TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-470/24

CONSULTA PREVIA-Afectación directa para determinar su procedencia

(…) las entidades accionadas no vulneraron el derecho a la consulta previa de la comunidad accionante. Esto se fundamenta en que no existe evidencia razonable y concreta, siquiera mínima, de la afectación directa a la comunidad accionante que se generaría con la ejecución del proyecto, lo que impide que se conceda el amparo solicitado.

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

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS Y GRUPOS ETNICOS-Reiteración de jurisprudencia

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

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Séptima de Revisión

SENTENCIA T-470 DE 2024

Referencia: expediente T-10.205.132

Acción de Tutela interpuesta por el Consejo Comunitario Guapi Abajo contra la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– y otros

Magistrada ponente:

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Bogotá, D. C., ocho (8) de noviembre de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Paola Andrea Meneses Mosquera, quien la preside, así como por el magistrado José Fernando Reyes Cuartas, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

1. 1. En el trámite de revisión de la sentencia del 9 de abril de 2024, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual revocó la decisión del Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, que negó el amparo y, en su lugar, tuteló los derechos fundamentales a la consulta previa y al debido proceso, dentro de la acción de tutela que promovió el Consejo Comunitario Guapi Abajo en contra de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y otros.

2. Síntesis de la decisión. La controversia giró en torno a la presunta vulneración del derecho a la consulta previa. Para la Comunidad Guapi Abajo, esta garantía fue vulnerada, por una parte, con la expedición de las licencias ambientales del proyecto de construcción de la estación de guardacostas en el Parque Nacional Natural Gorgona, pues no se agotó el trámite de consulta previa; y, por la otra, debido a que se desconoció el “Acuerdo de uso” celebrado entre Parques Nacionales Naturales de Colombia – Parque Nacional Natural Gorgona y la Comunidad de Pescadores de Bazán – Consejo Comunitario Bajo Tapaje y del Mar. Por su parte, las entidades accionadas y vinculadas manifestaron que no se vulneró el derecho a la consulta previa, debido a que para cada una de las licencias y sus modificaciones, mediante las cuales se autorizó la ejecución del proyecto, se contó con la respectiva certificación y/o resolución del Ministerio del Interior y de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, en las cuales se determinó la improcedencia de la consulta previa y, además, que el proyecto no generaba ninguna afectación directa a la Comunidad Guapi Abajo.

3. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala fijó el siguiente problema jurídico: ¿las entidades accionadas vulneraron el derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad Guapi Abajo, con ocasión del trámite de licenciamiento y ejecución del proyecto de construcción de

la estación de guardacostas en el Parque Nacional Natural Gorgona? Para su resolución, luego de encontrar acreditados los requisitos generales de procedibilidad de la tutela, se reiteró la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la consulta previa y, particularmente, el precedente judicial sobre el requisito de afectación directa.

4. Para resolver el caso concreto, la Sala comenzó por precisar el alcance del "Acuerdo de uso", expresando que este se dirige a establecer las condiciones bajo las cuales la comunidad de pescadores podrá hacer uso de una playa en la Isla Gorgona. Posteriormente, se refirió al Parque Nacional Natural Gorgona y las condiciones bajo las cuales se desarrollan actividades pesqueras por fuera del área de protección, precisando que al interior del área protegida están restringidas las actividades de pesca, tanto industrial como artesanal. Luego, explicó las razones mediante las cuales concluyó que no existe evidencia razonable y concreta de la afectación directa que se generaría a la Comunidad Guapi Abajo con la construcción de la obra en el Parque Gorgona. Concretamente, la Sala estableció que el proyecto no desconoció el "Acuerdo de uso", ni supuso una afectación a las actividades pesqueras, puesto que estas se continuarían adelantando bajo los mismos términos, si no existiera el proyecto. Por lo anterior, revocó la sentencia de segunda instancia y, en su lugar, confirmó la decisión del a quo que negó el amparo.

I. I. ANTECEDENTES

1. 1. Hechos relevantes

5. La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (en adelante, ANLA) expidió la licencia ambiental solicitada por la Armada Nacional, adscrita al Ministerio de Defensa, para la construcción de una Estación de Guardacostas en el Parque Nacional Natural Gorgona (desde aquí, Parque Gorgona). Esto, mediante la Resolución 1730 del 30 de diciembre de 2015, modificada por las Resoluciones 1009 del 12 de mayo de 2023 y 3159 del 29 de diciembre de 2023.

6. El proyecto comprende tres obras: (i) una torre de comunicaciones, (ii) un muelle y (iii) una estación de guardacostas de tercer nivel. Adicionalmente, está contemplada la construcción de un tanque de almacenamiento de combustible. Esta licencia se otorgó "sin haber[se] realizado el mecanismo de consulta previa establecido en el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo".

7. El Parque Gorgona es administrado por la UAE Parques Nacionales Naturales de Colombia. En agosto de 2010, la unidad celebró el "Acuerdo de Uso […] con la Comunidad de Pescadores de Bazán – Consejo Comunitario Bajo Tapaje y del Mar". En las consideraciones de ese acuerdo se expresó, entre otras cosas, que "[l]os pescadores artesanales de Playa Bazán, presentan una tradición de uso en el territorio amparada en su práctica tradicional de pesca, para los cuales Gorgona no solo forma parte de su concepción de territorio sino que hace parte de su 'hacer' pues ella connota la puesta en escena de los conocimientos heredados generacionalmente, es refugio, fuente de agua, punto de ubicación y espacio de trabajo. La tradición que el pescador de esta comunidad ha tejido con la isla se rompió por la instauración del área protegida sin embargo sus niveles de resistencia y fijación al reconocimiento de la misma como parte de su territorio se ha mantenido en el tiempo y ha conducido a que hoy se respete el área como espacio protegido pero se reconozca el acceso al espacio como sitio de llegada y refugio".

8. La "Fundación Biodiversidad" interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución 1009 del 12 de mayo de 2023, que impuso obligaciones ambientales adicionales a la licencia otorgada. Ese recurso fue resuelto de forma negativa. Además, en el Oficio 20232300327641 del 15 de agosto de 2023, la ANLA expresó, frente a la ausencia de consulta previa, que: "para la modificación de la Licencia Ambiental llevada a cabo a través de la Resolución 516 del 3 de marzo de 2022, tal y como se presenta en las consideraciones de la misma resolución, se verificó que fuese aportada la certificación de procedencia de consulta previa emitida por la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, la cual correspondió a la Resolución ST- 0292 del 08 mayo 2021 en la cual se estableció lo siguiente: (…) SEGUNDO: Que no se registra presencia de comunidades Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras en el área del proyecto CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN GUARDACOSTAS EN LA ISLA GORGONA localizado en el corregimiento de la isla Gorgona, jurisdicción del municipio de Guapi".

2. Trámite de la tutela

9. Solicitud de amparo. El 8 de febrero de 2024, el Consejo Comunitario Guapi Abajo presentó acción de tutela en contra de la ANLA. Pidió el amparo de su derecho fundamental a la consulta previa y, en consecuencia, solicitó que "se decrete la nulidad y por ende la suspensión de las Resoluciones 1730 del 31 de diciembre de 2015, 1009 del 12 de mayo de

2023 y 3159 del 29 de diciembre de 2023 y demás complementarias mediante las cuales la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales autorizó la construcción de la Estación Guardacostas en el Parque Natural Gorgona". Lo anterior, al considerar que se omitió la "realización de la Consulta Previa e Informada con el Consejo Comunitario de Comunidades Negras Guapi Abajo, así como con las demás Comunidades Negras de los municipios de Guapi en Cauca y Playa Bazán en Nariño".

10. Además de referirse a la consulta previa, la comunidad accionante estimó que las demandadas estarían desconociendo el "Acuerdo de uso" (fj. 6 supra). Agregó que la afectación a la comunidad no debe obviarse con base en argumentos formales, aludiendo a la certificación de procedencia de consulta previa emitida por la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, sin tener en consideración un concepto amplio de territorio. Finalmente, expresó que "la Mesa para la Gobernanza Ambiental del Territorio Insular, Étnico y Estratégico Gorgona – Sanquianga", como espacio de diálogo y construcción conjunta conformada en el marco del desarrollo del proyecto de la construcción y operación de la Estación de Guardacostas, integrada por distintas organizaciones y colectivos, en reunión del 11 al 12 de abril de 2023, reafirmó la postura de oponerse al proyecto. Adicionalmente, exigió la revocatoria de la licencia otorgada por la ANLA, por violar el derecho a la consulta previa, libre e informada, al igual que de las certificaciones emitidas por el Ministerio del Interior.

11. Admisión de la tutela y vinculación de otros sujetos. El Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 21 de febrero de 2024, admitió la demanda y vinculó a la "Nación – Ministerio de Interior y de Justicia, Ministerio de Defensa Nacional, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Procuraduría General de la Nación, la Armada Nacional de Colombia y Parques Nacionales Naturales de Colombia".

12. Contestación de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior (en adelante DANCP). Expresó que la determinación de la consulta previa, así como el proceso consultivo, debe estar mediado por una solicitud del ejecutor del proyecto, porque esa dirección no actúa de manera oficiosa. Indicó que, en relación con los proyectos asociados a la estación de guardacostas en la Isla Gorgona, profirió los siguientes documentos:

1. %1.1. Certificación 0345 del 20 de junio de 2019. Se emitió con ocasión de la solicitud del Ministerio de Defensa el 13 de marzo de 2019, consistente en que se profiriera certificación sobre la presencia o no de comunidades étnicas para el proyecto “Construcción de las edificaciones de tipo administrativo operativo, alojamientos, comedores, cocina, guardia y muelle para embarcaciones menores, como elementos básicos que requiere la estación de guardacostas en la isla de gorgona a ubicarse en el sector del poblado, cerro la trinidad y área de arribo de las embarcaciones de parques nacionales naturales y la concesión vive gorgona; cuyo fin consiste en contrarrestar actividades ilegales de pesca, narcotráfico, uso inadecuado de recursos naturales y contaminación marítima”. Previamente, el 24 de mayo de 2019, la DANCP había elaborado el informe técnico, el cual sirvió como fundamento para proferir el mencionado documento, por medio del cual se certificó, entre otras cosas, que “(…) no se registra presencia de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras (…)”.

11.2. Resolución ST-0292 del 8 de mayo de 2020. Se fundamentó en la solicitud presentada el 4 de febrero de 2020, por el Ministerio de Defensa, que pidió que la dirección se pronunciara sobre la procedencia de la consulta previa con comunidad étnicas para el proyecto “Construcción de las edificaciones de tipo administrativo operativo, alojamientos, comedores, cocina, guardia y muelle para embarcaciones menores, como elementos básicos que requiere la estación de guardacostas en la isla de gorgona”. Para resolver la solicitud, se elaboró el informe técnico del 4 de marzo de 2020, que sirvió como sustento de la resolución referida, donde se resolvió que para el proyecto no procedía la consulta previa con comunidades indígenas, comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, ni con comunidades Rom.

13. La DANCP indicó que los actos administrativos que expide reflejan las características técnicas informadas por el solicitante, y que el análisis se fundamenta en “la consulta en las bases de datos institucionales de comunidades étnicas y tomando en consideración el contexto cartográfico y geográfico del proyecto y de las comunidades, así como las actividades a realizar”. Señaló que su concepto de no procedencia de la consulta previa tuvo como fundamento que la ejecución de los proyectos no generaba una afectación directa a las comunidades étnicas. En ese sentido, aseguró que no existe una prueba ni siquiera sumaria que evidencie la afectación que generaría para la comunidad la ejecución del proyecto, por lo que la tutela debe desestimarse. Igualmente, indicó que los actos administrativos expedidos

por esa autoridad gozan de presunción de legalidad, y de acuerdo con su contenido es posible establecer que no se vulneró el derecho invocado, al haberse decidido sobre la improcedencia de la consulta previa.

14. Contestación del Ministerio de Defensa – Armada Nacional. Luego de aludir a la importancia del proyecto, relacionada con el fortalecimiento de las capacidades para el control de delitos trasnacionales y contra el medio ambiente, señaló que ha cumplido con todas las exigencias normativas y obtenido los respectivos permisos, autorizaciones y licencias. Refirió que el Ministerio del Interior y la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, mediante las resoluciones No. 1263 del 4 de septiembre de 2015 y 1609 del 18 de noviembre de 2015, certificaron que no se registraba la presencia de comunidades étnicas y, adicionalmente, que, por medio de la Resolución No. ST-0292 del 8 de mayo de 2020, establecieron que "no procede la consulta previa con comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y rom". Afirmó, en consecuencia, que la tutela es improcedente en tanto existen otros mecanismos de defensa judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Subsidiariamente, pidió negar el amparo solicitado, debido a que no se han vulnerado derechos fundamentales de la comunidad accionante, al haberse cumplido todas las exigencias normativas para la ejecución del proyecto.

15. Contestación de la Procuraduría General de la Nación. Expresó, por un lado, que la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales, Minero Energéticos y Agrarios está adelantando vigilancia preventiva al proyecto. Agregó que también interviene en la acción popular adelantada ante la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se pretende la protección de los derechos e intereses colectivos al medio ambiente sano, biodiversidad y equilibrio ecológico, la cual está en etapa probatoria. De otro lado, pidió que se le desvincule del proceso por no ser responsable de las actuaciones y omisiones que habrían afectado los derechos fundamentales de la comunidad accionante. Finalmente, indicó que la tutela resulta improcedente ante la existencia de otros mecanismos de defensa, como sería la nulidad simple.

16. Contestación del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Pidió que se le desvinculara del proceso por falta de legitimación por pasiva. Para ello, explicó el alcance de sus funciones e indicó que la tutela se dirige a cuestionar las licencias ambientales otorgadas

en relación con el proyecto de construcción de la estación de guardacostas en la Isla Gorgona, por lo que el asunto compete a la ANLA.

17. Contestación de la UAE Parques Nacionales Naturales de Colombia (en adelante, PNNC). Indicó que, efectivamente, celebró el "Acuerdo de uso [con] la comunidad de Bazán – Consejo Comunitario Bajo Tapaje y del Mar". Precisó que dicho acuerdo "dispone las bases para definir conjuntamente las actividades de uso en la Playa –el Agujero– como sitio de permanencia temporal por parte de los pescadores artesanales durante sus largas faenas de pesca que no incluyen la isla Gorgona, dignificando la labor del pescador, ofreciendo un lugar de llegada y refugio temporal". Agregó que este acuerdo refuerza la intención de no pescar dentro del área protegida. Explicó que las medidas concertadas contemplan "aspectos relacionados con el ingreso de mallas, la disposición de las cavas, el establecimiento de un sitio de fondeo (de anclaje) exclusivo para pescadores, manejo de residuos eviscerados, […] orgánicos y basuras, construcción y disposición de un espacio para fogones, la no comercialización al interior del parque […]". Finalmente, señaló que carece de legitimación por pasiva, debido a que no es la entidad encargada de decidir sobre la realización o no de la consulta previa, ni fue la entidad que otorgó la licencia ambiental.

18. Contestación de la ANLA. Señaló que no se cumple la exigencia de inmediatez, debido a que los hechos ocurrieron hace nueve años, cuando se otorgó la licencia para el proyecto, mediante la Resolución 1730 del 31 de diciembre de 2015, debido a que las Resoluciones 1009 del 12 de mayo de 2023 y 3159 del 29 de diciembre de 2023 "son actos administrativos por los cuales la ANLA impuso medidas adicionales al proyecto". Agregó que tampoco se acredita la subsidiariedad de la tutela, porque el actor no acreditó el perjuicio irremediable y, en consecuencia, cuenta con otros medios de defensa judicial, como los medios de control de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho.

19. La ANLA señaló que la autoridad encargada que determinar la procedencia de la consulta previa es la DANCP. De todos modos, precisó que para la expedición de las licencias y sus modificaciones, se verificó que se hubieran aportado los certificados expedidos por parte de la autoridad indicada, en los que descartó la procedencia de la consulta previa. Adicionalmente, expresó que para la expedición de la licencia se verificó que se surtieran los mecanismos de participación necesarios para informar sobre el desarrollo del proyecto. Finalmente, argumentó que las pretensiones del accionante se alejan de la perspectiva

constitucional que conceptualiza la licencia ambiental y, de ser acogidas, generarían afectos contrarios a los perseguidos, pues la licencia “es la herramienta que establece las obligaciones que debe cumplir el beneficiario para evitar o corregir un deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje”, por lo que suspender sus efectos “causaría un deterioro grave al ambiente, los recursos naturales o el paisaje, pues se perdería el instrumento de control ambiental, apropiado, eficiente y eficaz para controlar los impactos ambientales del proyecto”.

20. Sentencia de primera instancia. El Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 29 de febrero de 2024, negó el amparo solicitado. Para tales fines, expresó que la comunidad no acreditó una afectación directa con la ejecución del proyecto. Precisó que tampoco se demostró tal afectación en relación con la comunidad pesquera de la zona, “ya que en el Parque se encuentra prohibida esa actividad y las pruebas aportadas en el plenario no dan cuenta de la afectación directa a esas comunidades y cómo el desarrollo del proyecto incidiría en su dinámica interna, el desarrollo de su cotidianidad, usos, costumbres y valores propios”. Agregó que las actuaciones de la Armada Nacional y de la ANLA no fueron arbitrarias, ya que estaban soportadas en la resolución y la certificación expedidas por la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior a la que se le asignó la competencia para determinar la procedencia de la consulta previa, la cual certificó que en el lugar de ubicación del proyecto no había presencia de comunidades étnicas y, por tanto, que no se requería adelantar consulta previa.

21. Impugnación. El actor, además de reiterar algunos argumentos de la tutela, reprochó la valoración probatoria del a quo. Expresó que no se requiere un esfuerzo valorativo complejo para advertir que sí existe un “acuerdo de uso para conservar una práctica ancestral de pesca y tener un lugar de descanso y esparcimiento de los pescadores artesanales de Comunidades Negras, la construcción de un muelle que prestará servicio a embarcaciones militares para la incautación de droga ilícita, es un proyecto que requiere ser dialogado previamente con estas comunidades ancestrales [… pues] impone un drástico cambio a la cotidianeidad del Parque Natural Isla Gorgona que requiere de consulta previa”. En armonía con ello, expresó que el juez de primera instancia incurrió en un exceso ritual manifiesto al haber impuesto lo formal, es decir, la certificación de la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, por encima de la realidad.

22. Sentencia de segunda instancia. La Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, mediante providencia del 9 de abril de 2024, revocó el fallo del a quo y, en su lugar, amparó los derechos fundamentales a la consulta previa y al debido proceso del Consejo Comunitario Guapi Abajo. Para sustentar su decisión, manifestó: (i) que la ANLA, en el oficio 20232300327641 del 15 de agosto de 2023, dio a entender que el Estudio de Impacto Ambiental revelaba la existencia de grupos minoritarios de pescadores que se favorecían de la Isla Gorgona, lo que, dijo, resultaba inconsistente con "el certificado No. 1609 del 18 de noviembre de 2015, emitido por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, en la que se indicó que, en el corregimiento de la Isla Gorgona, no se registraba la presencia de comunidades […]". A partir de lo anterior, (ii) estimó que en el informe técnico se invisibilizó la existencia de grupos tribales, prescindiendo de un "enfoque étnico y diferencial", a lo que sumó que se dejaron de observar los acuerdos de uso celebrados entre las comunidades pesqueras y el Parque Gorgona.

23. En armonía con lo anterior, el ad quem expresó que (iii) la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior "no desplegó un estudio in situ para determinar si efectivamente el Parque Natural Gorgona es un territorio ancestral de la comunidad negra Guapi, y de esta forma, comprobar (…) la configuración de una afectación directa". Explicó que la procedencia de la consulta previa "se determina por la posible incidencia en sus derechos y no en las coordenadas geográficas", ya que el territorio es un concepto cultural, que es independiente de si las comunidades se encuentran ubicadas geográficamente en esas zonas. Precisó, además, que la entidad "debió desarrollar un análisis técnico, antropológico y cultural en compañía de profesionales de esa área y en coordinación de la comunidad negra Guapi". A partir de lo anterior, concluyó que los certificados de la dirección referida "no tuvieron la idoneidad para determinar la procedencia de la consulta previa, incurriendo en una inaplicación del Convenio 169 de 1989 de la OIT".

24. El Tribunal agregó que (iv) en el Plan de Desarrollo Municipal Guapi 2020-2023, las principales actividades económicas se dirigen al sector primario y destacó que la pesca hace parte del sustento de la comunidad. Manifestó que, si bien esa actividad puede restringirse para proteger el ecosistema de áreas protegidas, es "indispensable que las autoridades adelanten estrategias necesarias para garantizar la participación de los pescadores frente a la política ambiental, pues como sujetos de especial protección del Estado se les debe asegurar su participación o intervención en las decisiones que impacten sus fuentes de

sustento, al advertir una posible afectación directa”.

25. Finalmente, el juez de segunda instancia indicó que (v) aunque la ANLA afirmó que no existe afectación directa, lo cierto es que, “para arribar a esta conclusión[,] es indispensable conocer la ubicación del colectivo étnico y sus costumbres. De lo contrario, es imposible determinar si el desarrollo de un proyecto cerca de su ubicación genera o no impactos para la vida de la comunidad”. Afirmó que en estos casos debe acudirse al “principio de precaución”, de conformidad con la Sentencia T-204 de 2014. Con fundamento en ello, concluyó que “en casos de duda sobre un posible detrimento medio ambiental, como puede ser la migración de fauna marina o el derrame de sustancias toxicas en el medio acuático, legitimará la posibilidad (sic) suspender la aplicación de los actos administrativos que representen un peligro a los recursos naturales de la Isla Gorgona, dado que, puede suponer una lesión a su territorio o asentamiento ancestral”.

26. Con fundamento en lo anterior, el ad quem le ordenó a la Armada Nacional que “proced[iera] a solicitar ante la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, que convoque a las comunidades étnicas Consejo Comunitario de Guapi Abajo para adelantar el proceso de consulta previa, en relación con el proyecto ‘Construcción, Operación, Abandono y Restauración de la Estación de Guardacostas en la Isla Gorgona y Obras Complementarias’”. Adicionalmente, le ordenó a la ANLA que, mientras se realiza la consulta previa, suspenda las resoluciones que concedieron permiso a la Armada Nacional para ejecutar el proyecto.

. ACTUACIONES JUDICIALES EN SEDE DE REVISIÓN

27. Selección y reparto. El 24 de mayo de 2024, la Sala de Selección de Tutelas Número Cinco seleccionó el expediente de la referencia y lo repartió a la suscrita ponente, a quien le correspondió por sorteo público.

28. Auto de pruebas. Mediante auto del 29 de julio de 2024, la magistrada sustanciadora decretó pruebas, con la finalidad de reunir información adicional en relación con diversos aspectos relevantes para resolver el caso bajo estudio.

29. Respuesta del accionante. El apoderado de la comunidad accionante manifestó, respecto de las afectaciones que se generarían con el proyecto, que: (i) la instalación y el

funcionamiento del radar, como parte del proyecto, podría generar una contaminación electromagnética perjudicial para la salud de los seres humanos y también es probable que lo sea para el resto de seres vivos; (ii) que la construcción del muelle afectaría el lecho marino en que viven las anguilas de jardín y generaría contaminación por impacto sonoro frente a la fauna marina; (iii) que la construcción de locaciones para el personal armado "causa impacto sobre los turistas e investigadores científicos"; y (iv) que la ejecución del proyecto puede perjudicar los valores de conservación del Parque Gorgona y su inclusión en la lista verde de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza.

30. Respecto del "Acuerdo de uso", la parte accionante señaló que "las Comunidades de Pescadores de Playa Bazán (Nariño) fueron los primeros y hasta ahora los únicos que suscribieron este Acuerdo de Uso, por ser la Comunidad Negra más cercana a Isla Gorgona, pero no es la única que realiza además de actividades de pesca artesanal, recolección de hierbas medicinales para la preparación conforme a los conocimientos ancestrales como lo hacen los miembros del Consejo Comunitario Guapi Abajo, así como labores de transporte en lanchas de turistas desde Guapi a Gorgona". Agregó que la Comunidad Guapi Abajo también se dedica a la pesca y, por ende, es beneficiaria del "Acuerdo de uso porque también pueden utilizar la Casa de los Pescadores construida en Isla Gorgona, para el descanso de las faenas de pesca y eventualmente pernoctar". Refirió que la Comunidad de Bazán y su Consejo Comunitario Bajo Tapaje y del Mar y la Comunidad Guapi Abajo y su Consejo Comunitario son comunidades de afrodescendientes, ubicándose la primera en el departamento de Nariño y la segunda, en el departamento del Cauca.

31. En relación con las actividades de pesca, la accionante señaló que estas se verían afectadas por el tráfico de lanchas rápidas de interdicción de drogas ilícitas de la Armada Nacional, a lo que se suma el desfavorable relacionamiento de los militares con los pescadores. Recalcó que, en todo caso, estos últimos son conscientes de las restricciones de pesca en las inmediaciones del Parque Gorgona. Adicionalmente, indicó que la Armada Nacional no ha brindado espacios de socialización para el proyecto, agregando que "tuvieron noticia de la ejecución del proyecto […] durante la realización de una reunión convocada por la Vicepresidenta Francia Márquez realizada el 7 de febrero de 2023". Finalmente, expresó que la orden del juez de segunda instancia, referida a la realización de la consulta previa, no ha sido cumplida. Precisó que el Ministerio de Defensa "ha convocado en tres (3) ocasiones al Presidente del Consejo Comunitario Guapi Abajo, a reuniones con la Dirección de Consulta

Previa del Ministerio del Interior, convocatorias que han sido objetadas hasta tanto se cumpla el Acuerdo de Guapi y/o se convoque a todas las autoridades étnicas del Litoral Pacífico caucano y nariñense al proceso de consulta […]".

32. Respuesta de la Armada Nacional. La accionada expresó lo siguiente: (i) respecto del estado de ejecución del proyecto, con la orden del juez de segunda instancia las actividades y obras fueron suspendidas, pero precisó que, previo a esa decisión, el estado de ejecución era el siguiente: (a) Torre 70%, (b) Muelle 20% y (c) Estación 2%. Dijo (ii) que el proyecto se estructuró bajo estrictos criterios ambientales, con la finalidad de generar el menor impacto ambiental, mediante la participación de expertos, condiciones bajo las cuales el proyecto fue aceptado por miembros de la ANLA y del Parque Gorgona; añadió que en el 2021 se inició el trámite de modificación de la licencia para reubicar el muelle de embarcaciones, tomando en cuenta como aspectos relevantes las recomendaciones del Comité Científico del Parque Gorgona y la Academia Colombiana de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales. (iii) Aludió a los distintos espacios de socialización del proyecto y, específicamente, mencionó la creación de un protocolo para la atención de peticiones de los distintos grupos de interés, así como reuniones con otras autoridades gubernamentales, comités científicos y con la sociedad civil, incluida la comunidad de pescadores. (iv) La suspensión de las actividades originada en la orden del juez de segunda instancia ha generado altos costos adicionales, concretamente, referidos a costos de almacenaje de material de construcción y partes previamente fabricadas del muelle.

33. Adicionalmente, (v) respecto de si la ejecución del proyecto afectaría el "Acuerdo de uso", la entidad manifestó que no se generaría ningún tipo de afectación, pues el acuerdo se mantendría en las mismas condiciones, precisando que, por el contrario, los pescadores contarán con el apoyo de los guardacostas para brindarles seguridad, asistirlos en casos de emergencia, al igual que atenderlos en eventos de búsqueda y rescate en el mar y que el muelle redundará en el beneficio de las comunidades pesqueras, ya que si bien no pueden adelantar actividades de pesca dentro del área marítima protegida del parque, podrán atracar con mayor facilidad y seguridad en el muelle para descansar de las faenas de pesca, ya que este será de uso público. (vi) Finalmente, luego de referir las actuaciones adelantadas en desarrollo de la orden del juez de segunda instancia, concluyó que aún no se ha surtido el proceso de consulta previa, argumentando que, pese a distintos intentos y acercamientos, no ha sido posible concertar con el representante legal del Consejo Comunitario Guapi Abajo y

con la DANCP, una fecha para llevar a cabo la primera reunión en la etapa de preconsulta; frente a lo que explicó, de un lado, que únicamente se pudo llevar a cabo la "reunión de coordinación y preparación", realizada el 17 de abril de 2024, y, del otro, que ninguna otra comunidad ha solicitado adelantar la consulta previa.

34. Respuesta de la ANLA. Respecto de los espacios de socialización del proyecto, manifestó que "[t]anto para la solicitud de licencia y como para su modificación, se dio cumplimiento a las disposiciones establecidas en el artículo 2.2.2.3.3.3. 'Participación de las comunidades' del Decreto 1076 de 2015, es decir, se brindó a las comunidades información sobre el alcance del proyecto, con énfasis en los impactos y las medidas de manejo propuestas, con el fin de valorar e incorporar en el estudio de impacto ambiental, en los eventos procedentes, los aportes recibidos durante este proceso". Asimismo, en las consideraciones de la Resolución 516 del 3 de marzo de 2022, mediante la cual se modificó la licencia inicial, se dejó constancia de la participación de las comunidades, de la que destaca la reunión del 27 de marzo de 2019, en la que participaron, entre otros, representantes de los pescadores en el sentido de indicar que "(…) con las obras y actividades propuestas para la construcción del muelle no se evidencia algún tipo de afectación en lo que a ellos concierne". Agregó que en las distintas resoluciones que se han expedido, como la Resolución 516 del 3 de marzo de 2022, se han impuesto distintas obligaciones al titular de la licencia ambiental, "relacionadas con temas de participación y generación de espacios de socialización, de cara a los impactos ambientales identificados en el componente socioeconómico".

35. En relación con las actuaciones y efectos generados con la sentencia de segunda instancia del proceso de tutela, manifestó que expidió la Resolución 622 del 11 de abril de 2024, mediante la cual se resolvió, entre otras cosas, "suspender los efectos jurídicos de la Resolución 1730 del 31 de diciembre de 2015, […] y sus modificaciones Resoluciones 516 del 3 de marzo de 2022, 1009 del 12 de mayo de 2023, 3159 del 29 de diciembre de 2023 y 189 del 9 de febrero de 2024". Adicionalmente, indicó que esa autoridad no es la encargada de adelantar o gestionar el proceso de consulta previa y que su intervención se limita a participar en la etapa de "coordinación y preparación", únicamente.

36. Respuesta de la UAEPNNC. La entidad expresó, por un lado, respecto del funcionamiento y los servicios que presta el Parque Gorgona, que allí se desarrollan distintas actividades ecoturísticas y se permite el acceso a las comunidades que desarrollan la pesca en la zona.

Con todo, fue enfática en señalar que al interior del Parque Gorgona se encuentra prohibida la actividad pesquera de cualquier tipo, ya sea artesanal o industrial. De otro lado, respecto del "Acuerdo de uso", explicó que: (i) está vigente y no ha presentado modificaciones; (ii) quien se beneficia o hace parte del acuerdo es la comunidad de Bazán, perteneciente al Consejo Comunitario Bajo Tapaje y del Mar; (iii) que los miembros de la Comunidad Guapi Abajo no hacen parte del acuerdo; sin embargo, puede ser que las comunidades vecinas utilicen la cabaña o refugio de pescadores en sus faenas de pesca; (iv) que no ha celebrado otros acuerdos de uso; finalmente, (v) que el acuerdo "constituye un pacto para definir conjuntamente las actividades de uso en la Playa El Agujero [dada] la permanencia temporal por parte de los pescadores artesanales durante sus largas faenas de pesca que no incluyen la isla Gorgona, dignificando la labor del pescador, ofreciendo un lugar de llegada y refugio temporal"; y que "[s]e espera que las actividades del proyecto fortalezcan y contribuyan a que el sentido del acuerdo siga favoreciendo este propósito conjunto que ha contribuido a la conservación del área protegida y a la pervivencia cultural de la comunidad de Bazán".

37. Traslado del auto de pruebas y respuesta extemporánea de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa. Durante el término de traslado de las pruebas recibidas, efectuado mediante Oficio No. OPT-A-407/2024 del 9 de agosto de 2024, no se recibió ninguna manifestación. Mediante correo electrónico del 27 de agosto de 2024 la DANCP dio respuesta extemporánea a las pruebas solicitadas en el auto del 29 de julio de 2024. Expresó, por un lado, que en relación con el proyecto se expidieron las siguientes certificaciones y resoluciones frente a la improcedencia de la consulta previa, al igual que los siguientes informes técnicos: (i) Certificación 1609 del 18 de noviembre de 2015, (ii) Certificación 1263 del 4 de septiembre de 2015, (iii) Certificación 0345 del 20 de junio de 2019 (informe técnico del 24 de mayo de 2019) y (iv) Resolución ST-0292 del 8 de mayo de 2020 (informe técnico del 4 de marzo de 2020). De otro lado, en relación con la orden del juez de segunda instancia, señaló que aún no se ha realizado la consulta previa, y que esta se encuentra en estado de preconsulta, aclarando que "se remitió convocatoria al Consejo Comunitario Guapi Abajo, a reunión de consulta previa en la etapa de PRECONSULTA, para el día 27 de abril de 2024, la cual no se surtió por solicitud del Consejo Comunitario Guapi Abajo" y que "el 6 de junio de 2024 […] solicitó al representante legal del Consejo Comunitario […] que confirmara la solicitud de convocatoria a sesión de consulta previa en la etapa de PRECONSULTA, presentada por la Armada Nacional para el 20 del mismo mes y año" . Finalmente, dijo que no se han presentado solicitudes adicionales de determinación de

procedencia de la consulta previa frente al proyecto.

38. Auto que niega una medida provisional y suspende términos. Mediante auto del 15 de agosto de 2024, la Sala Séptima de Revisión negó la medida provisional solicitada por la Armada Nacional ante la Sala de Selección. Aunado a lo anterior, atendiendo al material probatorio solicitado, su extensión y la complejidad del asunto, se ordenó suspender los términos para fallar, por un mes.

. CONSIDERACIONES

1. 1. Competencia

39. La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, así como los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en virtud del auto del 24 de mayo de 2024 proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Cinco de esta Corte, que decidió seleccionar el asunto para su revisión.

40. Asunto objeto de revisión. La controversia gira en torno a la presunta vulneración del derecho a la consulta previa. Para la Comunidad Guapi Abajo, dicha garantía fue vulnerada, por una parte, con la expedición de las licencias ambientales del proyecto de construcción de la estación de guardacostas en el Parque Nacional Natural Gorgona, pues no se surtió el trámite de consulta previa; y, por la otra, debido a que se desconoció el “Acuerdo de uso” celebrado entre Parques Nacionales Naturales de Colombia – Parque Nacional Natural Gorgona y la Comunidad de Pescadores de Bazán – Consejo Comunitario Bajo Tapaje y del Mar. Por su parte, las entidades accionadas y vinculadas manifestaron que no se vulneró el derecho a la consulta previa, debido a que, para cada una de las licencias y sus modificaciones, mediante las cuales se autorizó la ejecución del proyecto, se contó con la respectiva certificación y/o resolución del Ministerio del Interior y de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, en las cuales se determinó la improcedencia de la consulta previa, y que el proyecto no generaba ninguna afectación directa a la Comunidad Guapi Abajo.

41. Problema jurídico. Corresponde a la Sala resolver, entonces, el siguiente problema

jurídico: ¿las entidades accionadas vulneraron el derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad Guapi Abajo, con ocasión del trámite de licenciamiento y ejecución del proyecto de construcción de la estación de guardacostas en el Parque Natural Nacional Gorgona?

42. Metodología de decisión. Inicialmente, la Sala analizará si la acción de tutela satisface los requisitos generales de procedibilidad (infra num. 3). En caso afirmativo, resolverá el problema jurídico sustantivo planteado. Para tales fines, inicialmente, reiterará la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la consulta previa y, particularmente, sobre el requisito de afectación directa como presupuesto para otorgar el amparo de aquel derecho (infra num. 4). Finalmente, la Sala resolverá el caso en concreto (infra num. 5).

3. Análisis de procedibilidad

43. Requisitos generales de procedencia de la acción de tutela. El artículo 86 de la Constitución Política (desde aquí, CP) dispone que la acción de tutela es un mecanismo judicial subsidiario, residual, informal y autónomo que tiene por objeto garantizar la "protección inmediata de los derechos fundamentales" de los ciudadanos, por medio de un "procedimiento preferente y sumario". De acuerdo con lo previsto por el Decreto 2591 de 1991 y el desarrollo jurisprudencial de esta Corte, los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela son: (i) legitimación en la causa (por activa y por pasiva) (ii) inmediatez y (iii) subsidiariedad. El cumplimiento de estos requisitos de procedencia es una condición para que el juez de tutela pueda resolver la controversia suscitada. En este sentido, a continuación la Sala examinará si la presente solicitud de tutela satisface tales exigencias.

3.1. Legitimación en la causa por activa y por pasiva

44. Legitimación en la causa por activa. El artículo 86 de la Constitución Política dispone que "[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces (…), por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales". Por su parte, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 señala que la solicitud de amparo puede ser presentada: (i) a nombre propio, (ii) mediante representante legal, (iii) por medio de apoderado judicial o (iv) mediante agente oficioso. En tales términos, el requisito general de procedibilidad de legitimación en la causa por activa exige que la acción

de tutela sea ejercida, bien sea directa o indirectamente, por el titular de los derechos fundamentales, es decir, por quien tiene un interés sustancial “directo y particular” respecto de la solicitud de amparo.

45. La Sala constata que la legitimación por activa está acreditada, toda vez que la tutela fue presentada por la comunidad titular del derecho fundamental invocado, quien actúa por medio de apoderado judicial, con fundamento en el poder otorgado debidamente por el representante legal del Consejo Comunitario de Guapi Abajo. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en casos como el presente el requisito de legitimación en la causa por activa de la acción de tutela se cumple cuando esta se interpone “por el representante legal del consejo comunitario de la comunidad afrodescendiente que, en particular, considera que se ha omitido la realización de la consulta previa”. Esto, en concordancia con los artículos 86 de la CP y 10 del Decreto 2591 de 1991, según los cuales la acción de tutela puede ser presentada, entre otros, por quien actúa en nombre de la persona interesada en el amparo de sus derechos fundamentales, que en el presente caso es una persona jurídica.

46. Legitimación en la causa por pasiva. Los artículos 86 de la Constitución Política y 5 del Decreto 2591 de 1991 disponen que la acción de tutela procede en contra de “toda acción u omisión de las autoridades públicas (sic), que haya violado, viole o amenace violar derechos fundamentales”. En este sentido, la Corte Constitucional ha resaltado que el requisito de legitimación en la causa por pasiva exige que la acción de tutela sea interpuesta en contra del sujeto presuntamente responsable de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales o aquel llamado a resolver las pretensiones, sea este una autoridad o un particular.

47. Se constata que en el presente caso hay legitimación en la causa por pasiva. En primer lugar, la ANLA estaría legitimada al ser la autoridad que expidió las licencias ambientales que la comunidad accionante pretende que se suspendan y anulen. En segundo lugar, la DANCP también está legitimada en la causa, ya que tiene, entre otras, las funciones de “[l]iderar, dirigir y coordinar el ejercicio del derecho a la consulta previa”, a lo que se suma que, en relación con la ejecución del proyecto de construcción de la estación de guardacostas, determinó que no procedía la consulta previa con comunidades indígenas, comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, ni con comunidades Rom. En tercer lugar, el

Ministerio del Interior también lo estaría, debido a que la DANCP es una dependencia de este Ministerio, de conformidad con el artículo 5 del Decreto Ley 2893 de 2011. En cuarto lugar, el Ministerio de Defensa – Armada Nacional también tiene legitimación por pasiva, en tanto se trata del ejecutor del proyecto, por lo cual, de ser procedente la consulta previa, tendría el deber de participar en el trámite respectivo con la comunidad presuntamente afectada.

48. Ahora bien, la Sala considera importante precisar que aunque el juez de primera instancia ordenó vincular al proceso de tutela a la UAE Parques Nacionales Naturales de Colombia, a la Procuraduría General de la Nación, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y al Ministerio de Justicia y del Derecho, lo cierto es que tales entidades, como lo señalaron algunas de ellas al contestar la tutela, carecen de legitimación por pasiva, debido a que, por un lado, la comunidad accionante no formula pretensiones frente a dichas entidades y, por otro lado, no tienen incidencia en la decisión o realización del proceso de consulta previa con la comunidad accionante.

3.2. Inmediatez

49. El artículo 86 de la CP dispone que la acción de tutela podrá interponerse “en todo momento y lugar”, por lo que no es posible establecer un término de caducidad. No obstante, la acción no puede presentarse en cualquier tiempo porque ello “desvirtuaría el propósito mismo de la tutela, el cual es permitir una protección urgente e inmediata de los derechos fundamentales”. En tal medida, el requisito de inmediatez exige que la tutela sea presentada en un “término razonable” respecto de la ocurrencia de los hechos que dieron lugar a la presunta amenaza o vulneración de los derechos fundamentales. El juez debe evaluar las particularidades fácticas y jurídicas de cada caso para determinar la razonabilidad del término. Particularmente, en relación con el derecho fundamental a la consulta previa de comunidades étnicas, esta Corte ha considerado que “se cumple el principio de inmediatez cuando ante la omisión de la consulta previa, la amenaza o vulneración sobre una garantía de esa colectividad se mantiene [o se agrava] en el tiempo y el peticionario ha sido diligente para buscar la protección del derecho fundamental”. Esta diligencia se acredita, por ejemplo, con “derechos de petición, acciones judiciales o manifesta[ciones] ante las autoridades [en el sentido] que los proyectos o medidas los afectaba, al punto que es necesario concertar con ellos”.

50. En el caso sub examine se satisface el requisito de inmediatez. La Sala considera que la tutela cumple el requisito de inmediatez, por haberse presentado en un término razonable, pues la demanda de amparo se presentó el 8 de febrero de 2024. Es verdad que se cuestiona, entre otras, la licencia otorgada mediante la Resolución 1730 del 31 de diciembre de 2015. No obstante, también lo es, de un lado, que la comunidad accionante pretende la suspensión y anulación de las modificaciones posteriores de dicho acto administrativo, particularmente de la Resolución 3159 del 29 de diciembre de 2023, que impuso obligaciones adicionales a la Armada Nacional, incluyendo, entre otras, las relacionadas con el "programa de Comunicación y Divulgación del Plan de Manejo Ambiental para el medio Socioeconómico", a lo que se agrega que manifestaron que solo tuvieron conocimiento del proyecto desde febrero de 2023 (fj. 31 supra). De otro lado, aunque la licencia inicial es de 2015, las obras se empezaron a ejecutar de forma reciente y aun no concluyen, por lo que la presunta amenaza a la comunidad se mantiene en la actualidad. En efecto, como se deriva de la respuesta al auto de pruebas: (a) la obra relacionada con la torre presenta un 70% de ejecución; (b) el muelle solo presenta un 20% de avance, incluso, para la fecha de presentación de la demanda de tutela, apenas se estaba empezando con esa parte de la obra; y (c) el componente de la estación presenta un 2% de ejecución, que corresponde a los diseños, lo que da cuenta de que, en lo que respecta a ese componente, la obra aún no ha iniciado.

51. En suma, la Sala considera que se cumple con la exigencia de inmediatez, teniendo en cuenta, primero, que se trata de un proyecto en estado incipiente de ejecución y que en muchas ocasiones solo en tal fase es posible advertir las afectaciones directas a las comunidades; segundo, que, mediante la tutela, se cuestionan las resoluciones que concedieron las licencias ambientales para la ejecución del proyecto y sus modificaciones, siendo la última del 29 de diciembre de 2023 y, tercero, que la demanda de amparo se presentó el 8 de febrero de 2024.

3.3. Subsidiariedad

52. El principio de subsidiariedad. Los artículos 86 de la CP y 6.1 del Decreto 2591 de 1991 prevén el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, según el cual esta última es excepcional y complementaria -no alternativa- a los demás medios de defensa judicial. El principio de subsidiariedad parte del supuesto de que las acciones y recursos judiciales

ordinarios están diseñados para proteger la vigencia de los derechos fundamentales y, por lo tanto, los jueces ordinarios tienen el deber de garantizarlos porque son jueces de los derechos fundamentales. En efecto, el constituyente instituyó la tutela no para sustituir ni suplir los mecanismos ordinarios de protección, sino para asegurar la garantía de los derechos fundamentales en aquellos eventos en que las acciones y recursos ordinarios no brindan una protección adecuada, integral y oportuna.

53. En virtud del principio de subsidiariedad, el artículo 86 de la CP prescribe que la acción de tutela procede, por regla general, en los siguientes supuestos : (i) como mecanismo definitivo de protección, cuando no existen otros medios judiciales ordinarios de defensa o, atendiendo a las particularidades del caso, estos no son idóneos o eficaces para garantizar los derechos fundamentales que se consideran vulnerados o amenazados; y (ii) la tutela procede como "mecanismo transitorio" en aquellos eventos en que, a pesar de existir un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, este no permite "evitar un perjuicio irremediable" respecto de los derechos fundamentales del accionante. Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que existe un perjuicio irremediable cuando existe un riesgo de afectación inminente y grave del derecho fundamental que requiere de medidas urgentes e impostergables de protección.

54. El principio de subsidiariedad de la tutela en materia de consulta previa. La jurisprudencia unificada de la Corte Constitucional ha reconocido que la acción de tutela "constituye, por regla general, el mecanismo idóneo y principal de protección de los derechos fundamentales de los que son titulares las comunidades indígenas cuando invocan la protección de su derecho a participar respecto de decisiones que tienen que ver con sus territorios o el derecho a la supervivencia". En razón a lo anterior, "el análisis de los requisitos de procedencia de las tutelas […] debe flexibilizarse". Sobre el particular, la Sala Plena ha resaltado que los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo persiguen finalidades diferentes a la acción de tutela. Con base en esta constatación, esta Corporación ha declarado que, en principio, "(…) estudiar la legalidad de un acto administrativo no implica que se adopten modos de resarcimiento que serían propios del juez de amparo del derecho, rol que obedece a su función protectora de los derechos fundamentales (…)".

55. Para la Corte Constitucional, esta flexibilización, de un lado, no implica una exoneración del requisito y, del otro, está justificada en que "está de por medio la salvaguarda de

garantías de orden superior como la diversidad étnica y cultural de la Nación, la autonomía y autodeterminación de los pueblos […] y la consulta previa". De tal suerte, dicho resultado es consecuencia de varias circunstancias en que se encuentran las comunidades minoritarias: "i) la discriminación histórica que han sufrido; ii) las cargas excesivas que soportan las comunidades para el acceso a la administración de justicia derivadas de su ubicación geográfica, las condiciones socioeconómicas que enfrentan y las dificultades en el acceso a la asesoría jurídica y representación judicial; iii) la caracterización […] como sujetos de especial protección constitucional; y iv) la jurisprudencia constitucional como fuente principal de desarrollo de los derechos de tales colectividades".

57. En todo caso, es importante destacar que las consideraciones previas se limitan al estudio de la subsidiariedad, toda vez que en el examen de fondo del caso corresponde analizar si, efectivamente, a partir de los argumentos expuestos en la tutela y los demás elementos obrantes en el proceso, resultaba obligatoria o no la consulta previa. En este sentido, habiéndose verificado el cumplimiento de los requisitos de procedencia, se continuará con el análisis de fondo, para lo cual previamente se reiterará la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con el derecho a la consulta previa y la acreditación de la afectación directa como presupuesto para acceder al amparo de este derecho fundamental.

4. Derecho a la consulta previa y afectación directa. Reiteración de jurisprudencia

58. Derecho a la participación. La Constitución Política reconoce el derecho a la participación de las comunidades étnicas. De un lado, los artículos 1 y 2 ibidem "definen al Estado colombiano como democrático, participativo y pluralista, y prescriben como fin esencial […] facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten". De otro lado, los artículos 7 y 70 ejusdem "reconocen el deber del Estado de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación, así como la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país". Además, los artículos 329 y 330 constitucionales "prevén la participación de los representantes de las comunidades indígenas en la conformación de sus entidades territoriales, así como en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de los recursos naturales en sus territorios".

59. Con este fundamento constitucional, la jurisprudencia ha identificado tres niveles de participación de las comunidades étnicas, de la siguiente manera: (i) la simple participación

en igualdad de condiciones al resto de personas, asociada a la intervención de las comunidades en los órganos decisorios de carácter nacional, así como en la incidencia que, a través de sus organizaciones, pueden ejercer en los escenarios de su interés. (ii) La consulta previa, que implica que las comunidades deben ser consultadas y escuchadas frente a cualquier medida que las afecte directamente. Y (iii) el consentimiento previo, libre e informado, que opera cuando la medida (norma, programa, proyecto, plan o política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente, de aquellos relacionados con el territorio o amenace la subsistencia de la comunidad. Así, las modalidades de participación de estas comunidades son diversas y su escogencia "depende del avance y de la trascendencia de la medida a implementar", en armonía con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

60. Derecho a la consulta previa. La Corte Constitucional ha reiterado de manera uniforme que la consulta previa "es un derecho fundamental de las comunidades indígenas, tribales, rom, afro-descendientes y raizales", el cual está condicionado a la existencia de una "afectación directa, actual y diferenciada de tales comunidades". En particular, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que, con fundamento en el artículo 6.1 (a) del Convenio 169 de la OIT, la consulta es un derecho que garantiza la preservación de la "identidad como minoría étnica y cultural [de las comunidades] organizadas y reguladas mediante sus prácticas tradicionales". Para lograr ese objetivo, la consulta debe ser "oportuna y eficaz", asegurar "una participación activa y efectiva de los pueblos interesados" y, por último, adelantarse a la luz del "principio de buena fe". En estos términos, la consulta pretende asegurar un diálogo que, de forma simultánea, reconozca "las diferencias étnicas y culturales" y garantice "la igualdad en el proceso de consulta". En todo caso, la consulta previa es "un mecanismo de participación adicional", pues, por regla general, "las comunidades étnicas tienen derecho a participar libremente por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población".

61. Finalidad, contenido y límites del derecho a la consulta previa. La finalidad de la consulta previa es "intentar genuinamente lograr un acuerdo con las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre medidas que las afecten directamente". Por esto, los procesos de consulta implican la "ponderación entre el interés general, representado en los proyectos o medidas que afectan de forma directa, actual y diferenciada los derechos de los pueblos indígenas y tribales, y el goce efectivo de estos, particularmente, en materia de

autodeterminación, autonomía, territorio, recursos y participación". Ahora bien, la consulta previa no es un derecho absoluto. De un lado, los procesos de consulta deben "responder a la pluralidad propia de los titulares del derecho, por [lo que] su garantía es casuística y flexible pues obedece a las necesidades y particularidades concretas del caso". De otro lado, habida cuenta de que "la consulta constituye un proceso de diálogo intercultural entre iguales", ni los pueblos indígenas "tienen un 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".

62. Los certificados que emita la DANCP deben dirigirse a establecer la existencia o no de una afectación directa. En la Sentencia SU-121 de 2022, la Corte Constitucional fue enfática en señalar que los certificados que emita la DANCP deben estar dirigidos a determinar la existencia o no de una afectación directa a las comunidades. Además, lo fue al resaltar que la existencia de una certificación emitida por la DANCP no desvirtúa, per se, la procedencia de la consulta, toda vez que el análisis depende de la configuración de tal afectación. En tal sentido, en la providencia referida se expresó: "[l]a Sala Plena insiste en que las certificaciones que emita la DANCP del Ministerio del Interior deben tener como propósito fundamental establecer la afectación directa que se genera con el POA"; en tal sentido, precisó que "[…] la omisión de un proceso consultivo no debe estar sustentada en un certificado del Ministerio del Interior en el que se indique la no presencia de pueblos indígenas cuando ha debido agotarse una consulta previa, dado que ello desconoce que el criterio determinante es 'la afectación directa' […]". En similar sentido, en la sentencia SU-123 de 2018, se había establecido que: "[e]n cuanto a la validez de la certificación que expide el Ministerio del Interior sobre la no presencia de comunidades indígenas y tribales en el área de influencia de un proyecto, esta sentencia precisa que esta no es válida para eximirse de la consulta previa cuando se advierta o acredite una afectación directa a un pueblo étnico".

63. La afectación directa es condición necesaria de la consulta previa. El derecho a la consulta previa "se encuentra condicionado a la existencia de una afectación directa para el desarrollo de la comunidad étnica". La afectación directa consiste en el "impacto positivo o negativo [de] una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica". Así, la consulta procederá cuando exista "evidencia razonable de que una medida es

susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena o a una comunidad afrodescendiente de forma directa, actual y diferenciada". En la Sentencia SU-123 de 2018, la Corte señaló algunos escenarios en los que existiría afectación directa de las comunidades étnicas, cuando: "(i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido".

64. Asimismo, la Corte ha precisado que las comunidades tienen "una carga mínima de evidenciar las afectaciones para que proceda la consulta previa". Estas no pueden ser hipotéticas ni abstractas, sino que deben ser "determinables y ligadas a la realidad material de la comunidad étnica que reclama la protección del derecho a la consulta previa". Aunado a lo anterior, la verificación de la afectación directa "adquiere un especial valor a la hora de determinar en cada caso concreto si resulta obligatoria la realización de una consulta previa, pues el impacto de una misma medida puede variar según las características de cada comunidad". En tal sentido, la jurisprudencia de esta Corporación consagró que "no obstante, la gran importancia que el ordenamiento jurídico le ha dado a este derecho de carácter fundamental, ella se encuentra supeditada a la comprobación de una afectación directa en la comunidad implicada", lo que se sustenta en que "el Convenio 169 de la OIT dispuso que los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados 'cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente'". Como se concluye de lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido como presupuesto para el amparo del derecho a la consulta previa que se acredite la "afectación directa" de la comunidad involucrada.

65. Criterios sustantivos y adjetivos para identificar el grado de afectación. En la sentencia SU-121 de 2022 se estableció que, en algunos casos, se hace necesario acudir a estos criterios que giran "en torno a la calificación de las afectaciones, con base en las que se

determina el tipo de participación", atendiendo a los niveles de participación referidos en el fj. 59 supra. Con esa orientación, se señaló que "[c]uando un pueblo étnico que ocupa un territorio lo hace con intensidad, permanencia y exclusividad […] se hace necesario […] el establecimiento de unos criterios sustantivos y adjetivos que lleven a la definición de tales criterios, sin que en todo caso se entiendan agotados únicamente con dicha clasificación". Partiendo de lo anterior, la providencia estableció los siguientes criterios sustantivos y adjetivos, precisando su alcance:

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

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; y

Criterios adjetivos. La corporación estima necesario la inclusión de unos criterios referidos a la forma de identificar el grado de afectación de una medida. Así, para efectos de establecer el grado de afectación se deben tener en cuenta 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; y

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.

66. Finalmente, en la Sentencia SU-121 de 2022, la Corte estableció que los criterios anteriores sirven para "determinar la intensidad, permanencia y exclusividad con los que un pueblo étnico ha ocupado un determinado territorio"; y que, por tanto, complementan los lineamientos jurisprudenciales establecidos en la Sentencia SU-123 de 2018. Además, que en determinados casos, como los resueltos en la providencia referida de 2022, "se muestran necesarios a efectos de establecer el grado de afectación que se genera con las medidas legislativas o administrativas que se adopten sobre un determinado territorio".

5. Caso concreto

67. La controversia sub examine gira en torno a la presunta vulneración del derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad Guapi Abajo. Para la comunidad accionante, con la expedición de las licencias ambientales que autorizaron la ejecución del proyecto de construcción de la estación de guardacostas en el Parque Gorgona (en adelante el proyecto) se vulneró la garantía invocada, debido a que previamente debió agotarse el trámite de consulta previa, precisando que con dicha actuación se desconoció el "Acuerdo de uso" celebrado entre la UAEPNNC – Parque Nacional Natural Gorgona y la Comunidad de Pescadores de Bazán – Consejo Comunitario Bajo Tapaje y del Mar. Por su parte, las

entidades accionadas y vinculadas al proceso manifestaron que no se vulneró el derecho a la consulta previa, debido a que para cada una de las licencias y sus modificaciones se contó con la respectiva certificación y/o resolución del Ministerio del Interior y de la DANCP en que se estableció la improcedencia de la consulta previa y, además, que con la ejecución del proyecto no se generaba ninguna afectación directa a la comunidad accionante.

68. Previo a resolver el problema jurídico analizado, la Sala considera importante efectuar algunas consideraciones, por un lado, en relación con el contenido del acuerdo de uso suscrito entre la UAEPNNC – Parque Nacional Natural Gorgona y la Comunidad de Pescadores de Bazán – Consejo Comunitario Bajo Tapaje y del Mar y, por el otro, frente a las actividades de pesca en el Parque Natural Nacional Gorgona.

5.1. El "Acuerdo de uso"

69. El 31 de agosto de 2010 se suscribió el "Acuerdo de uso (…) entre la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales – Parque Nacional Natural Gorgona y la comunidad de Bazán – Consejo Comunitario Bajo Tapaje y del Mar". El objeto de tal acuerdo es "aunar esfuerzos institucionales y comunitarios para el fortalecimiento de las prácticas sostenibles de la pesca artesanal de la comunidad de Bazán vecina del [Parque Gorgona] y propender por la conservación del Área". De forma más precisa, busca establecer regulaciones y compromisos en relación con el uso de una playa en el Parque Gorgona: "El presente acuerdo se constituye en un esfuerzo en la búsqueda de la corresponsabilidad en el manejo de una playa del Parque […] de manera tal que se establezcan regulaciones para el uso de esta, por parte de pescadores artesanales durante la realización de faenas de pesca".

70. De esta manera, el contenido central del acuerdo de uso se dirige a establecer las condiciones bajo las cuales la comunidad podrá hacer uso de la playa denominada "el Agujero", como sitio de llegada y de descanso en las faenas de pesca, incluyendo la posibilidad de pernoctar en dicho lugar y de usar la "casa de pescadores", ubicada allí. En todo caso, es importante destacar que el acuerdo no regula o está dirigido a establecer autorizaciones o regulaciones especiales para las actividades pesqueras en el Parque Gorgona, las que, como se estudiará en el acápite siguiente, están prohibidas. De ahí que al inicio del acuerdo se incluya esta cita de los pescadores artesanales de Playa Bazán: "No nos

interesa que el Estado reconozca que Gorgona nos pertenece, porque desde siempre hemos estado en ella… nos importa que no nos quiten el derecho a estar, a llegar, a reposar y bañarnos después de dos o tres días de faena, el derecho a dormir[,] aunque sea sobre un montón de piedras… La isla es nuestro refugio, es un respiro en medio de un espacio ancho de trabajo… Sabemos que no podemos, ni debemos pescar en ella, eso lo sabemos, todos… y no lo hacemos[,] pero eso no tiene nada que ver con llegar a la Playa que es el sitio otorgado para nuestro descanso" (subraya fuera del original).

71. En armonía con lo anterior, uno de los "compromisos conjuntos" del acuerdo consiste en "definir el sitio que se utilizará por los pescadores artesanales como refugio durante sus faenas de pesca", incluyendo el compromiso de la UAEPNNC de "gestionar la construcción de una 'casa de pescadores', que sirva como sitio de refugio a los pescadores artesanales". Adicionalmente, una parte central del acuerdo se dirige a implantar las condiciones bajo las cuales los pescadores harán uso de la playa, por lo que uno de los compromisos de la comunidad se dirige a "cumplir el reglamento que establece los presupuestos para desarrollar las actividades de uso de la Playa que se defina como sitio de uso temporal por parte de Pescadores Artesanales".

72. Por ende, el "Acuerdo de uso" contiene un "Reglamento" anexo, que precisa las condiciones para el uso de la playa. De esta manera, el reglamento regula los siguientes asuntos: (i) restricciones en relación con el ingreso de mallas al Parque Gorgona; (ii) la disposición de las cavas en la playa; (iii) el establecimiento de un sitio de fondeo exclusivo para pescadores en la playa de descanso; (iv) condiciones para el manejo de residuos eviscerados; (v) igualmente, para el manejo de residuos orgánicos y basuras; (vi) la construcción y disposición de un espacio para fogones; (vii) la prohibición de comercialización pesquera al interior del parque; y (viii) la identificación de los pescadores, mediante el uso de un carné.

73. Como se observa de lo anterior y de la respuesta otorgada por la UAEPNNC al auto de pruebas (fj. 34 supra), el "Acuerdo de uso" está destinado a establecer distintos compromisos y reglas dirigidas a garantizar el uso de una playa al interior del Parque Gorgona, para que sea utilizada por los pescadores artesanales como sitio de llegada y de descanso en sus faenas de pesca. De esta manera, como se precisará en armonía con el acápite siguiente, este acuerdo no establece autorizaciones especiales para desarrollar

actividades pesqueras al interior del parque, toda vez que la pesca industrial y artesanal se encuentran prohibidas.

5.2. El Parque Nacional Natural Gorgona y las actividades pesqueras

74. De acuerdo con la descripción del Parque Nacional Natural Gorgona efectuada en la página web de la UAEPNNC, aquel fue declarado como parque nacional natural mediante el Acuerdo 062 del 25 de noviembre de 1983, aprobado por la Resolución 141 del 19 de julio de 1984 del Ministerio de Agricultura con una extensión de 49.200 Ha, siendo posteriormente realinderado, mediante la Resolución 1265 del 25 de octubre de 1995, por lo que pasó a tener una extensión de 61.687,5 Ha. El parque incluye territorio insular y área marina, ubicándose en el Océano Pacífico, al suroccidente colombiano. El punto más cercano de la isla con el continente se ubica a 35 Km, en Punta Reyes, donde se encuentra la localidad de Bazán, en el Municipio El Charco (Nariño). El área protegida correspondiente al Parque Gorgona es en su mayoría área marítima. En efecto, 1.382,28 Ha corresponden al área terrestre y 60.305,22 Ha a espacio marítimo. En la página web referida se muestra el área protegida del parque natural mediante la siguiente imagen:

75. Las áreas descritas en las líneas anteriores se dimensionan de mejor manera en la siguiente imagen, donde se refleja la isla Gorgona y el área marítima protegida del Parque Gorgona:

76. Partiendo del esquema anterior, y teniendo en consideración las respuestas otorgadas por la UAEPNNC, dentro del área protegida, que corresponde al pentágono que obra en las imágenes previas, están prohibidas las actividades pesqueras, tanto de pesca industrial como la artesanal. En efecto, la entidad indicada precisó que: “al interior del PNN Gorgona, se encuentra prohibida la actividad pesquera de cualquier tipo, artesanal o industrial”.

77. Teniendo en cuenta lo indicado, los pescadores solo podrían realizar actividades pesqueras por fuera del pentágono correspondiente al área protegida, por lo que, dada la lejanía del territorio continental, utilizan la playa de la Isla Gorgona únicamente como zona de descanso durante sus faenas de pesca. En efecto, se reitera que entre el territorio insular de Gorgona y el territorio continental existe una distancia considerable, siendo la longitud más cercana entre los puntos referidos de 35 Km. De ahí que la Isla se convierta en un punto importante como lugar de descanso, atendiendo a la lejanía del territorio continental

respecto de algunas zonas de pesca. Lo anterior permite concluir que el uso que se efectúa de la Isla Gorgona en relación con las actividades pesqueras se circunscribe a ser un lugar de descanso, toda vez que en las inmediaciones del área protegida que rodea la isla, se insiste, las actividades de pesca industrial y artesanal se encuentran prohibidas.

5.3. No existe evidencia razonable y concreta de la afectación directa

78. Teniendo en cuenta la línea jurisprudencial desarrollada anteriormente respecto al alcance del derecho fundamental a la consulta previa y el concepto de afectación directa (num. 4, supra), la Sala Séptima de Revisión considera que las entidades accionadas no vulneraron el derecho a la consulta previa de la comunidad accionante. Esto se fundamenta en que no existe evidencia razonable y concreta, siquiera mínima, de la afectación directa a la comunidad accionante que se generaría con la ejecución del proyecto, lo que impide que se conceda el amparo solicitado, tal como se precisará a continuación.

79. Se reitera que la afectación directa es condición necesaria para que se ampare el derecho a la consulta previa (fj. 63 y 64 supra). Por tanto, para que esta proceda debe existir evidencia razonable y concreta de que la medida o proyecto cuestionado afecte a la comunidad accionante de forma directa, actual y diferenciada. De conformidad con lo previsto por la Constitución Política y los instrumentos internacionales, la procedencia de la consulta previa exige que “las afectaciones directas 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”. La Sala considera que no se acredita una afectación directa, por las siguientes razones.

80. (i) La comunidad accionante en la tutela afirmó que con la expedición de las licencias ambientales que autorizaron la ejecución del proyecto de construcción de la estación de guardacostas en el Parque Gorgona, y sus modificaciones, se vulneró su derecho a la consulta previa. No obstante, más allá de esta afirmación, las razones en las que sustentó la procedencia de la consulta previa y la posible afectación a la comunidad se apoyaron en el desconocimiento o la afectación que generaría la ejecución del proyecto frente al “Acuerdo de uso suscrito entre la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales – Parque Nacional Natural Gorgona y la comunidad de Bazán – Consejo Comunitario Bajo Tapaje y del Mar”.

81. Ahora bien, aunque en la tutela se afirmó el desconocimiento del “Acuerdo de uso” indicado, el accionante no aportó pruebas que permitieran establecer de qué manera el proyecto de construcción de la estación de guardacostas era incompatible o afectaba el acuerdo referido. En este sentido, pese a que la tutela se apoya en distintas “consideraciones” plasmadas en tal acuerdo, no alude a cuál de los compromisos contenidos en dicho convenio fueron desconocidos o podrían desconocerse con la ejecución del proyecto. Esta misma insuficiencia probatoria y argumentativa ocurre con la posible afectación que se generaría frente a las actividades pesqueras que realiza la comunidad fuera del Parque Gorgona, si se considera que en el parque las actividades pesqueras están prohibidas, como se indicó previamente (num 5.2 supra) y se reiterará más adelante. De esta manera, a partir de las pruebas y de los argumentos plasmados en la tutela, no es posible inferir razonablemente la existencia de una afectación directa a la comunidad.

82. (ii) Cabe precisar que el alcance del “Acuerdo de uso”, como lo indicó la UAEPNNC (que es una de las partes del convenio), y tal como se explicó detalladamente en el numeral 5.1 supra, está orientado a disponer “las bases para definir conjuntamente las actividades de uso en la Playa –el Agujero– como sitio de permanencia temporal por parte de los pescadores artesanales durante sus largas faenas de pesca que no incluyen la isla Gorgona, dignificando la labor del pescador, ofreciendo un lugar de llegada y refugio temporal” (fj. 16 supra), de manera que este no constituye una excepción o autorización especial para desarrollar actividades de pesca en el Parque Gorgona, las cuales están prohibidas (num. 5.2 supra); sino que está dirigido a establecer algunos compromisos para el uso de la playa “el Agujero” por parte de los pescadores artesanales.

83. En efecto, el uso que los pescadores hacen de la Isla Gorgona se circunscribe a emplear la playa como sitio de llegada y de descanso durante sus faenas de pesca, lo que se fundamenta en la lejanía que existe entre ciertos lugares de pesca y el territorio continental, mas no a establecer alguna habilitación especial para la pesca. En este sentido, como se indica al inicio del “Acuerdo de uso” los pescadores son conscientes de que en el área protegida del parque no es posible desarrollar actividades de pesca; sin embargo, se benefician de la playa de la isla como lugar de descanso (fj. 67 supra).

84. (iii) Adicionalmente, sin perjuicio del uso que la comunidad accionante efectúe de la Isla Gorgona y de la playa dispuesta para el descanso de los pescadores, es importante destacar

que la comunidad accionante ni siquiera es una de las partes del “Acuerdo de uso”. En efecto, pese a que como lo afirmó el accionante al responder el auto de pruebas, tanto la comunidad Guapi Abajo como la comunidad de Bazán – Consejo Comunitario Bajo Tapaje y del Mar son comunidades afrodescendientes, se trata de comunidades distintas, que cuentan con su propio consejo comunitario. Incluso, están ubicadas en territorios diferenciados, ya que, tal como lo afirmó el mismo accionante, la primera está ubicada en el Departamento del Cauca, mientras que la segunda lo está en el Departamento de Nariño. Además, en armonía con lo informado por la UAEPNNC en respuesta al auto de pruebas solo la comunidad de Bazán, perteneciente al Consejo Comunitario Bajo Tapaje y del Mar, hace parte del “Acuerdo de uso” y no se han suscrito acuerdos similares con otras comunidades (fj. 35 supra).

85. (iv) Sumado a la insuficiencia probatoria y argumentativa referida a la manera como la ejecución del proyecto de la estación de guardacostas afectaría el “Acuerdo de uso”, la UAEPNNC, como una de las partes de ese convenio, manifestó que no advertía que el proyecto pudiera afectar o desconocer el acuerdo. De hecho, expresó que “[s]e espera que las actividades del proyecto fortalezcan y contribuyan a que el sentido del acuerdo siga favoreciendo este propósito conjunto que ha contribuido a la conservación del área protegida y a la pervivencia cultural de la comunidad de Bazán”. Incluso, la Sala no logra advertir que, prima facie, la ejecución del proyecto limite en medida alguna el uso que las comunidades de pescadores efectúan de la playa de la Isla Gorgona.

86. (v) En adición, se destaca que al igual que el accionante omitió establecer de qué manera la ejecución del proyecto desconocería el “Acuerdo de uso”, tampoco explicó de qué modo se afectarían, en términos generales, las actividades pesqueras que realiza la comunidad Guapi Abajo. Además, la Sala tampoco advierte prima facie que el proyecto de la construcción de la estación de guardacostas en el Parque Gorgona pueda generar tal afectación, si se tiene en cuenta que en el área protegida del parque está prohibida cualquier tipo de actividad pesquera, tanto industrial como artesanal. A ello se suma que, en principio, como se expresó anteriormente, las comunidades podrán seguir utilizando la playa de la isla como lugar de descanso en sus faenas de pesca, sin que la ejecución del proyecto anule o limite ese uso. En tal sentido, las actividades pesqueras, en principio, se podrían continuar bajo las mismas condiciones en que se podían realizar en caso de que no se ejecutara el proyecto.

87. En línea con lo anterior, es importante reiterar que el Acuerdo de uso no consagra

autorizaciones especiales o compromisos que modifiquen la prohibición respecto de las actividades de pesca industrial o artesanal en el área protegida del Parque Gorgona; sino que se limita a fijar algunas condiciones y reglas respecto del uso que las comunidades le pueden dar a la playa ubicada en la isla. Por ello, partiendo de la consideración de que en las inmediaciones del polígono que delimita el área protegida de la Isla Gorgona, que es bastante amplia, están prohibidas las actividades de pesca, se reafirma que la Sala no advierte que la ejecución del proyecto pueda generar alguna afectación a las actividades pesqueras, las cuales podrán continuarse efectuando en las mismas condiciones por fuera del área protegida y pudiendo utilizar la playa en las mismas condiciones en que se ha hecho uso de la misma.

88. En esta orientación, tanto la UAEPNNC como la Armada Nacional, al responder el auto de pruebas, fueron enfáticas en señalar que la ejecución del proyecto no afectará las actividades pesqueras y el uso de la playa, las cuales se mantendrán en las mismas condiciones, incluso expresando que el proyecto favorecería esos propósitos. En efecto, la Armada Nacional expresó que las comunidades: "[…] no tendrán ninguna afectación con la ejecución del proyecto y su operatividad, y por el contrario contarán con el apoyo efectivo de Guardacostas para brindarles seguridad, asistirlos en casos de emergencia, al igual que atenderlos en eventos de búsqueda y rescate en el mar". Adicionalmente, expresó que "la construcción del muelle también redundará en beneficio de las comunidades pesqueras, ya que si bien está claro que no pueden adelantar actividades de pesca dentro del área marítima protegida del parque, sí pueden atracar en la Isla Gorgona para descansar de las extenuantes faenas de pesca, actividad que podrán seguir adelantando pero con las bondades que traería consigo la existencia de un muelle marítimo que será de uso público, favoreciendo con esto a las comunidades de pescadores y a los usuarios del parque en general, porque gozarán de un espacio apto para el embarque y desembarque con mejores condiciones de seguridad". Además, la UAEPNNC también expresó que esperaba que el proyecto fortaleciera y contribuyera a las finalidades del "acuerdo de uso".

89. (vi) Se destaca que la ausencia argumentativa y probatoria frente a la afectación directa fue el fundamento para que el juez de primera instancia negara el amparo solicitado. Incluso, pese a que al actor mediante el auto de pruebas se le ofició para que precisara las afectaciones directas que se han generado o que se generarían con la ejecución del proyecto, este no aportó argumentos o pruebas que concretaran las afectaciones indicadas,

específicamente, en relación con el Acuerdo de uso o las actividades pesqueras y el impacto frente a la comunidad, que fueron los asuntos mencionados en el escrito de tutela. En la respuesta al auto de pruebas el accionante aludió a circunstancias nuevas y distintas. Específicamente refirió que (i) la instalación y el funcionamiento del radar podría generar contaminación electromagnética perjudicial para la salud de los seres humanos y el resto de seres vivos; (ii) que el muelle afectaría el lecho marino en que viven las anguilas de jardín y generaría contaminación por impacto sonoro frente a la fauna marina; (iii) que la presencia de personal armado "causa impacto sobre los turistas e investigadores científicos"; y (iv) la ejecución del proyecto puede perjudicar los valores de conservación del Parque Gorgona y su inclusión en la lista verde de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (fj. 29 supra).

90. La Sala estima que estos reparos frente al proyecto de construcción de la estación de guardacostas no dan cuenta de una afectación directa a la comunidad Guapi Abajo. En efecto, se trata de cuestionamientos generales de oposición al proyecto sustentados en su inconveniencia por razones medioambientales; sin embargo, se insiste que el accionante no prueba o argumenta de qué manera estas circunstancias generarían una afectación directa y diferenciada a la comunidad. Nótese que se trata de cuestionamientos abstractos, frente a los cuales no se hace una correlación específica con alguna afectación directa o específica a la comunidad, más allá de los que generaría frente a cualquier persona o al medio ambiente, en términos genéricos.

91. En relación con este aspecto, como lo refirió la Procuraduría General de la Nación en su intervención ante el juez de primera instancia, en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca está en curso un proceso en el que se pretende la protección de los derechos e intereses colectivos al medio ambiente sano, biodiversidad y equilibrio ecológico, que podrían generarse con la ejecución del proyecto (fj. 15 supra). La Sala considera que ese proceso ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sería el escenario propicio para estudiar esas eventuales afectaciones y si procede la protección del derecho al medio ambiente, adoptando las decisiones correspondientes.

92. Frente a lo expresado, es importante hacer tres precisiones: por un lado, que lo explicado en medida alguna quiere decir que los daños medioambientales no sean susceptibles de configurar una afectación directa a las comunidades tribales y, por tanto, aptas para tornar

procedente la consulta previa. Lo indicado solo quiere significar que cuando se alegue esta clase de afectaciones, como sucede con cualquiera otra, debe acreditarse que el efecto medio ambiental produzca una afectación directa a la comunidad que invoca la protección de su derecho fundamental a la consulta previa. De manera que efectos generalizados o hipotéticos que no logren reconducirse y sustentar una afectación concreta a la comunidad que invoca el derecho a la consulta previa, no dan lugar a esta última. Por otro lado, lo manifestado tampoco quiere decir que de manera excepcional no se pueda acudir a la acción de tutela como mecanismo para proteger el derecho colectivo al medio ambiente, ya que, en circunstancias especiales, la Corte Constitucional ha admitido su procedencia; sin embargo, en este caso el enfoque de la tutela y la controversia sub examine se ha limitado a la presunta vulneración del derecho a la consulta previa. Finalmente, que estos últimos reparos frente a los efectos medioambientales del proyecto debieron analizarse en el estudio de impacto ambiental.

94. (viii) Por último, la Sala considera importante efectuar algunas consideraciones frente al fallo de segunda instancia de este proceso de tutela, en el que se amparó el derecho a la consulta previa de la comunidad accionante, sin sustentar la existencia de una afectación directa. En efecto, el Tribunal Superior de Bogotá concluyó que los certificados emitidos por el Ministerio del Interior y la DANCP no eran suficientes para desvirtuar la procedencia de la consulta previa, lo que estaría acorde con la jurisprudencia constitucional (fj. 62 supra); pero omitió valorar si se había configurado la afectación directa a la comunidad étnica, requisito necesario y central en el análisis de los procesos en los que se invoca el amparo del derecho a la consulta previa, según la jurisprudencia (fj. 64 supra). Incluso, el ad quem acudió al principio de precaución para sustituir tal análisis, en el entendido de que señaló “debe acudirse al principio de precaución, que ha sido objeto de debate en la sentencia T-204 del 2014 […] Lo anterior, quiere decir que, en casos de duda sobre un posible detrimento medio ambiental, como puede ser la migración de fauna marina o el derrame de sustancias tóxicas en el medio acuático, legitimará la posibilidad [de] suspender la aplicación de los actos administrativos que representen un peligro a los recursos naturales de la Isla Gorgona, dado que, puede suponer una lesión a su territorio o asentamiento ancestral”.

95. Profundizando en los razonamientos del Tribunal Superior de Bogotá, la Sala considera que estos eran plausibles en lo referido a que los certificados del Ministerio del Interior y de la DANCP no eran suficientes para descartar la procedencia de la consulta previa, debido a

que en ellos básicamente se aludió a la inexistencia de comunidades, sin hacer un estudio más profundo, que se justificaba en que el Estudio de Impacto Ambiental refería la existencia de grupos de pescadores que se favorecían de la Isla Gorgona, por lo que la existencia de esas comunidades se pudo invisibilizar, debido a que, pese a esa evidencia, no se efectúo un estudio in situ o, al menos, más cualificado para determinar la procedencia de la consulta previa. Sin embargo, tales consideraciones no son suficientes para entender configurada la afectación directa. En efecto, los fundamentos expuestos por el ad quem no sustentaron de qué manera el proyecto afectaría a la comunidad de forma directa y diferenciada; porque los argumentos restantes, esto es, la referencia al principio de precaución y la alusión al Plan Nacional de Desarrollo Municipal Guapi 2023, en el que se señala que la pesca es una de las actividades económicas del municipio, constituyen juicios generales de los posibles efectos del proyecto, sin concretar su impacto efectivo presente o futuro en relación con la comunidad Guapi Abajo. Tan es así que el ad quem, ante la insuficiencia en la acreditación de la afectación directa, como se refirió, trató de complementar su argumentación aludiendo de forma genérica al principio de precaución. En este sentido, la Sala considera que se trata de razonamientos hipotéticos que, además, no se corresponden con el alcance del "acuerdo de uso" invocado como desconocido en la tutela y las restricciones a la pesca en el Parque Gorgona, de manera que no se trata de afectaciones determinables y ligadas a la realidad material de la comunidad accionante.

96. Por todo lo anterior, la Sala concluye que no existe evidencia razonable y concreta, siquiera mínima, de la afectación directa a la comunidad accionante que se generaría con la ejecución del proyecto, de ahí que no sea procedente amparar la protección del derecho invocado, pues aquel no afecta la actividad pesquera de la comunidad y ellas pueden seguir usando la playa durante sus faenas de pesca, de manera que las actividades indicadas se continuarían adelantando bajo los mismos términos, si no existiera el proyecto.

97. Si bien lo analizado previamente constituye el fundamento central y suficiente para negar el amparo, esto es, por no acreditarse una afectación directa a la comunidad accionante, la Sala considera importante efectuar algunas consideraciones adicionales. Se resalta que durante el trámite tendiente a la ejecución del proyecto las entidades accionadas efectuaron actuaciones, en el marco de sus competencias, dirigidas a observar la garantía del derecho a la consulta previa. Ciertamente, la Armada como ejecutor del proyecto, antes de iniciar el trámite de licenciamiento y con ocasión de la modificación de la licencia, requirió al

Ministerio del Interior y a la DANCP para que determinaran la procedencia de la consulta previa, frente a lo que estas autoridades consideraron que no resultaba procedente (fj. 12 a 14 supra). En armonía con ello, la ANLA previo al otorgamiento de la licencia, y de su modificación, verificó que se contara con la determinación de la procedencia de la consulta previa por parte de las autoridades indicadas.

98. Adicionalmente, se destaca que la Armada y la ANLA realizaron actuaciones tendientes a garantizar el primer nivel de participación de las comunidades (fj. 59 supra). En efecto, en la respuesta al auto de pruebas, la Armada Nacional aludió a los distintos espacios de socialización del proyecto, mencionando la creación de un protocolo para la atención de peticiones de los distintos grupos de interés, así como reuniones con otras autoridades gubernamentales, comités científicos y con la sociedad civil, incluida la comunidad de pescadores (fj. 32 supra). En similar sentido, la ANLA manifestó (fj. 34 supra) que "[t]anto para la solicitud de licencia y como para su modificación, se dio cumplimiento a las disposiciones establecidas en el artículo 2.2.2.3.3.3. 'Participación de las comunidades' del Decreto 1076 de 2015, es decir, se brindó a las comunidades información sobre el alcance del proyecto, con énfasis en los impactos y las medidas de manejo propuestas, con el fin de valorar e incorporar en el estudio de impacto ambiental, en los eventos procedentes, los aportes recibidos durante este proceso". Asimismo, en las consideraciones de la Resolución 516 del 3 de marzo de 2022, mediante la cual se modificó la licencia inicial, se dejó constancia de la participación de las comunidades, de la que destaca la reunión del 27 de marzo de 2019, en la que participaron, entre otros, representantes de los pescadores en el sentido de indicar que "(…) con las obras y actividades propuestas para la construcción del muelle no se evidencia algún tipo de afectación en lo que a ellos concierne". Adicionalmente, la entidad referida expresó que en las distintas resoluciones que se han expedido, como la Resolución 516 del 3 de marzo de 2022, se han impuesto distintas obligaciones al titular de la licencia ambiental, "relacionadas con temas de participación y generación de espacios de socialización, de cara a los impactos ambientales identificados en el componente socioeconómico".

99. Finalmente, no obstante haberse descartado la procedencia de la consulta previa y de expresarse las actuaciones tendientes a evitar vulnerar este derecho, la Sala considera necesario reiterar las advertencias que la jurisprudencia ha hecho a la DANCP respecto del actuar diligente que debe desplegar para determinar la procedencia o improcedencia de la

consulta previa. En efecto, esta Corporación ha sido reiterativa en reprochar el actuar de la entidad indicada, por limitarse a certificar la presencia o no de comunidades éticas y determinar la procedencia de la consulta previa, limitando su estudio a un análisis cartográfico y geográfico, y a la revisión de bases de datos. En tal sentido, recientemente, en la Sentencia T-393 de 2024 se expresó: "[e]xplícitamente, la Corte ha señalado que, a partir de un recuento jurisprudencial en la materia, se han constatado las múltiples deficiencias en el trámite y expedición de las certificaciones por parte del Ministerio del Interior. Ello, ha precisado este Tribunal, atiende entre otras cosas a que (i) no se realizan visitas de verificación a las zonas de asentamiento de las comunidades y cuando estas se llevan a cabo de realizan de manera superficial; y (ii) la decisión se toma en razón de análisis cartográficos basados en la información suministrada por el interesado en ejecutar el proyecto, la información disponible sobre comunidades y territorios titulados en bases de datos de entidades del nivel central y, solo en algunos casos, en visitas de verificación".

100. Las falencias anteriores han dado lugar a que se formulen distintos exhortos y advertencias a la DANCP, en los cuales se le exige un mayor grado de diligencia y análisis para determinar la procedencia de la consulta previa. En este sentido, en la Sentencia T-393 de 2024 se le exhortó "para que, en lo sucesivo, adelante los procesos de certificación de presencia de grupos étnicos no solo con base en la información que reposa en la base de datos de la entidad; sino que alimente su estudio con consultas en las distintas entidades públicas y, si fuera necesario, efectúe una visita de campo al lugar de influencia del proyecto". En el caso bajo análisis, la Sala advierte nuevamente a la entidad indicada, para que observe los exhortos y advertencias que la jurisprudencia ha efectuado recurrentemente en las sentencias SU-123 de 2018, T-281 de 2019, T-444 de 2019, SU-121 de 2022, T-219 de 2022, T-039 de 2024 y T-393 de 2024. Esto se debe a que, en el caso sub examine, pese a haberse descartado la procedencia de la consulta previa por las razones expuestas, se observa que la DANCP incurrió en las mismas falencias de ausencia de análisis suficiente y carga de motivación, al emitir las certificaciones y resoluciones que determinaron la improcedencia de la consulta previa. En efecto, al revisar estos documentos, al igual que los informes técnicos que los fundamentaron (fj. 37 supra), se observa que su estudio se circunscribió a un análisis cartográfico y geográfico, y a la revisión de bases de datos, con fundamento en lo que desc