

DERECHO A LA PARTICIPACIÓN Y CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDÍGENAS Y GRUPOS ÉTNICOS-Vulneración por deficiencia probatoria en el trámite administrativo para determinar la afectación directa

(...) la entidad pública debe formar un criterio propio e independiente que le permita superar cualquier duda en torno a la posibilidad de que el acopio de carbón genere impactos en la comunidad étnica, más teniendo en cuenta que en el caso concreto existe un evidente desequilibrio entre las partes involucradas frente a la capacidad técnica para demostrar una posible afectación; (...) es posible realizar una verificación científica independiente con la participación técnica de los institutos y entidades estatales encargadas de certificar si un determinado proyecto, obra o actividad cumple con las normas sobre calidad del aire; (...) la incertidumbre relacionada con la posible afectación por el acopio de carbón constituye una vulneración del derecho a la consulta previa de la Comunidad Indígena...

ACCION DE TUTELA PARA LA PROTECCION DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Único mecanismo judicial eficaz para garantizar que los pueblos indígenas sean consultados

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Pluralismo y multiculturalidad en el Estado Colombiano

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

CONSULTA PREVIA-Afectación directa para determinar su procedencia/CONSULTA PREVIA-Asuntos que deben ser consultados o medidas que suponen afectación directa a la comunidad

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

CONSULTA PREVIA-Aplicación en caso de afectación directa por intervención del territorio/CONSULTA PREVIA-Aplicación en caso de afectación directa basada en perturbación al ambiente, a la salud o a la estructura social, espiritual, cultural o económica de la colectividad

TERRITORIO GEOGRÁFICO-Presunción de afectación directa/TERRITORIO AMPLIO O CULTURAL-Presunción legal de afectación directa que admite prueba en contrario

DERECHO A LA PARTICIPACION DE COMUNIDADES ETNICAMENTE DIFERENCIADAS-Niveles de participación

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

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

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

CERTIFICADOS DE PRESENCIA DE COMUNIDADES ETNICAS EXPEDIDOS POR LA DIRECCION DE

CONSULTA PREVIA DEL MINISTERIO DEL INTERIOR-Dificultades

DIRECCION DE CONSULTA PREVIA-Deber de expedir certificación de presencia de comunidades étnicas

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS Y GRUPOS ETNICOS-Deberes del Estado en la determinación del área de influencia directa y en la identificación de comunidades étnicas

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Octava de Revisión

Sentencia T- 433 de 2023

Referencia: expediente T-9.368.255

Accionante: Asociación Escuela de Derecho Propio Indígena Zenú, en representación de la

Comunidad Indígena Zenú El Palmar

Accionado: Compañía de Puertos Asociados -Compas S.A.- y el Ministerio del Interior,
Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa

Magistrada ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el magistrado José Fernando Reyes Cuartas y las magistradas Natalia Ángel Cabo y Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia adoptado por el Tribunal Administrativo de Sucre el 23 de febrero de 2023, que confirmó la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo (Sucre) el 18 de enero de 2023, autoridad que declaró improcedente el amparo solicitado. Lo anterior, en el marco de la acción de tutela presentada por la Comunidad Indígena Zenú El Palmar en contra de Compas S.A. y el Ministerio del Interior, por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la consulta previa.

I. ANTECEDENTES

1.1. La solicitud de amparo

1.2. Hechos expuestos en el escrito de tutela

1. A modo de contexto, la Asociación relata que el pueblo Zenú es esencialmente anfibio y se encuentra en diferentes asentamientos en los departamentos de Córdoba, Sucre, Antioquia y Chocó. Su economía se basa en la agricultura y, además, es reconocido como pueblo de artesanos por el trabajo de la caña flecha en la elaboración del conocido sombrero vueltiao. En relación con la Comunidad Indígena Zenú El Palmar, señala que está ubicada en la vereda El Palmar, municipio de Tolú, y existe desde hace más de 20 años. Asimismo, que en su territorio ancestral las actividades tradicionales propias de la cultura Zenú “se han visto afectadas y restringidas por la operación de la compañía Compas S.A.”¹, pues allí la Comunidad Indígena desarrolla actividades agrícolas, artesanales, culturales, espirituales, medicinales, entre otras.

1. En cuanto a los hechos que llevaron a presentar la acción de tutela, señala que el 1 de mayo de 2022, la Comunidad Indígena solicitó por escrito a Compas S.A.² informar “cuáles eran las obras, proyectos y/o actividades que realiza” y justificar por qué no ha adelantado el proceso de consulta previa con ella³. En consecuencia, a efectos de abordar los asuntos mencionadas en la referida petición, la Comunidad Indígena y Compas S.A. se reunieron los días 24 de junio⁴, 19 de julio y 25 de julio de 2022. Precisa que en este último encuentro, la asesora jurídica de la empresa manifestó verbalmente lo siguiente: “La Compañía de Puertos

Asociados S.A. -COMPAS S.A., ha analizado la solicitud de la Comunidad y en aras de salvaguardar derechos fundamentales, hemos decidido realizar la Consulta Previa con la Comunidad Indígena el Palmar”.

1. Indica que, pese a lo anterior, en un nuevo encuentro llevado a cabo el 10 de agosto de 2022, Compas S.A. manifestó a la Comunidad Indígena que había solicitado al Ministerio del Interior, DANCP, determinar la procedencia de la consulta previa. La Asociación considera que la empresa asaltó su buena fe y la de la Comunidad Indígena, porque previamente se había comprometido a adelantar la consulta previa, sin embargo, luego, condicionó su voluntad “a que dicho proceso consultivo dependía de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa si esta determinaba la procedencia de la consulta previa o la negaba”5.

1. En tal sentido, la Asociación señala que el 28 de agosto de 2022, vía correo electrónico, envió solicitud al Ministerio del Interior, DANCP, para que garantizara el derecho a la consulta previa de la Comunidad Indígena Zenú El Palmar, en relación con Compas S.A. Al no obtener respuesta, formuló acción de tutela para que se amparara su derecho fundamental de petición, la cual fue resuelta en su favor. En consecuencia, el 13 de octubre de 2022 el referido Ministerio respondió que daría traslado de la petición a la empresa accionada para que, en el marco de la debida diligencia, informara “los impactos en los medios físicos, bióticos y socioeconómicos que pueden llegar a ocasionarse en el territorio en donde se localiza y tiene los medios de subsistencia la Comunidad Indígena El Palmar, a efectos de que posteriormente la Subdirección Técnica realice el análisis técnico de acuerdo con el criterio de afectación directa”6.

1.3. Fundamentos de la acción de la tutela

1. La Asociación sostiene que la DNACP no cumple su labor de garante, líder y coordinadora del proceso consultivo, por cuanto condiciona la garantía de este derecho a la respuesta que

emita Compas S.A. Al respecto, considera que no es sinónimo de garantía preguntar por los impactos que genera a la empresa que los ocasiona. A su juicio, la entidad olvidó que la identificación de impactos se lleva a cabo durante el proceso consultivo.

1. De igual modo, la Asociación llama la atención por el hecho de que la DNACP del Ministerio del Interior indague a Compas S.A. sobre los impactos en los medios físicos, bióticos y socioeconómicos, sin referirse a los impactos culturales y espirituales. Aclara que en la cosmovisión Zenú “no hay una categorización entre Bióticos y Abióticos, ya que la Madre Tierra y todo lo que hay en ella, tiene vida desde esa Cosmovisión Propia”⁷.

1. Con el fin de ilustrar cómo se manifiesta la afectación que alega estar recibiendo por parte del puerto operado por Compas S.A., la parte accionante incorpora un mapa en su escrito, extraído de una fuente de internet, en el que identifica el “Territorio Ancestral Zenú”⁸. De igual modo, incluye imágenes aéreas del puerto. En estas encierra con círculos (i) el sitio a cielo abierto donde se almacena carbón y (ii) la playa contigua. De esta última resalta una sombra oscura alargada que califica como “Evidencia de contaminación en área marítima”⁹. En su opinión, esto afecta la actividad tradicional de la pesca y estructuras espirituales de la comunidad.

1. También introduce tres fotografías de arbustos que parecen pertenecer a las zonas verdes del puerto de Compas S.A., que para la parte accionante son “Evidencia razonable de contaminación de las plantas en el área externa [de la empresa] producidas grandes (sic) cantidades de partículas de Carbón (sic) a cargo de dicha compañía”¹⁰. De igual modo adjunta imágenes del parqueadero de vehículos y motos del mismo sitio, de cuyo suelo resalta los puntos donde se puede apreciar una sustancia que para la accionante son partículas de carbón.

1. Las imágenes presentadas por la accionante son las siguientes:

Fuente: imágenes extraídas del escrito de tutela.

Fuente: imagen extraída del escrito de tutela

1.4. Pretensiones y pruebas

1. La Comunidad Indígena Zenú El Palmar solicita el amparo de su derecho fundamental a la consulta previa. En consecuencia, que se ordene a Compas S.A. y a la DANCP del Ministerio del Interior adelantar el proceso consultivo con la comunidad. Como medida provisional, pide decretar la suspensión de “todo plan, obra, proyecto o actividad en el Municipio de Santiago de Tolú por parte de la compañía Compas S.A. con el objetivo de no causar perjuicios irremediables, esto hasta tanto se agote el proceso de Consulta Previa con la Comunidad Indígena Zenú El Palmar”. En tal sentido, que se ordene “a la Autoridad Ambiental Competente la suspensión inmediata de los permisos ambientales hasta tanto se culmine el proceso de Consulta Previa”¹¹.

1. Pruebas aportadas con el escrito de tutela: (i) copia del derecho de petición radicado ante Compas S.A. el 1 de mayo de 2022 y su respuesta; y (ii) copia de la petición presentada el 28 de agosto de 2022 por la Comunidad Indígena ante la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior y su respuesta. También adjunta copia de varias decisiones de tutela proferidas por jueces y tribunales superiores de la República en las que

se ha ordenado adelantar el proceso de consulta previa con distintas comunidades étnicas.

1.5. Trámite de la acción de tutela

1. El asunto fue repartido al Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, quien por auto del 15 de diciembre de 2022¹² admitió la tutela y corrió traslado al Ministerio del Interior, DNACP, así como a Compas S.A. Adicionalmente, vinculó al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales.

1. De igual modo, requirió a la parte accionante para que acreditara la existencia de la Comunidad Indígena Zenú El Palmar del municipio de Santiago de Tolú, y comprobara la identidad de quien afirmaba ser su autoridad y representante. Por último, advirtió a la Asociación Escuela de Derecho Propio Indígena que debía corregir el poder otorgado por el representante de la comunidad. Estas falencias fueron corregidas.

1.6. Respuesta de las entidades accionadas y vinculadas

1. Compas S.A.¹³ Su representante legal se opuso a las pretensiones de la acción de tutela al considerar que esta es improcedente por no cumplir el requisito de subsidiariedad. Lo anterior, en razón a que actualmente cursa ante la DANCP una petición de la misma Comunidad Indígena en la que pide realizar el proceso consultivo. Es decir, existe un trámite administrativo en curso y, a su juicio, la tutela solo procede cuando no hay otros mecanismos disponibles.

1. De otro lado, indicó que actualmente Compas S.A. no está adelantando ninguna obra o

proyecto que requiera de licencia ambiental, no obstante, en 2020 culminó las obras de expansión del terminal portuario en Tolú, para lo cual solicitó y obtuvo la referida licencia. Así, precisó que, para esa obra, en 2017, solicitó a la DNACP del Ministerio del Interior certificar sobre la presencia de comunidades étnicas. En respuesta, la entidad pública expidió certificación No. 01310 del 20 de noviembre de 2017, en la que concluyó que no se registraba presencia de comunidades indígenas, rom y minorías en el área de influencia del puerto¹⁴. Por ello, la compañía procedió a realizar la ampliación del muelle sin que fuera necesario adelantar consulta previa dentro del trámite de licencia ambiental, la cual fue finalmente concedida por CARSUCRE¹⁵. Sobre este último trámite, recordó que en su momento esa corporación autónoma regional aprobó el Estudio de Impacto Ambiental, en el que se concluyó que la Comunidad Indígena no está en el área de influencia directa del puerto.

1. Enseguida, la empresa manifestó que el terminal portuario de Compas S.A. desarrolla sus actividades de cara al mar¹⁶ y “está a aproximadamente a tres (3) kilómetros”¹⁷ de la comunidad accionante. Así, consideró imposible que pueda afectarla de algún modo¹⁸. Al respecto, incluyó la siguiente imagen en la que muestra la ubicación del puerto, de la comunidad accionante y del casco urbano de Tolú:

Fuente: escrito de contestación, Compas S.A.

1. La accionada reconoció haberse reunido en varias ocasiones con la Comunidad Indígena, pero desmintió lo que el escrito de tutela atribuye a la asesora jurídica de Compas S.A. En tal sentido, precisó que lo expresado por ella fue “que la empresa estaba dispuesta a iniciar conversaciones con la Comunidad, pero siempre dejando claro que la empresa iba a acudir al Ministerio del Interior para seguir el procedimiento regulado sobre consultas previas, lo que implicaba radicar una solicitud de procedencia de la consulta previa, obedeciendo el Decreto 2893 de 2011, modificado por el Decreto 2353 de 2019 (...)”¹⁹. En tal sentido, a su juicio, nunca se acordó desarrollar una consulta previa.

1. La empresa afirmó estar convencida de que su actividad no genera impactos en la comunidad accionante por cuanto siempre ha actuado de buena fe. Prueba de ello es que el 19 de agosto de 2022 acudió al Ministerio del Interior -DANCP- para que definiera la procedencia de la consulta previa²⁰.

1. Agregó que en el marco de su relación con la comunidad accionante, “siempre ha reconocido los derechos étnicos diferenciales de los cuales son titulares”²¹. No obstante, “la determinación de procedencia de Consulta Previa es un procedimiento complejo (y regulado), que se inicia a solicitud de parte, implica un estudio técnico y concluye con un acto administrativo en el cual se determina si la Consulta procede”²².

1. En relación con el trámite de consulta previa, precisó que el 13 de octubre de 2022 el Ministerio del Interior requirió a Compas S.A.²³ para que informara si su actividad generaba impactos en los medios físicos, bióticos y socioeconómicos en el territorio donde la comunidad se localiza y desarrolla sus medios de subsistencia. A lo cual dio respuesta el 31 de octubre del mismo año²⁴. Posteriormente, recibió un nuevo requerimiento en el que le solicitaron información adicional²⁵.

1. De otro lado, partiendo de los criterios señalados en la Sentencia SU-123 de 2018, reiteró que no existe afectación directa sobre la comunidad accionante²⁶. Esto por cuanto, a su juicio, no existe ninguna prueba al respecto. Argumentó que las imágenes que presenta el escrito de tutela prueban la actividad que desarrolla la compañía, pero no demuestran la afectación de la comunidad. Sobre el particular, indicó que los supuestos residuos de carbón en las hojas de las plantas son imágenes descontextualizadas, porque tales arbustos se encuentran al interior de las instalaciones del puerto y se pretende hacer ver el color natural de las hojas como si estuvieran cubiertas de partículas de carbón. Sobre la afectación de la playa por rastros de carbón, consideró que no es cierta, puesto que, en su opinión, lo que ahí se observa es biomasa generada por el manglar que está cerca así como restos de fogatas que suelen encenderse para entretenimiento de los turistas que visitan la playa.

1. Señaló que tampoco afecta la actividad de pesca. Esto teniendo en cuenta que la pesca artesanal en el Golfo de Morrosquillo, donde se ubica el puerto de la empresa en Tolú, cuenta hoy día con una organización llamada Corporación de Pescadores Artesanales del Golfo de Morrosquillo (Corpagolfo), la cual tiene una marca de productos denominada “Morrosquín”. Destacó que, incluso, la pesca artesanal es promovida como actividad turística.

1. La empresa allegó un documento técnico con fecha diciembre de 2022, para demostrar que la actividad del puerto no afecta a la Comunidad Indígena accionante. Allí se sostiene que (i) las aguas marinas y de escorrentía alrededor del puerto no afectan a la comunidad El Palmar porque esta se encuentra asentada a 8 msnm mientras que el puerto lo está a 3 msnm; (ii) se adjuntan los resultados de diecinueve muestras de suelo que concluyen que es fértil y apto para la siembra; (iii) se mencionan varios documentos de planificación y política pública territorial de los cual destacan que la comunidad El Palmar no deriva su sustento de la pesca artesanal sino de actividades agrícolas²⁷; y (iv) se afirma que los resultados de monitoreo de agua y sedimentos demostraron la no afectación a las comunidades hidrobiológicas marinas y su calidad de hábitat.

1. Pruebas allegadas con la contestación. La empresa adjuntó 22 documentos con los que pretende sustentar las afirmaciones de su respuesta a la tutela. A estos se hará referencia en caso de considerarse pertinente en la solución del caso concreto. En todo caso, se destacan como relevantes (i) la certificación No. 01310 del 20 de noviembre de 2017 de la Dirección de la Autoridad de Consulta Previa, sobre la no presencia de comunidades indígenas en el área del terminal portuario de Compas S.A.; (ii) los diferentes oficios dirigidos al Ministerio del Interior en el año 2022, en los que solicita la determinación de procedencia de consulta previa en relación con la Comunidad Indígena Zenú El Palmar, y en los que responde a información requerida por ese ministerio; y (iii) un documento denominado “Respuesta Técnica a Tutela Interpuesta por Asociación Escuela de Derecho Propio Indígena Zenú en representación de la Comunidad Indígena Zenú El Palmar del Municipio de Santiago de Tolú”, con fecha diciembre de 2022, suscrito por Aqua&Terra.

1. Ministerio del Interior -DNACP-28. Convalidó que, en efecto, recibió una solicitud de procedencia de consulta previa respecto del proyecto denominado “Terminal Portuario Compas Tolú”²⁹, de la cual informó a la Comunidad Indígena Zenú El Palmar³⁰. En cuanto a las actuaciones surtidas con ocasión a dicha solicitud, comunicó lo siguiente:

1. El 13 de octubre de 2022³¹, requirió a Compas S.A para que ampliara la información relacionada con la operación del puerto, de manera que señalara detalladamente los impactos en los medios físicos, bióticos y socioeconómicos “que se ocasionaron en el territorio en donde se localiza y tiene sus medios de subsistencia la Comunidad Indígena El Palmar”³².

1. El 1 de noviembre de 2022³³, la empresa respondió al requerimiento. No obstante, sobre este informe, la DNACP consideró que la información seguía siendo insuficiente.

1. El 16 de diciembre de 2022³⁴, envió un oficio a Compas S.A. indicándole que, si era de su interés dar continuidad a la solicitud de determinación de procedencia de consulta previa para el proyecto “Terminal Portuario Compas Tolú”³⁵, debía informar las actividades que desarrolla, los posibles impactos en los componentes biótico, abiótico y socioeconómico en el área de influencia del proyecto, la definición de su área de influencia, de intervención y la jurisdicción o municipio al que pertenece³⁶.

1. En suma, el Ministerio del Interior dijo estar adelantando las actividades correspondientes para determinar la procedencia y oportunidad de la consulta previa, aclarando que esta actuación la ejerce a petición de parte y no de oficio, razón por la cual ha pedido ampliación de información a la compañía Compas S.A., dado que la suministrada había sido insuficiente.

1. De otro lado, en cuanto al escrito de tutela, consideró que las manifestaciones de la parte accionante demuestran la confusión en la que incurre acerca de cómo funciona el procedimiento de consulta previa y sus etapas. Por ello, explicó que la Directiva Presidencial 10 de 2013, modificada por la Directiva Presidencial 8 de 2020, estableció la guía procedimental conformada por las siguientes etapas: (i) determinación de procedencia³⁷; (ii) coordinación y preparación³⁸; (iii) preconsulta³⁹; (iv) consulta previa⁴⁰; y (v) seguimiento de acuerdos⁴¹.

1. Así, recalcó que en el caso de la acción de tutela, la DNACP se encuentra en la primera etapa, respecto de la cual está adelantando las gestiones necesarias para que se lleve a cabo. Expuso que si en esa etapa llega a concluirse la posible existencia de una afectación directa sobre la comunidad accionante, se procederá a las siguientes fases. Pero si no, “corresponderá a las partes (empresa y comunidad) adelantar un ejercicio de participación estándar de forma directa”. Lo anterior, de conformidad con los parámetros establecidos por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-123 de 2018.

1. Por lo expuesto, concluyó que respecto del Ministerio del Interior -DNACP- debía negarse la acción de tutela dado que no ha vulnerado ningún derecho fundamental de la comunidad accionante. Esto teniendo en cuenta que el procedimiento adelantado por la entidad no es de oficio sino a petición de parte y actualmente está en la primera etapa que es la de determinación de procedencia y oportunidad de consulta previa.

1. ANLA⁴² y Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible⁴³. Afirmaron no estar legitimadas en la causa por pasiva en la acción de tutela de la referencia y pidieron ser desvinculadas. Esto por cuanto la acción de tutela no les atribuye directamente ningún hecho vulnerador del derecho a la consulta previa y, además, porque la entidad competente para garantizarlo es el Ministerio del Interior, DNACP.

1.7. Decisiones judiciales objeto de revisión

1. Fallo de primera instancia. En sentencia del 18 de enero de 2023, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo declaró improcedente la acción de tutela incoada por la Asociación.

1. En cuanto al análisis de procedencia de la acción de tutela, encontró superado el presupuesto de legitimación en la causa por activa y por pasiva. Respecto de la inmediatez, en principio consideró que no se cumplía porque había pasado mucho tiempo desde la última expansión del puerto⁴⁴. No obstante, a partir de la jurisprudencia constitucional, el juzgado concluyó que el paso del tiempo no suponía la improcedencia del amparo cuando el asunto que se discute involucra garantías fundamentales de grupos especialmente vulnerables como el derecho a la consulta previa de las minorías étnicas⁴⁵.

1. Respecto del principio de subsidiariedad, aunque reconoció que la jurisprudencia constitucional ha dicho que la tutela es procedente para solicitar la protección del derecho fundamental a la consulta previa, consideró que en este caso no lo era, por encontrarse en trámite el procedimiento administrativo ante el Ministerio del Interior, tendiente a la materialización de la consulta previa⁴⁶.

1. Impugnación. La Comunidad Indígena accionante impugnó la decisión de primera instancia. Alegó que el requisito de inmediatez sí está acreditado pues la vulneración de su derecho fundamental a la consulta previa a ha sido constante y permanente en el tiempo.

1. De otro lado, frente a la función que ha desempeñado el Ministerio del Interior -DNACP-,

señaló que esta entidad no ha liderado el ejercicio de la consulta previa y tampoco ha garantizado la participación efectiva de la comunidad.

1. Afirmó que el fallo impugnado “está desnaturalizando la institución del derecho fundamental a la Consulta Previa porque en este caso la Comunidad Indígena El Palmar es la que está solicitando se adelante el proceso”, pues tiene derecho a decidir sobre los proyectos, obras o actividades que les afecta.

1. En consecuencia, solicitó que se revoque el fallo de primera instancia y, en su lugar, se ampare el derecho fundamental a la consulta previa, se ordene la suspensión inmediata de todo plan, obra o actividad que adelante Compas S.A. en el municipio de Tolú, mientras se agota el proceso consultivo. Asimismo, se ordene a la autoridad competente la suspensión de permisos ambientales.

1. Fallo de segunda instancia. Mediante sentencia del 23 de febrero de 2023, el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión, confirmó la decisión de primera instancia.

1. Luego de hacer un recuento de los hechos, el tribunal concluyó que la acción de tutela es improcedente porque la parte accionante cuenta con otro medio para determinar la procedencia de la consulta previa y garantizar su derecho a la participación. En concreto, se refirió al procedimiento que está surtiéndose ante el Ministerio del Interior, DANCP, regulado por el Decreto 2353 de 2020 y las directivas presidenciales 10 de 2013 y 08 de 2020. Consideró que se trata de un medio idóneo y eficaz por cuanto permite “analizar y dirimir las controversias relacionadas con la procedencia de la consulta previa con la participación de los extremos en tensión, y sobre todo materializar este derecho fundamental cuando se logra

demostrar la existencia de una medida, obra o política que afecta directamente a una comunidad indígena o afrocolombiana”⁴⁷.

1.8. Actuaciones en sede de revisión

1. Mediante auto del 3 de agosto de 2023, la magistrada sustanciadora solicitó al Ministerio del Interior que, en el término de dos días, informara sobre el estado actual del trámite de procedencia de consulta previa solicitado por Compas S.A. respecto de la Comunidad Indígena Zenú El Palmar. E indicara cuál ha sido la participación del grupo étnico en dicho procedimiento. Asimismo, dispuso la comunicación de la referida providencia a las partes. La Sala recibió las siguientes respuestas:

1. Ministerio del Interior. Mediante correo electrónico fechado el 14 de agosto de 2023, la entidad informó a la Corte sobre las actividades realizadas en el trámite de determinación de la consulta previa con posterioridad al 16 de diciembre de 2022, fecha de la última actuación registrada en el expediente de tutela antes de ser fallado el asunto por los jueces de instancia.

1. En tal sentido, indicó que el 27 de febrero de 2023⁴⁸, la Subdirección Técnica de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa comunicó a Compas S.A., y a la Comunidad Indígena Zenú El Palmar, que luego del análisis de los contextos cartográfico y geográfico había tomado la decisión de agotar la instancia de visita de verificación en campo con la referida comunidad, la cual está registrada en la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías bajo Resolución 072 del 14 de julio de 2020. Allí anunció que la diligencia se realizaría del 6 al 8 marzo de 2023. Esto con el fin de establecer si los impactos de las actividades del proyecto tienen la capacidad de afectar directamente a la comunidad, según los criterios establecidos en la Sentencia SU-123 de 2018.

1. Señaló que, en efecto, del 6 al 8 de marzo de 2023 realizó la visita a la Comunidad Indígena Zenú El Palmar, para obtener la información necesaria sobre sus aspectos socioculturales, económicos, territoriales, espirituales y ambientales.

1. Con fundamento en la información recopilada, el Ministerio del Interior elaboró el informe de visita de verificación y a partir de este expidió la Resolución No. ST-0624 del 26 de abril de 2023, en el cual resolvió que no procede la consulta previa para el proyecto denominado “Terminal Portuario Compas Tolú”, con la Comunidad Indígena Zenú El Palmar.

1. Preciso que la referida resolución fue notificada por correo electrónico el 26 de abril de 2023 tanto a Compas S.A. como a la Comunidad Indígena Zenú El Palmar. Dentro del término oportuno, esta última presentó recurso de reposición y en subsidio apelación. Mediante Resolución No. ST-1017 del 17 de julio de 2023, la Subdirección Técnica de Consulta Previa resolvió no reponer la decisión inicial. En consecuencia, dispuso remitir el asunto al Director de la Autoridad Nacional de Consulta Previa para que decidiera sobre la apelación.

1. Conforme lo expuesto, informo que el estado actual del trámite administrativo es que está pendiente de resolverse la apelación contra la decisión de no procedencia de la consulta previa en el caso concreto.

1. En cuanto a la participación de la Comunidad Indígena Zenú El Palmar en el trámite administrativo, informo que durante la visita en campo “se realizó un ejercicio de cartografía social con los integrantes de la Comunidad Indígena El Palmar al interior de la vereda El Palmar, además de realizar un recorrido en campo por los espacios en donde la comunidad afirma recibir afectaciones por parte del proyecto “TERMINAL PORTUARIO COMPAS”.

1. El Ministerio del Interior allegó copia de la (i) Resolución No. ST-0624 del 26 de abril de 2023, (ii) Resolución ST-1017 del 17 de julio de 2023; y (iii) oficio de remisión al Director de la DANCP para resolver la apelación.

1. Compas S.A49. A través de su representante legal, la compañía informó sobre el contenido de la Resolución No. ST-0624 del 26 de abril de 2023 y los recursos de reposición y apelación presentados contra la decisión por parte del representante de la Comunidad Indígena Zenú El Palmar. Posteriormente, en otro memorial suscrito por su apoderado50, la empresa expuso argumentos de fondo similares a los planteados durante el curso de los fallos de instancia. En términos generales, señaló que el terminal portuario existe desde antes de la constitución de la Comunidad Indígena, además, que no está ubicado en su territorio geográfico ni afecta su territorio amplio como tampoco sus condiciones de vida cultural, económico y espiritual.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Con fundamento en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591, la Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos en el proceso de la referencia.

2.1. Asunto objeto de análisis y problemas jurídicos

1. La Comunidad Indígena Zenú El Palmar presentó acción de tutela contra Compas S.A. y el Ministerio del Interior – DNACP-, al considerar que estas entidades vulneraron su derecho fundamental a la consulta previa.

1. La accionante afirma que reside en la vereda El Palmar del municipio de Tolú desde hace más de 20 años, territorio en el que desarrolla actividades agrícolas, artesanales, culturales, espirituales y medicinales, entre otras. Considera que estas actividades se han visto afectadas por la operación del puerto de Compas S.A., razón por la cual le solicitaron a la empresa adelantar un proceso de consulta previa.

1. Luego de acercamientos entre la comunidad y la empresa, esta última manifestó que solicitaría al Ministerio del Interior determinar la procedencia de la consulta previa. Esta forma de proceder de Compas S.A. es lo que reprocha la accionante, al considerar que vulnera su derecho a la consulta previa, puesto que, a su juicio, está condicionando su voluntad de realizar el proceso consultivo a lo que decida el Ministerio del Interior sobre su procedencia.

1. El Ministerio del Interior dio inició al trámite administrativo relacionado con la determinación de procedencia de consulta previa, para lo cual solicitó a Compas S.A. que informara cuál era su actividad y si esta impactaba los medios físicos, bióticos y socioeconómicos de la comunidad accionante. En el marco de este procedimiento, la Comunidad Indígena solicitó a la entidad pública garantizar su derecho a la consulta previa.

1. En cuanto al Ministerio del Interior, la accionante considera que la entidad vulnera su derecho a la consulta previa porque no debió preguntar a la empresa accionada cuáles son los impactos que ocasiona, pues condiciona la respuesta y desconoce sus garantías. Además, por omitir indagar sobre los impactos espirituales y culturales, ya que la cultura Zenú no tiene en su cosmovisión categorías tales como medios físicos y bióticos, sino que consideran a la madre tierra una sola. Finalmente, porque el momento procesal oportuno para identificar los impactos es, precisamente, la etapa de identificación de impactos, que se surte dentro

del proceso con consulta previa.

1. Compas S.A., por su lado, sostiene que no ha vulnerado el derecho fundamental a la consulta previa y que es consciente de los derechos de la Comunidad Indígena accionante. Fue por esta razón que inició ante el Ministerio del Interior, DNACP, el trámite de determinación de procedencia de consulta previa en relación con la accionante, a efectos de que esa entidad pública determine si la empresa le genera o no algún impacto. En todo caso, considera que no existe tal impacto pues, con anterioridad, cuando realizó la última expansión del puerto donde opera, el propio Ministerio del Interior señaló que no era necesario adelantarla. También expuso otros argumentos relacionados con la imposibilidad de que su operación portuaria genere impactos en la comunidad indígena debido a la distancia geográfica y otras razones técnicas.

1. El Ministerio del Interior solicita negar el amparo por cuanto el trámite de determinación de procedencia de consulta previa se encuentra en su primera etapa, es decir, está actualmente en trámite.

1. Los jueces de tutela de primera y segunda instancia declararon improcedente el amparo solicitado. A juicio de estos, el procedimiento administrativo adelantado ante el Ministerio del Interior, DNACP, es el mecanismo idóneo y eficaz para garantizar los derechos fundamentales de la Comunidad Indígena accionante.

1. Ahora bien, antes de que los jueces de tutela tomaran las respectivas decisiones en el caso bajo análisis, en el trámite de determinación de consulta previa la última actuación informada por el Ministerio del Interior, DNACP, fue la ocurrida el 16 de diciembre de 2022. En esa fecha requirió a Compas S.A. para que manifestara si era de su interés continuar con el procedimiento y, en consecuencia, allegara la información que le había sido pedida con anterioridad.

1. De acuerdo con el anterior panorama, la Sala considera que el primer asunto que debe resolver es determinar si la acción de tutela cumple los requisitos de procedencia, tales como legitimación, inmediatez y subsidiariedad, centrándose especialmente en este último dada las razones expuestas por los jueces de instancia.

1. En caso de hallar superado el examen de procedencia, la Sala pasará a analizar las actuaciones que la parte accionante identifica como vulneradores de su derecho fundamental a la consulta previa y que atribuye tanto a Compas S.A como al Ministerio del Interior, DNACP.

1. Respecto de Compas S.A., el reproche se centra en el hecho de que esta empresa no hubiera adelantado directamente el proceso consultivo sino que acudiera al Ministerio del Interior para que este indicara si procedía o no.

1. En cuanto al Ministerio del Interior, al momento de presentar la acción de tutela, el reproche iba encaminado a que hubiera solicitado información para identificar los impactos a la empresa que los genera, sin incluir los impactos espirituales y culturales, y a considerar que dicha identificación debe realizarse en el marco de la consulta previa.

1. No obstante, dado que el Ministerio del Interior ya tomó una decisión de fondo en relación con la determinación de procedencia de la consulta previa, lo que debe establecer esta Corporación es si ese acto administrativo desconoce o no el derecho a la consulta previa de la comunidad accionante, particularmente, en la verificación de la existencia de una afectación directa.

1. En tal sentido, deben resolverse los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Compas S.A. vulneró el derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad Indígena Zenú El Palmar, al solicitar el Ministerio del Interior, DNACP, que determine la procedencia del proceso consultivo en relación con la actividad que desarrolla la empresa y su posible impacto en la comunidad?

1. ¿El Ministerio del Interior vulneró el derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad Indígena Zenú El Palmar, al expedir la Resolución ST-0624 del 26 de abril de 2023, por medio del cual resolvió que no procedía la consulta previa en relación con el proyecto “Terminal Portuario Compas” y respecto de la comunidad accionante, en tanto verificó que no se presentaba una afectación directa?

1. Para ello, la Sala reiterará la jurisprudencia sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa. De igual modo, analizará las normas reglamentarias que aplica el Ministerio del Interior para determinar la procedencia del proceso consultivo. Finalmente, resolverá el caso concreto. Pero antes, la Sala establecerá lo relacionado con la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto.

1. Cuestión previa. Procedencia formal de la acción de tutela

1. Legitimación en la causa por activa⁵¹. En esta oportunidad, la Comunidad Indígena Zenú El Palmar está legitimada por activa al ser la titular del derecho fundamental a la consulta previa, el cual consideran vulnerado por la actividad que desarrolla Compas S.A., con quien comparten cercanía geográfica en la zona rural del municipio de Tolú; y por las actuaciones

desplegadas por el Ministerio del Interior durante el trámite de determinación de procedencia de consulta previa.

1. Además, la Comunidad Indígena Zenú El Palmar presentó la acción de tutela a través de la Asociación Escuela de Derecho Propio Indígena Zenú, quien recibió poder especial por parte de Pedro Morales García, autoridad tradicional del cabildo⁵².

1. Durante el trámite de tutela en primera instancia, la Asociación allegó certificación del Ministerio del Interior donde consta que el señor Pedro Morales es capitán menor⁵³ de la Comunidad Indígena Zenú El Palmar. Asimismo, adjuntó la Resolución 072 del 14 de julio de 2022 expedida por la misma cartera ministerial, con la cual inscribe a esa comunidad en el registro de comunidades.

1. Legitimación en la causa por pasiva⁵⁴. La empresa Compas S.A. está legitimada por pasiva dado que es la concesionaria del puerto que según la accionante la afecta de forma directa. Al igual que el Ministerio del Interior, DANCP, pues esta última dependencia, a través de la Subdirección Técnica de Consulta Previa, tomó una decisión, pendiente de apelación, en relación con la procedencia de la consulta previa solicitada por la empresa accionada y respecto de la comunidad indígena accionante. Cabe recordar que esa subdirección tiene dentro de sus funciones [d]eterminar la procedencia y oportunidad de la consulta previa para la adopción de medidas administrativas y legislativas y la ejecución de proyectos, obras o actividades, de acuerdo con el criterio de afectación directa, y con fundamento en los estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o especiales que se requieran”⁵⁵.

1. Inmediatez. De acuerdo con el artículo 86 superior, la finalidad de la acción de tutela es servir como medio judicial de protección inmediata de los derechos fundamentales cuando una persona considere que están siendo amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública⁵⁶.

1. Aun cuando este mecanismo judicial no tiene un término de caducidad, en tanto la referida norma constitucional señala que puede usarse “en todo momento y lugar”, la Corte Constitucional ha considerado que debe presentarse en un término razonable y proporcionado tras el acto u omisión que se considera una amenaza o vulneración del derecho fundamental que busca protegerse. Por tanto, corresponde al juez constitucional determinar en cada caso concreto si ha transcurrido o no un plazo razonable.

1. El análisis del requisito de inmediatez en las acciones de tutela que alegan la vulneración del derecho fundamental a la consulta previa debe valorar el estado en que se encuentra el proyecto, obra o actividad (POA). En tal sentido, esta Corporación ha abordado tres situaciones de hecho.

1. Si la acción de tutela se interpone respecto de un POA cuya ejecución terminó, pero continúa produciendo efectos en la actualidad y frente al cual la comunidad étnica fue diligente en señalar que le afectaba directamente⁵⁷, la Corte Constitucional ha indicado que es procedente pues, a pesar del paso del tiempo, la vulneración alegada puede considerarse actual y permanente dada la continuidad del POA⁵⁸.

1. De otro lado, cuando la acción de tutela se presenta mucho tiempo después en relación con un POA que ya culminó y no produce efectos actuales, sin que se justifique la tardanza de acudir al juez constitucional, la jurisprudencia reciente de esta Corporación ha considerado que no se cumple con el requisito de inmediatez⁵⁹.

1. Un tercer evento es aquel en el que la acción de tutela se presenta cuando se está ejecutando el POA, caso en el cual la Corte ha considerado que sí es procedente analizar de fondo la presunta vulneración del derecho fundamental a la consulta previa⁶⁰.

1. Para el caso concreto, la Sala estima que sí se cumple el requisito de inmediatez por cuanto, a pesar de que la operación del puerto de Compas S.A en el municipio de Tolú data de 1996, y su última ampliación culminó en 2020, lo cierto es que su actividad es continua y actual. Por esta razón, la Comunidad Indígena Zenú El Palmar válidamente puede alegar la presunta vulneración de su derecho a la consulta previa en relación con la actividad desarrollada por la referida empresa, al considerar que su desconocimiento es actual por afectar varias facetas de su vida cultural y espiritual. Particularmente, identifican el almacenaje de carbón como una actividad que afecta sus actividades de pesca y agrícolas.

1. Subsidiariedad⁶¹. La Corte Constitucional ha sido constante en sostener que no existe en el ordenamiento jurídico otro mecanismo distinto a la acción de tutela para que las comunidades indígenas soliciten la protección de su derecho fundamental a ser consultados. Inclusive cuando la presunta vulneración alegada se manifiesta a través de un acto administrativo que puede ser demandado mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa⁶².

1. En esos casos, esta Corporación ha determinado que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es eficaz para la protección inmediata del derecho fundamental a la consulta previa. Y, en general, ha sostenido que las acciones contenciosas “carecen de idoneidad para salvaguardar el derecho a la consulta previa”⁶³ porque “no ofrecen una respuesta clara, omnicomprensiva y definitiva a la vulneración de derechos de las comunidades que tienen una especial protección constitucional y vulnerabilidad (...)”⁶⁴.

1. En el caso bajo revisión, los jueces de instancia manifestaron que la acción de tutela es improcedente debido a diferentes normas reglamentarias⁶⁵ que otorgan al Ministerio del Interior, DNACP, la competencia para determinar la procedencia de la consulta previa ante un

POA que pueda afectar a una comunidad indígena. Por tanto, concluyeron que la tutela era improcedente porque actualmente ante el Ministerio del Interior se estaba surtiendo la determinación de procedencia de consulta previa, a petición de Compas S.A.

1. La Sala no comparte dicha conclusión y considera que es desacertada por una razón elemental. Tanto el artículo 86 superior como el Decreto 2591 de 1991 son precisos en señalar que la tutela no es procedente cuando existen otros mecanismos de defensa judicial. Por lo que resulta equivocado sostener que es improcedente porque existe un mecanismo de naturaleza administrativa no jurisdiccional, como lo es la determinación de procedencia de la consulta previa.

1. La determinación de procedencia de consulta previa que adelanta el Ministerio del Interior no es un mecanismo judicial sino administrativo. Por esta razón, para el caso concreto, siguiendo el precedente constitucional anteriormente expuesto, no cabe duda para esta Sala que la acción de tutela es procedente como mecanismo judicial principal, a través del cual la Comunidad Indígena Zenú El Palmar puede solicitar la protección del derecho fundamental a la consulta previa.

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

1. Aspectos generales del derecho a la consulta previa. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, de los artículos 1, 7, 8, 9 y 70 de la Constitución Política se deriva el principio de diversidad étnica y cultural, como manifestación de la democracia participativa y pluralista del Estado colombiano, en el que se aceptan las distintas formas de vida y cosmovisiones⁶⁶.

1. La multiculturalidad y pluralismo reconocido en la norma superior de 1991 se materializa “a través de la integración de las comunidades indígenas a las visiones y procesos de las

mayorías, otorgándoles la posibilidad de participación (...) para de esta manera garantizar y proteger sus derechos como minorías, consistentes en el crecimiento y desarrollo de acuerdo con sus costumbres y valores propios”⁶⁷.

1. El mandato constitucional de respeto por el pluralismo y la diversidad en el territorio nacional se vio reforzado con la integración al ordenamiento jurídico nacional del Convenio 169 de 1989 de la OIT, a través de la Ley 21 de 1991, formando también parte del bloque de constitucionalidad. Esto por cuanto establece diferentes garantías en cabeza de los pueblos indígenas y tribales, tendientes a la preservación de sus tradiciones, lengua, organización social costumbres y otras características. Además, prevé la obligación que tienen los Estados de garantizarles el derecho a ser consultados de las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarles⁶⁸.

1. Entonces, la consulta previa es una garantía constitucional que permite materializar una faceta del derecho a la participación de las comunidades étnicas. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, su finalidad es que ellas conozcan plenamente los proyectos que las impactan, la forma en que serán ejecutados y si estos representan una afectación o menoscabo a sus formas de vida en los planos social, cultural, económico y político. Y puedan tener la oportunidad de participar de forma activa y efectiva, a través de sus representantes o integrantes, en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad pública, procurando que esta sea acordada o concertada. Para ello, deben tener la oportunidad de presentar inquietudes, solicitudes y expresar su opinión sobre la viabilidad del proyecto⁶⁹. Asimismo, ha señalado algunas pautas o principios que deben guiar el desarrollo de la consulta previa, como que debe (i) ser previa, (ii) informada, (iii) regirse por la buena fe; (iv) partir de un diálogo intercultural igualitario; (v) ser flexible y (vi) garantizar la participación activa y efectiva⁷⁰.

1. El concepto de afectación directa. La Sentencia SU-123 de 2018⁷¹ señaló que para determinar cuándo es necesario adelantar un proceso de consulta previa ante una medida

legislativa, administrativa o un proyecto, obra o actividad es preciso identificar si estas tienen la susceptibilidad de impactar directamente a las comunidades étnicas o, lo que es igual, si existe una “afectación directa”.

1. La referida sentencia definió afectación directa como “el impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica”⁷². Por tanto, procede adelantar la consulta previa “cuanto existe evidencia razonable de que una medida es susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena o a una comunidad afrodescendiente”⁷³.

1. La constatación de existencia de una afectación directa es indispensable para garantizar el derecho a la consulta previa. Por tanto, como lo ha sostenido esta Corporación, no es válido argumentar que ante la mera presencia de una comunidad étnica el ejecutor de un proyecto deba de manera automática adelantar un proceso consultivo. De allí que exista un deber mínimo de evidenciar las afectaciones, de modo que estas “no sean hipotéticas ni abstractas, sino determinables y ligadas a la realidad material de la comunidad étnica que reclama la protección del derecho a la consulta previa”⁷⁴.

1. Al respecto, a título enunciativo, mas no limitativo, la Sentencia SU-123 de 2018 identificó una serie de situaciones en las que se presenta afectación directa y procede la consulta previa. Por ejemplo, cuando la medida legislativa, administrativa o POA (i) perturba las estructurales sociales, espirituales, en salud y ocupacionales; (ii) impacta sobre las fuentes de sustento ubicadas al interior del territorio étnico; (iii) impide adelantar los oficios que proveen el sustento y (iv) ocasiona un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. De igual modo, es necesario adelantar la consulta previa cuando una política, plan o proyecto (v) recae sobre los derechos de los pueblos étnicamente diferenciados; (vi) desarrolla el Convenio 169 de la OIT; (vii) impone cargas o beneficios a una comunidad, variando su situación jurídica o (viii) porque altera los elementos que definen la identidad

cultural.

1. La afectación directa y la relación con el territorio. En la referida sentencia de unificación, la Corte Constitucional advirtió que el territorio está vinculado al concepto de afectación directa y, por tanto, es un factor relevante para determinar si procede o no la consulta previa. Esto se debe a la relación simbiótica entre la comunidad étnica y la tierra, al tratarse de un espacio que suministra el entorno necesario para desarrollar sus prácticas de supervivencia, así como para manifestar sus formas de expresión cultural y espiritual.

1. Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha establecido dos conceptos de territorio, así: (i) el geográfico, “que comprende el espacio reconocido legalmente bajo la figura del resguardo u otras figuras semejantes, como la de territorios colectivos de las comunidades afrodescendientes”; y (ii) el amplio, “que incluye las zonas que habitualmente ha ocupado la comunidad indígena, al igual que los lugares en donde tradicionalmente los mencionados sectores de la sociedad han desarrollado sus actividades, económicas, espirituales o culturales”⁷⁵.

1. Por ser un concepto complejo, la Corte ha dicho que para determinar si procede la consulta previa ante la posible afectación del territorio amplio, la autoridad competente debe considerar la forma en que la comunidad étnica está vinculada con un determinado espacio a través de sus manifestaciones económicas, culturales, ancestrales y espirituales. De igual modo, tomar en consideración “la intensidad y permanencia efectiva con la cual un pueblo étnico ha ocupado o no un determinado espacio específico, el grado de exclusividad con el cual ha ocupado esas porciones territoriales, al igual que sus particularidades culturales y económicas como pueblo nómada o sedentario, o en vía de extinción”⁷⁶.

1. Lo anterior significa que no toda afectación genera automáticamente el deber de garantizar el derecho a la consulta previa, sino que, dependiendo de su intensidad, será este

u otro mecanismo el que asegure el derecho a la participación. En tal sentido, la jurisprudencia constitucional ha identificado tres niveles de participación: (i) en igualdad de condiciones al resto de ciudadanos (órganos decisorios nacionales), lo cual sucede cuando la medida no afecta directamente al pueblo étnico, lo que también se denomina “afectación indirecta”; (ii) a través de la consulta previa, como es el caso de las medidas susceptibles de impactar de forma directa, positiva o negativamente, a una comunidad; y (iii) mediante el consentimiento previo, libre e informado, que se activa cuando una medida afecta de manera directa e intensa a una minoría, al punto de poner en riesgo su subsistencia⁷⁷.

1. De manera reciente, la Sentencia SU-121 de 2022⁷⁸ definió unos criterios sustantivos y adjetivos a partir de los cuales puede establecerse “el grado de afectación que se genera con las medidas legislativas o administrativas que se adopten sobre un determinado territorio”⁷⁹.

1. Así, la referida sentencia indicó que los criterios sustantivos “permitirán establecer el grado de ‘afectación directa’, prima facie, a menos que se presenten razones en contrario”. Son los siguientes:

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

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

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

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

comunidad”.

v. “cuando la medida degrada el medio ambiente en general y los efectos adversos del cambio climático impacta el goce de derechos de la comunidad”.

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

1. Los criterios adjetivos, relacionados con la forma de identificar el grado de afectación de una medida, se rigen por las siguientes pautas:

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

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

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

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

1. Sobre los mencionados criterios, la Corte precisó que “deberán ser tenidos en cuenta al momento de determinar la intensidad, permanencia y exclusividad con los que un pueblo étnico ha ocupado un determinado territorio”⁸⁰. Además señaló que son un complemento a los “tres aspectos” mencionados por la Sentencia SU-123 de 2018, en referencia a los tres tipos de participación que debe ser garantizada dependiendo de los niveles de afectación.

1. La debida diligencia de los particulares ejecutores de POA y la consulta previa. El Estado es el principal garante del derecho a la consulta previa, ante lo cual las empresas o particulares interesados en la ejecución de POA también tienen deberes. Al analizar criterios hermenéuticos relevantes a nivel internacional, la Corte Constitucional señaló que existe un deber de debida diligencia en cabeza de las empresas, que consiste en respetar los derechos fundamentales de los pueblos étnicos. Por lo que deben proceder de tal forma que identifiquen, prevengan, mitiguen y respondan a las consecuencias negativas de sus actividades. De igual modo, deben cooperar y actuar de buena fe frente a las comunidades étnicas, así como propiciar mecanismos de participación sobre los beneficios derivados de las actividades⁸¹.

2.4. Las funciones actuales del Ministerio del Interior, DANCP, en relación con la determinación de procedencia de la consulta previa

1. Una de las situaciones que ha dado lugar a la solicitud de protección del derecho a la consulta previa a través de la acción de tutela ha sido la función que cumple el Ministerio del Interior, a través de su Dirección de Consulta Previa. Esto en razón a que, previa petición de parte, esa dependencia ministerial se encargaba de expedir certificaciones sobre la no

presencia de comunidades étnicas en el área de influencia de un POA. La Sentencia SU-123 de 2018 advirtió sobre las falencias en que incurría esa entidad al expedir esos actos administrativos, dado que su metodología consistía en contrastar las coordenadas suministradas por el encargado de implementar el POA con las bases de datos propias y, a partir de ello, concluir si era susceptible de afectar directamente o no a una comunidad étnica.

1. Para la Corte, esos certificados de presencia de comunidades étnicas presentaban varias dificultades, así: (i) la debilidad administrativa y financiera de la dependencia encargada, lo que le impedía realizar adecuadamente sus funciones, puesto que en casos donde certificó la no presencia grupos indígenas se comprobó por otros medios que efectivamente sí existían. Y (ii) su objeto, dado que debía establecer si en el área de influencia del POA había o no presencia de comunidades, no obstante, dicho criterio no era suficiente, pues lo relevante es determinar si existe afectación directa. Esto sumado a que los estudios técnicos basados en el área de influencia no daban cuenta de los impactos ambientales, culturales, sociales o espirituales que puedan ocasionarse sobre los pueblos indígenas⁸².

1. En razón de lo anterior, la Corte Constitucional concluyó que para eliminar la inseguridad jurídica generada por la metodología empleada por el Ministerio del Interior, la entidad debía “interpretar su competencia conforme a los principios constitucionales relativos al derecho a la consulta previa de los pueblos étnicos, por lo cual no debe limitarse a señalar la presencia o ausencia de dichos pueblos dentro del territorio correspondiente al área de afectación del proyecto, sino que debe incorporar dentro de los certificados que expida un estudio particular y expreso sobre la posible afectación directa que pueda causar el proyecto, obra o actividad a las comunidades étnicas con independencia de la limitación del área de influencia”⁸³.

1. En consecuencia, el Gobierno nacional expidió el Decreto 2353 de 2019⁸⁴ modificando la estructura y algunas funciones del Ministerio del Interior, DANCP, con el fin de que, al expedir dichas certificaciones, la entidad empleara el criterio de afectación directa.

1. De acuerdo con la referida normativa, en la actualidad la DNACP, a través de su Subdirección Técnica de Consulta Previa, tiene por función “determinar la procedencia y oportunidad de la consulta previa para la adopción de medidas administrativas y legislativas y la ejecución de proyectos, obras o actividades, de acuerdo con el criterio de afectación directa, y con fundamento en estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que se requieran”. Además, “proponer las directrices, metodologías, protocolos y herramientas diferenciadas frente a la determinación de la afectación directa” que pueda derivarse de un POA.

1. En concordancia, la Directiva Presidencial No. 8 del 9 de septiembre de 2020⁸⁵ impartió varias directrices a la Subdirección Técnica de Consulta Previa en relación con su función de decidir sobre la procedencia de consulta previa con fundamento en el criterio de afectación directa. El punto 3.2 de la directiva señala que, si la información suministrada por el promotor o ejecutor del POA es insuficiente, “deberá realizar una visita de verificación en territorio, la cual comprenderá una extensión superior al área identificada por la entidad promotora o ejecutora del POA, que permita determinar posibles afectaciones directas”.

2.5. Solución del caso concreto

1. Problema jurídico relacionado con el actuar de Compas S.A. La Sala planteó inicialmente que debía determinar si la empresa accionada desconoció el derecho a la consulta previa de la Comunidad Indígena Zenú El Palmar, por el hecho de haber solicitado al Ministerio del Interior, DNACP, determinar la procedencia de ese mecanismo de participación en relación con la actividad portuaria que ejerce.

1. De acuerdo con los antecedentes del caso y los criterios jurisprudenciales expuestos, la Sala considera que Compas S.A. no vulneró el derecho fundamental a la consulta previa por haber acudido al Ministerio del Interior, DNACP.

1. La forma en que actuó la empresa sigue los parámetros jurisprudenciales sobre la debida diligencia. No advierte esta Sala que con ello haya actuado de mala fe sino, por el contrario, de conformidad con el diseño institucional actual, que se ha ajustado como consecuencia de las falencias advertidas en la Sentencia SU-123 de 2018. En tal sentido, la DNACP del Ministerio del Interior tiene dentro de sus funciones determinar la procedencia de consulta previa ante un determinado POA. Esa instancia administrativa, como una de las manifestaciones de la obligación estatal de garantizar el derecho a la participación de los pueblos étnicos, ahora realiza un ejercicio de verificación en el terreno de las situaciones que una determinada comunidad étnica identifica como afectaciones directas a su forma de vida. Así, como se verá enseguida, al menos para el caso concreto, ese ejercicio de verificación permite tanto al particular como a la comunidad étnica aportar toda la información relevante por la cual consideran que existe o no una afectación directa.

1. También observa la Sala que entre Compas S.A. y la Comunidad Indígena Zenú El Palmar existió un acercamiento previo en el que se abrió un espacio de diálogo para abordar la petición de realización de consulta previa. De igual modo, la empresa ha manifestado reconocer y respetar las garantías que le asisten a la comunidad étnica. Por lo que no supone actuar de mala fe el hecho de acudir al Ministerio del Interior para que determine si en este caso concreto existe una afectación directa que haga procedente la consulta previa.

1. Problema jurídico relacionado con la actuación del Ministerio del Interior, DNACP. La Sala Octava recuerda que la Comunidad Indígena Zenú El Palmar presentó acción de tutela por considerar que esta entidad vulneraba su derecho fundamental a la consulta previa, al haber solicitado a Compas S.A. identificar los impactos en los medios físicos, bióticos y socioeconómicos, sin indagar por los impactos espirituales y culturales. Lo cual sucedió en una etapa temprana de la actuación administrativa, antes de que el Ministerio tomara una decisión sobre la determinación de procedencia de la consulta previa.

1. No obstante, como fue constatado por la Sala, la Subdirección Técnica de Consulta Previa del Ministerio del Interior ya se pronunció de fondo respecto de la solicitud de determinación de procedencia de consulta previa presentada por Compas S.A. En efecto, mediante la Resolución No. ST-0624 del 26 de abril de 2023, la entidad pública concluyó que no era procedente realizar consulta previa en relación con la actividad portuaria de la empresa accionada.

1. Contra ese acto administrativo la Comunidad Indígena presentó recurso de reposición y, en subsidio, apelación. El primero fue negado por la Subdirección Técnica de Consulta Previa del Ministerio del Interior a través de la Resolución No. ST-1017 del 17 de julio de 2023. El segundo se encuentra pendiente de ser resuelto por la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa.

1. En el actual contexto, determinar si el Ministerio del Interior vulneró el derecho a la consulta previa de la Comunidad Indígena accionante pasa necesariamente por valorar como insumo probatorio las decisiones administrativas que hasta ahora ha emitido esa entidad. Esto teniendo en cuenta que allí están plasmadas las distintas acciones que adelantó en aras de resolver la solicitud de determinación de procedencia de consulta previa. Lo cual, aclara la Sala, no significa que esté adelantando un control de legalidad ni de constitucionalidad sobre esas resoluciones, como el que corresponde hacer a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

1. Por tanto, en relación con este punto, la Sala describirá primero el contenido del acto administrativo mediante el cual la Subdirección Técnica del Ministerio del Interior determinó que no procedía la consulta previa en el caso concreto y luego analizará si este es acorde o no con los parámetros constitucionales en relación con la identificación del criterio de afectación directa, como presupuesto esencial para adelantar un proceso consultivo.

1. La Resolución No. ST-0624 del 26 de abril de 2023, expedida por la Subdirección Técnica del Ministerio del Interior expone, en primer lugar, los argumentos presentados tanto por Compas S.A. para sostener que no hay afectación directa, como por la Comunidad Indígena Zenú El Palmar para considerar que sí existe. Luego de ello, sintetiza esos argumentos en dos contextos que luego analiza conjuntamente para resolver el caso concreto, así:

1. Contexto en que Compas S.A. desarrolla su actividad⁸⁶. Según los antecedentes de la resolución de determinación de consulta previa expedida por el Ministerio del Interior, Compas S.A. informó que el puerto donde hoy opera fue originalmente construido por la sociedad Cales y Cementos Toluviejo a mediados de la década de los sesenta del siglo pasado, para el cargue y descargue de yeso, arena, cemento, carbón, tubería, maquinaria, etc.

1. Posteriormente, en 1996, se celebró un contrato de concesión portuaria entre la Sociedad Portuaria Golfo de Morrosquillo S.A. y la entonces Superintendencia de Puertos. En 2012, la operadora del puerto se fusionó con la sociedad Muelles El Bosque Operadores Portuarios S.A. y otras, surgiendo así la Compañía de Puertos Asociados, Compas S.A.

1. Enseguida se menciona que el terminal portuario está ubicado en el municipio de Tolú, sobre la carretera nacional “Troncal del Caribe Km. 4 entre Santiago de Tolú y Coveñas”. Tiene un sistema de cargue directo de carbón y otros minerales, además de graneles alimenticios, a través de una banda encapsulada que, dice, impide la emisión de material particulado a la atmósfera.

1. Desde 1996 el puerto cuenta con un Plan de Manejo Ambiental que ha sido modificado en los años 2005 y 2010. También con una licencia ambiental expedida por Carsucra⁸⁷, en relación con el proyecto “Ampliación del Muelle y Dragado de Profundización del Canal de Acceso del Terminal Portuario de Compas S.A.”, expedida en 2018.

1. En 2017, con ocasión del proyecto de ampliación del muelle y dragado del canal de acceso, Compas S.A. solicitó a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior certificar sobre la presencia o no de grupos étnicos en el área de influencia del terminal portuario. En respuesta, la entidad expidió la Resolución 01310 del 20 de noviembre de 2017, en la cual certificó que no se registraba presencia de comunidades indígenas, rom y minorías.

1. De igual modo, en el marco del procedimiento de determinación de consulta previa, Compas S.A. informó al Ministerio del Interior sobre los posibles impactos derivados de sus actividades, así: “Alteración de la calidad del aire por humo, gases y material particulado, en los niveles de presión sonora o ruido ambiental, de la calidad visual del pasaje, del hábitat de la fauna costera; cambios en las características fisicoquímicas de los sedimentos marinos, en las características fisicoquímicas y microbiológicas del agua marina, en la calidad del suelo, en las comunidades hidrobiológicas marinas y su calidad de hábitat, en las comunidades bentónicas marinas y su calidad de hábitat, en la vegetación de manglar, en la dinámica laboral, de actividades económicas tradicionales, generación de expectativas, alteración en la movilidad terrestre, cambios en la movilidad marítima”⁸⁸.

1. Contexto de la Comunidad Indígena Zenú El Palmar. El Ministerio del Interior, DNACP, Subdirección Técnica de Consulta Previa llevó a cabo visita de verificación los días 6, 7 y 8 de marzo de 2023 en el predio donde está asentada la comunidad accionante⁸⁹.

1. En el marco de dicha visita, la entidad pública realizó un ejercicio de cartografía social en el que la comunidad plasmó y señaló los espacios donde a su juicio recibe afectaciones por parte de la empresa accionada. A la par de tal ejercicio, los funcionarios del Ministerio del Interior indagaron sobre el tipo de actividades de subsistencia que desarrollan, cuál es la

mayor fuente de sustento en la actualidad, qué tipo de agricultura se da en el territorio, entre otras preguntas. En respuesta, la comunidad informó sobre sus caminos ancestrales, los sitios sagrados donde realiza rituales (playa), los alimentos que siembra, los animales propios de la zona donde habita y la frecuencia con la que pesca.

1. El Ministerio del Interior plasmó en la resolución administrativa de determinación de consulta previa las intervenciones más relevantes de los miembros de la comunidad al momento de la visita de verificación. En tal sentido, sintetizó aquello que la comunidad identifica como afectaciones de tipo ambiental atribuidas al puerto operado por Compas S.A., así:

“- Pérdida de cualidades productivas del suelo: a causa de la contaminación producto del movimiento de carbón y de las materias primas que se comercian en el terminal portuario.

* Aumento de la contaminación producto del material particulado: el carbón ha degradado los ecosistemas de los cuales la comunidad realiza aprovechamiento de especies como Roble, la Enea y otras plantas medicinales.

* Pérdida de ecosistemas generadores de fauna: la comunidad menciona que (sic) un manglar en donde especies de peces, mariscos, mamíferos y reptiles dejaban sus huevos y se reproducían y que solían ser una gran parte de la pesca de la comunidad. A causa de la pérdida de estos animales, la comunidad alega que ha tenido que desviar sus actividades de sustento al comercio de artesanías y alimentos”⁹⁰.

1. En cuanto al análisis antropológico de la comunidad accionante, el Ministerio del Interior relató que se trata de un cabildo indígena asentado de manera nuclear en las veredas El Palmar y Cocosolo del corregimiento de Santa Lucía en el municipio de Santiago de Tolú, cuyo proceso organizativo inició en el año 2000. Luego, en el 2016, se formalizó como cabildo y tomó posesión como capitán de la comunidad el señor Pedro Morales.

1. Igualmente, el Ministerio señaló que, con fundamento en ese proceso reivindicatorio, en la actualidad “existe un colectivo de 101 familias y 524 personas. Para el año 2019, la comunidad recibe el registro oficial como Cabildo por parte de la Dirección de Asuntos Indígenas, Comunidades Rom y Minorías”⁹¹.

1. La entidad sostuvo que el colectivo realiza sus prácticas agrícolas a pequeña escala para el sustento propio mediante productos de pancoger como arroz, frijol, maíz, bijao, yuca, ñame, mango, ajonjolí, plátano y papaya. Además, crían vacas, cerdos, gallinas y pascos. No obstante, resaltó que el mayor sustento que recibe es del turismo, a través de la venta de diferentes productos (servicios turísticos y artesanías) en las temporadas altas vacacionales en las playas del municipio de Santiago de Tolú.

1. Análisis realizado por el Ministerio del Interior. A partir de un análisis cartográfico, geográfico y espacial, la entidad analizó los diferentes elementos de contexto para establecer si hubo o no una afectación directa para la comunidad.

1. El Ministerio del Interior señaló que el ingreso de carga terrestre al puerto operado por Compas S.A. se realiza por la ruta nacional 90, Troncal del Caribe y la nueva variante Tolú-Coveñas, las que califica como vías de alto y constante tráfico tanto de pasajeros como de carga. Por ello, precisó que “estos vehículos no transitan por los caminos veredales empleados para la movilidad de los miembros de la comunidad, ni ingresan a las veredas El Palmar y Cocosolo, en las cuales habitan”⁹².

1. Por tanto, para el Ministerio, “no se interrumpe ni limita el paso por los caminos veredales usados por la comunidad, lo cual permite que los miembros de la Comunidad Indígena El Palmar puedan movilizarse hacia sus sitios de interés y zonas de asentamiento sin alterar la

movilidad cotidiana, ya que el tránsito de la carga terrestre y recibe y despacha (sic) del puerto se hace por vías nacionales de uso público”⁹³.

1. En cuanto a las prácticas socioeconómicas de la Comunidad Indígena, la entidad indicó que su actividad agropecuaria y comercial (en el sector turístico) “no se ven afectadas por la operación del puerto, toda vez que los impactos de la ejecución del proyecto se manifiestan con mayor intensidad en las áreas de intervención del mismo y estas no presentan una coincidencia cartográfica, geográfica ni espacial”⁹⁴. Es decir, “los predios donde desarrollan sus actividades agrícolas no corresponden al área de intervención, razón por la cual el uso del suelo actual en estos predios no se ve limitado por la operación del puerto”⁹⁵.

1. En este punto, el Ministerio hizo referencia a algunas manifestaciones que los miembros de la comunidad hicieron durante la visita de verificación, según las cuales se han visto afectados por el acopio de carbón del puerto, lo cual buscaron demostrar con un recipiente de agua en cuya superficie, afirmaron, se acumulaban partículas de carbón. Al respecto, la entidad resaltó que durante la visita “se observaron pastos quemados para la fertilización del terreno, información corroborada por miembros de la comunidad, y que dichas quemas se habían realizado aproximadamente 10 días antes de la visita”. Además, consideró que debían tenerse en cuenta “las emisiones móviles generadas por los vehículos que transitan por la Ruta Nacional 90 Troncal Caribe y la Nueva Variante Tolú-Coveñas, las cuales se generan de manera constante y están más cerca de las zonas de asentamiento y cultivos de la comunidad”⁹⁶.

1. En la misma línea, destacó que la información suministrada por Compas S.A., en relación con la calidad del aire, daba cuenta de que contaba con tres puntos de monitoreo, uno de ellos en la vereda El Palmar. En este sentido, destacó que las campañas de monitoreo ejecutadas entre el 19 de junio y el 20 de julio de 2020, y del 2 al 9 de diciembre del mismo año, arrojaron un resultado acorde con la normatividad vigente en cuanto a material particulado permitido⁹⁷. Además, consideró que estos resultados eran confiables dado que el

monitoreo había sido realizado por un laboratorio acreditado por el IDEAM⁹⁸.

1. Igualmente, el Ministerio resaltó las siguientes medidas implementadas por Compas S.A. en relación con el acopio de carbón: (i) cerca viva ubicada frente a las pilas de carbón y de cara con la Troncal del Caribe; (ii) humectación del material para evitar la generación de emisiones; y (iii) polisombras ubicadas frente a las pilas de carbón, antes de la cerca viva.

1. En cuanto a la posibilidad de que el carbón afecte los cultivos, el Ministerio resaltó que, según información aportada por Compas S.A., esta había desarrollado proyectos agrícolas en la vereda El Palmar, relacionados con la siembra de yuca y batata, mediante el acceso a material genético de mejor calidad, así como a maquinaria para la correcta preparación de suelos⁹⁹.

1. El Ministerio del Interior precisó que la actividad del puerto tampoco afectaba la actividad de la comunidad indígena relacionada con la venta de artículos en el sector turístico y hotelero, por cuanto “la venta (...) se realiza con mayor intensidad en temporadas vacacionales y el sector turístico se ubica aproximadamente a dos kilómetros en sentido noreste sobre el malecón, e incluso en la playa colindante al puerto”¹⁰⁰.

1. De todo lo anterior, la entidad concluyó que no era posible “establecer que el origen de las afectaciones sea el desarrollo de las actividades del puerto; sino [que] proceden de variables múltiples como la práctica de quema previa a la siembra, regular en la zona; la polución producto de los vehículos que transitan por las dos avenidas que separan al puerto del proyecto o la contaminación propia del sector turístico en el área”¹⁰¹.

1. Así, la entidad consideró que no existía evidencia de que las actividades del puerto, como las de almacenamiento y distribución de materias primas, pudiera afectar las fuentes de subsistencia de la Comunidad Indígena. Esto por cuanto, “los cultivos para autoconsumo de

la comunidad se realizan en las veredas de El Palmar y Cocosolo, a una distancia aproximada de 3 kilómetros del área de concesión del puerto; porque las fuentes de sustento no agrícolas de la comunidad se realizan a raíz del comercio propio de la actividad turística del lugar; porque los impactos sobre los manglares que aduce la comunidad son producto de la expansión poblacional de la cabecera urbana de Santiago de Tolú y porque la actividad portuaria no genera restricciones a las actividades que la comunidad realiza sobre la zona”¹⁰².

1. En cuanto a las actividades de pesca, la entidad pública resaltó que los miembros de la comunidad habían manifestado no pescar de manera intensiva alrededor de seis años atrás. Asimismo, en las entrevistas realizadas en la visita de verificación, no reportaron estar adscritos a asociaciones de pesca artesanal que operan en la zona, como la Corporación de Pescadores Artesanales del Golfo de Morrosquillo, que agrupa a 24 organizaciones de pesca artesanal. Tampoco advirtió que existiera restricción de pesca en las inmediaciones del puerto, ya que durante la visita observó un bote en faena de pesca en horas de la mañana del día 8 de marzo. A lo que se suma que Compas S.A. allegó información sobre campañas de apoyo a la pesca, para evitar accidentes asociados al atraque de embarcaciones¹⁰³.

1. Sin embargo, el Ministerio identificó la playa colindante al puerto como un sitio de interés para la comunidad, en tanto esta manifestó que allí asisten sus miembros a realizar un ritual para niños y personas enfermas en sus extremidades, consistente en enterrar la piernas de la persona en la arena y recibir el agua de mar. En el caso de los infantes se hace con el fin de que caminen rápido.

1. La entidad señaló que la playa es sitio de interés para la comunidad y estaba en el área de influencia directa del proyecto. Y a partir de los criterios jurisprudenciales sobre afectación directa, concluyó que los miembros de la comunidad no presentan un uso exclusivo, intensivo ni permanente sobre el sitio. Preciso que no hay exclusividad porque “está en una zona de uso público en la cual se observan usos recreacionales y turísticos”. No hay

intensidad en el uso dado que la comunidad étnica mencionó que “esta actividad la realizan esporádicamente algunos miembros, personas con hijos y personas enfermas”. Y no hay permanencia, ya que en el sitio “no se identificó ningún asentamiento de miembros de la comunidad ni a sus alrededores, tampoco se observó el desarrollo de actividades principales de sustento ni prácticas culturales, evidenciándose que no hay ningún miembro de la comunidad que permanezca de manera recurrente en la playa”¹⁰⁴.

1. De acuerdo con lo expuesto, la Subdirección Técnica de Consulta Previa del Ministerio del Interior determinó que no existe una posible afectación directa sobre la Comunidad Indígena Zenú El Palmar, con ocasión de la actividad del terminal portuario operado por Compas S.A.

1. Contra esta decisión la Comunidad Indígena Zenú El Palmar presentó recurso de reposición y, en subsidio, apelación, alegando una falta de valoración probatoria, sustentada en que solo se tuvo en cuenta lo manifestado por Compas S.A. y no lo dicho por la comunidad. No obstante, el Ministerio del Interior decidió no reponer la resolución inicial al considerar que sí tuvo en cuenta lo manifestado por la Comunidad Indígena. Para ello, resaltó los apartes de la resolución recurrida en los que señalan las actividades adelantadas en el asentamiento de la vereda El Palmar y el análisis de los argumentos expuestos por sus integrantes durante la visita. Por tanto, remitió el asunto a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa para que resolviera la apelación.

1. Análisis de la Sala Octava de Revisión. En criterio de esta Sala, constituye un avance importante para la garantía del derecho a la consulta previa el hecho de que la Subdirección Técnica de Consulta Previa del Ministerio del Interior tenga dentro de sus actividades visitar el territorio donde reside una determinada comunidad indígena, en este caso, la de Zenú El Palmar en el municipio de Tolú. Este es un ejemplo de que el diseño institucional ha superado aquella etapa que consistía tan solo en cruzar información para verificar la no presencia de comunidades indígenas en el área de influencia de un determinado proyecto, obra o

actividad, en la que no se identificaba con certeza la posible afectación directa; modo de proceder que ha sido cuestionado tantas veces por la jurisprudencia constitucional. En cambio, ahora, la visita de campo permite a la entidad garante contar con más elementos de juicio para identificar los impactos que sobre una comunidad étnica pueda ocasionar un POA.

1. En tal sentido, para la Sala no existe ningún reproche frente al ejercicio de verificación en el terreno realizado por el Ministerio del Interior, por cuanto indagó por aspectos esenciales para comprender los usos y costumbres de la comunidad, como sus actividades económicas, vías de acceso y rituales. No se limitó al concepto geográfico de territorio sino que aplicó el criterio amplio, razón por la cual se desplazó a la playa indicada por la comunidad étnica como sitio de práctica de un ritual propio y que colinda con el puerto. En general, la visita de la entidad pública no se restringió a la delimitación administrativa del cabildo, pues esta ni siquiera fue mencionada como un criterio relevante. Por el contrario, la verificación se dio en los puntos señalados por los propios integrantes de la comunidad accionante.

1. La Sala también comparte las conclusiones a las que llegó el Ministerio del Interior en relación con la no afectación de los caminos veredales por los cuales transita la Comunidad Indígena, dado que, en efecto, su uso no se ve restringido o bloqueado por los vehículos que ingresan al puerto operado por Compas S.A. También coincide con que la actividad de la empresa accionada no impacta en el desarrollo del ritual que la Comunidad Indígena manifiesta realizar en la playa continua al puerto, puesto que no hace un uso intensivo, exclusivo ni permanente de la misma.

1. En cuanto a la pesca artesanal, la Sala considera razonable lo manifestado por la Subdirección Técnica de Consulta Previa en el sentido de que la Comunidad Indígena no ve afectado este componente de su supervivencia. Esto teniendo en cuenta que durante la visita afirmaron practicar esa actividad de manera poco frecuente y que en las inmediaciones del puerto no hay una prohibición para desarrollarla. A lo que se suma que existe una asociación

de pescadores artesanales, lo cual da cuenta de que se trata de un medio de subsistencia viable para otros pobladores, es decir, la presencia del puerto no ha tenido como efecto la desaparición de peces en el área de influencia que se proyecta hacia el mar.

1. Otro aspecto que la Sala considera relevante es que el Ministerio del Interior haya indagado por una fuente de subsistencia, como lo es la derivada del turismo, a pesar de que la Comunidad Indígena Zenú El Palmar no alegó que esta se viera afectada por la actividad del puerto. Y en este punto la Sala también comparte las conclusiones de la entidad pública en el sentido de que no existe un impacto en la materia pues, en general, la actividad del puerto no incide con el comercio en época turística.

1. Sin embargo, para la Sala no es convincente el análisis realizado ni la conclusión a la que llega el Ministerio del Interior sobre la afectación que la Comunidad Indígena adjudica a las partículas provenientes del carbón almacenado a cielo abierto por Compas S.A.

1. Al respecto, la Subdirección Técnica de Consulta Previa del Ministerio del Interior manifestó que no era posible determinar que Compas S.A. pudiera afectar los cultivos de la Comunidad Indígena con material particulado, toda vez que este procede de “variables múltiples como la práctica de quema previa a la siembra, regular en la zona; la polución producto de los vehículos que transitan por las dos avenidas que separan al puerto del proyecto o la contaminación propia del sector turístico en el área”.

1. La Sala considera que la afirmación entrecomillada no es admisible en un contexto en el que se busca determinar si una actividad genera o no una afectación directa a una comunidad étnica, sobre todo cuando este constituye el presupuesto esencial para establecer si procede o no la consulta previa. La referencia a múltiples factores de afectación termina por generar inseguridad jurídica tanto para los integrantes del cabildo como para el particular que desarrolla el proyecto, obra o actividad. Esto por cuanto esa conclusión, al

menos en el caso concreto, permite interpretar que la actividad del puerto de Compas S.A. es una de esas diversas fuentes que generan material particulado, dado que no la descarta del todo. Así, ninguna de las partes involucradas puede saber a ciencia cierta si se produce o no un impacto por la actividad de acopiar carbón.

1. La Sala no ignora que el Ministerio del Interior valoró la información técnica aportada por Compas S.A. sobre los monitoreos de calidad de aire. Pero, sin pretender discutir la veracidad de su contenido, la entidad pública debe formar un criterio propio e independiente que le permita superar cualquier duda en torno a la posibilidad de que el acopio de carbón genere impactos en la comunidad étnica, más teniendo en cuenta que en el caso concreto existe un evidente desequilibrio entre las partes involucradas frente a la capacidad técnica para demostrar una posible afectación. Mientras que Compas S.A. puede suministrar estudios técnicos en este sentido debido a que por su actividad debe contar con estaciones de monitoreo de aire y puede encargar a expertos la verificación del cumplimiento de la norma de material particulado, la Comunidad Indígena solo cuenta con sus afirmaciones, una prueba artesanal a través de un recipiente con agua y las observaciones en terreno de la entidad garante del procedimiento, es decir, el propio Ministerio.

1. Para superar dicho desbalance, el Ministerio del Interior, como entidad garante e imparcial, debe en estos casos valerse de otras entidades públicas para solicitar el apoyo técnico científico que le permita descartar la posible afectación que pueda generar el acopio de carbón a la Comunidad Indígena. La Sala considera que en este caso es posible realizar una verificación científica independiente con la participación técnica de los institutos y entidades estatales encargadas de certificar si un determinado proyecto, obra o actividad cumple con las normas sobre calidad del aire.

1. En consecuencia, aun cuando el Ministerio del Interior fue diligente en la mayor parte del procedimiento de determinación de consulta previa en el caso concreto, la incertidumbre relacionada con la posible afectación por el acopio de carbón constituye una vulneración del

derecho a la consulta previa de la Comunidad Indígena Zenú El Palmar. Esto por cuanto esa entidad pública debe procurar brindar las mayores garantías a las comunidades étnicas en un procedimiento tan relevante como lo es el de determinación de procedencia de consulta previa, dado que allí se identifican los posibles impactos sobre la población étnica, lo cual la jurisprudencia ha considerado como el criterio esencial para determinar si procede o no la consulta. Es decir, es en esta suerte de etapa preliminar administrativa en la que el Ministerio debe adelantar con total rigor y suficiencia su función de garante del derecho fundamental a la consulta previa.

1. Medidas a adoptar. En atención a lo expuesto, la Sala dejará sin efectos los actos administrativos mediante los cuales la Subdirección Técnica de Consulta Previa del Ministerio del Interior declaró la no procedencia de la consulta previa.

1. Sin embargo, ello no necesariamente conlleva la invalidez de toda la actividad probatoria ni de la correspondiente valoración realizada por el Ministerio del Interior en relación con hechos diferentes al de la posible afectación a la Comunidad Indígena proveniente del material articulado.

1. Tal y como lo advirtió esta Sala, la actividad y valoración probatoria no relacionadas con la posible afectación por material articulado, estuvieron acorde con la garantía del derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad accionante y con los estándares de la jurisprudencia constitucional en la materia. Por esta razón esas actuaciones conservarán su validez.

1. En consecuencia, la única actividad probatoria que no conserva validez, menos aún su valoración, es la relacionada con la posible afectación a la comunidad indígena proveniente

del material particulado. Es sobre este puntual hecho que el Ministerio del Interior deberá nuevamente recaudar pruebas de forma independientes y valorarlas, de tal modo que científicamente puede establecer si esa actividad desarrollada por Compas S.A. afecta o no directamente a la parte accionante.

1. Una vez el Ministerio del Interior verifique científicamente si el acopio de carbón como actividad desarrollada por Compas S.A. afecta o no a la Comunidad Indígena El Palmar, deberá argumentar de forma detallada la conclusión a la que llegue, para que esta se sume a las demás que conservan su validez y a partir ellas vuelva a proferir la decisión administrativa que corresponda.

2.6. Síntesis de la decisión

1. La Sala Octava de la Corte Constitucional revisó la acción de tutela presentada por la Comunidad Indígena Zenú El Palmar, ubicada en el municipio de Santiago de Tolú, Sucre, en contra de Compas S.A. y del Ministerio del Interior, al considerar que vulneraron su derecho fundamental a la consulta previa. A juicio de la accionante, la actividad portuaria de la empresa privada afecta directamente sus fuentes de alimentación como la siembra y la pesca, al igual que el uso de la playa. Concretamente, señaló que el acopio de carbón del puerto operado por la accionada expulsaba partículas que incidían en sus prácticas de supervivencia. Asimismo, alegó que la empresa había actuado de mala fe al solicitar al Ministerio del Interior determinar la procedencia de la consulta previa. En la misma línea, argumentó que la entidad pública no brindaba garantías frente a su derecho a ser consultada.

1. Los jueces de instancia negaron el amparo por considerar que el trámite administrativo adelantado por el Ministerio del Interior era el escenario idóneo para verificar si se desconocía el derecho fundamental cuya vulneración se alegaba. La Sala Octava advirtió que

tal criterio era equivocado por cuanto no se trata de un mecanismo de defensa judicial, en los términos del artículo 86 superior, razón por la cual, reiterando la jurisprudencia constitucional, declaró que la tutela sí era procedente.

1. Durante el trámite de revisión la Sala pudo constatar que el Ministerio del Interior, Subdirección Técnica de Consulta Previa, a través de Resolución ST 0624 del 26 de abril de 2023, había resuelto de fondo que no procedía la consulta previa en relación con la actividad desarrollada por Compas S.A. y respecto de la Comunidad Indígena Zenú El Palmar.

1. En consecuencia, la Sala consideró que debía resolver dos problemas jurídicos. El primero, determinar si Compas S.A. vulneró el derecho a la consulta previa de la accionante al solicitar al Ministerio del Interior determinar la procedencia del proceso consultivo. Y, segundo, establecer si ese Ministerio, al resolver sobre la determinación de procedencia, había desconocido el referido derecho fundamental.

1. Con fundamento en la reiterada jurisprudencia constitucional, relacionada con el derecho fundamental a la consulta previa, en cuanto al primer problema jurídico, esta Sala consideró que Compas S.A. actuó acorde con el deber de debida diligencia al haber solicitado al Ministerio del Interior determinar la procedencia de la consulta previa. Por tanto, concluyó que dicho proceder no desconoció el derecho de la Comunidad Indígena Zenú El Palmar a ser consultados.

1. En cuanto al segundo problema jurídico, la Sala encontró que aun cuando el Ministerio del Interior fue diligente y garante en la verificación de los posibles impactos alegados por la comunidad, no fue contundente en relación con la actividad de acopio de carbón desarrollada por Compas S.A. En tal sentido, la Sala sostuvo que en una etapa como la determinación de procedencia de consulta previa no podían existir dudas que generaran inseguridad jurídica para las partes, sino que debía descartar científicamente la posibilidad de que esa actividad

afecte o no a la Comunidad Indígena accionante. Por tanto, reprochó que el Ministerio atribuyera a múltiples factores la afectación alegada sin identificar si uno de ellos es atribuible a la empresa accionada. De allí que la Sala haya considerado que el ejercicio probatorio en este procedimiento de determinación de procedencia de consulta previa debía ser riguroso y suficiente para generar seguridad jurídica a las partes involucradas, especialmente al pueblo étnico ante la identificación del criterio de afectación directa como presupuesto esencial para establecer si procede o no la consulta previa.

1. En consecuencia, dejó sin efectos las decisiones administrativas expedidas por el Ministerio del Interior en el marco del procedimiento de determinación de procedencia de la consulta previa, pero dispuso que conservaba validez toda la actividad y valoración probatoria, salvo la relacionada con la posible afectación proveniente del material particulado, con el fin de que sobre este puntual hecho la entidad compruebe científicamente, y de forma independiente, si existe o no afectación a la Comunidad Indígena accionante. Luego de lo cual deberá expedir una nueva resolución en la que exponga y justifique las conclusiones las que llegue producto de la actividad probatoria ordenada por esta Corporación.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el 23 de febrero de 2023 por el Tribunal

Administrativo de Sucre, en tanto confirmó la improcedencia de la acción de tutela declarada por el juez de primera instancia. En su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la consulta previa, solicitado por la Comunidad Indígena Zenú El Palmar, dentro de la acción de tutela presentada contra Compas S.A. y el Ministerio del Interior.

SEGUNDO. DEJAR SIN EFECTOS las resoluciones ST-0624 del 26 de abril de 2023 y ST-1017 del 17 de julio de 2023, expedidas por la Subdirección Técnica de Consulta Previa del Ministerio del Interior en el marco del procedimiento de determinación de procedencia de consulta previa para la actividad “Terminal Portuario Compas Tolú”.

TERCERO. DISPONER que conserva validez la actividad y valoración probatoria adelantada por el Ministerio del Interior antes de la expedición de la Resolución ST-0624 del 26 de abril de 2023, salvo lo relacionado con la posible afectación a la Comunidad Indígena Zenú El Palmar proveniente del acopio de carbón.

CUARTO. ORDENAR a la Subdirección Técnica de Consulta Previa del Ministerio del Interior que, en el término de un (1) mes contado a partir de la notificación de esta providencia, inicie las gestiones para practicar de manera independiente y científica la prueba destinada a establecer si el acopio de carbón que realiza Compas S.A. afecta de manera directa a la Comunidad Indígena Zenú El Palmar. Para ello deberá solicitar el apoyo de una entidad o instituto público con competencia técnica y legal en el monitoreo de la calidad del aire. La ejecución de la prueba técnica deberá realizarse dentro de los seis (6) meses siguientes al inicio de las gestiones para llevarla a cabo.

QUINTO. ORDENAR a la Subdirección Técnica de Consulta Previa del Ministerio del Interior que, una vez practicada la prueba técnica relacionada en la orden cuarta de la presente providencia y de conformidad con las conclusiones que arroje su valoración, en el mes siguiente expida una nueva resolución administrativa en la que determine la procedencia o

no de la consulta previa para la actividad “Terminal Portuario Compas Tolú”.

SEXTO. Por Secretaría General de la Corte Constitucional, librar la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos en él contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

1 Expediente digital T-9368255, documento "01DEMANDA.pdf", folio 2.

2 De acuerdo con su página web, Compas S.A. es una "compañía de puertos multipropósito". Atienden "el cargue y descargue de buques portacontenedores, buques RORO, buques graneleros, buques especiales para cargas de proyectos y cualquier artefacto naval que necesite de servicios de estiba o desestiba de su carga". Particularmente, su puerto en el municipio de Tolú "[t]iene un área de expansión superior a 300 mil m² y cuenta con sistema de cargue directo para carbón y otros graneles minerales, coque, y descargue tecnificado de graneles alimenticios, a través de una banda encapsulada que impide la emisión de material particulado a la atmósfera. Se especializa en la movilización de graneles sólidos, carga general, carga de proyectos". Ver <https://www.compas.com.co/es/terminales/tolu>

3 Id.

4 Id. Reunión llevada a cabo en el Hotel Inter de Santiago de Tolú. En esa oportunidad, dice el accionante, la empresa les informó que era necesario consultar internamente el asunto con

la junta directiva.

5 Id. Folio 4.

6 Id. Folio 5.

7 Id. Folio 6.

8 <http://patrimoniocaribe.weebly.com/memorabilia.html>

9 Id. Folio 17.

11 Id. Folio 23.

12 Expediente digital T-9368255, documento "04AUTOADMITE.pdf".

13 Id. Documento "09CONTESTACION.pdf".

14 Id. Folio 15. Al respecto, anexa la mencionada certificación del año 2017 expedida por la DANCP del Ministerio del Interior.

15 Id. Licencia ambiental aprobada mediante Resolución 1339 del 11 de septiembre de 2018.

16 Id.

17 Id. Folio 7.

18 Id.

19 Id. Folio 9.

20 Id. De acuerdo con la solicitud de determinación de consulta previa presentada por Compas S.A., la compañía describe la actividad que desarrolla, así: "Operación del negocio portuario y de operación portuaria: almacenaje de mercancías varias como: contenedores; graneles sólidos y líquidos, entre ellos, no comestibles (carbón y otros) y graneles comestibles (granos alimenticios, torta de soya, entre otros); servicios portuarios o de operación portuaria; servicios logísticos varios". (Documento "24CONTESTACIÓN.pdf").

21 Id. Folio 13.

22 Id.

23 Id. Requerimiento contenido en el oficio No. 2022-2-002410-020072).

24 Id. Respuesta radicada en el Ministerio del Interior con el número de oficio 2022-1-004044-034573 ID:33524.

25 Id.

26 Id. En tal sentido, la empresa señala que su actividad (i) no perturba sus estructuras sociales, (ii) no impacta sus fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la comunidad, (iii) no imposibilita realizar las actividades de las cuales deriva su sustento, (iv) no obliga a su reasentamiento, (v) no recae sobre los derechos de los pueblos indígenas o tribales, (vi) no está dirigida a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, (vii) no atribuye cargas o beneficios a la comunidad, de tal forma que modifique su situación jurídica, y (viii) no interfiere en los elementos definitorios de su identidad cultural.

27 Id. Folio 32.

28 Id. Documento "11CONTESTACION.pdf".

29 Id. El 5 de septiembre de 2022 recibió la solicitud de Compas S.A.

30 Id. Mediante oficio con radicado 2022-2-002410-020111 Id: 25855.

31 Id. Oficio con radicado 2022-2-002410-020072 Id: 25688.

32 Id.

33 Id. Respuesta con radicado 2022-1-004044-034573.

34 Id. Folio 5. Oficio con radicado 2022-2-002410-027956
Id: 55579

35 Id.

36 Id. En concreto, la entidad indagó lo siguiente: Nombre completo del proyecto o actividad.// - Descripción de las actividades del proyecto, obra o actividad específicas para las cuales solicita iniciar con el trámite de determinación de procedencia. // -La descripción de los posibles impactos que el desarrollo de las actividades pueda generar en cada uno de los componentes biótico, abiótico y socioeconómico que definen el área de influencia del proyecto. // -Área de influencia del proyecto: la cual deberá estar determinada de acuerdo a lo establecido en la normatividad ambiental vigente. // -Área de intervención del proyecto: la cual deberá responder al área en la cual se ejecutarán las actividades. // -Jurisdicción municipal departamental: la cual deberá responder a (los) departamento(s) y municipio(s) en donde se desarrollará el proyecto, obra o actividad”.

37 Id. Folio 7. Consiste en determinar “si un proyecto, obra o actividad requiere la realización de la consulta previa de acuerdo con el criterio de afectación directa y con fundamento en los estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o especiales que se requieran”.

38 Id. En esta etapa, la DNACP “identifica a las entidades públicas que tienen competencia relacionada con el proyecto, obra o actividad o medida legislativa o administrativa que se consultará, y convocar (sic) a una reunión para conocer sus puntos de vista de la situación”. También coordina y diseña estrategias para facilitar el proceso de consulta.

39 Id. En esta etapa “el ejecutor del proyecto deberá realizar un diálogo previo con las autoridades representativas de las comunidades étnicas para definir la ruta metodológica. La ruta metodológica deberá señalar las fechas y lugares de las reuniones, el tiempo de duración de la consulta, así como demás aspectos logísticos, incluyendo los que se requieran para el desarrollo de reuniones no presenciales”.

40 Id. En esta etapa “se realizará un diálogo entre el Estado, la entidad promotora o el ejecutor del POA [proyecto, obra o actividad] y las comunidades étnicas, para que la DANCP asegure el cumplimiento del deber de garantizar la participación real, oportuna y efectiva sobre la toma de decisiones del POA que puedan afectar directamente a las comunidades étnicas, con el fin de proteger su identidad étnica y cultural”.

41 Id. Esta etapa consiste en “[a]segurar que los acuerdos protocolizados en la consulta previa sean efectivamente cumplidos por las partes”,

42 Id. Documento “08CONTESTACION.pdf”.

43 Expediente digital T-9368255, documento “10CONTESTACION.pdf”.

44 El juzgado indicó que, según información presentada por la accionada, la operación del puerto Compas S.A. comenzó en 1996, concesión que fue renovada en 2016 y en el 2017 comenzaron obras de expansión que terminaron en el 2020. No obstante, la acción de tutela fue presentada el 14 de diciembre de 2022. Por ello, en principio, el juzgado consideró que no se cumpliría el requisito de inmediatez porque la acción de tutela fue interpuesta a los 20 años respecto de la creación del puerto y a los 2 años frente a su última ampliación, por lo que en ambos casos transcurrió un periodo de tiempo excesivo para solicitar el amparo, quedando en entredicho la necesidad de protección urgente del derecho fundamental que se considera vulnerado o amenazado.

45 Expediente digital T-9368255, documento “52SENTENCIA.pdf”, folio 32.

46 Id. Folio 42. 1. Explicó que la determinación de la procedencia de la consulta previa es necesaria porque allí se decide, con fundamento en la información suministrada por la parte interesada en la ejecución de un proyecto, obra o actividad, si esta genera una afectación directa de la comunidad indígena. En tal sentido, no consideró un hecho reprochable que el Ministerio del Interior solicitara a Compas S.A. información técnica sobre su actividad, pues solo así puede conocerse la posible existencia o no de un impacto sobre una comunidad étnica.

47 Expediente digital T-9368255, documento “08SENTENCIASEGUNDAINSTANCIA.pdf”.

48 Mediante oficio 2023-2-002412005515 ID 88658.

49 Memorial remitido a la Corte Constitucional el 15 de agosto de 2023, suscrito por el representante legal de la Compas S.A.

50 Memorial remitido a la Corte Constitucional el 30 de agosto de 2023, suscrito por el apoderado de Compas S.A.

52 Expediente digital, documento “01DEMANDA.pdf”. A folio 26 del escrito de demanda se observa poder especial otorgado por Pedro Morales García, capitán menor de la Comunidad

Indígena Zenú El Palmar, al representante legal de la Asociación Escuela de Derecho Propio Indígena Zenú.

53 Id. Documento “07RECEPCIÓNMEMORIALES.pdf”. La referida certificación está fechada el 16 de diciembre de 2022.

54 De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el sujeto pasivo es a quien se adjudica la vulneración de los derechos fundamentales. Por tanto, tiene la capacidad jurídica de responder en caso de ser encontrado responsable de la vulneración del derecho fundamental alegado (ver, SU-123 de 2018).

55 Decreto 2353 de 2019, expedido por el presidente de la República y “Por el cual se modifica la estructura del Ministerio del Interior y se determina las funciones de algunas dependencias”.

56 Constitución Política, artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

57 Al respecto, la Sentencia T-436 de 2016, indicó: “el paso del tiempo por largo que sea no elimina la razonabilidad de la presentación de una acción de tutela en relación con los derechos de las comunidades étnicamente diferenciadas, por ejemplo, la consulta previa o la propiedad sobre sus territorios ancestrales. Esa conclusión se sustenta en que se comprende cumplido el principio de inmediatez cuando: i) la vulneración o amenaza de los derechos se mantiene o agrava con el transcurso del tiempo, o recae sobre derechos imprescriptibles; y ii) las colectividades indígenas o tribales fueron diligentes para solicitar la protección de sus derechos, verbigracia formularon derechos de petición, acciones judiciales o manifestaron ante las autoridades que los proyectos o medidas los afectaba, al punto que es necesario consultar con ellos”.

58 Así ocurrió, por ejemplo, en la Sentencia T-005 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), en la que una comunidad indígena solicitó la protección de su derecho fundamental a la consulta previa en relación con la ocupación y desarrollo de actividades por varias entidades

del Estado (principalmente el Ejército Nacional), en relación con un cerro que consideraban sitio sagrado y al cual, debido a esas actividades, no podían acceder o lo hacían de forma restringida. En ese caso la Corte considero que se cumplía el requisito de inmediatez porque la situación de posible vulneración, además de ser actual, también se había agravado con el tiempo, pues progresivamente se habían incrementado las situaciones de conflicto entre la comunidad y las entidades del Estado.

59 En la Sentencia T-243 de 2023 (M.P. Alejandro Linares Cantillo), la Corte revisó la acción de tutela que una comunidad indígena interpuso contra un ente territorial del nivel municipal porque este había adjudicado un contrato de obra pública para la adecuación y mejoramiento de un escenario deportivo que, según la accionante, lo impactaba de manera directa. La Corte encontró que respecto de ese proyecto la solicitud de amparo no cumplía el requisito de inmediatez por cuanto la obra ya había culminado, el contrato había sido liquidado, y habían transcurrido diez meses entre la interposición de la tutela y la culminación de la obra, y veintidós desde la adjudicación del contrato.

60 Id. Esta Corporación encontró superado el requisito de inmediatez frente a otro contrato de obra en el que la tutela se presentó cuando aún se estaba ejecutando el proyecto.

61 La acción de tutela como mecanismo judicial diseñado para la protección de los derechos fundamentales no es procedente si existen otros instrumentos judiciales a través de los cuales el ciudadano puede solicitar la protección del derecho fundamental que considera amenazado o vulnerado. Es lo que la jurisprudencia constitucional ha optado por denominar principio de subsidiariedad, a partir de lo que señala el artículo 86 de la Constitución y el 6.1 del Decreto 2591 de 1991. El primero, cuando consagra que la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Y el segundo, al precisar que la acción de tutela es improcedente cuando “existan otros recursos o medios de defensa judiciales”, a excepción de su uso como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En el Decreto 2591 de 1991 se agrega que “la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

62 Al respecto, en la Sentencia SU-383 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), la Corte afirmó

que “no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia, por consiguiente compete al Juez de Tutela emitir las órdenes tendientes a asegurar su supervivencia, en los términos del artículo 86 de la Carta”. Posición que se ha mantenido en la jurisprudencia actual, incluso en posteriores decisiones de unificación, por ejemplo, en las sentencias SU-217 de 2017, SU-123 de 2018, SU-111 de 2020 y SU-121 de 2022.

63 Sentencia SU-123 de 2018 (MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes).

64 Id.

65 En referencia al Decreto 2353 de 2019 y a la Directiva Presidencial 10 de 2013, modificada por la Directiva Presidencial 8 de 2020.

66 Ver, por ejemplo, la Sentencia T-1105 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), en la que se indicó: “La identidad nacional acogida por la Constitución Nacional es, entonces, una identidad pluralista. No presupone ni exige coincidencias. No implica homogeneidad. Todo lo contrario, se orienta a reconocer la riqueza de la diversidad. La Constitución de 1991 ofrece un espacio para la convivencia de distintos puntos de vista y de diferentes matices y cosmovisiones”.

67 Sentencia T-461 de 2014 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

68 En tal sentido, el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT señala: “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; // b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; // c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para ese fin. // 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este

Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas”.

69 Sentencia SU-039 de 2017 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

70 Sentencia SU-123 de 2018. Esta decisión explica que la consulta (i) debe ser previa al POA y, de manera excepcional, posterior en los casos donde el POA fue ejecutado, con el fin de valorar los impactos y adoptar medidas de compensación e indemnización, si hay lugar a ellas ; (ii) informada, de modo que la comunidad étnica pueda conocer los riesgos ambientales, sociales o culturales del POA; (iii) de buena fe, a partir del cual las partes deben tener disposición de adelantar el proceso y evitar conductas que lo obstaculicen o entorpezcan; (iv) partir de un diálogo intercultural igualitario, lo cual significa que “ni los pueblos indígenas tienen derecho de veto que les permita bloquear decisiones estatales, ni el Estado tiene un derecho a la imposición sobre los pueblos indígenas para imponerles caprichosamente cualquier decisión sino que opera un intercambio de razones entre culturas que tienen igual dignidad y valor constitucional” ; (v) ser flexible, es decir, tener la capacidad de adaptarse a las necesidades de cada asunto, reconociendo la diversidad de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, característica que no puede desconocerse aludiendo al interés general ; y (vi) garantizar la participación activa y efectiva, que consiste en asegurar que las comunidades puedan opinar e incidir sobre el POA, prerrogativas que no se suplen con la simple notificación de su existencia o la celebración de reuniones informativas.

71 Id.

72 Sentencia SU-123 de 2018.

73 Id.

74 Sentencia T-164 de 2021.

75 Sentencia SU-123 de 2018.

76 Id.

77 Id. En el mismo sentido, la Sentencia SU-121 de 2022 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas) propuso una sistematización sobre los distintos niveles de intensidad de la afectación directa

y el correlativo grado de garantía del derecho a la participación de las comunidad étnicas.

78 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

79 Id.

80 Id.

81 Id. La Corte Constitucional tomó como criterio hermenéutico relevante la Declaración de Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, también conocidos como los “Principios Ruggie”. También se apoyó en la Observación General 24 del Comité DESC, sentencias de la Corte IDH y un informe del Relator Especial para los Derechos de los Pueblos Indígenas.

82 Id.

83 Id. Estas consideraciones se vieron reflejadas en el siguiente exhorto contenido en la parte resolutive de la decisión: “SEXTO. EXHORTAR al Gobierno Nacional y al Congreso de la República para que, con base en los lineamientos expuestos en esta sentencia: adopten las medidas pertinentes para regular lo relacionado con los certificados de presencia y afectación de comunidades étnicas, que hagan efectivo el derecho a la consulta previa, en los términos del Convenio 169 de la OIT; así mismo se realicen los ajustes para que la institución encargada de otorgar los certificados de presencia y afectación de comunidades étnicas cuente con autonomía e independencia administrativa y financiera, necesarias para ejercer adecuadamente su función”.

84 “Por medio del cual se modifica la estructura del Ministerio del Interior y se determinan las funciones de algunas dependencias”. En la parte motiva de este decreto se cita el exhorto contenido en la Sentencia SU-123 de 2018 y en seguida se afirma que, en virtud de ello, “se hace necesario fortalecer la dependencia encargada del Ministerio del Interior de atender el derecho de consulta previa, para lo cual se le otorgará autonomía administrativa y financiera, en los términos del literal j) del artículo 54 de la Ley 489 de 1998, y se definirá su estructura y funciones”.

85 Dirigida a los “Ministros Directores de Departamento Administrativo”, bajo el asunto: “Guía para la realización de consulta previa”.

87 Corporación Autónoma Regional de Sucre.

88 Resolución No. ST-0624 del 26 de abril de 2023, expedida por el Ministerio del Interior, Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa. Folio 2.

89 Id. Folio 74 y ss.

90 Id. Folio 80.

91 Id. Folio 79.

92 Id. Folio 86.

93 Id. Folio 90.

94 Id. Folio 87.

95 Id. Folio 90.

96 Id. Folio 87.

97 Id. Folio 88. En referencia a la Resolución 2254 del 1 de noviembre de 2017, expedida por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y “Por la cual se adopta la norma de calidad del aire ambiente y se dictan otras disposiciones”.

98 Id.

99 Id.

100 Id. Folio 88.

101 Id. Folio 92.

102 Id.

103 Id. Folio 89.

104 Id.