predio “El Encanto” pertenecientes al área de la primera ampliación del resguardo y que se traslapan con el tramo la Tesalia – unidad funcional 2, del proyecto de infraestructura vial Pacífico 3 por un nuevo terreno denominado San José de Sinaí con cabida de 9 Ha y 3.000 m². La Sala Tercera de Revisión analizó si la anterior situación a la luz de la jurisprudencia vigente sobre el derecho fundamental a la consulta previa y el concepto de territorio ancestral constituye una vulneración de los mismos.

93. Dentro del marco normativo se reiteró que el artículo 7 del Convenio 169 consagra las facultades de autogobierno de las comunidades indígenas para determinar sus prioridades en lo que atañe a su proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera; así mismo el numeral 2 del artículo 16 del Convenio 169 indica que de ser necesario el traslado de las minorías, este deberá efectuarse con su consentimiento libre y con pleno conocimiento de causa.

94. Asimismo se identificaron las siguientes pautas jurisprudenciales: (i) el concepto clave para analizar la procedencia de la consulta previa es la constatación de la afectación directa (C-389/16); (ii) en caso de superar lo anterior se deberá aplicar las reglas generales y específicas sobre el derecho a la consulta previa (SU-097/17); (iii) las certificaciones de no presencia de comunidades expedida por la Dirección de Consulta Previa pierden relevancia cuando adicionalmente no se aportan elementos de juicio sobre la afectación negativa de lugares relevantes para su cosmovisión (SU-217/17); el concepto de territorio tradicional se concreta en la existencia de sitios para la subsistencia, como la caza y la pesca, y los sitios relevantes que tienen valor espiritual o cultural para la respectiva comunidad (C-371/14).

95. En aplicación de los anteriores precedentes de Sala Plena se concluye que en el caso sub

lite (i) no existe afectación directa de los derechos étnicos y culturales de la parcialidad de La Albania, por parte del proyecto de utilidad pública e interés general denominado Concesión Conexión Pacífico Tres con su territorio ancestral. Frente a las demás agenciadas no se debía realizar la consulta, toda vez que no se aportó prueba alguna de la afectación de sus asentamientos por parte de las accionadas. (ii) En efecto, se realizó una segunda ampliación del resguardo de La Albania por el intercambio de un área de terreno por otra de mayor extensión, al no ser reconocido el primero como territorio en conexidad con su visión étnica sino, precisamente una mejora para su desarrollo social y económico, acorde con su derecho de autogobierno y determinación de sus prioridades, tanto así que las 4,05 Ha del predio “El Encanto” fueron canjeadas por parte de su Gobernador indígena por un lote de mejores calidades denominado Sinaí de 9 Ha y 3.000 m², el cual, además fue solicitado por la misma comunidad al identificar que los beneficiaba. (iii) Del acervo se evidencia que la labor que posiblemente se vería afectada con la construcción de una segunda vía de transporte es la venta de productos manufacturados, la cual, al ser una actividad comercial generalizada en toda la población colombiana no encuentra nexos con una tradición cultural o espiritual propia de sus ritos y costumbres como minorías especialmente protegidas. No obstante se aconseja al Consorcio que estudie la posibilidad en conjunto con los líderes indígenas de dejar un punto a la vera de la vía para que este tipo de vendedores puedan desarrollar su actividad comercial, tal y como lo vienen haciendo en la vía terrestre antigua.

96. En cuanto a la protección del derecho al consentimiento previo, libre e informado, en consideración a que no se demostró la afectación de la regla estándar de consulta previa, resulta irrelevante acudir a los criterios excepcionales que dicha prerrogativa comporta, toda vez que no existen elementos de juicio que den cuenta de la amenaza de extinción física o cultural o uso de materiales peligrosos de las agenciadas en sus tierras y territorios. Por todo lo expuesto, se negará el amparo solicitado.

97. En virtud de las consideraciones presentadas, esta Sala procederá a revocar la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 14 de septiembre de 2016, que confirmó la improcedencia declarada por el Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Manizales – Sala Laboral mediante fallo del 29 de octubre de 2015, y en su lugar, denegar el amparo solicitado por la vulneración del derecho a la consulta previa (Convenio 169 de la OIT), a la participación (artículo 79, C.P.) a la integridad étnica y cultural (artículos 70, 72 y 95.8, C.P.), al territorio ancestral (artículos 286, 329 y 357 C.P.) y al debido proceso (artículo 29, C.P.) de las agenciadas.

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- Reanudar los términos suspendidos.

SEGUNDO.- REVOCAR por las razones expuestas en esta sentencia, la providencia del 14 de septiembre de 2016 dictada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez confirmó el fallo del 29 de octubre de 2015 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales – Sala Laboral, que declaró improcedente el amparo solicitado y en su lugar NEGAR la protección del derecho fundamental a la consulta previa, consentimiento libre e informado, a la participación, a la integridad étnica y cultural, al territorio ancestral y al debido proceso solicitados.

TERCERO.- LÍBRAR por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado Ponente

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento de voto

ROCÍO LOAIZA MILIAN

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-416/17

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA A COMUNIDADES INDIGENAS Y AFRODESCENDIENTES-Se debió conceder por cuanto es obligación del Estado, registrar la presencia de comunidades indígenas en el área de influencia directa (Salvamento de voto)

Se vulneró el derecho al debido proceso administrativo de los resguardos indígenas, por lo tanto se debió amparar su derecho fundamental a la consulta previa, dejar sin efectos las certificaciones expedidas por el Ministerio del Interior y, en su lugar, ordenar a la Dirección de Consulta Previa de la entidad emitir nuevamente dichas certificaciones en cumplimiento de lo establecido en la normativa

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA A COMUNIDADES INDIGENAS Y AFRODESCENDIENTES-Se debieron realizar las gestiones necesarias para contar con los medios probatorios suficientes que permitieran tomar una decisión de fondo sobre el asunto (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA A COMUNIDADES INDIGENAS Y AFRODESCENDIENTES-Se debió conceder debido proceso administrativo (Salvamento de voto)

Expediente: T-5.478.103

Accionante: Yazmín Gómez Agudelo en calidad de Defensora del Pueblo – Regional Caldas en representación del pueblo Embera del Departamento de Caldas, específicamente de la Comunidad de la Albania (resguardo indígena La Albania de los municipios de San José y Risaralda); de las comunidades El Playón, Jagüero, Langarero y Trujillo (resguardo indígena Escopetera y Pirza del municipio de Riosucio); de la parcialidad indígena La Trina (municipio de Supía), y de la comunidad La Garrucha (parcialidad indígena Cartama del municipio de Marmato).

Accionados: Nación – Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa, la Sociedad Pacífico Tres S.A.S., y los vinculados Agencia Nacional de Infraestructura (ANI); Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER), Municipios de Risaralda, San José, Riosucio, Supía y Marmato – Caldas.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

1. 1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación presento las razones que me llevan a salvar mi voto en la decisión que adoptó la Sala Tercera de Revisión el veintinueve (29) de junio de dos mil diecisiete (2017), en la cual se profirió la Sentencia T-416 de 2017.

2. En el caso en concreto, la Sala revocó las sentencias de primera y segunda instancia y en su lugar, negó el amparo a los derechos fundamentales a la consulta previa y al territorio ancestral solicitados por las comunidades del pueblo Embera del Departamento de Caldas, al considerar que: (i) respecto de la comunidad de Albania, no existe afectación directa de los derechos étnicos y culturales por parte del proyecto denominado Concesión Conexión Pacífico Tres que hiciera necesaria la consulta previa, pues la labor posiblemente afectada con el proyecto es la venta de productos manufacturados, la cual a criterio de la Sala “al ser una actividad comercial generalizada en toda la población colombiana no encuentra nexos con una tradición cultural o espiritual propia de sus ritos y costumbres como minorías especialmente protegidas”, ni con su territorio ancestral; y (ii) en relación con las demás agenciadas el fallo concluyó que no se aportó prueba alguna de la afectación de sus asentamientos por parte de las accionadas, por ello, no se debía realizar la consulta.

3. No comparto la decisión adoptada por la Sala, pues considero que, en primer lugar, la sentencia debió analizar si se vulneró el derecho al debido proceso administrativo de las comunidades indígenas de La Albania, La Escopetera y Pirza, así como de las parcialidades La Trina y Cartama cuando se expidió la certificación que señala que no hay presencia de comunidades étnicas en el área de influencia directa del proyecto, a pesar de no existir certeza sobre la misma y no realizarse la correspondiente visita de verificación por parte de la Dirección de Consulta Previa. En segundo lugar, estimo que la construcción de la unidad funcional No. 2 del proyecto Concesión Conexión Pacífico Tres afecta la identidad cultural y económica del resguardo La Albania, especialmente en relación con las actividades de las cuales depende su manutención. Particularmente la afectación respecto al desarrollo de los cultivos de “pancoger”, por lo que, probada la afectación, el concesionario debió llevar a cabo el proceso de consulta previa con dicha comunidad. A continuación, desarrollo los anteriores planteamientos:

Certificación de existencia de las comunidades indígenas – Deber del Estado en relación con el registro de presencia de comunidades indígenas en el área de influencia directa.

4. En el caso concreto, la sentencia determinó que, en cuanto a los resguardos indígenas de El Playón, Jagüero, Langarero y Trujillo (resguardos indígenas de la Escopetera y Pirza del municipio de Riosucio), La Garrucha (parcialidad indígena Cartama del municipio de Marmato) y la parcialidad indígena La Trina no se debía realizar consulta previa, “toda vez que no se aportó prueba alguna de la afectación de sus asentamientos por parte de las accionadas”.

5. Contrario a lo anterior, considero que el material probatorio que reposa en el expediente de tutela, si bien no aporta una evidencia clara acerca del traslape de los territorios de influencia del proyecto con el de las comunidades agenciadas genera una duda razonable

sobre la presencia de estas en la zona. Por lo tanto, la Sala debió en primer lugar, analizar si la Dirección de Consulta Previa cumplió con su función de verificar in situ si efectivamente existía traslape entre estas dos áreas y, de conformidad con lo anterior debió expedir la certificación sobre la presencia o ausencia de grupos étnicos en el proyecto Concesión Conexión Pacífico Tres. En segundo lugar, la Sala tenía la obligación de recaudar el material probatorio suficiente para llegar a una conclusión respecto a estas agenciadas. Veámos.

6. Los numerales 4° y 5° del artículo 16 del Decreto Ley 2893 de 2011 disponen que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior tiene la función de expedir las certificaciones acerca de la presencia de grupos étnicos en las áreas donde se pretenden desarrollar proyectos que tengan influencia directa sobre estos grupos. Para ello, la entidad debe “[r]ealizar las visitas de verificación en las áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, a fin de determinar la presencia de grupos étnicos, cuando así se requiera”.

7. En relación con este trámite, la Sentencias T-969 de 2014 y T-605 de 2016 resaltaron el deber del Estado en relación con la determinación del área de influencia directa y la identificación de comunidades étnicas. La primera de las decisiones se refirió al trámite de certificación de presencia de comunidades étnicas y sostuvo:

“La certificación supone la confrontación de las coordenadas del área de influencia del proyecto con la información cartográfica y alfanumérica que tiene el Estado sobre la presencia de comunidades indígenas, negras, raizales y palenqueras. Sin embargo, no existe información completa y precisa sobre todas las áreas que ocupan y utilizan las comunidades étnicas en nuestro país. Por tal motivo, cuando no se tiene la información cartográfica o alfanumérica suficientemente precisa en las bases de datos oficiales, le corresponde a la Dirección de Consulta Previa verificar mediante la respectiva visita de campo y la recopilación de las pruebas necesarias, si hay presencia tradicional de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto, y establecer cuál es el área que ocupan”. (Resaltado fuera de texto)

Por su parte, la Sentencia T-605 de 2016 precisó los mecanismos con los que cuenta la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior para certificar la presencia de comunidades étnicas de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2893 de 2011. Al respecto dijo:

“21. Con el objetivo de certificar la presencia de comunidades étnicas, la DCP está facultada para:

(i) Requerir al solicitante para que suministre la información que la entidad considere necesaria, con el fin de establecer el área de influencia directa del proyecto;

(ii) Valerse, entre otras fuentes de información, de las bases de datos sobre resguardos indígenas y títulos colectivos de comunidades negras del INCODER en liquidación, o de la información sobre el carácter urbano o rural de un predio según el Esquema de Ordenamiento Territorial, el Plan Básico de Ordenamiento Territorial o el Plan de Ordenamiento Territorial que suministren las autoridades municipales o distritales;

(iii) Realizar verificaciones de campo, cuando la información suministrada por otras entidades o por el solicitante no sea suficiente para determinar la presencia de comunidades étnicas.”

8. En relación con lo anterior, en el expediente de tutela obran las siguientes pruebas: (i) copia del oficio de 2 de julio de 2015 emitido por el Ministerio, en el cual niega la solicitud del Alcalde de Riosucio de realizar una inspección de verificación de la existencia del traslape entre el resguardo indígena y el proyecto vial; (ii) información de la reunión llevada a cabo el 5 de junio de 2015 en la Alcaldía de Riosucio, en la que el Ministerio reconoce la existencia de comunidades indígenas en todo el territorio; (iii) copia de la Resolución 046 de 9 de mayo de 2012, en el que el Ministerio reconoce como “parcialidad indígena a la comunidad Cartama perteneciente al pueblo embera Chamí, ubicada en las veredas (...) jurisdicción del área rural del Municipio de Marmato, departamento de Caldas” ; (iv) escrito dirigido a la Defensoría del Pueblo por parte del Gobernador de la parcialidad La Trina, en el que se pone de presente que las familias afectadas directamente “son más de 60 e indirectamente más

de 200 familias por la venta de sus productos en este sitio”; (v) copia de la Resolución 417 de 24 de junio de 2009 por medio de la cual se reconoce como parcialidad a la comunidad de Trina; y (vi) escritos en los que, tanto el Gobernador indígena como el Alcalde de Riosucio, indican que en el territorio por el que pasará el trazado hay comunidades indígenas “las obras de mejoramiento de la vía y la doble calzada desaparecerán los sectores de bajo Trujillo, Langarero y El Playón, los cuales son territorios indígenas”. Así mismo, en los cuales el Gobernador explica “que la comunidad indígena asentada en la ronda del río Cauca no cuenta con títulos de propiedad y hacen parte del resguardo Escopetera Pirza (...)” y el asesor del concejo manifiesta que “el territorio indígena no está limitado solamente al área reconocida como resguardo y solicita se les haga llegar copia de la certificación que emitió el Ministerio del Interior (...)”. Sin embargo, no obra prueba de que la Dirección de Consulta Previa haya realizado las gestiones necesarias para tener certeza de la presencia de comunidades indígenas en la zona en la que se desarrolla el proyecto.

9. Por lo anterior, estimo que se vulneró el derecho al debido proceso administrativo de los resguardos indígenas El Playón, Jagüero, Langarero, Trujillo y La Garrucha y la parcialidad indígena La Trina y, por lo tanto, se debió amparar su derecho fundamental a la consulta previa, dejar sin efectos las certificaciones expedidas por el Ministerio del Interior y, en su lugar, ordenar a la Dirección de Consulta Previa de la mencionada entidad emitir nuevamente dichas certificaciones en cumplimiento de lo establecido en la normativa.

10. De otra parte, respecto a la falta de prueba sobre la afectación de estas agenciadas, en mi concepto, correspondía a la Sala como garante del acceso efectivo a la administración de justicia y de la realización efectiva de los derechos de estas comunidades especialmente protegidas realizar las gestiones necesarias para contar con los medios probatorios suficientes que le permitieran tomar una decisión de fondo sobre el asunto.

11. La jurisprudencia de esta Corporación ha respaldado la legitimidad e incluso ha sostenido la necesidad del decreto oficioso de las pruebas, en el entendido de que, la búsqueda de la

verdad es un imperativo para el juez y un presupuesto para la obtención de decisiones justas. Tal potestad no debe entenderse en el proceso constitucional como una inclinación indebida de la balanza de la justicia para con alguna de las partes, sino como “un compromiso del juez con la verdad, ergo con el derecho sustancial”.

En relación con la protección de los grupos o las personas en situación de vulnerabilidad, la jurisprudencia ha indicado que “en el trámite de la acción de tutela la oficiosidad del juez ha de ser un criterio determinante para la consecución de su objetivo, esto es, el de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales”. De esta forma, cuando se encuentran en discusión los derechos de sujetos en condición de vulnerabilidad el juez “no puede escatimar en razones ni medios de prueba para que la justicia se materialice”.

12. Por lo anterior, si la Sala estimaba “que no se aportó prueba alguna de la afectación de sus asentamientos por parte de las accionadas”, a esta le correspondía decretar las pruebas necesarias para determinar dicha afectación y, de esta forma, garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia y la realización de los derechos de los resguardos indígenas El Playón, Jagüero, Langarero, Trujillo y La Garrucha y la parcialidad indígena La Trina.

Consulta previa – Probable afectación directa de la comunidad de La Albania.

13. Al respecto, la Sentencia determinó que “el proyecto de utilidad pública e interés social, Pacífico Tres no afecta[ba] con especial intensidad o de manera diferenciada al resguardo de La Albania (...) toda vez que al parecer el nuevo trazado interfer[ía] con la venta de productos manufacturados y el comercio de las personas que se ubican al margen de la vía, actividad comercial que difiere sustancialmente del concepto de territorio amparado por esta corporación o se relaciona con una actividad espiritual o ancestral a proteger”.

14. En mi concepto, el fallo desconoció que la construcción de la unidad funcional No. 2 del proyecto Vial Pacífico Tres impactaba a la comunidad La Albania al traslaparse con un predio denominado el Encanto, el cual estaba destinado a la producción de cultivos de “pancoger”, es decir, afectaba la vida económica y social de la comunidad y por ello, se requería llevar a cabo el proceso de consulta previa con la misma. Veámos.

15. De acuerdo con lo establecido en los artículos 1º, 2º y 40º de la Constitución, la participación es uno de los mecanismos de realización de la democracia y, por lo tanto, tiene la categoría de derecho fundamental para los colombianos.

16. Concomitante con lo anterior, los artículos 7º, 70º y 330º de la Constitución y los artículos 6º, 10º, 14º a 17º del Convenio 169 de la OIT, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, han reconocido el derecho fundamental de las comunidades étnicas a la consulta previa, respecto de: (i) las medidas legislativas y administrativas que las afecten, ya que “constituye un importante medio para garantizar un conjunto amplio de derechos de los cuales depende la subsistencia y preservación de la integridad étnica y cultural de dichos pueblos”; y (ii) de los proyectos que a) involucren la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales; b) impliquen su traslado o reubicación de las tierras que ocupan; y c) estén relacionadas con su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir sus derechos sobre estas.

De manera particular, el parágrafo del artículo 330 Superior establece: “[l]a explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.”

17. Al respecto, la Sentencia SU-039 de 1997 precisó que la consulta es “un derecho

fundamental porque concreta mandatos constitucionales, como el principio de participación de grupos particularmente vulnerables, la diversidad cultural y los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, frente a los pueblos étnica o culturalmente diverso” y la definió como “la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas”.

Este mecanismo pretende que la comunidad afectada: (i) tenga pleno conocimiento sobre los proyectos que explotarán o explorarán los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen; (ii) esté enterada de la manera como dichos proyectos pueden afectar su territorio, su identidad y su cultura; (iii) tenga la oportunidad de valorar las ventajas y desventajas del proyecto; y (iv) sea oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente para la protección de sus intereses. Es decir, “busca (...), que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada” y que, de esta forma, se legitime la ejecución de los proyectos que los afecten.

Ámbito material de procedencia de la consulta previa

18. Para determinar la procedencia de la consulta previa, la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho que “el concepto clave (...) es [la] afectación directa”. Esta es entendida como “la intervención que una medida –plan, política o proyecto- genera sobre cualquiera de los derechos de las comunidades étnica y culturalmente diversas”. Sin embargo, dado que esta definición puede generar diferentes interpretaciones, por su amplitud e indeterminación, la Corte ha desarrollado un conjunto de estándares que permiten al operador jurídico evaluar si una medida, norma o proyecto afecta directamente a los pueblos indígenas, a saber:

“(i) La afectación directa hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o

proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales;

(ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y

(iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica;

(iv) la interferencia en elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido;
y

(v) se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados”.

19. Así entonces, una vez determinada la afectación directa, las autoridades deberán seguir las subreglas establecidas por la jurisprudencia para llevar a cabo la consulta previa con el fin de que sea un proceso que respete los derechos fundamentales de la comunidad. Al respecto, la Sentencia T-129 de 2011 recogió los principales criterios y principios para cumplir con el debido proceso en la consulta, así:

(i) La consulta debe ser previa a la medida, el proyecto o la política que puede afectarlos, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la misma; (ii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta). Esta etapa tiene el objeto de preservar las diferencias o “especificidades culturales de dichos pueblos, las cuales se verían afectadas con la imposición de una determinada modalidad de concertación”; (iii) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida; (iv) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, lo cual debe evaluarse desde los principios de razonabilidad y proporcionalidad; por último, (v) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, también es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social.

20. De otro lado, la consulta también debe cumplir con los siguientes criterios generales:

i. (i) Tener como objetivo “alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas sobre medidas que las afecten” (esto es, normas, políticas, planes, programas, proyectos, etc.);

ii. (ii) regirse por el principio de buena fe, “condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta”;

iii. (iii) asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados: “Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas”
;

iv. (iv) debe ser un proceso de diálogo entre iguales; por lo tanto, no constituye un derecho de veto; y

v. (v) Finalmente, debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes.

21. En este sentido, cabe evidenciar que si bien el consorcio constructor y la ANI realizaron acercamientos con representantes de la comunidad de Albania, estos no cumplen los requisitos y criterios establecidos jurisprudencialmente con el concepto de consulta previa, pues: (i) se realizaron de manera posterior al inicio del proyecto; (ii) fueron a título informativo; (iii) tampoco se acordó la realización de una reunión de pre consulta; y (iv) no existe prueba de los estudios de impacto social y ambiental. Entonces, no se cumplió con la garantía de participación activa y efectiva a la comunidad de la Albania, por lo cual considero que se vulneró su derecho a la consulta previa.

22. Adicionalmente, la jurisprudencia ha determinado que en aquellos eventos en que se presente una afectación especialmente intensa sobre territorios colectivos, el deber de asegurar la participación de la comunidad indígena no se agota en la consulta, sino que se requiere la obtención del consentimiento libre, informado y expreso como condición de procedencia de la medida.

23. Al respecto, la Sentencia T-769 de 2009 precisó que la obtención del consentimiento libre, informado y expreso se requiere especialmente cuando se trata de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tengan fuerte impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, pues al ejecutarse estos proyectos las comunidades “pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea”.

En Sentencia T-129 de 2011, este Tribunal relacionó tres casos en los que se ha considerado necesario el consentimiento previo, libre e informado como un requisito del proceso consultivo:

“(…) la Corte encuentra necesario que la consulta previa y el consentimiento informado de las comunidades étnicas en general pueda determinar la alternativa menos lesiva en aquellos eventos que:

(ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o

(iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que

conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros.”.

24. En efecto, en la medida en que haya una afectación más intensa a las comunidades, la fuerza vinculante de su consentimiento será cada vez mayor y el proceso consultivo deja de ser un fin para convertirse en requisito obligatorio para la puesta en marcha de determinadas medidas por parte del Estado.

25. En ese orden de ideas, la Sentencia T-129 de 2011 indicó:

“(…) el criterio que permite conciliar estos extremos (la consulta veto y la consulta meramente informativa) depende del grado de afectación de la comunidad, eventos específicos en que la consulta y el consentimiento pueden incluso llegar a determinar la medida menos lesiva, como medida de protección de las comunidades. Por ello, todo proceso deberá cualificarse conforme a las características propias de cada caso concreto ya que lo que está de por medio no es sólo la expectativa de recibir ciertos beneficios económicos por un proyecto económico, sino entender y reconocer que lo que está en juego es el presente y futuro de un pueblo, de un grupo de seres humanos que tiene derecho a auto-determinarse y defender su existencia física y cultural, por “absurdas o exóticas” que para algunos puedan parecer sus costumbres y modos de vida”.

26. Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, la omisión de llevar a cabo la consulta previa y la necesidad de lograr un consentimiento previo, libre e informado puede acarrear diferentes consecuencias. La Corte Constitucional por ejemplo, ha ordenado la suspensión de los proyectos u obras ante la falta de consulta previa en las Sentencias T-428 de 1993 y T-880 de 2006.

27. En síntesis, el derecho a la consulta previa: (i) tiene como fundamento la protección de los pueblos indígenas y las comunidades negras, afrodescendientes o afrocolombianas como titulares de derechos fundamentales; (ii) busca garantizar la participación activa y efectiva de estas comunidades en las situaciones que las afectan; (iii) por ello, el concepto clave para analizar la procedencia de la consulta previa es la constatación de la afectación directa; en este sentido, en caso de constatare la afectación, (iv) se deberá aplicar las reglas generales y específicas sobre el derecho a la consulta previa, vistas anteriormente.

28. Por lo anterior, contrario a lo decidido en la sentencia, considero que sí existió una intervención del proyecto sobre los derechos de la comunidad indígena La Albania y sobre sus elementos definitorios de identidad cultural y económica, ya que, como se evidencia en el fallo, el proyecto vial se traslapa con un territorio destinado a cultivos de “pancoger”, es decir, es un predio con fines agrícolas del cual, la comunidad recibe el sustento para su manutención y por esto, se debía llevar a cabo la consulta previa con dicha comunidad.

29. En consecuencia, considero que la parte resolutoria de la sentencia debió conceder la protección del derecho de consulta previa del pueblo Embera Chamì del Resguardo La Albania y, por consiguiente, ordenar la realización del proceso consultivo con esta comunidad.

Igualmente, considero que la sentencia debía amparar el derecho al debido proceso administrativo de las comunidades la Escopetera, la Pirza, la Trina y Cartama y ordenar a la Dirección de Consulta Previa determinar por medio de una visita de campo si las unidades del proyecto Conexión Pacífico Tres se traslapan con estas comunidades y, por ende, hay necesidad de llevar a cabo un proceso de consulta previa, pues al Estado le corresponde identificar si son grupos vulnerables que requieren especial protección constitucional.

De esta manera, expongo las razones que me conducen a salvar mi voto en relación con las

consideraciones que, en esta oportunidad, ha expuesto la Sala Plena.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada