

T-541-19

Sentencia T-541/19

Referencia: Expediente T-6644764

Acción de tutela instaurada por Luís Hernando Perdomo, representante legal de la parcialidad indígena Jatani Dtona, contra el Instituto Nacional de Vías -INVÍAS- y otros.

Magistrado Sustanciador:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., catorce (14) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados José Fernando Reyes, quien la preside, Alberto Rojas Ríos y Carlos Bernal Pulido, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9.º de la Constitución, y en los artículos 33 y concordantes del Decreto Estatutario 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Tribunal Superior de Florencia -Caquetá- y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en primera y segunda instancia, respectivamente, en la acción de tutela instaurada por Luis Hernando Perdomo, representante legal de la parcialidad indígena Jatani Dtona, contra el Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-, el Consorcio Andino 049, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía -CORPOAMAZONÍA-.

I. ANTECEDENTES

Luis Hernando Perdomo, representante legal de la parcialidad indígena Jatani Dtona, actuando a través de apoderado, promovió acción de tutela contra el Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-, el Consorcio Andino 049, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía -

CORPOAMAZONÍA-, al considerar vulnerados los derechos fundamentales a la consulta previa, diversidad étnica y cultural, vida digna, igualdad, debido proceso, seguridad alimentaria y autonomía indígena. Para sustentar la solicitud de amparo narra los siguientes hechos:

1. Menciona que mediante Resolución núm. 728 de 2011, el INVIAS inició el proceso de licitación pública LP-SGT-SRN-049-2011 con el objeto de contratar el “mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del Proyecto Villagarzón – San José del Fragua Fase 2”, el cual se desarrollaría en el municipio de San José del Fragua entre la inspección de policía Fragueta y Yurayaco, e incluía obras de pavimentación y de mantenimiento en el tramo durante la ejecución del contrato, así como la construcción de siete puentes y pontones.
2. Expone que por Resolución núm. 2219 de 2012, el INVIAS adjudicó el mencionado contrato al Consorcio Andino 049.
3. Explica que el contrato de “mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del Proyecto Villagarzón – San José del Fragua Fase 2” es de larga duración e implica la realización de obras civiles, ocupación de cauces, aprovechamiento de recursos naturales, captación de aguas superficiales, vertimiento de aguas y explotación de material pétreo. De ahí que CORPOAMAZONÍA les haya otorgado permisos ambientales.[1]
4. Afirma que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior mediante certificación núm. 642 del 4 de abril de 2014, determinó que no se registra presencia de comunidades étnicas en el área donde se realizaría el plan de “mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del Proyecto Villagarzón – San José del Fragua Fase 2”, desconociendo que ese lugar es territorio ancestral del pueblo huitoto, del que son parte los indígenas de la parcialidad Jatani Dtona.
5. Explica que mediante la Resolución núm. 0094 de 2015, la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior los reconoció como comunidad indígena.
6. Manifiesta que los miembros de Jatani Dtona son descendientes directos del Clan Murui Muiane y han habitado el continente americano desde antes de la llegada de los europeos. Esta comunidad tiene una forma de vida única, basa su cosmovisión en su estrecha relación con la tierra y la expresan de distintas maneras, por ejemplo, a través de la caza, la

siembra, la pesca, la preservación de sitios sagrados y de importancia cultural como la maloka, el acceso a la medicina tradicional como el dormilón, marañón y cedrillo; así como la práctica de ceremonias de frutos, de pedir semillas al término de un trabajo, la menstruación, el bautizo, el nacimiento y la purificación.

7. El territorio de la parcialidad se ubica en el área rural del municipio de San José del Fragua, en la inspección de policía Fragueta, ocupando una extensión aproximada de 182 hectáreas, donde se encuentran distribuidos 29 asentamientos, “sitios de subsistencia”[2], cementerios, lugares sagrados, de pagamento, caza, pesca, y otros claves para su cultura y espiritualidad “en función de sus necesidades vitales en términos materiales y simbólicos”.[3]

8. El territorio ancestral de la parcialidad indígena accionante está dividido por la carretera Villagarzón - San José del Fragua, generando impactos ambientales sin un adecuado plan de manejo, además de afectar sus dinámicas sociales, la estabilidad de las viviendas y las actividades de caza y pesca, lo que ha atraído a “colonos que están ocupando los terrenos entre los lotes de la parcialidad”[4] y ha ocasionado conflictos entre los indígenas y los nuevos residentes por oponerse a la ejecución del contrato.

9. El desarrollo del proyecto implica una larga permanencia en la zona de personas extrañas a la comunidad con costumbres diferentes, así como la presencia de maquinaria, insumos y materiales, la generación de olores y ruidos, la iluminación permanente y la afectación a los cuerpos de agua por contaminación. Ello significa una amenaza cultural para los miembros de la parcialidad indígena, ya que para los huitoto “la noción de territorio tiene un significado más amplio al meramente legal o al que tiene un colono, trasciende a un nivel espiritual de conexión con las tierras donde desarrollan sus actividades religiosas, políticas, sociales y culturales”.[5]

10. El contrato de “mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del Proyecto Villagarzón - San José del Fragua Fase 2” afecta directamente la vida, creencias, instituciones, los caminos tradicionales, la vestimenta, la movilidad, el bienestar espiritual y de las tierras que ocupan los indígenas Jatani Dtona; por lo que debía agotarse el procedimiento de la consulta previa en los términos del numeral 1.º del artículo 7.º del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo -en adelante OIT-.

Trámite procesal a partir de la acción de tutela

12. Mediante auto del 21 de agosto de 2018, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Florencia avocó conocimiento de la acción de tutela y corrió traslado al Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-, al Consorcio Andino 049, a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y a la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía -CORPOAMAZONÍA-, para que ejercieran el derecho de defensa y contradicción. Asimismo, vinculó al Ministerio de Transporte.

Contestación de la tutela

Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía -CORPOAMAZONÍA-

13. Alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva. Asimismo, advirtió que desconoce la afectación de los derechos colectivos reclamados porque la entidad emitió los permisos de aprovechamiento forestal con base en las normas aplicables, sin que exista omisión o incumplimiento de la misión o responsabilidad asignada.

Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior

14. Se opuso a las pretensiones argumentando que la acción debe ser declarada improcedente por inexistencia de la vulneración reclamada y falta de inmediatez y subsidiariedad en el ejercicio de la tutela. Además, expresó la ausencia de demostración de la afectación reclamada.

Como sustento de su afirmación, el Ministerio señaló que la certificación núm. 642 de 4 de abril de 2014 no desconoció la existencia del territorio ancestral de la parcialidad indígena accionante porque se fundó en la información que reposa en las bases cartográficas y solicitudes espaciales y de titulación, entre otras, agregó que “en ningún momento se introdujo o se manifestó la existencia o no de dicha parcialidad indígena, cabe señalar señor juez que lo que se busca con dicha afirmación es confundir al estrado pues la existencia o no de una comunidad indígena en Colombia es muy distinto al registro de la presencia o no de determinada comunidad en este caso indígena en el área del proyecto a ejecutar”.[6]

Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-

15. Solicitó denegar el amparo invocado en razón a que no era obligatorio adelantar el procedimiento de la consulta previa, ya que solo fue hasta el año 2015 que el Ministerio del Interior reconoció la parcialidad indígena Jatani Dtona, es decir, con posterioridad a la adjudicación y ejecución del proyecto.

Agregó que la carretera objeto del contrato es de primer orden y de conformidad con el artículo 2.º de la Ley 1228 de 2008 dichas vías deben tener “una faja de retiro obligatorio de 60 metros, tomados desde la mitad a cada lado del eje de la vía”[7], lo cual es anterior a la fecha en que el Ministerio del Interior otorgó el reconocimiento a la parcialidad indígena, de modo que no podía exigírsele agotar la consulta previa.

Por tanto, concluyó que “la Maloka ubicada a solo siete metros de la vía deba ser reubicada, máxime cuando ya desde 1953 el decreto 2770 establecía una faja de retiro obligatorio de 30 metros para este tipo de vías, la mitad a cada lado del eje de la vía, disposición que tampoco soporta un análisis en beneficio de la Parcialidad toda vez que tampoco estaría cumpliendo con tal distancia”.[8]

Ministerio de Transporte

16. Contestó la tutela solicitando la desvinculación de la entidad por falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que la cuestión planteada debe ser resuelta por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, conforme a lo normado en el artículo 16 del Decreto 2893 de 2011.

Hidalgo e Hidalgo Colombia S.A.S. miembro del Consorcio Andino 049

17. Respondió la acción advirtiendo que en este caso se está en presencia de un hecho superado porque el contrato finalizó el 9 de diciembre de 2015 según el acta de entrega y recibo definitivo suscrita entre el Consorcio 049 y el INVIAS, por lo que dicho consorcio desapareció después de la liquidación bilateral del contrato ocurrida el 30 de mayo de 2018. Por lo anterior, expuso que la presente petición de amparo no satisface el requisito de la inmediatez.

Finalmente, añadió que existe la falta de legitimación en la causa por pasiva en razón a que no es la encargada de adelantar la consulta previa, además actuó bajo la convicción y la

confianza que le generó el Ministerio del Interior al expedir las certificaciones Nos. 642 y 2015 de 2014, donde informó que en el área de influencia del proyecto no se registraba presencia indígena.

Primera instancia

18. En sentencia del 4 de septiembre de 2018 la Sala Única del Tribunal Superior de Florencia negó el amparo deprecado, al encontrar que la actora “no soportó probatoriamente, el aludido reconocimiento legal al que fueron elevados los asentamientos indígenas Jatani Dtona de la familia Huitoto, todo, en busca de hacer viable la concesión al amparo constitucional. Aún más, cuando de la búsqueda exhaustiva que se hizo en el portal web oficial del Ministerio del Interior (...) no se avistó la resolución 094 del 14 de septiembre de 2015, la cual presuntamente los reconoció como Parcialidad Indígena”. [9]

Concluyó que al no haber los mínimos medios de prueba que permitiesen constatar la vulneración reclamada, no hay certeza de que existen los asentamientos indígenas, “que comprenden un margen territorial amplio y de proximidad cercana al área de influencia del proyecto en ejecución”, en virtud de lo cual fuere exigible el agotamiento de la consulta previa.

Impugnación

19. Reiteró lo expuesto en el escrito inicial y solicitó revocar el fallo de primera instancia y en su lugar, ordenarle a las accionadas que en el término de cuarenta y ocho horas, adelanten el procedimiento de la consulta previa con la parcialidad indígena Jatani Dtona, por verse afectada con el desarrollo del contrato de “mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del Proyecto Villagarzón – San José del Fragua Fase 2”.

Sostuvo que si bien el trámite de tutela es sumario e informal, ello no autoriza al fallador para que adopte la decisión sin valorar el material probatorio que sirvió de sustento para su formulación. En ese sentido, el Tribunal Superior de Florencia omitió valorar pruebas aportadas al plenario como fotografías y planos del lugar, las cuales evidenciaban el impacto del proyecto en la forma de vida de la comunidad étnica. Además, el fallador pudo solicitar de oficio las pruebas que estimaba esenciales para emitir su sentencia.

Finalmente, en cuanto al reconocimiento de la parcialidad indígena por parte del Ministerio del Interior explicó que tiene un carácter meramente declarativo, empero, no quiere decir que a partir de ese momento exista la comunidad indígena como tal, ya que lo que se “declara una condición ex tunc constituida cientos de años atrás, incluso desde antes de la misma constitución del Estado”. [10]

Segunda instancia

20. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 3 de octubre de 2018, decidió la impugnación confirmando la decisión del a quo, al encontrar que la comunidad indígena no acudió previamente ante los accionados a fin de solicitarles el agotamiento de la consulta previa, tornando improcedente la tutela. [11]

Asimismo, afirmó que el asunto carece de inmediatez ya que el contrato objeto de la reclamación se adjudicó en el año 2012 y concluyó su ejecución a finales del 2014, “es decir, se desarrolló a ciencia y paciencia de los supuestos agraviados, pero solo tres años después se implora la salvaguarda, lo que excluye la posibilidad de un perjuicio irremediable”. [12]

Pruebas aportadas en instancia

21. Copia del Concepto Técnico núm. 0825 de Evaluación de Solicitud de Aprovechamiento Forestal Único del 22 de noviembre de 2013, por el cual CORPOAMAZONÍA autorizó al Consorcio Andino 049 para que efectuara un aprovechamiento forestal único en treinta y cinco predios de propiedad privada, en el desarrollo del proyecto de “Mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del proyecto Villa Garzón – San José del Fragua Fase 2 para el programa corredores prioritarios para la prosperidad” (fls. 66-72).

22. Copia de la Resolución núm. 642 de 4 de abril de 2014, expedida por el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, por la cual se certificó que no se registra presencia étnica en el área del proyecto de “Mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del proyecto Villa Garzón – San José del Fragua Fase 2 para el programa corredores prioritarios para la prosperidad” (fls. 38-39).

23. Copia de la Resolución núm. 2015 de 18 de diciembre de 2014, expedida por el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, por la cual se certificó que no se registra presencia étnica en el área del proyecto del “contrato 545 de 2012, suscrito con el INVIAS: Mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del proyecto Villa Garzón – San José del Fragua Fase 2 para el programa corredores prioritarios para la prosperidad” (fls. 36-37).

24. Copia del oficio OFI14-22114-DCP-2055 del 21 de junio de 2017, por el cual la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior informó que “revisadas las bases de datos y el Sistema de Información de Consulta Previa –SICOP, en relación con el mejoramiento de vías, se encuentra registro de los siguientes procesos de consulta (...)”, dentro de los cuales no se encuentra el proyecto de “mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del Proyecto Villagarzón – San José del Fragua Fase 2” (fls. 48 a 50).

25. Copia del Oficio SNR 99452 del 9 de agosto de 2017, por el cual el Subdirector Técnico Nacional de Carreteras del Instituto Nacional de Vías informó que “[a] través del contrato de obra 545 de 2012, se pavimentaron 28.27 km de conformidad con lo consignado en el acta de entrega y recibo definitivo de la obra suscrita el 9 de diciembre de 2014 (...) Así mismo, se efectuó el mejoramiento mediante la construcción de 7 puentes (...)” (fl. 51).

26. Cd. con toda la actuación contractual donde obra: (i) el Acuerdo consorsorial por medio del cual se creó el Consorcio 049, junto con los otrosíes 1 y 2; (ii) el acta de entrega y recibo definitivo de la obra, suscrito entre el INVIAS y el Consorcio 049; (iii) el Acta de liquidación bilateral del contrato de obra; (iv) oficio SRN 114696 del 18 de octubre de 2017, por medio del cual el INVIAS certificó los trabajos ejecutados por el Consorcio Andino 049; (v) el contrato de obra pública junto con sus modificaciones y adiciones; (vi) orden de iniciación del contrato; y (vii) las certificaciones 642 del 4 de abril y 2015 del 18 de diciembre de 2014 del Ministerio del Interior, según las cuales en el área de influencia del contrato no existía presencia indígena (fl. 208).

II. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

Solicitud de pruebas

27. Mediante auto del 17 de mayo de 2018, el Despacho sustanciador decretó las siguientes pruebas:

Ø Al Instituto Nacional de Vías -INVÍAS- y al Consorcio Andino 049, que: (i) remitieran los documentos que conforman el contrato de “mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del Proyecto Villagarzón – San José del Fragua Fase 2”, e informaran sobre la ejecución del mismo, dando cuenta sobre el lugar donde se ejecutó, la fecha de iniciación y terminación del mismo y el estado actual; (ii) si con ocasión del contrato de “mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del Proyecto Villagarzón – San José del Fragua Fase 2” adelantaron el procedimiento de consulta previa con alguna comunidad étnica de la región y, concretamente, si se adelantó con la parcialidad indígena Jatani Dtona; y (iii) si a propósito de la ejecución del contrato para el “mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del Proyecto Villagarzón – San José del Fragua Fase 2”, se adelantaron reuniones de socialización o si enteraron a la comunidad que se hallaba dentro del área de influencia del proyecto, indicando si se realizó específicamente con la parcialidad indígena Jatani Dtona. De lo anterior debían aportar la documentación de respaldo.

Ø Al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, que certificara el área que comprende la parcialidad indígena Jatani Dtona y si la atraviesa o se encuentra cercana a ella el tramo de la vía Villagarzón – San José del Fragua, intervenido con el contrato de “mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del Proyecto Villagarzón – San José del Fragua Fase 2”, para lo cual debía aportar la cartografía donde pudieran identificarse los lugares certificados.

Ø Al Ministerio del Interior para que allegara la documentación que acredita el reconocimiento de la parcialidad indígena Jatani Dtona y certificara si en el área del contrato de “mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del Proyecto Villagarzón – San José del Fragua Fase 2” hay presencia indígena.

Ø A la parcialidad indígena Jatani Dtona que a través de su representante legal, informara: (i) ¿por qué si las obras de “mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del Proyecto Villagarzón – San José del Fragua Fase 2” iniciaron en el año 2012, apenas en el 2017 se acudió a la acción de tutela?; (ii) ¿fueron enterados de la realización del proyecto? ¿de qué forma?; (iii) ¿actualmente se está ejecutando el contrato de “mejoramiento, gestión social,

predial y ambiental del Proyecto Villagarzón – San José del Fragua Fase 2”; (iv) ¿cómo se ve afectada la comunidad étnica con la ejecución del mismo?; (v) ¿a través de qué mecanismos le ha solicitado al Instituto Nacional de Vías -INVÍAS- y al Consorcio Andino 049 realizar el procedimiento de la consulta previa?; y (vi) ¿han puesto en conocimiento del Instituto Nacional de Vías -INVÍAS- y del Consorcio Andino 049 la afectación que les genera la presencia de personas extrañas, el asentamiento de campamentos, el ruido, los olores y demás hechos consignados en el escrito de amparo?

Ø Al Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICANH-, a la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional y a la Organización Nacional Indígena de Colombia – ONIC, que emitieran su concepto sobre la visión histórico antropológica de los hechos referidos por la comunidad actora en la acción de tutela, específicamente aquello relacionado con la cosmovisión del pueblo indígena descendiente de los Huitoto, la importancia de la conexión espiritual con el territorio, sus actos ceremoniales y rituales de pago y, la incidencia de las obras de “mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del Proyecto Villagarzón – San José del Fragua Fase 2” en la pervivencia de su cultura.

Respuesta al auto de pruebas

28. La Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior contestó el requerimiento informando que consultadas las bases de datos de la entidad se halló que la comunidad indígena Jatani Dtona Portal Fragueta fue reconocida mediante la Resolución núm. 0094 del 14 de septiembre de 2015 y se encuentra asentada en el municipio de San José del Fragua, Caquetá.

Asimismo, refirió que las certificaciones de no presencia indígena en el área del proyecto de “Mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del proyecto Villa Garzón – San José del Fragua Fase 2 para el programa corredores prioritarios para la prosperidad” para el INVÍAS y el Consorcio Andino 049 a propósito del “Contrato No. 545 de 2012 suscrito con la entidad INVÍAS: mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del proyecto Villa Garzón – San José del Fragua Fase 2 para el programa corredores prioritarios para la prosperidad” (certificaciones núms. 642 de 4 de abril de 2014 y 2015 de 18 de diciembre de 2014), se basaron en la normativa y actos administrativos vigentes.[13] Asimismo, allegó la siguiente

documentación:

29. Copia del contrato 545 del 4 de junio de 2012, suscrito entre el INVIAS y el Consorcio Andino 049, para el “Mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del proyecto Villa Garzón – San José del Fragua Fase 2 para el programa corredores prioritarios para la prosperidad”, cuyo plazo fue de 27 meses, para la realización de obras de infraestructura en el área mencionada.[14]

30. El 28 de marzo de 2014, el representante legal de Mayorga y Abogados S.A.S., le solicitó a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, certificar si en el área del proyecto de “Mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del proyecto Villa Garzón – San José del Fragua Fase 2 para el programa corredores prioritarios para la prosperidad”, existía presencia étnica.[15]

31. Resolución núm. 642 de 4 de abril de 2014, referida en el punto 22 de esta providencia.[16]

32. El 6 de junio de 2014, las sociedades Hidalgo e Hidalgo Sociedad Anónima, e Hidalgo e Hidalgo Colombia S.A.S. suscribieron un acuerdo consorcial a efecto de participar en la licitación adelantada por el INVIAS a fin de contratar el proyecto de “Mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del proyecto Villa Garzón – San José del Fragua Fase 2 para el programa corredores prioritarios para la prosperidad”.[17]

33. El 9 de diciembre de 2014, el Consorcio Andino 049 le solicitó a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, certificar si en el área del proyecto de “Mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del proyecto Villa Garzón – San José del Fragua Fase 2 para el programa corredores prioritarios para la prosperidad”, existía presencia étnica.[18]

34. Resolución núm. 2015 de 18 de diciembre de 2014, referida en el punto 23 de esta providencia.[19]

35. Resolución núm. 0094 de 14 de septiembre de 2015, expedida por el Director de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, “Por la cual se inscribe en el registro de comunidades indígenas, la comunidad Jatani Dtona Portal Fragüita del Pueblo

Uitoto, con unidades familiares ubicadas en el corregimiento Fragüita en jurisdicción del área rural del municipio de San José del Fragua, departamento del Caquetá”.[20]

36. La comunidad indígena Jatani Dtona contestó el requerimiento a través de su apoderado judicial, en el cual informó que no acudió antes a la acción de tutela porque no conocían “mucho de normas y leyes que nos ampara (sic), solo teníamos presente conglomerar las familias de la comunidad en el territorio ancestral frente a la presencia de grupos armados ilegales”.[21] Agregaron que en el año 2014 cuando iniciaron las obras del Consorcio Andino 049, la comunidad le manifestó a los contratistas que se oponía a las obras que atravesaban su parcialidad. Sin embargo, como los predios no les pertenecían a los indígenas y Jatani Dtona no estaba registrada ante el Ministerio del Interior, no contaban con herramientas jurídicas para defenderse.

38. La parte actora añadió que cuando la construcción de la carretera se avecinaba a la inspección de Fraguita, el Consorcio Andino 049 socializó con la comunidad la realización del proyecto, informándoles que contaban con los permisos para las obras, por donde pasaría la carretera y sobre los pagos por las mejoras en los predios de algunos comuneros.

39. En cuanto a la ejecución de las obras en el escrito radicado ante la Corte se señala que el “proyecto de construcción de carretera ya culminó (sic), pero en su último año de ejecución, construyeron una locación para transformación de piedra a gravilla a 300 metros aproximadamente de donde se encuentra asentada la comunidad. La cual es utilizada por el Consorcio 069 operando en la actualidad en la construcción de dos puentes (Puente el Yumal y el Puente San Pedro), y que este consorcio se conforma por la misma empresa del Consorcio Andino 049. Esta locación ha afectado fuertemente un sitio ancestral de la comunidad, que se denomina como Portal Fraguita, transformando en su esencia el espacio espiritual y cosmogónico, las costumbres y la intervención de nosotros en este lugar milenario, además, la bulla por el trabajo diurno y nocturno triturando piedras, generando polvo en grandes magnitudes, estos hechos nos impedían concentrarnos en el círculo de la palabra, donde todas las noches nos reunimos a dialogar hasta media noche, o más dependiendo de las circunstancias, afectando de esta misma forma a la inspección de Fraguita para esta intervención si no hubo ningún tipo de acercamiento o socialización”.

40. La comunidad indígena accionante afirmó que junto a los ancianos, mambeadores y las familias de la comunidad encontraron afectaciones “inconmensurables desde el ámbito vivificador de la palabra impregnada desde el principio y materializada en Jibina y Diona, en el ámbito consuetudinario del pueblo Murui Muina”. Resaltaron que existe la necesidad de recuperar su forma de vida afectada por el conflicto armado interno, reviviendo bailes tradicionales, rituales, el dialecto, el gobierno propio y salvaguardar el Portal Fragueta como sitio sagrado para el pueblo Murui Muina.

Agregaron que los operadores del proyecto deterioraron, extrajeron y contaminaron su territorio, lo cual hizo que se sintieran cohibidos y desamparados. Señalaron que la construcción de la carretera por la mitad de su territorio atrajo colonos con nuevas costumbres, dando lugar a la apertura de bares y lugares donde “explotan a las mujeres”, incentivando a que los jóvenes dejen actividades tradicionales y se occidentalicen.

Señalaron que se sufrieron impactos con la intervención dentro del Portal Fragueta por donde pasa el río Fragueta sin consultar, ni mitigar las afectaciones; así como la construcción de una locación para extraer grava del mismo río y procesarla, generando bulla constante, contaminación, material particulado, polvo y ahuyentando animales que cazan para su alimentación. Resaltaron que en la actualidad la maloka de la comunidad se encuentra a menos de 7 metros de la carretera, generando constante ruido de los carros que transitan, sin que haya señalización donde exprese que hay una comunidad indígena con una sede educativa llamada Wayuma, donde estudian 28 niños, siendo muy frecuente el paso de ellos por la carretera para llegar a sus casas.

Destacaron que la comunidad “en su actualidad no ha logrado agruparse, por la misma división del terreno que genera la carretera, extralimitándonos a un lote de tierra, donde nos impide el desarrollo social, en construir la escuela y una transformadora como iniciativa empresarial de comercializar aji amazónico en polvo, contemplado en el plan de vida y desarrollo de la comunidad, con objeto de implementar las economías propias (...)”.[23]

41. Finalmente, señalaron que con el INVIAS nunca han tenido contacto, solamente con el Consorcio Andino 049, a quienes a través del cabildo se les notificaba sobre alguna anomalía que se presentaba y los afectaba, para lo cual adelantaban reuniones y firmaban actas, sin embargo, la comunidad no era enterada de eso, máxime si se tiene en cuenta que

los Jatani Dtonano no hacen ningún tipo de acuerdo o compromiso por fuera de la maloka.[24]

42. La decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia se excusó para presentar el concepto solicitado en razón a que no cuenta con el personal ni el presupuesto suficiente para asignar un investigador que pudiera emitirlo.[25]

43. El Instituto Geográfico Agustín Codazzi contestó el requerimiento informando que no se encontró el resguardo dentro del territorio mencionado, por lo que solicitan allegar el certificado de libertad y tradición así como el título de adjudicación que emite el INCODER, dado que en la tutela no hay datos exactos para ubicarlo.[26]

44. El Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICANH- acerca de los Huitoto[27] explicó que su nombre tradicional es Múruí Muinane e históricamente han habitado la región del medio río Caquetá, en los departamentos de Amazonas, Putumayo y Caquetá. En ese último, la población de esa etnia representa el 10.8% del total, es decir, 693 personas; mientras que en los otros dos equivale al 57.8% y 21.2%, respectivamente.[28]

Señala que a comienzos del siglo XX sufrieron graves vejámenes por parte de los caucheros, así como una “desestructuración” (sic) de sus sistemas tradicionales de organización y subsistencia; y en la guerra entre Colombia y Perú en 1930, muchos migraron hacia la zona del río Caquetá donde iniciaron un lento proceso de recuperación sociocultural. En la década de los sesenta se caracterizaron por ser grupos pequeños de población -entre 200 y 300 personas- encontrándose en un proceso de “deculturación” (sic). Sin embargo, desde la década de los ochenta se creó el Resguardo “Predio Putumayo” -ubicado entre el Amazonas y el Putumayo-, y se puso en práctica un nuevo modelo de organización del territorio que permitió una mayor integración étnica y social.

No obstante, el ICANH refiere que los huitoto han sufrido el conflicto armado interno que los ha llevado a desplazarse de las áreas rurales a las urbanas, donde intentan recuperar el tejido social. Por lo que son una comunidad vulnerable que poco a poco ha ido recobrando su cultura como mecanismo de pervivencia.

45. De otra parte, el Instituto abordó la cosmovisión del pueblo huitoto, que explica su origen mitológicamente, bajo la idea que emergieron de un orificio de la tierra escogido por

el dios Moma por ser el canal por el cual la tierra respira. Asimismo, el personaje principal es Jitoma y, según el mito de la creación, el héroe Buinama repartió entre sus cuatro hijos las ramas de un palo de yuca y dejó para sí el tronco principal, los cuales representan los distintos bailes que practican los miembros de la comunidad.

Explicó que a través de los bailes y cantos rituales, los huitoto presentan la relación íntima que guardan con su entorno, los alimentos que producen, la construcción de una nueva maloka, el nacimiento o muerte de un miembro de la comunidad y la producción de maguaré. Así mismo, la conexión entre los seres espirituales, su territorio, la comida y los rituales, se refleja en la forma como habitan y organizan su territorio, constituido por una serie de lugares interrelacionados de manera ordenada, diferenciando entre sitios prohibidos[29], encantados[30], comunales[31] y zonas de reserva.[32]

46. La entidad afirmó que para esta comunidad indígena la maloka fue inicialmente su lugar de habitación, pero hoy en día es el sitio donde realizan cantos, bailes y ceremonias para prevenir enfermedades, propiciar buenas cosechas y garantizar la cohesión del grupo; es el eje de la vida sociocultural y en ella se transmiten oralmente las historias, mitos, ritos, usos y costumbres; también se enseña la lengua materna y la forma de trabajar la chagra, se ofrece consejo y se comparte la sabiduría. Asimismo, se sana el cuerpo, la mente y el espíritu de las personas y del medio ambiente; se planifica y se imparte justicia restaurativa.

47. De acuerdo con el Instituto, los huitoto están organizados en un sistema jerarquizado de clanes y linajes patrilineales y exogámicos, donde la máxima autoridad la ejerce el cacique. Actualmente viven en viviendas individuales por núcleo doméstico alrededor de la maloka. Concretamente, en el Caquetá viven asentados de forma dispersa en el área rural, organizados en resguardos y asentamientos rurales.

48. Según el ICANH, la comunidad Indígena Jatani Dtona obtuvo el reconocimiento por parte del Ministerio del Interior mediante la Resolución No. 0094 de 14 de septiembre de 2015. No obstante, la presencia de grupos armados, cultivos ilícitos y explotación minera, maderera, ganadera y agroindustriales, ha causado un alto impacto en la vida de los pobladores, quienes se han visto forzados al desplazamiento, confinamiento e intranquilidad; poniendo en riesgo su seguridad alimentaria y pervivencia, causando el

debilitamiento organizativo y la fractura del tejido social.

49. Sobre la base de lo expuesto conceptúa que las entidades involucradas podrían realizar una visita de campo a efecto de determinar las posibles afectaciones en la vida cotidiana de la comunidad Jatani Dtona, para medir el impacto de las actividades propias del proyecto de mejoramiento vial, teniendo en cuenta “la fragilidad que se ha ido formando en su propio proceso histórico y el reconocimiento del peligro”[33], siendo necesario “actuar con prudencia para atender y garantizar los derechos de este pueblo”. [34]

Auto de nulidad

50. Por auto 412 del 3 de julio de 2018, la Sala Octava de Revisión declaró la nulidad de todas las actuaciones surtidas en el trámite de tutela de la referencia, desde el auto admisorio de la demanda, proferido el 9 de noviembre de 2017, por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Florencia. En consecuencia, ordenó devolver el expediente a dicha autoridad judicial para que rehiciera la actuación a partir de la providencia referida. Lo anterior, con el fin de que notificara en debida forma al representante legal de Hidalgo e Hidalgo S.A.S., compañía que conformaba el Consorcio Andino 049 y demás partes que considerara pertinentes.

Sin perjuicio de lo precedente, en aras de proteger los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de los sujetos procesales, dispuso, en primer lugar, que se mantuvieran las pruebas que ya obraban en el expediente y, en segundo lugar, que una vez se hayan proferido las decisiones de instancia, el expediente fuera enviado nuevamente al despacho del magistrado sustanciador para que se surtiera la respectiva decisión de fondo en sede de revisión[35].

III. CONSIDERACIONES

Competencia

51. Esta Sala es competente para examinar los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Presentación del caso, planteamiento del problema jurídico y metodología de la decisión

52. El señor Luis Hernando Perdomo, autoridad tradicional indígena, actuando a través de apoderado judicial, interpuso acción de tutela contra el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS-, el Consorcio Andino 049, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía -CORPOAMAZONÍA-, al considerar vulnerados los derechos fundamentales a la consulta previa, diversidad étnica y cultural, vida digna, igualdad, debido proceso, seguridad alimentaria y autonomía indígena, toda vez que se adelantó el proyecto de “Mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del proyecto Villa Garzón – San José del Fragua Fase 2 para el programa corredores prioritarios para la prosperidad”, sin garantizarles la participación a través del procedimiento de la consulta con la comunidad indígena.

Lo anterior, se justificó en que para la época de adjudicación y ejecución del contrato la comunidad indígena accionante no estaba reconocida por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior ya que estaban cumpliéndose los trámites para ello.

53. A partir de lo expuesto, corresponde a la Sala Octava de Revisión determinar si (i) la presente acción de tutela es procedente para reclamar la protección del derecho a la consulta previa de un proyecto de infraestructura que ya culminó; y en caso de resultar viable, le corresponde resolver el siguiente interrogante (ii) ¿las accionadas vulneraron el derecho a la consulta previa de la comunidad indígena Jatani Dtona, al no haber certificado su presencia en la zona de influencia del proyecto y no haber desarrollado el proceso de participación étnico, cuando si bien el plan de mejoramiento de la infraestructura vial no se traslapa con sus tierras colectivas tituladas, existen elementos que dan cuenta de la presunta proximidad de las comunidades y de posibles impactos en el territorio ocupado por ellas?

Para responder lo planteado en el párrafo anterior, la Corte abordará los siguientes puntos: (i) la consulta previa como expresión del principio constitucional de la diversidad étnica y cultural; (ii) el concepto de afectación directa y las competencias del Ministerio del Interior en relación con la certificación de existencia de comunidades étnicas y, finalmente, (iii) el caso concreto.

La consulta previa como expresión del principio constitucional de la diversidad étnica y cultural. Reiteración de jurisprudencia

El principio constitucional de la diversidad étnica y cultural

54. De los artículos 1.º, 7.º, 8.º, 9.º y 70 del texto superior se deriva el principio de la diversidad étnica y cultural, como expresión del carácter democrático, participativo y pluralista del Estado colombiano, que reconoce y acepta la multiplicidad de formas de vida y cosmovisiones. La Corte ha interpretado dicho mandato como la garantía de pervivencia y participación, en condiciones dignas e iguales, de las distintas culturas que coexisten en el territorio de la nación.[36]

55. La jurisprudencia ha entendido que, en virtud de este principio, los pueblos indígenas o tribales gozan de un tratamiento especial, conforme a los valores culturales y las particularidades propias de su condición[37], de ahí que existan disposiciones constitucionales que reconocen el derecho de propiedad de resguardos y tierras colectivas de carácter inalienable, imprescriptible e inembargable[38]; la jurisdicción especial[39]; el derecho a gobernarse por sus propias autoridades según sus usos y costumbres[40]; y un régimen especial de representación en el Congreso para las comunidades indígenas y los grupos étnicos[41], entre otras disposiciones.

56. En ese contexto, la aplicación de este postulado no solo implica reconocer la existencia del grupo minoritario diferenciado, sino también el ejercicio efectivo de la autodeterminación de los pueblos indígenas o tribales, sus instituciones y autoridades de gobierno, y la posibilidad de guiarse por sus propias normas, costumbres, opciones de desarrollo, visión del mundo y proyectos de vida.[42]

54. En suma, la Constitución reconoce el principio de diversidad étnica y cultural de la Nación, en virtud del cual las comunidades indígenas gozan de una protección especial de su cultura -costumbres, valores, tradiciones ancestrales-, cosmovisión, identidad social, religiosa y jurídica, autonomía, autodeterminación y territorio. De este modo le corresponde al Estado garantizarla a través de mecanismos adecuados que faciliten la participación libre e informada de los pueblos étnicos, pues lo contrario, supondría una amenaza la pervivencia de los mismos.

El derecho fundamental a la consulta previa

55. El derecho a la consulta previa encuentra su fundamento en el Convenio 169 de

1989[43] de la OIT que reconoce a los indígenas como comunidades étnicamente diferenciadas, con su propia cultura, forma de vida, organización social, costumbres, lengua y leyes, entre otras[44]; que no deben ser discriminadas[45] y, por el contrario, establece la necesidad de que los Estados adopten medidas para salvaguardarlos tanto a la comunidad como a sus miembros, instituciones, bienes, trabajo, cultura y medio ambiente[46]; para lo cual establece el mecanismo de la consulta y la participación informada, previa y libre en todas las decisiones que los afectan[47], como expresión del derecho a decidir sobre su destino.[48]

56. Además dispuso que internamente los Estados deben desarrollar una acción coordinada y sistemática con el propósito de proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales, asegurando la concurrencia de las instituciones, los mecanismos apropiados de participación y la articulación entre los procesos de desarrollo y la protección de formas de vida ancestrales. Lo anterior encuentra fundamento normativo en los artículos 40 y 330 de la Constitución.

En orden a lo anterior, la Corte ha derivado que las colectividades étnicas tienen derecho a:

“(i)[T]ener su propia vida cultural, (ii) profesar y practicar su propia religión como manifestación cultural, (iii) preservar, practicar, difundir y reforzar otros valores y tradiciones sociales, culturales, religiosas y espirituales, así como sus instituciones políticas, jurídicas, sociales, culturales, etc. (iv) emplear y preservar su propio idioma, (v) no ser objeto de asimilaciones forzadas; (vi) conservar, acceder privadamente y exigir la protección de los lugares de importancia cultural, religiosa, política, etc. para la comunidad; (vii) conservar y exigir protección a su patrimonio cultural material e inmaterial; (viii) utilizar y controlar sus objetos de culto; (ix) revitalizar, fomentar y transmitir a las generaciones presentes y futuras sus historias, tradiciones orales. Filosofía, literatura, sistema de escritura y otras manifestaciones culturales; (x) emplear y producir sus medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales; (xi) participar en la vida cultural de la Nación; (xii) seguir un modo de vida según su cosmovisión y relación con los recursos naturales; (xiii) preservar y desarrollar su modos de producción y formas económicas tradicionales; y (xiv) exigir protección de su propiedad intelectual relacionada con obras, creaciones culturales y de otra índole”[49].

Retomando lo expuesto, la consulta previa como expresión de los mandatos contenidos en la Carta Política, implica la creación de una serie de herramientas y dispositivos encaminados a formalizar las obligaciones que tienen las autoridades públicas frente a los grupos étnicos residentes en el país.

57. Sobre la base de los instrumentos internacionales y la Carta Política, la Corte ha entendido que la consulta previa establece: (i) para los gobiernos la obligación de consultar a los pueblos étnicamente diferenciados, en ejercicio de la buena fe y mediante procedimientos apropiados las decisiones legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; y (ii) para las comunidades indígenas el derecho fundamental a que en ejercicio de su autonomía participen libremente a través de sus autoridades o instituciones representativas en la aprobación de las medidas propuestas.[50]

58. En ese contexto, desde la década de los noventa este Tribunal[51] identificó los objetivos que persigue la consulta previa con las comunidades indígenas, así: (i) conferir el conocimiento pleno sobre los proyectos y decisiones que les afectan directamente ; (ii) ilustrar sobre la afectación o menoscabo que puede traer la ejecución de la medida a su cultura y forma de vida singular; y (iii) brindar la oportunidad para que de manera libre valoren las ventajas y desventajas del proyecto de cara a sus necesidades, y sean escuchadas sus inquietudes y pretensiones, y puedan pronunciarse sobre su viabilidad.

59. Asimismo, por vía jurisprudencial esta Corporación en la sentencia SU-097 de 2017[52], sintetizó los principios bajo los cuales se rige la consulta previa[53], así:

“Criterios generales de aplicación de la consulta: (i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afro descendientes sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de

diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (iv) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afro descendientes.

Reglas específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta: (vii) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (viii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (pre consulta o consulta de la consulta); (ix) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad interesada; y, (x) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (xi) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social”[54].

De lo anterior, se concluye que la consulta previa es una garantía de reconocimiento de los pueblos indígenas o tribales como sujetos de derecho susceptibles de protección del Estado, siendo imprescindible asegurar que la adopción de las decisiones que afecten directamente su subsistencia, integridad y cultura, cuenten con su participación libre e informada. De ello se deriva su carácter ius fundamental, al ser el mecanismo por el que se asegura la protección y preservación de la integridad étnica y cultural de las comunidades como grupo diferenciado.[55]

60. Igualmente, en la sentencia SU-123 de 2018 esta Corporación señaló que el principio de buena fe debe orientar las actuaciones y medidas que se adopten en el proceso de consulta. Además, que se debe garantizar la participación efectiva y libre del grupo étnico a través de la realización de un diálogo culturalmente adecuado entre los participantes del proceso, que, a su vez, se tienen como iguales en la conversación.[56]

En el mismo sentido, la Corte aseveró que “(...) sin la consulta previa no resulta posible i) maximizar el grado de autonomía que requieren los pueblos indígenas de la región para conservar su integridad étnica y cultural, ii) determinar para cuáles pueblos indígenas y tribales la coca es una planta sagrada, y deberá seguir siéndolo dadas las implicaciones que

en su cultura tiene ésta conceptualización, iii) en qué casos del cultivo de la coca depende la supervivencia del pueblo, dada la modalidad de sombrero que la plantación brinda a las otras plantaciones en algunas regiones y épocas, y iv) lo trascendente de la utilización de la planta de coca en sus prácticas curativas y rituales[57]”[58].

61. De otra parte, es preciso advertir que la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos a la participación y a la consulta, no pierde vigencia aun cuando la obra que afecta a la comunidad étnica ya se ha ejecutado o cuando las decisiones que perjudican a una comunidad están implementándose.[59] En lo que se refiere a la primera, este Tribunal ha admitido la procedencia del amparo cuando las afectaciones aun producen efectos, haciendo necesaria la intervención del juez constitucional para proteger los derechos fundamentales y adoptar medidas de reparación en el contexto de un proceso postconsultivo.[60]

Recientemente, la Corte en la sentencia T-281 de 2019 en relación con la consulta previa señaló que “es una garantía que en principio le corresponde al Estado, pero que convoca también a personas de derecho privado. En relación con el aparato estatal implica que este consulte sus proyectos y planes, en forma previa e interactiva, y en relación con los particulares implica la “debida diligencia” referida al esmero por “identificar, prevenir, mitigar y responder a las consecuencias negativas de sus actividades”[61] en relación con los derechos de los grupos étnicos”.

62. Lo anterior, expresa la trascendencia del derecho a la consulta previa, siendo menester advertir que no existe una única fórmula de hacerla efectiva, porque depende de las características de la comunidad afectada, así como de los componentes de la medida. En todo caso, implica la adopción de todas las atribuciones establecidas en cabeza de la administración pública, “de manera que el proceso logre articular a todas las personas y permita un diálogo claro, sincero, completo y fructífero”. [62]

El concepto de afectación directa y las competencias del Ministerio del Interior en relación con la certificación de existencia de comunidades étnicas. Reiteración de jurisprudencia

La afectación directa

63. Con base en el Convenio 169 de la OIT y la Guía de Aplicación del citado Convenio, la

Corte ha identificado dos niveles de afectación en el caso de las comunidades indígenas y tribales: (i) la definición de políticas y programas que les conciernen respecto de lo cual existe un derecho general de participación; y (ii) la adopción de medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente, caso en el cual hay lugar a que se agote la consulta previa.[63] Recientemente en la sentencia T-151 de 2019, este Tribunal expresó:

“[E]l nivel de afectación determina la obligatoriedad de adelantar el proceso de consulta. De ese modo, se ha precisado que la afectación puede ser general, cuando supone la ejecución de una serie de planes o proyectos que impactan a todas las comunidades étnicas y a la sociedad de forma común; y particular, en cuyo caso es necesario la implementación del mecanismo de consulta por cuanto perturba de forma especial y diferenciada a un grupo cultural. En cuanto a las implicaciones que se derivan de esta última categoría, la Corte ha recalcado que conlleva una alteración directa y efectiva de las tradiciones, usos y costumbres del pueblo directamente afectado por la medida”[64].

64. Siguiendo la línea expuesta, es necesario consultar a las comunidades indígenas y garantizar su participación efectiva, libre e informada, cuando la medida legislativa o administrativa genera un impacto sobre su “autonomía, diversidad e idiosincrasia”[65], en los siguientes eventos: (i) los señalados expresamente en la Constitución en los artículos 329 y 330, es decir, cuando se van a crear entidades territoriales indígenas y, la adopción de decisiones relacionadas con la explotación de recursos naturales que se encuentren en los territorios indígenas[66]; (ii) cuando existe una afectación directa de otros aspectos inherentes a la subsistencia de la comunidad indígena como grupo reconocible[67]; y (iii) en aquellos casos que la medida administrativa o legislativa altera el estatus de las comunidades porque impone restricciones o concede beneficios.[68]

65. Con fundamento en esas reglas, recientemente la Sala Plena en la sentencia SU-123 de 2018 concibió la afectación directa como todo “impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica”[69].

66. En ese orden, la Corte ha iterado que el concepto de afectación directa no puede entenderse únicamente como un aspecto geográfico, ya que trasciende a los ámbitos social,

económico, político, cultural y administrativo de la comunidad. Por lo que “no puede asumirse que cuando se alude a la afectación directa se hace referencia, únicamente, a la tierra de la comunidad y, mucho menos, a la tierra titulada, que el Estado le ha reconocido.

Ello cobra mayor sentido si se tiene en cuenta que la dinámica territorial de una comunidad puede variar por fuerzas internas o externas a ella”[70].

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la afectación directa trasciende el plano geográfico y registral del territorio, dando lugar a proteger el ámbito cultural en que se desenvuelven los grupos étnicos[71], por lo que la determinación “no se reduce a conclusiones técnicas en función de la cartografía física; un reconocimiento territorial sometido a ella es insuficiente para precisar el ámbito cultural de las comunidades étnicas y su relación con el territorio, al punto en que, por sí solo, no será concluyente para la (sic) identificar las incidencias de una medida proveniente del Estado”. [72]

67. En síntesis, encontramos que para determinar la afectación directa es preciso “identificar la existencia de una relación entre el plan o proyecto y la vida comunitaria, su dinámica, sus costumbres, su cosmovisión y la identidad étnica que subyace a ellas y que, en la práctica, se asientan más allá de un territorio registrado como propiedad del colectivo. No obstante lo anterior, la demarcación de los territorios titulados a favor de las comunidades indígenas es trascendental para la protección jurídica y administrativa de los pueblos tribales”. [73]

68. Concretamente, en obras de infraestructura vial la Corte en la sentencia T-281 de 2019 estudió la acción de tutela promovida por indígenas de la comunidad Nasa asentados en el municipio de Caldono -Cauca- en cercanías a la vía panamericana, quienes reclamaban la protección del derecho fundamental a la consulta previa al no haberse agotado este procedimiento en el marco de la construcción de la doble calzada Popayán-Cali. En esa oportunidad precisó que pueden generarse afectaciones directas a territorios ancestrales o étnicos que trascienden el área titulada al incidir en lugares donde la comunidad indígena se desarrolla espiritual, ritual, económica y/o socialmente. [74]

Asimismo la sentencia T-444 de 2019, la Corte estudió el caso de la comunidad indígena mokaná de Malambo que acudió al recurso de amparo reclamando la protección de su

derecho fundamental a la consulta previa, desconocidos por el Ministerio del Interior, la Agencia Nacional de Infraestructura, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y la Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S., a propósito de la construcción de la vía de la prosperidad, cuya construcción se adelantó y prácticamente finalizó sin haber agotado este procedimiento, por lo que ordenó adelantarla, resaltando lo siguiente:

“Ahora bien, en función de lo anterior, la Corte Constitucional ha precisado que los proyectos de infraestructura vial pueden generar afectaciones directas cuando intervienen el territorio ancestral o étnico, y no solo las tierras tituladas a favor de las comunidades[75].

Es decir, hay afectación directa cuando el plan o proyecto vial se concentra en áreas en las que la comunidad indígena se desarrolla espiritual, ritual, económica y/o socialmente. Con todo, también debe insistirse que, a pesar de esa concepción amplia, que no reduce el territorio ancestral a aquel que ha sido titulado, en todo caso la exigibilidad del derecho a la consulta previa depende, en todos los casos, de la acreditación sobre una afectación directa y diferenciada respecto del pueblo étnico de que se trate”.

Igualmente, la sentencia en mención reiteró que si bien la consulta debe ser previa, ello no significa que el hecho de no haberla agotado antes de iniciar el proyecto impida su realización[76]. Para el efecto, es preciso traer a colación la sentencia SU-123 de 2018 que sobre el particular señaló “el deber de consulta no desaparece con la iniciación del proyecto pues la jurisprudencia constitucional ha explicado que su obligatoriedad debe regir todas las etapas de la materialización de los programas y planes, de manera que existe una obligación de mantener abierto los canales de diálogo durante todo el seguimiento del proyecto. Bajo tal entendido, la consulta sobre actividades que afectaron a los pueblos indígenas y que no fueron sometidos a consulta previa opera, incluso (i) después del inicio de la ejecución de la actividad, o (ii) pese a su implementación total”. [77]

El proceso de certificación de existencia de comunidades étnicas que adelanta el Ministerio del Interior

69. Ahora bien, no puede perderse de vista que el Ministerio del Interior, dentro de sus funciones, conforme al Decreto 1320 de 1998 (compilado en el Decreto 1066 de 2015[78]) y 2893 de 2011, a través de su Dirección de Consulta Previa y con el apoyo de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías[79], le compete dirigir, coordinar y asesorar los

procesos de consulta previa en todas sus fases, y asegurar una respuesta diferencial a todos los que sean necesarios para la concreción de los distintos planes y proyectos. En ejercicio de tales funciones, es el encargado de emitir las certificaciones “desde el punto de vista cartográfico, geográfico o espacial, acerca de la presencia de grupos étnicos en áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, obras o actividades que tengan influencia directa sobre estos grupos”[80], a petición de la parte interesada en un determinado plan.[81]

71. El estudio en mención se efectúa alimentándose de las bases de datos y la “cartografía georeferenciada”[84] del Ministerio y de otras entidades, estableciendo que solo hay lugar a visitar la zona cuando surjan dudas sobre la presencia de las comunidades en el perímetro del área de influencia del proyecto para lo cual “se tendrán en cuenta los criterios trazados por la Corte Constitucional”, pudiendo acudir a recursos como el trabajo antropológico y las entrevistas a la comunidad, lo anterior queda en la bitácora del proyecto y en el informe de verificación[85], que a la postre sirven de fundamento para el “Informe Técnico en el que se incluye la necesidad o no de consulta previa.”

72. Respecto de este trámite, la Corte en la sentencia SU-123 de 2018[86] identificó dos problemas que han dado lugar a que se expidan constancias de no presencia de comunidades étnicas por consultar en lugares en los que sí existía presencia tribal, generando consecuencias para los grupos étnicos, los ejecutores de los proyectos y la sociedad beneficiaria de los mismos; con el agravante de que tales dificultades restan seguridad jurídica al proceso de certificación desplegado por el Estado:

(i) la “precaria capacidad administrativa” del Ministerio del Interior en las actuaciones que adelanta a efecto de verificar si hay lugar o no a adelantar la consulta previa. En este sentido, la Corte señaló en las sentencias SU-123 de 2018 y T-281 de 2019[87] que esta problemática se ha presentado más en asuntos relacionados con grupos indígenas, donde se han expedido certificaciones de no presencia de comunidades por no estar el proyecto formalmente dentro del perímetro de la zona de influencia fijada por el ejecutor del mismo, desconociendo que en muchas ocasiones la presencia étnica excede esos predios reconocidos, lo que a la postre vulnera los principios de pluralidad y multiculturalidad del Estado y, por contera, afecta los derechos a la diversidad cultural y a la autonomía, expresados a través de la consulta previa, de los pueblos indígenas asentados en el

territorio nacional.

(ii) el enfoque equivocado que recoge el Decreto 1320 de 1998, que propone un proceso de verificación anclado en el área de influencia directa del proyecto, obra o actividad y no en su relación con el territorio étnico y ancestral de las comunidades indígenas,[88] de ahí que este Tribunal insistiera en que la atención sobre la imposibilidad de equiparar la figura del “área de influencia directa” de un plan con incidencia territorial, y la “afectación directa” que dicho proyecto pueda acarrear para una comunidad étnica.

Consideró que esta confusión es la causa primaria de esa dificultad y se puede subsanar si se asume que “para determinar la procedencia de la consulta previa no es suficiente la constatación de la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia de un proyecto, obra o actividad. El criterio adecuado e indispensable para establecer la aplicación de la consulta previa es el de afectación directa”.[89]

73. Por lo tanto, el ejercicio de verificación y certificación que tiene a cargo el Ministerio del Interior a través de la Dirección de Consulta Previa “no puede limitarse a la confrontación cartográfica y geográfica entre el área de influencia de los proyectos por ejecutar (que además es presentada sin ningún control oficial por el ejecutor de proyecto) y las tierras tituladas de las comunidades. Hacerlo, si bien le ayuda en la labor, no garantiza el cumplimiento de sus deberes y constitucionales, que solo puede satisfacer con la determinación material de la influencia del proyecto en una colectividad indígena”.[90]

74. En esa línea la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia SU-123 de 2018 exaltó la importancia de que el proceso de certificación de la presencia de comunidades étnicas sea confiable para la seguridad jurídica de la sociedad, de los grupos étnicos y de los inversionistas; por lo que exhortó al Gobierno y al Congreso para que adopten las medidas para solidificar el proceso de emisión de este tipo de certificaciones que, en todo caso debe trascender los criterios técnicos, para así poder identificar si existen afectaciones directas sobre las comunidades[91].

Además, la sentencia en mención afirmó que a fin de fortalecer el proceso de certificación a cargo del Ministerio del Interior, la entidad puede acudir a “las entidades territoriales, a las corporaciones regionales y a las instituciones académicas, culturales o investigativas especializadas (p.e. el Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICAHN- o el Instituto

Geográfico Agustín Codazzi -IGAC-) con el fin de obtener la información que permita establecer con la mayor seguridad jurídica si un pueblo indígena o afrocolombiano se encuentra o podría resultar afectado por un proyecto o actividad dentro de un determinado territorio. Esta consulta a las entidades territoriales y a las instituciones especializadas se justifica por cuanto ellas poseen en muchas ocasiones la información más actualizada y precisa sobre la presencia y características de los grupos étnicos en los territorios”.[92]

75. Asimismo se enfatizó en que la certificación que expide el Ministerio del Interior sobre la presencia étnica en el área de influencia de un proyecto no constituye a la comunidad ni a sus derechos, ya que se limita a dar cuenta de ella y de su ubicación. Sin embargo, se insiste en que tratándose de la identidad y la autonomía de los grupos étnicos, la realidad prima sobre las formas, por lo que la identidad étnica existe independientemente de que conste en registros censales o de las constancias expedidas por las entidades estatales, pues se itera que tales documentos son guía para que las autoridades sobre la composición y la ubicación de ellos, y facilitar sus labores, pero no tienen “valor constitutivo respecto de la existencia de dicha comunidad como culturalmente diversa”, por lo que “no [funcionan] para desvirtuar el auto reconocimiento identitario que haga una comunidad respecto de sí misma o de sus integrantes”.[93]

Caso concreto

Procedencia de la acción de tutela

76. La Carta Política en el artículo 86 instituyó la acción de tutela, como el dispositivo con el que cuentan las personas para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos cuando resulten amenazados o vulnerados, por la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares, en los casos de ley. Sin embargo, la procedencia del amparo está determinada por la legitimación de las partes, la inmediatez con la que se ejerce y la inexistencia de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Legitimación por activa

En este asunto se encuentra superado este criterio de procedencia, en tanto la persona que

acude en procura de los derechos fundamentales de la parcialidad indígena Jatani Dtona es quien ostenta la calidad de representante legal de esa colectividad[94], de la cual hace parte.

Sin perjuicio de lo anterior, reiterando lo expuesto en la sentencia T-151 de 2019, debido a que las comunidades étnicas han sido objeto de discriminación y desprotección histórica “los parámetros que determinan la capacidad de reclamar el amparo de los derechos fundamentales de las comunidades culturalmente diferenciadas son flexibles. Por ello, tanto los integrantes de esos grupos como las colectividades que los congregan poseen la legitimación por activa necesaria para acudir a la acción de tutela en este tipo de asuntos[95].”

Legitimación por pasiva

En esta ocasión se cumple esta exigencia por cuanto se demandó a las autoridades involucradas en la expedición de las certificaciones de existencia de grupos étnicos, a la que adjudicó el contrato de pavimentación de la vía Villagarzón – San José del Fragua y al contratista que lo ejecutó, es decir, al Ministerio del Interior, a la Corpoamazonía, al Invias y al Consorcio Andino 049.

La inmediatez

77. Por su naturaleza, la acción de tutela es una herramienta judicial que permite reclamar la protección inmediata de los derechos fundamentales, por lo que en principio quien acuda a este mecanismo debe hacerlo dentro de un término justo y razonable[96]. No obstante, este Tribunal[97] ha morigerado la anterior regla en atención a las particularidades de cada caso, valorando por ejemplo: (i) si existe una justificación válida para la inactividad; (ii) si dicha omisión en el accionar vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío del amparo y la afectación de los derechos fundamentales[98]; y (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió luego de la vulneración de los derechos fundamentales, que no se encuentre muy distante de la fecha de interposición.[99]

78. Adicionalmente, esta Corporación ha admitido casos en que transcurre un lapso considerable entre la vulneración y la interposición de la acción, siempre que se demuestre

que la afectación es permanente en el tiempo y se acredite que el reclamante se encuentra en una especial situación de vulnerabilidad -v. g. el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros-, se flexibiliza la exigencia.[100]

En suma, el término para instaurar la tutela no es el transcurso de un lapso determinado, sino que está establece por la actualidad de la vulneración que se pretende remediar con el amparo.[101]

79. En el asunto sub examine, las entidades demandadas afirman que la presente tutela no cumple con el requisito de la inmediatez porque las obras desarrolladas con la ejecución del contrato No. 545 de 2012, en el proyecto de “Mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del proyecto Villa Garzón – San José del Fragua Fase 2 para el programa corredores prioritarios para la prosperidad”, culminaron el 9 de diciembre de 2014 (según el acta de entrega de la obra), sin que los afectados hubieren acudido al mecanismo constitucional de protección (ya que instauraron la acción de tutela casi 3 años después en el año 2017).

Con base en lo anterior, podría afirmarse que en efecto ha transcurrido un lapso más que razonable desde las obras de pavimentación de los 28.27 km y la construcción de los siete puentes en la carretera que de Villagarzón comunica con San José del Fragua y, por tanto, no hay inmediatez en el ejercicio de la acción.

Sin embargo, la situación planteada por la parte actora es actual, en la medida que afirma que a propósito de las obras realizadas, el Consorcio Andino 049 construyó una locación para transformar piedra en gravilla de la que hacen uso en la actualidad para otro contrato que se está ejecutando en la zona, concretamente, en la construcción de dos puentes (Puente el Yumal y el Puente San Pedro), que está ubicada aproximadamente a 300 metros de donde está asentada la comunidad.

Según el accionante, por cuenta de la locación para extraer piedra del río y convertirla en gravilla, se presenta luz, polvo, ruido y presencia de terceros en los lugares de importancia espiritual para la comunidad. Circunstancia que torna actual la reclamación presentada por vía de tutela, a propósito del proyecto de Mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del proyecto Villa Garzón – San José del Fragua Fase 2 para el programa corredores prioritarios para la prosperidad”.

Adicionalmente, la Sala no pasa por alto que la comunidad accionante explicó que para la época en que adelantaron las obras -años 2012 a 2014- los predios no les pertenecían a los indígenas y Jatani Dtona no estaba registrada ante el Ministerio del Interior, por lo que no contaban con herramientas jurídicas para defenderse, ya que fue solo hasta la expedición de la Resolución núm. 0094 de 14 de septiembre de 2015, que fueron reconocidos por el Estado. Asimismo, argumentaron que intentaron reclamar sus derechos pero las accionadas les manifestaron que no era posible porque las obras iniciaron en el 2012.

Luego, señalaron que solo hasta el año 2016 se desplazaron hasta el distrito capital en busca de ayuda para reclamar sus derechos, obtuvieron el apoyo de una fundación y tardaron más de 6 meses en recolectar la información que necesitaban para interponer la acción de tutela, lo cual sucedió en el 2017.

Lo anterior pone de presente que la comunidad indígena accionante siempre estuvo en ese lugar y ha existido independientemente de que se expida el acto administrativo que los reconoció como tal, ya que sus efectos son meramente declarativos no constitutivos, empero, para las autoridades accionadas el hecho de que para la época en que se inició el contrato no existiera la Resolución núm. 0094 de 14 de septiembre de 2015, es una excusa y, al mismo tiempo, un obstáculo para no agotar con ellos el procedimiento de la consulta previa.

Además, lo expuesto en sede de revisión por la comunidad indígena accionante evidencia la vulnerabilidad de este grupo étnico, ya que su empoderamiento ha sido progresivo con el paso de los años, después de su reconocimiento por parte del Ministerio del Interior y la obtención recursos para poder acudir ante el sistema de justicia a reclamar sus derechos, por lo que mal podría la Corte admitir que no existe inmediatez cuando los hechos narrados por los actores muestran que presentarse ante los jueces ha sido un proceso que se extendió en el tiempo por cuenta de trámites administrativos que para nada determinan su existencia.

Finalmente, se insiste en que el hecho de que la obra haya concluido no es razón para suponer que cesó el derecho a la consulta que tenían los actores, quienes han estado asentados en ese lugar durante muchos años, así, recientemente la Corte en la sentencia T-444 de 2019, explicó:

“Luego del inicio del proyecto, la consulta es necesaria en relación con las afectaciones sufridas por las etapas ya desarrolladas, las fases restantes del mismo y sus variaciones sobrevinientes. Una vez terminado el proyecto, la consulta se orienta por la búsqueda de las medidas de compensación cultural o de las etno-reparaciones[102].

De tiempo atrás la Corte estableció que en estos dos eventos, “los daños irreversibles que la construcción de tales obras vienen causando en nada se remedian cumpliendo a posteriori con el requisito constitucional omitido”[103], de modo que resta la adopción de medidas indemnizatorias o compensatorias “mientras [la comunidad] elabora los cambios culturales, sociales y económicos a los que ya no puede escapar, y por los que los dueños del proyecto y el Estado, en abierta violación de la Constitución y la ley vigentes, le negaron la oportunidad de optar”[104] como tenía derecho a hacerlo, conforme el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas.

La adopción de estas medidas posteriores es constitucionalmente exigible si se considera aquel “principio general del derecho según el cual todo daño antijurídico debe ser reparado”[105] y que, no adoptarlas supone la creación de un incentivo al desconocimiento de la consulta previa”[106]

En esas condiciones, la Sala concluye que la afectación ha sido continúa desde que se iniciaron las obras de pavimentación y construcción de puentes en el año 2012 hasta la actualidad, razón por la cual, en el asunto sub examine se cumple con el requisito de la inmediatez.[107]

La subsidiariedad

80. En desarrollo del artículo 86 superior, acerca de la procedencia de la solicitud de amparo, el Decreto Estatutario 2591 de 1991, en el artículo 6° establece que la acción de tutela no procederá cuando existan otros recursos o medio de defensa judiciales, a menos que se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y, en todo caso, tendrán que evaluarse las circunstancias de cada caso porque existe la posibilidad de que las acciones ordinarias no sean lo suficientemente idóneas y eficaces para salvaguardar el derecho[108], o no sea expedito para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.[109]

Así las cosas, le corresponde al juez evaluar en cada caso la eficacia real de los recursos con que cuenta el accionante[110], para lo cual se deben valorar los efectos de su utilización en el caso bajo estudio respecto a la protección que eventualmente pudiese otorgar el juez constitucional y con base en ello determinar la procedencia del amparo[111], que podría ser: (i) de manera transitoria con el propósito de evitar un perjuicio irremediable, que se configura “cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen”[112]; o (ii) como mecanismo principal cuando, a pesar de existir otro medio de defensa judicial, el mismo no es idóneo, ni eficaz, para la defensa de los derechos fundamentales amenazados o conculcados.[113]

81. En el asunto sub examine, podría pensarse que la parte actora cuenta con otras herramientas de defensa judiciales, a través de las acciones correspondientes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo -los medios de control de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y de reparación directa-, o también pueden reclamar la protección de los derechos colectivos en ejercicio de la acción popular. Sin embargo, dada la naturaleza de las pretensiones, es decir, la solicitud de que se protejan los derechos a la consulta previa y la diversidad étnica y cultural, los mecanismos ordinarios que ofrece el ordenamiento jurídico no constituyen herramientas eficaces para asegurar la vigencia de las garantías fundamentales de la comunidad Jatani Dtona, razón por la cual le corresponde al juez constitucional adoptar las medidas necesarias y suficientes para su salvaguardia.[114]

Con base en lo expuesto, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para reclamar la protección de los derechos fundamentales invocados por la parte actora, porque está de por medio la protección de garantías de orden superior como la diversidad étnica y cultural de la nación, la autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas y la consulta previa; derechos que no son susceptibles de amparo en sede de lo contencioso administrativo, cuyas acciones tienen finalidades diferentes a la que se persigue a través del presente amparo.

Solución al problema jurídico

82. De acuerdo con las pruebas y conceptos incorporados en el expediente, la comunidad

indígena Jateni Dtona -tradicionalmente conocida como Murui Muinane-, es descendiente de la etnia huitoto e históricamente se ha asentado en la región del medio río Caquetá, en los departamentos de Amazonas, Putumayo y Caquetá.

Lo anterior evidencia la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran, razón por la cual son sujetos de especial protección constitucional y, por tanto, se flexibilizan las exigencias en cuanto a la subsidiariedad e inmediatez en el ejercicio del amparo.

83. En el asunto sub examine las accionadas afirman que para la época en que se dio apertura a la licitación y adjudicación del contrato de “Mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del proyecto Villa Garzón – San José del Fragua Fase 2 para el programa corredores prioritarios para la prosperidad” e, incluso, cuando fue ejecutado por el Consorcio Andino 049, la comunidad indígena Jateni Dtona no se encontraba registrada y, en consecuencia, no era exigible adelantar el procedimiento de la consulta previa.

84. En efecto, las Resoluciones núms. 642 del 4 de abril y 2015 del 18 de diciembre de 2014, expedidas por la Dirección de Consulta Previa, certificaron que en el área de influencia del plurimencionado proyecto no había presencia indígena. Por lo que basados en ello, el INVIAS y el Consorcio Andino 049 adelantaron la ejecución de la obra, sin agotar la consulta previa con la comunidad Jateni Dtona, solicitando las licencias ambientales a que había lugar en CORPOAMAZONÍA.

85. Finalmente, la pavimentación y construcción de los puentes fue entregada el 9 de diciembre de 2014.

86. Sin embargo, con posterioridad a los hechos reseñados en el punto 37 de este proveído, mediante la Resolución núm. 0094 del 14 de septiembre de 2015, el Ministerio del Interior inscribió en el registro de comunidades indígenas a la parcialidad “Jatени Dtona Portal Fragüita del Pueblo Uitoto, con unidades familiares ubicadas en el corregimiento Fragüita en jurisdicción del área rural del municipio de San José del Fragua, departamento del Caquetá”.

87. Del anterior reconocimiento estatal, las fotografías aportadas con la demanda y el relato expuesto por la parte actora en sede de revisión, la Sala Octava concluye que:

- (i) independientemente de la formalidad que constituye la inscripción el registro de comunidades indígenas del Ministerio del Interior, los miembros de Jatani Dtona existen desde mucho tiempo atrás e históricamente han estado asentados en esa zona;
- (ii) el proyecto de “Mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del proyecto Villa Garzón – San José del Fragua Fase 2 para el programa corredores prioritarios para la prosperidad” atravesó su lugar de habitación, por lo que afirman haberse visto afectados directamente con dicha obra;
- (iii) debieron ser consultados previamente, empero, por la omisión del Ministerio de Interior no se realizó dicho procedimiento; y
- (iv) en la actualidad están padeciendo una afectación directa porque si bien es cierto que la ejecución de la obra terminó, lo cierto es que en el lugar quedó una locación de transformación de piedra en gravilla que aun funciona, la cual fue instalada por los contratistas y no se recibió ninguna explicación sobre por qué no fue retirada al terminar la obra.

88. Partiendo entonces de la existencia del pueblo huitoto en la zona donde se adelantaron las obras del contrato 545 de 2012, es preciso resaltar que la comunidad reclama la protección de sus derechos fundamentales porque durante dicho lapso, hubo presencia de trabajadores de la obra que interrumpían las prácticas ancestrales de la comunidad, así como ruido, contaminación e iluminación constante, lo cual afectó profundamente su modo de vida particular. De acuerdo con lo dicho, tales impactos negativos todavía se presentan en la actualidad, aunque en menor medida, por la extracción de piedra del río Fragueta y la transformación en gravilla, en una construcción cerca de donde habitan los indígenas.

En este contexto, la zona del Portal de la Fragueta, por donde pasa la carretera que fue pavimentada a propósito del contrato 545 de 2012, hace parte del lugar donde habita la comunidad indígena Jatani Dtona, área que reviste gran importancia cultural para los huitoto, quienes consideran que ese lugar es sagrado y ahí desarrollan ceremonias, bailes y ritos, que en su cosmovisión representa el cumplimiento de su misión en el mundo.

89. Retomando los planteamientos expuestos en la parte dogmática de este proveído en relación con el alcance del derecho a la consulta previa, el Convenio 169 de la OIT ha

previsto que, “de requerirse un estudio para la verificación de comunidades tribales por consultar, el mismo debe adelantarse con su participación”.[115] Sin embargo, la parcialidad indígena Jatani Dtona fue excluida del proceso de verificación de su presencia en la zona, pese a estar en los lugares aledaños al proyecto de pavimentación vial que adelantaba el Consorcio Andino 049.

90. Lo anterior, pone de presente una problemática similar a la resuelta en las sentencias T-444 y T-281 de 2019 y SU-123 de 2018, sobre las directrices para fortalecer el proceso de certificación que le corresponde llevar a cabo al Ministerio del Interior, la cual puede adelantarse con el apoyo de los entes territoriales y propiciar la concurrencia de las comunidades indígenas próximas a las áreas donde se adelantan obras y proyectos “como acto a partir del cual estas pueden o no ejercer el derecho a la consulta previa”.[116]

Es así como se ha establecido que el proceso de verificación de la existencia de afectaciones directas en relación con un determinado proyecto vial “debe involucrar en forma participativa a las comunidades presentes en las entidades territoriales sobre las que pasa o habrá de pasar la vía. Ello implica no solo la garantía de la participación efectiva de las comunidades, sino que puede hacer más efectivo el proceso de verificación, al someterlo a la depuración material de la información suministrada por el ejecutor de la obra”.[117]

91. En el caso concreto, de acuerdo con la información suministrada por el INCANH, la etnia huitoto, desde tiempos inmemorables ha estado asentada en la zona donde se llevó a cabo el proyecto -independientemente de que el reconocimiento por parte del Estado sea reciente, ya que este solo tiene efectos declarativos no constitutivos- por lo que era indispensable que las certificaciones núms. 642 y 2015 de 2014 contaran al menos con la participación de dicho grupo al estar asentado en un área próxima al lugar de las obras de pavimentación, pues las fotografías aportadas al expediente muestran la cercanía de la maloka y la escuela con el tramo de la vía Villagarzón- San José del Fragua.

92. Así las cosas, concluye la Sala que el Ministerio del Interior desconoció la existencia de la comunidad huitoto en la zona y adelantó una actuación administrativa al margen de las particularidades del lugar.

93. La ligereza del Ministerio del Interior al certificar que no existía presencia indígena en el

área de influencia del proyecto de “Mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del proyecto Villa Garzón – San José del Fragua Fase 2 para el programa corredores prioritarios para la prosperidad”, cuando históricamente los huitoto se han asentado en el lugar (prueba de ello es que un año después los inscribió en el registro de comunidades indígenas), dio lugar a que se vulnerara en forma indirecta el derecho a la consulta previa de la comunidad Jatani Dtona.

94. En ese sentido, reiterando lo expuesto en sentencias como la T-281 de 2019 y SU-123 de 2018, la Sala hace un llamado a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior para que, en lo sucesivo, a efecto de otorgar las certificaciones de presencia de grupos étnicos, negros, raizales o rom, no se limite únicamente a confrontar la información que reposa en la base de datos con la que cuenta la entidad; sino que de ser posible cruce información con distintas entidades públicas y efectúe una visita de campo al lugar de influencia del proyecto a realizarse.

95. De otra parte, se advierte que la motivación contenida en las certificaciones núms. 642 y 2015 de 2014 es insuficiente para dar cuenta de la inexistencia de comunidades indígenas por consultar, ya que hace mención al perímetro del proyecto de mejoramiento vial con una serie de consideraciones genéricas que respaldan la actuación administrativa y su metodología, empero, no dan cuenta sobre si se llevó a cabo una visita en el terreno para confrontar la información que reposaba en las bases de datos que le sirvieron de base.

96. No podía perderse de vista que cabía la posibilidad de que en el lugar estuvieran asentadas comunidades étnicas sin que dicho territorio estuviere titulado o que dicha titulación se encontrara en trámite -como ocurrió con la parcialidad indígena Jatani Dtona-, lo que se traducía a que en la práctica pudieran verse afectados con el proyecto de mejoramiento vial adjudicado al Concesionario Andino 049. Ello hubiere podido conocerse si el Ministerio del Interior realizaba una visita a terreno, empero, las certificaciones núms. 642 y 2015 de 2014 no expresan las razones por las cuales no se adelantó la visita de campo, pues se limitaron a concluir que no se registraba presencia de comunidades indígenas en el área del proyecto de “mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del Proyecto Villagarzón – San José del Fragua Fase 2”

En ese orden, se observa que la motivación de las certificaciones fue deficitaria al no

haberse basado en los elementos necesarios para determinar el derecho a la consulta previa de la parcialidad indígena Jatani Dtona. Sin embargo, la Corte no emitirá ningún pronunciamiento respecto de dichos actos administrativos porque sería ineficaz teniendo en cuenta que las obras se realizaron.

97. La Corte concluye que aun cuando ya finalizaron las obras el contrato 545 de 2012 adjudicado al Consorcio Andino 045, la realización de la obra sin efectuar la consulta previa y la presencia continua de trabajadores en el lugar a fin de transformar piedra en gravilla, ha ocasionado graves daños materiales e inmateriales a la comunidad Jatani Dtona, circunstancia que desconoce los compromisos adquiridos por el Estado en relación con la protección de los pueblos indígenas y tribales, vulnerando sus derechos fundamentales, por lo que la Corte dictará medidas encaminadas a protegerlo.[118]

98. Asimismo, la Sala observa que a la falta de consulta previa para adelantar las obras de pavimentación y la construcción de los puentes en el corredor vial de Villagarzón a San José del Fragua, territorio donde habita la comunidad indígena Jatani Dtona, habría lugar a adoptar medidas de reparación para proteger ahora y en lo sucesivo los derechos de la comunidad indígena accionante, teniendo en cuenta que “la lesión de la integridad cultural de la comunidad continua vigente en la medida que el uso de su territorio ancestral continúa siendo afectado y limitado”. [119]

100. En caso de que se adelante el proceso postconsultivo con la comunidad indígena Jatani Dtona además de atender las reglas establecidas por esta Corte a través de su jurisprudencia, deberá atender las siguientes directrices:

(i) Presentar fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad en las que se tenga en cuenta las manifestaciones sobre la conformidad o inconformidad con las obras adelantadas y la instalación de la locación para transformar la piedra en gravilla; así como las observaciones relacionadas con la afectación de su identidad étnica, cultural, social y económica.[124]

(ii) El proceso deberá regirse por el respeto mutuo y la buena fe entre las comunidades y las autoridades y empresas públicas y privadas. Para el efecto, la comunidad deberá contar con información suficiente y oportuna, creando así un ambiente de confianza y claridad en el proceso.[125]

(iii) Construir un diálogo continuo entre las partes encaminado a considerar la posibilidad futura de que en un plazo razonable, se lleve a cabo el retiro definitivo de la locación de tratamiento de la piedra para transformarla en gravilla.

(iv) Finalmente, se debe llegar a compromisos idóneos para mitigar, corregir, reparar o compensar los impactos culturales generados en detrimento de los huitoto.[126]

101. En conclusión, existen elementos de juicio para concluir que el proyecto de infraestructura vial adelantado afectó directamente a la comunidad huitoto en su dinámica espiritual, social, económica y cultural, porque el Estado, en cabeza del Ministerio del Interior, no ha desplegado todo el esfuerzo institucional para determinarlo. Por ello se protegerá de manera el derecho a la consulta previa, ordenando adelantar el trámite consultivo y postconsultivo.

102. De conformidad con ello, se revocarán las decisiones de instancia para, en su lugar, conceder el amparo, en el sentido de ordenar que, bajo la dirección del Ministerio del Interior, el INVIAS y la Concesión Andina 409- convoquen a la comunidad indígena huitoto al desarrollo de un proceso consultivo en relación con el proyecto vial “mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del Proyecto Villagarzón – San José del Fragua Fase 2”, en los términos expuestos en el punto 100 de este proveído.

Finalmente, se instará a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación con el fin de que apoyen y vigilen el cumplimiento de esta sentencia, para lo cual deberán rendir los respectivos informes ante el juez de primera instancia.

VI. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero: REVOCAR la sentencia del 3 de octubre 2018, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la providencia del 4 de septiembre de 2018, por medio de la cual, el Tribunal Superior de Florencia negó la acción de tutela formulada por Luís Hernando Perdomo, representante legal de la parcialidad indígena Jatani

Dtona, contra el Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-, Consorcio Andino 049, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía -CORPOAMAZONÍA-. En su lugar, CONCEDER la protección del derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad Jatani Dtona, descendiente de la etnia huitoto.

Segundo: ORDENAR que, bajo la dirección del Ministerio del Interior, el INVÍAS y el Consorcio Andino 049, dentro del mes siguiente a la notificación de esta providencia, convoquen a la parcialidad indígena Jatani Dtona, descendientes de los huitoto, al desarrollo de un proceso consultivo y postconsultivo en relación con el proyecto vial “mejoramiento, gestión social, predial y ambiental del Proyecto Villagarzón – San José del Fragua Fase 2”. En todo caso, el trámite de dicho procedimiento debe desarrollarse con sujeción a las directrices jurisprudenciales recogidas en esta decisión, concretamente lo previsto en el punto 100 de este proveído.

Tercero: INSTAR a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación que apoyen, acompañen y vigilen el cumplimiento del presente fallo, con el fin de garantizar los derechos protegidos y el cumplimiento de las órdenes adoptadas, para lo cual deberán rendir los respectivos informes ante el juez de primera instancia.

Cuarto: LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el Artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Magistrado

Con salvamento de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA T-541/19

Expediente: T-6644764

Magistrado ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

En atención a la decisión adoptada por la Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, salvo mi voto por las siguientes razones.

En primer lugar, considero que la acción de tutela era improcedente por incumplimiento del requisito de inmediatez. La mayoría de la Sala concluyó que, a pesar de que la tutela fue interpuesta casi 3 años después de que las obras desarrolladas en la ejecución del Contrato No. 454 de 2012 culminaron, dicho término era razonable en atención a que: (i) los efectos de la vulneración eran continuos y permanentes; y (ii) la comunidad Jatani Dtona se encontraba en una situación de vulnerabilidad.

Discrepo de esta conclusión por tres razones. Primero, considero que los efectos de la vulneración no eran permanentes. En efecto, no existía prueba siquiera sumaria en el expediente que demostrara: (i) la existencia de la “locación para transformar piedra en gravilla”; y (ii) la afectación que esta locación genera para la comunidad. La mayoría de la Sala parece haber encontrado probada la existencia de esta locación y sus efectos, únicamente, del relato de la comunidad accionante, lo cual en mi criterio era insuficiente[127]. Segundo, considero que la falta de reconocimiento y la falta de recursos de la comunidad indígena no eran circunstancias que permitieran concluir que el plazo de tres años era razonable. De un lado, la falta de reconocimiento no le impedía acudir a la

tutela. De otra parte, no existía prueba en el expediente que demostrara que la precaria situación económica de la comunidad y sus miembros les impedía acudir a la administración de justicia. Tercero, el término de tres años que se tomó la comunidad para interponer la acción de tutela demuestra que no existía urgencia de proteger un derecho fundamental que habilitara la intervención del juez constitucional, máxime cuando, como se expone a continuación, sus pretensiones eran indemnizatorias.

En segundo lugar, considero que en este caso el requisito de subsidiariedad no se encontraba acreditado. Tal y como lo reconoce la ponencia, la tutela fue interpuesta después de que la ejecución del Contrato No. 054 de 2012 había culminado. En estos términos, el objeto de la acción no era garantizar un escenario participativo para la comunidad, pues ello era imposible, sino únicamente obtener una reparación de los daños materiales e inmateriales presuntamente derivados de la vulneración del derecho a la consulta previa. En este escenario, la comunidad indígena debió haber agotado los recursos ordinarios (medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo) pues la acción de tutela no está prevista en el ordenamiento como un medio judicial principal para obtener la reparación de perjuicios.

En tercer lugar, encuentro que en este caso se configuraba la carencia actual de objeto. Como se expuso, la acción de tutela fue interpuesta después de que la ejecución del Contrato culminara, por lo tanto, no había manera de restablecer un espacio de participación respecto de ese contrato. En estos términos, el desarrollo del “proceso consultivo” ordenado en el resolutivo segundo realmente no cumple ningún propósito[128].

En cuarto lugar, advierto que no existían pruebas en el expediente que demostraran que la ejecución del contrato generó una “afectación directa” a la comunidad Jatani Dtona. En particular, encuentro que no existía evidencia que razonablemente demostrara una afectación al territorio de la comunidad, a la salud de sus miembros o al ambiente y las estructuras sociales, espirituales y culturales. En efecto, (i) la Resolución 0094 del 14 de septiembre de 2015 reconoció a la comunidad Jatani Dtona y señaló que algunas unidades familiares se ubican en el área rural del municipio de San José del Fragua. Sin embargo, no demostraba que la zona de ejecución del Contrato en efecto coincidiera con el lugar concreto donde se asientan estas unidades; (ii) el simple relato de los hechos en la acción

de tutela y las fotografías aportadas no acreditaban la afectación directa. La sentencia no precisó en qué consistía dicha afectación sino que se limitó a afirmar que existía una planta para la transformación de piedra en gravilla[129]. En mi criterio, la simple existencia de la planta, aun de aceptarse, no acreditaba la afectación directa

Magistrado

[1] Mediante Resoluciones núms. 1709 de 1 de diciembre de 2015, para aprovechamiento forestal; 1439 de 19 de octubre de 2015, para aprovechamiento forestal; 379 de 3 de septiembre de 2015, permiso de emisiones atmosféricas; 545 de 12 de mayo de 2015, para aprovechamiento forestal; 590 de 22 de mayo de 2014, permiso de emisiones atmosféricas; y 26 de 28 de diciembre de 2012, para concesión de aguas superficiales.

[2] Fl. 3 del expediente.

[3] Ib.

[4] Fl. 4 del expediente.

[5] Fl. 5 del expediente.

[6] Cfr. Fl. 113 (vto).

[7] Fl. 90 del expediente.

[8] Fl. 90 del expediente.

[9] Fl. 249 del expediente.

[10] Fl. 259 del expediente.

[11] Citó el expediente STC14433-2016.

[12] Fl. 9 del 2.º cuaderno.

[13] Fls. 55 a 58.

[14] Fl. 54.

[15] Fls. 62 a 63

[16] Fls. 65 a 66.

[17] Fls. 67 a 69.

[18] Fl. 71.

[19] Fl. 73.

[20] Fls. 74 a 76.

[21] Fls. 77 a 80.

[22] Fls. 81 a 83.

[23] Fls. 83 a 85.

[24] Fls. 84 a 86.

[25] Fls. 86 a 88.

[26] Fls. 89 a 91.

[27] Refieren que dicho término es despectivo porque traduce “hormiga carnícera” y era empleado por grupos vecinos presentes en las zonas amazónicas, con quienes tuvieron conflictos bélicos y “que volvieron esclavos”.

[28] Fl. 94.

[29] Donde no se pueden realizar actividades de caza, pesca, recolección, siembra, desmonte, aserrío de madera, porque son lugares habitados por los creadores, son un tipo de lugar sagrado y se refieren a cananguchales, chorros, lagos, lagunas, quebradas, montañas, salados, sitios de origen, cementerios, caminos, cerros y yacimientos.

[30] Son lugares a los que no se puede ingresar sin el permiso de los seres espirituales, que se obtiene mediante rituales de limpieza, purificación y armonización. Estas zonas son el cerro del diablo, cananguchales, quebradas, ríos, salados, lagos, lagunas y huecadas.

[31] Estas zonas están destinadas al desarrollo de actividades productivas y de conservación, rituales de renovación, sanación o festividades de conmemoración. Son la chagra y el rastrojo.

[32] Son áreas extensas de bosque reservadas para la caza, recolección y reserva para la creación de futuras chagras o rastrojos.

[33] Cfr. Fls. 101 a 107.

[34] Ib.

[35] Esta decisión ha sido adoptada en varias oportunidades. Ver Autos 287 de 2001, 315 de 2006, 295 de 2014, 402 de 2015, entre otros.

[36] Ver sentencias T-281 y T-151 de 2019, SU-123 de 2018, T-6014 y T-005 de 2016, T-196, T-188 y T-155 de 2015, T-857, T-646 y T-461 de 2014, T-371 de 2003 y T-1105 de 2008.

[37] A este asunto se refieren, entre otras, las sentencias T-857 de 2014, T-646 de 2014, T-371 de 2013, T-552 de 2012 y T-564 de 2011.

[38] Constitución, artículos 63 y 329.

[39] Constitución, artículo 246.

[40] Constitución, artículo 330.

[41] Constitución, artículos 171 y 176.

[42] Ver sentencias T-281 y T-151 de 2019, SU-123 de 2018, T-6014 y T-005 de 2016, T-196, T-188 y T-155 de 2015, T-857, T-646 y T-461 de 2014, T-371 de 2003 y T-1105 de 2008.

[43] En Colombia el Convenio 169 fue incorporado al derecho interno mediante la Ley 21 de 1991 “Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989.” Forma parte del bloque de constitucionalidad en virtud de lo

dispuesto en el artículo 93 superior, según el cual “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. En igual sentido, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007, en los artículos 19 y 38 estableció que debe consultarse de manera previa, con los pueblos interesados, la adopción y aplicación de medidas administrativas o legislativas que puedan afectarlos.

[44] Convenio 169, Artículo 1 y 2.

[45] Convenio 169, Artículos 3 .1, 4 .3 y 20.2.

[46] Convenio 169, Artículo 4.

[47] Convenio 169, Artículo 6.

[48] Convenio 169, Artículo 7. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha protegido los derechos a la tierra, el territorio y los recursos naturales de los pueblos indígenas, desarrollando el alcance del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, la libre autodeterminación y la consulta previa, al resolver los casos de la comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010; del Pueblo Saramaka vs. Surinam, sentencia del 28 de noviembre de 2007; comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, sentencia de 29 de marzo de 2006 Yatama vs. Nicaragua, sentencia de 23 de junio de 2005; comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005; de la comunidad Moiwana vs. Suriname, sentencia de 15 de junio de 2005; de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001; Aloeboetoe y otros vs. Surinam, sentencia de 4 de diciembre de 1991.

[50] Consultar las sentencias T-005 de 2016, T-969 de 2014 y T-376 de 2012.

[51] Sentencia SU-039 de 1997.

[52] Reiterada en las sentencias T-281 y T-151 de 2019 y SU-123 de 2018.

[53] Sentencia T-969 de 2014.

[54] Sentencias T-693 de 2011 y T-129 de 2011.

[55] Sentencias T-151 de 2019, T-005 de 2016, T-857 de 2014, C-366 de 2011, C-063 de 2010 y SU-039 de 1997.

[56] Sentencia T-151 de 2019 reiterando la SU-123 de 2018.

[57] Sentencia T-349 de 1996.

[58] Sentencia SU-383 de 2003.

[59] Ver sentencias T-462A de 2014, T-129 de 2011, T-652 de 1998, T-955 de 2003 y SU-383 de 2003.

[60] Sentencia T-005 de 2016. Respecto del contenido del derecho fundamental a la consulta previa y las reglas jurisprudenciales que serán enunciadas, se recomiendan especialmente los desarrollos efectuados por la Corte en las Sentencias C-461 de 2008 y C-175 de 2009. En virtud de ello la Sala procederá a transcribirlos y reiterarlos en lo que concierne especialmente a la consulta previa criterios plasmados igualmente en la línea jurisprudencial elaborada en esta providencia; de otra parte se anexan los nuevos ámbitos de protección estudiados: “(i) La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación (ii) No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias. (iii) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines. (iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos. (v) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo. (vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es

decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo. (vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas. (viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.(...)(ix) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión. (x) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados. (xi) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.”

[61] Sentencia SU-123 de 2018.

[62] Cfr. Sentencia T-172 de 2013.

[63] Sentencias T-005 de 2016, T-857 de 2014 y T-800 de 2014.

[64] Sentencias T-103 de 2018 y T-745 de 2010.

[65] Sentencias T-857 de 2014 y T-698 de 2011.

[66] Sentencia T-857 de 2014.

[67] Sentencias T-005 de 2016, T-800 de 2014, SU-383 de 2013, C-882 de 2011, C-769 y C-175 de 2009 y C-030 de 2008.

[68] Sentencia C-030 de 2008.

[69] Reiterada en la sentencia T-281 de 2019. También consultar los fallos SU-217 de 2017 y T-235 de 2015.

[70] Sentencia T-281 de 2019.

[71] Sentencia SU-217 de 2017.

[72] Cfr. Sentencia T-281 de 2019.

[73] Sentencias SU-281 de 2019 y T-197 de 2016. Al respecto, la sentencia T-693 de 2011, en esa misma línea sobre el territorio étnico afirmó que está compuesto por: “i) las áreas tituladas, habitadas y exploradas por una comunidad; ii) [las] zonas que desarrollan el ámbito tradicional de las actividades culturales y económicas del colectivo; iii) [y las] franjas que facilitan el fortalecimiento de la relación espiritual y material de esos pueblos con la tierra y contribuyan con la preservación de sus costumbres”[73].

[74] Asimismo consultar las sentencias que sobre construcción de carreteras ha emitido la Corte: T-436 de 2016, T-657 de 2013, T-993 de 2012, T-129 de 2011, T-745 de 2010 y T-428 de 1992.

[75] Ibídem. Esta conclusión es sustentada en las razones de la decisión expuestas en las sentencias T-428 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón), T-745 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-993 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa) y T-657 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa), decisiones en que la Corte se pronunció acerca de la construcción de carreteras en el territorio de comunidades indígenas.

[76] Cfr. Sentencias SU-123 de 2018 y T-080 de 2017.

[77] Sentencia SU-123 de 2018.

[78] “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector

Administrativo del Interior”.

[79] Decreto 2893 de 2011, modificado por el Decreto 2340 de 2015.

[80] Decreto 2893 de 2011, Artículo 16. Numeral 5.

[81] Cfr. Sentencias T-281 de 2019 y SU-123 de 2018.

[82] Consultada en la página web del Ministerio del Interior, en el enlace: <https://www.mininterior.gov.co/la-institucion/normatividad/directiva-presidencial-ndeg-10-del-07-de-noviembre-2013>.

[83] Ib.

[84] Directiva Presidencial N°10 de 2013. p. 6.

[85] Directiva Presidencial N°10 de 2013. p. 7 y 8. La sentencia T-281 de 2019, reiteró que de acuerdo con la Directiva en mención, esta visita depende de la Dirección de Consulta Previa, y solo debe efectuarse ante: “(i) el asentamiento de comunidades en las áreas de influencia; (ii) el desarrollo de usos y costumbres por parte de comunidades en esas áreas; y (iii) el tránsito de comunidades étnicas en las áreas de interés del proyecto”.

[86] Reiterada en la sentencia T-281 de 2019.

[87] Ib.

[88] Así lo hizo la Sentencia SU-123 de 2018, con fundamento en los problemas jurídicos abordados por las sentencias T-880 de 2006, T-547 de 2010, T-693 de 2011, T-284 de 2014, T-849 de 2014, T-549 de 2015, T-436 de 2016 y T-298 de 2017.

[89] SU-123 de 2018.

[90] Cfr. Sentencia T-281 de 2019, reiterando lo expuesto en la decisión SU-123 de 2018.

[91] Sentencia SU-123 de 2018.

[92] Ib.

[93] Cfr. Sentencias T-281 de 2019 y SU-217 de 2017.

[94] Al respecto, se puede observar el certificado que acredita el registro del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Tafetanes, suscrito por el Secretario de Gobierno y Servicios Administrativos del municipio de Sopetrán el 29 de mayo de 2018 y que obra a folio 13 del cuaderno número uno.

[95] Al respecto, la sentencia SU-383 de 2003 indicó que: “(...) si los pueblos indígenas tienen derecho a defender su integridad cultural sin escindir su existencia colectiva, es porque tanto sus integrantes, como las organizaciones que los agrupan, están legitimados para instaurar las acciones correspondientes i) debido a que el ejercicio de los derechos constitucionales de las minorías, dadas las condiciones de opresión, explotación y marginalidad que afrontan, debe facilitarse, ii) a causa de que las autoridades están obligadas a integrar a los pueblos indígenas a la nación, asegurándoles la conservación de su autonomía y autodeterminación, y iv) porque el juez constitucional no puede entorpecer el único procedimiento previsto en el ordenamiento para garantizarles a los pueblos indígenas y tribales la conservación de su derecho fundamental a la diferencia –artículos 7º, 286, 287, 329 y 330 C.P”.

[97] Sentencia T-743 de 2008.

[98] Sentencia SU-961 de 1999.

[99] Sentencias T-814 de 2004 y T-243 de 2008.

[100] Ver sentencias T-005 de 2016 y T-172 de 2013.

[101] Consultar, entre otras, las sentencias T-281 y T-151 de 2019, SU-123 de 2018, T-883 de 2009 y T-055 de 2008.

[102] Sentencia T-376 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

[103] Sentencia T-652 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[104] Sentencia SU-123 de 2018.

[105] Ibídem.

[106] Ibídem.

[107] Refuerzan lo anterior las sentencias T-281 de 2019, SU-123 de 2018, T-005 de 2016 y T-462A de 2014.

[108] Sentencias T-211, T-336, T-436, T-785 y T-799 de 2009, T-123, T-130 y T-136 de 2010, T-916 de 2012, T-024 y T-884 de 2013 ; T-066, T-398, T-458 y SU-377 de 2014.

[109] Sentencia SU-961 de 1999.

[110] Sentencias T-281 de 2019, T-205 de 2012, T-890 de 2011, T-595, T-177, T-954 y T-074 de 2011, T-972 de 2006, T-1268 de 2005, T-069 de 2001 y T-871 de 1999, entre otras.

[111] Sentencia T-1316 de 2001.

[112] Sentencia T634 de 2006.

[113] Al respecto, en la sentencia T-235 de 2010, dijo: “Para que la acción de tutela sea procedente como mecanismo principal, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o teniéndolos, éstos, no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados. A su turno, el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio de defensa iusfundamental, implica que, aun existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la acción de tutela[113]. En este caso, esa comprobación, ha dicho la Corte, da lugar a que la acción de tutela se conceda en forma transitoria, hasta tanto la jurisdicción competente resuelve el litigio en forma definitiva.”

[114] Sentencias T-005 de 2016 y T-462A de 2014.

[115] Cfr. Sentencia T-281 de 2019 reiterando lo expuesto en la SU-123 de 2018.

[116] Ib.

[117] Ib.

[118] “De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación y siguiendo lo expuesto el informe que el Relator Especial de las Naciones Unidas presentó ante la Asamblea General de ese organismo internacional en 2009, sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, el concepto de afectación directa para efectos de definir si hay lugar a agotar el procedimiento de la consulta previa, es una labor compleja que exige considerar las especificidades de la respectiva comunidad, para determinar si la medida, el proyecto o la decisión respectiva alteran sus condiciones de existencia en los términos que acaban de plantearse”. Reiterando lo expuesto en la sentencia T-005 de 2016.

[119] Sentencia T-693 de 2011, reiterado en la sentencia T-005 de 2016.

[120] Idem.

[121] El daño inmaterial en el contexto específico de violaciones de derechos humanos ha sido definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “El daño inmaterial puede comprender los sufrimientos y las aflicciones, el menoscabo de valores muy significativos para las personas y las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima”. Cfr. Caso de las Hermanas Serrano Cruz, párr. 156; Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones, párr. 80; y Caso De La Cruz Flores, párr. 155.

[122] Sentencias T-348 de 2012 y T-693 de 2011. En la sentencia T-652 de 1998, se decidió la acción de tutela interpuesta por el pueblo Embera-Katío de Alto del Sinú contra varias autoridades estatales, que omitieron efectuar la consulta previa para la construcción de un proyecto hidroeléctrico, cuyo desarrollo afectaba a la comunidad indígena porque incluía la inundación de algunos territorios. En esa oportunidad, este Tribunal protegió los derechos fundamentales de la comunidad afectada y ordenó a las autoridades estatales adoptar medidas de protección especial para garantizar el derecho a la participación, y frente a la empresa privada involucrada en el proyecto, le ordenó indemnizar a la comunidad. En la sentencia T-693 de 2011 este Tribunal decidió la tutela interpuesta por el gobernador del Cabildo Indígena Resguardo Turpial - La Victoria contra el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la empresa Meta Petroleum Limited, con el fin de que se suspendiera la licencia ambiental expedida para la construcción de un oleoducto desde el

Campo Rubiales, se agotara la consulta previa y se suspendieran las actividades petroleras adelantadas por la empresa demandada. Se determinó que la construcción del oleoducto ya había culminado, por lo que se declaró la existencia de un daño inmaterial causado por el impacto cultural que generó la obra a la comunidad indígena, y ordenó por ello la adopción de varias medidas de reparación y de compensación, entre las cuales se encontraba el adelantamiento de una consulta con la comunidad con el fin de acordar medidas de compensación cultural frente a los impactos y perjuicios causados por la construcción del oleoducto. Luego el fallo T-462A de 2014 decidió la acción de tutela interpuesta por las comunidades indígenas Honduras y Cerro Tijeras, Cauca, a quienes les fueron vulnerados sus derechos fundamentales a propósito de la construcción de la represa Salvajina, que funciona desde hace 25 años. Por lo que se ordenó la consulta previa para formular diagnósticos de impacto, identificar aquellas afectaciones que fueron imprevisibles a la hora de ejecutar la obra y establecer las medidas de compensación, corrección y mitigación más acordes con los intereses de las comunidades. Una orden similar se dictó en la sentencia T-005 de 2016 que decidió la acción de tutela propuesta por indígenas de la Sierra Nevada que reclamaban acceder al cerro Inarwa, lugar de pagamento, que estaba ocupado por una base militar y antenas de televisión y comunicaciones, en esa oportunidad la Corte ordenó establecer medidas de reparación para la comunidad y discutir la posibilidad futura de devolverles el cerro.

[123] Al respecto pueden consultarse las sentencias T-462A de 2014, T-693 de 2011 y T-652 de 1998.

[125] Idem.

[126] Idem.

[127] La mayoría de la Sala parece haber pasado por alto que el Consorcio 049 afirmó de manera expresa que “no es cierto que el Consorcio Andino 049 haya requerido adelantar la explotación de material pétreo” (Folio 205). En estos términos, considero que no era posible dar por probada la existencia de la locación ni mucho menos las afectaciones que de ahí se derivaban para la comunidad indígena.

[128] En este punto, reitero lo que manifesté en la aclaración de voto a la sentencia SU 123 de 2018. El derecho fundamental a la consulta previa supone un espacio de participación en

el cual las comunidades indígenas y tribales tengan la posibilidad real de manifestar su opinión en relación con una medida que los puede afectar. Por lo tanto, resulta contradictorio sostener que este derecho puede ser amparado incluso cuando el proyecto de desarrollo ha finalizado.

[129] Pág. 31.