

Sentencia T-605/16

DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Reiteración de jurisprudencia

Las actuaciones administrativas deben adelantarse conforme a las reglas previstas en la ley o reglamentos, garantizándose el debido proceso, a quien dentro de lo reglado de una u otra forma se ha hecho partícipe en la actuación, o que queriéndolo hacer en debida forma, la administración no se lo permita injustificadamente.

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

En el trámite de la certificación de presencia de comunidades étnicas, a la DCP le corresponde verificar cuál es el área ocupada, habitada, perteneciente a estas comunidades o aquella en la que se desarrollan prácticas ancestrales o tradicionales, y si ésta se traslapa total o parcialmente con el área de influencia directa del proyecto, obra o actividad, que se pretende ejecutar.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Vulneración por parte del Ministerio del Interior por no tomar las medidas necesarias para verificar la presencia de las comunidades indígenas en el área de influencia de proyecto para transporte de gas

El gasoducto atraviesa áreas usadas por la comunidad para el desarrollo de sus prácticas tradicionales. Existen áreas donde se desarrollan prácticas tradicionales, en particular, la recolección de elementos de la flora local para la práctica de la medicina tradicional.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Vulneración por la Dirección de Consulta Previa por cuanto no verificó que en las áreas donde se ejecuta el proyecto, existen territorios en los cuales se llevan a cabo prácticas tradicionales

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Fundamentos normativos

Si bien el derecho a la consulta previa no se encuentra expresamente establecido en la

Constitución, su ámbito de protección constitucional se deriva del derecho a la participación de las comunidades étnicas consagrado tanto en la Carta Política como en el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-.

CONSULTA PREVIA-Necesidad y realización como expresión del derecho fundamental a la participación de los grupos étnicos

Esta Corporación ha establecido que: (i) la diversidad de identidades étnicas y culturales es objeto de especial protección y reconocimiento constitucional, y (ii) una de las formas de materializar dicha protección se da con el derecho a la participación que le asiste a los pueblos interesados, cuando se va a adoptar una medida legislativa o administrativa o cuando se pretenda la construcción y operación de un determinado proyecto, obra u actividad que los pueda afectar de forma directa.

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ÉTNICOS-Obligación impuesta al Estado cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES ÉTNICAS-Aplicación frente a medidas administrativas, de infraestructura, proyecto u obra que pueda afectar territorios étnicos

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

DERECHOS TERRITORIALES FRENTE A LA AFECTACION DIRECTA DE COMUNIDADES ÉTNICAS O TRIBALES-Deberes correlativos del Estado

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Ordenar la realización del proceso de consulta con la comunidad Maisheshe La Chivera

Promigas S.A. E.S.P. deberá (i) identificar las especies afectadas con obras realizadas para la construcción del gasoducto conjuntamente con el médico tradicional de la comunidad y (ii) establecer un cronograma de actividades para cultivar las especies identificadas con el objetivo de preservar la práctica de la medicina tradicional desarrollada por la comunidad.

Referencia: Expedientes T-5509550 y T-5535199 (acumulados).

Acciones de tutela presentadas por Félix Paternina Romero y Agustín Durán Campo contra Promigas S.A. E.S.P. y otros.

Asunto: Derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas y la constatación de presencia de comunidades para la ejecución de proyectos, obras o actividades.

Magistrada sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

Bogotá, D.C., dos (2) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, y los magistrados Jorge Iván Palacio Palacio y Aquiles Arrieta Gómez (E), en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las sentencias dictadas en segunda instancia por la Sección Quinta del Consejo de Estado (T-5509550) y el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo (T-5535199), que resolvieron en segunda instancia las acciones de tutela promovidas por Félix Paternina Romero contra Promigas S.A. E.S.P., Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA- y Ministerio de Minas y Energía, y Agustín Durán Campo contra Promigas y el Ministerio del Interior, respectivamente.

Los asuntos llegaron a la Corte Constitucional por remisión que efectuaron los mencionados despachos, según lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. El 27 de mayo de 2016, la Sala Quinta de Selección de Tutelas de esta Corporación los escogió para revisión y dispuso acumularlos para que fueran fallados conjuntamente por presentar unidad de materia.

I. ANTECEDENTES

Los demandantes promovieron acción de tutela para que se protegieran sus derechos fundamentales al debido proceso y a la consulta previa, presuntamente vulnerados por las entidades accionadas, debido a que podrían verse afectadas directamente por la construcción y operación del proyecto “gasoducto Loop San Mateo-Mamonal”, en atención a que éste se traslapaba parcialmente con las áreas en la que se encuentran ubicados los asentamientos de las parcialidades indígenas Maisheshe La Chivera y La Piche del pueblo Zenú.

Por existir similitud en los hechos, los mismos serán resumidos de la siguiente manera:

A. Hechos relevantes y acciones de tutela interpuestas

1. Mediante Resolución número 32 del 29 de abril de 2011, la Dirección de Asuntos Étnicos del Ministerio del Interior reconoció a la comunidad Maisheshe La Chivera del pueblo Zenú como parcialidad indígena[1], ubicada en los corregimientos de La Chivera y Las Majaguas en jurisdicción del área rural de Sincelejo (Sucre)[2].

Así mismo, según constancia expedida el 19 de junio de 2015 por la Dirección de Asuntos Étnicos del Ministerio del Interior[3], la parcialidad indígena La Piche se encuentra ubicada en el corregimiento La Piche del municipio de Toluvielo (Sucre) y está afiliada a la Asociación de cabildos menores indígenas de Yuma de las Piedras.

3. Mediante Certificación número 618 del 2 de abril de 2014, el Ministerio del Interior constató que en el área de influencia del proyecto se hallaba únicamente la presencia de la parcialidad indígena La Peña. No obstante lo anterior, esta entidad no se pronunció sobre la presencia de las parcialidades indígenas Maisheshe La Chivera y La Piche en el área de influencia del proyecto “gasoducto Loop San Mateo-Mamonal”. Así mismo, afirmó que la certificación se expidió con fundamento en el análisis de sus bases de datos de comunidades étnicas y la información cartográfica aportada por Promigas.

4. El 20 de junio de 2014, Promigas S.A. E.S.P. radicó una petición ante el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, en la que solicitó el acompañamiento de la entidad en un recorrido por el área de influencia del proyecto con el fin de corroborar la inexistencia de otras comunidades étnicas distintas a la parcialidad indígena La Peña[5].

Por medio de oficio del 26 de junio de 2014, el Ministerio del Interior se pronunció sobre la solicitud de la empresa y afirmó que no era posible acceder a su pretensión, en razón a que la verificación en campo sólo se realiza cuando surgen dudas acerca de la presencia de comunidades étnicas, lo cual no sucedió en este caso particular. Así mismo, añadió que la certificación número 618 del 2 de abril de 2014 es un acto administrativo que se encuentra vigente y goza de presunción de legalidad[6].

5. El 29 de diciembre de 2014, la empresa accionada presentó una solicitud de licencia ambiental ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- para la construcción y operación del gasoducto Loop San Mateo-Mamonal, para lo cual aportó copia de la Certificación número 618 del 2 de abril de 2014 del Ministerio del Interior, entre otros documentos[7]. Por medio de Resolución 805 del 9 de julio de 2015, la ANLA concedió la licencia ambiental para la ejecución y operación del referido gasoducto[8].

6. El 3 de diciembre de 2015, la señora Lina María Meza Villadiego, actuando como apoderada del señor Félix Paternina Romero, Capitán del Cabildo Menor Indígena Zenú Maisheshe La Chivera, interpuso acción de tutela contra Promigas S.A. E.S.P., Ministerio del Interior - Dirección de Consulta Previa (en lo sucesivo “DCP”), Ministerio de Minas y Energía y ANLA, al considerar que dichas entidades vulneraron los derechos fundamentales de la comunidad al debido proceso, igualdad, participación, libre locomoción, vida y consulta previa (Expediente T-5509550).

Adujo que el fundamento de la violación de los derechos fundamentales de la comunidad radicaba en que ésta no fue tomada en cuenta para la expedición de la certificación número 618 del 2 de abril de 2014, aun cuando el trazado del proyecto “gasoducto Loop San Mateo-Mamonal” se traslapaba parcialmente con el área en la que se encuentra ubicado el asentamiento de la parcialidad indígena y con áreas usadas por la comunidad para el desarrollo de sus prácticas tradicionales. El actor sostuvo que dicha omisión podría derivar en una afectación a la comunidad desde el punto de vista cultural y ambiental.

Por lo anterior solicitó que se ordenara (i) a las entidades accionadas iniciar el proceso de consulta previa con la parcialidad indígena Maisheshe La Chivera para la construcción del gasoducto Loop San Mateo-Mamonal; a la ANLA, suspender provisionalmente los efectos jurídicos de la licencia ambiental hasta que realice el proceso de consulta previa y decretar

la nulidad de todo lo actuado en el trámite administrativo de la licencia ambiental y se vincule a la parcialidad indígena con el fin de que pueda ejercer su derecho de defensa y contradicción y, (iii) a Promigas S.A. E.S.P., suspender las obras de construcción del gasoducto y las actividades de tala de árboles, caza y captura de animales silvestres e intervención de reservorios hasta que realice el proceso de consulta previa[9].

7. A su turno, el 18 de noviembre de 2015, el señor Agustín Durán Campo actuando en su calidad de Capitán del Cabildo Indígena La Piche y Miguel Antonio Negrete Carrascal, asesor jurídico del cabildo, respectivamente, interpusieron acción de tutela contra Promigas S.A. E.S.P., al considerar que esta empresa vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y a la consulta previa del Cabildo Menor Indígena La Piche de Toluviejo, debido a que se ejecutaban obras del proyecto “gasoducto Loop San Mateo-Mamonal” sin haberse agotado el proceso de consulta previa con esta parcialidad indígena (Expediente T-5535199).

En consecuencia, solicitó que se ordenara a la empresa accionada iniciar el proceso de consulta previa con la parcialidad indígena La Piche. Adicionalmente, como quiera que el proyecto ya estaba en ejecución, la comunidad demandante solicitó que se ordenara la adopción de medidas de reparación, indemnización y compensación derivados de la afectación directa del proyecto sobre el territorio indígena.

B. Actuación procesal y respuesta de las entidades accionadas

1. En relación con el expediente T-5509550, mediante auto del 11 de septiembre de 2015[10], la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre admitió la acción y ordenó (i) notificar a Promigas S.A. E.S.P., Ministerio del Interior, ANLA y Ministerio de Minas y Energía en su calidad de partes accionadas, para que se pronunciaran sobre los hechos de la tutela.

Las entidades accionadas contestaron en los siguientes términos:

Respuesta de Promigas S.A. E.S.P.[11]

Promigas S.A. E.S.P. afirmó que no vulneró ningún derecho fundamental de la comunidad, por cuanto (i) sus actuaciones se han desplegado conforme al principio de legalidad, en

tanto que ha acatado las decisiones del Ministerio del Interior; (ii) en este caso no era necesario adelantar el proceso de consulta previa y, (iii) no se vulneraron derechos colectivos, ya que las actuaciones de la compañía se han enmarcado en el cumplimiento de la ley y los actos administrativos expedidos por las autoridades competentes. Además, advirtió que solicitó al Ministerio del Interior realizar una visita al área del proyecto para corroborar la existencia de comunidades indígenas y la entidad negó esta petición.

Respuesta del Ministerio del Interior[12]

El Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior sostuvo que no vulneró los derechos fundamentales del actor ni le ha causado un perjuicio irremediable. La entidad accionada aseveró que cumplió con su obligación de certificar la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto, y que en dicho proceso se estableció que la parcialidad indígena Maisheshe La Chivera no se vería afectada por la implementación del proyecto.

La entidad demandada agregó que el accionante no contaba con elementos para probar que la Dirección hubiera incurrido en incumplimiento de sus deberes legales o que hubiera transgredido los derechos fundamentales de la comunidad.

Respuesta del Ministerio de Minas y Energía[13]

Mediante memorial radicado el 12 de enero de 2016 (con posterioridad a que se profiriera el fallo de primera instancia), esta cartera ministerial aseveró que no tiene legitimación por pasiva en la presente acción, debido a que las pretensiones del tutelante se dirigen contra la autoridad ambiental, quien, en su criterio, es la responsable de realizar el proceso de consulta previa con comunidades étnicas antes de otorgar la licencia ambiental.

Respuesta de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-[14]

Señaló que carecía de legitimación por pasiva en la acción de tutela por cuanto no tiene funciones relacionadas con los hechos que motivaron la presentación del recurso de amparo. En esa medida, afirmó que no ha vulnerado los derechos fundamentales del actor. Así mismo, adujo que no hay pruebas que permitan concluir que se violaron los derechos fundamentales de la comunidad, ni que evidencien la ocurrencia de un perjuicio

irremediable.

2. Con respecto al expediente T-5535199, mediante auto del 18 de noviembre de 2015[15], el Juzgado Promiscuo Municipal de Tolúviejo (Sucre) admitió la acción y ordenó (i) notificar a Promigas S.A. E.S.P. y al Ministerio del Interior en su calidad de partes accionadas y vinculadas, para que se pronunciaran sobre los hechos de la tutela.

Las entidades demandadas contestaron en los siguientes términos:

Respuesta de Promigas S.A. E.S.P.[16]

Promigas S.A. E.S.P. afirmó que no vulneró ningún derecho fundamental de la comunidad, por cuanto (i) sus actuaciones se han desplegado conforme al principio de legalidad en tanto que ha acatado las decisiones del Ministerio del Interior; (ii) en este caso no era necesario adelantar el proceso de consulta previa y, (iii) no se vulneraron derechos colectivos, ya que las actuaciones de la compañía se han enmarcado en el cumplimiento de la ley y los actos administrativos expedidos por las autoridades competentes. Además, advirtió que solicitó al Ministerio del Interior realizar una visita al área del proyecto para corroborar la existencia de comunidades indígenas y la entidad negó esta petición.

Con respecto a la procedencia de la acción de tutela, adujo que este no es el mecanismo idóneo, pues el accionante debió acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para controvertir el contenido del acto administrativo que certificó la presencia de comunidades.

Adicionalmente, resaltó que el trazado de la tubería atravesará predios privados y no de propiedad colectiva, y que en todo caso, la tutela no sería el medio de defensa idóneo para reclamar cualquier tipo de pretensiones derivadas del uso de estos predios.

Respuesta del Ministerio del Interior[17]

El Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior sostuvo que no vulneró los derechos fundamentales del actor ni le ha causado un perjuicio irremediable. La entidad accionada aseveró que cumplió con su obligación de certificar la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto, y que en dicho proceso se estableció que la parcialidad indígena La Piche no se vería afectada por la implementación del proyecto. En efecto, adujo que de conformidad con la información cartográfica suministrada por el área

de certificaciones de dicho ministerio, el cabildo indígena La Piche se encuentra ubicado a 2.7 kilómetros del proyecto.

C. Decisiones de primera instancia

1. En el expediente T-5509550, mediante sentencia del 16 de diciembre de 2015[18], la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre negó el amparo. La Sala consideró que en este caso no se vulneró el derecho fundamental a la consulta previa, en razón a que la ejecución de un determinado proyecto no lleva implícita la afectación directa a la comunidad. Por lo tanto, ante la falta de un acervo probatorio que demostrara con claridad y certeza la afectación directa, no era factible conceder el amparo solicitado.

2. En relación con el expediente T-5535199, por medio de providencia del 30 de noviembre de 2015[19], el Juzgado Promiscuo Municipal de Toluviejo declaró improcedente la acción, toda vez que existían otros medio de defensa para la protección de los derechos presuntamente vulnerados y porque no se demostró que la comunidad se encontrara ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable que acreditara la procedencia excepcional del recurso de amparo en este caso concreto.

D. Impugnación de los accionantes

En ambos casos, los demandantes impugnaron los fallos de primera instancia en el acto de notificación personal, pero no presentaron sustento alguno de su inconformidad con los fallos proferidos por la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre y el Juzgado Promiscuo Municipal de Toluviejo[20].

E. Decisiones de segunda instancia

1. En relación con el expediente T-5509550, mediante sentencia del 25 de febrero de 2016[21], la Sección Quinta del Consejo de Estado modificó el fallo de primera instancia, para en su lugar, declarar la improcedencia de la acción. Indicó que el actor contaba con otros medios de defensa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

2. Con respecto al expediente T-5535199, en providencia del 19 de febrero de 2016[22], el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo confirmó el sentido desfavorable de la sentencia de primera instancia, pero a diferencia de lo que dijo el a quo, el juez consideró

que en este caso no se comprobó que se hubiera causado una afectación directa a la comunidad con la ejecución de las obras que adelanta Promigas S.A. E.S.P., y por ello concluyó que no se vulneró ningún derecho fundamental.

F. Actuaciones en sede de revisión

1. Por medio de auto del 16 de agosto de 2016, se decretó la práctica de una diligencia de inspección judicial en los corregimientos La Chivera y La Piche donde se encuentran los asentamientos de las parcialidades indígenas. Así mismo, se ordenó la toma de declaraciones de parte a los accionantes y a algunos miembros de las comunidades indígenas (expediente T-5509550).

2. El 5 de septiembre de 2016, la Magistrada sustanciadora, con el apoyo de dos integrantes de su despacho, tomaron las declaraciones de Félix Paternina Romero, Capitán del Cabildo Menor Indígena Zenú Maisheshe La Chivera y de otros miembros de la comunidad. En esta declaración se indagó sobre los hechos que motivaron la presentación de la acción de tutela, en particular lo relacionado con (i) la ubicación, colindancias, número de familias y otras características del territorio en el que se encuentra el asentamiento y la comunidad; (ii) las prácticas tradicionales y las sagradas o espirituales que desarrolla la comunidad; (iii) las afectaciones causadas por la ejecución de las obras del gasoducto.

3. Una vez concluyeron las declaraciones rendidas por los miembros de la parcialidad indígena Maisheshe La Chivera, la Magistrada sustanciadora y los miembros de su equipo, efectuaron una inspección judicial en el asentamiento en el que se encuentra ubicada esta parcialidad indígena y en el área de influencia del proyecto adyacente o circunvecina a éste.

En la inspección judicial se hizo un reconocimiento del territorio en donde se encuentra ubicada la referida parcialidad indígena. Así mismo, se realizó una verificación de sus linderos y colindancias.

En primer lugar, las personas asistentes fueron llevadas a la casa de habitación de una de las personas integrantes de la comunidad, en donde se mostraron grietas sobre las cuales afirman que podrían afectar la estabilidad de la casa. Desde allí se pudo observar que el tubo para transporte de gas, se encuentra aproximadamente a 200 metros de la casa, la

misma distancia que se presenta con la carretera principal de la vía que conduce de La Majagua a la Arena, también muy cerca de las obras que se adelantan para la construcción de la doble calzada de Sincelejo-Tolú Viejo y del oleoducto (subterráneo) Caño Limón-Coveñas de propiedad de Ecopetrol, según consta en varios avisos en los que se informa ese hecho.

Posteriormente, se observó la vegetación presente en la zona y se hizo un reconocimiento en áreas sobre las cuales la comunidad afirma que están las plantas utilizadas para la práctica de la medicina tradicional. Adicionalmente, se realizó una visita al área de influencia del proyecto adyacente o circunvecino a este asentamiento, específicamente donde se encuentra instalada la Estación Majaguas, que sirve como punto de bombeo del gasoducto.

Exactamente al frente de esa estación, atravesando la vía pavimentada y también la zona donde viven varios integrantes de la comunidad, se encuentra el área por donde pasa el derecho de vía, en cuyo subsuelo se encuentra el tubo de propiedad de Promigas S.A. E.S.P.

4. El 6 de septiembre de 2016, el magistrado auxiliar comisionado por la Magistrada sustanciadora tomó la declaración del señor Agustín Durán Campo, Capitán del Cabildo Menor Indígena Zenú La Piche. En esta ocasión, al declarante se le preguntó acerca de los hechos por los cuales interpuso el recurso de amparo y se indagó acerca de los siguientes temas: (i) la ubicación, colindancias y otras características del territorio en el que se encuentra el asentamiento y (ii) las afectaciones causadas por la ejecución de las obras del gasoducto.

5. Con posterioridad, los miembros del despacho de la Magistrada sustanciadora, junto con los representantes de la comunidad accionante y de las entidades accionadas se trasladaron al corregimiento La Piche para realizar una inspección judicial en el área donde se encuentra el asentamiento de la parcialidad indígena La Piche y al área de influencia del proyecto adyacente o circunvecina a este asentamiento. Allí, se verificó que el área habitada por la comunidad queda a aproximadamente un kilómetro de la zona por donde pasa el derecho de vía del gasoducto.

Durante la inspección, el accionante manifestó que el área en la que se encuentra el asentamiento de la parcialidad indígena La Piche hace parte del territorio del resguardo

indígena Yuma de las Piedras, para el cual se solicitó su constitución ante el INCODER, en liquidación. Añadió que el terreno por donde pasa el gasoducto se encuentra del otro lado de la carretera, es decir, fuera del área del resguardo.

6. Mediante Auto del 08 de septiembre de 2016, la Magistrada Sustanciadora, ofició a Promigas S.A. E.S.P. y al INCODER en liquidación, para que suministraran información adicional que permitiera a la Sala determinar si existía un posible traslape entre el polígono del resguardo indígena Yuma de las Piedras y el área de influencia directa del proyecto.

Con este objetivo, se le solicitó al Instituto Geográfico “Agustín Codazzi” –IGAC-, rendir un concepto técnico para establecer si con base en la información aportada por Promigas S.A. E.S.P. y por el INCODER en liquidación, había un traslape entre (i) el resguardo indígena cuya constitución se solicitó al INCODER en liquidación y (ii) el área de influencia del proyecto “gasoducto Loop San Mateo-Mamonal”.

7. Mediante oficio No. 8002016EE13833 del 26 de octubre de 2016, el IGAC indicó que como resultado del análisis de traslape se concluyó que el área de influencia directa del proyecto se yuxtapone con los terrenos que según la solicitud de constitución del resguardo Yuma de las Piedras hacen parte del mismo.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, las sentencias proferidas dentro de las acciones de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de revisión y planteamiento del problema jurídico

2. Como se mencionó en los antecedentes de esta providencia, Promigas S.A. E.S.P. planea la construcción y operación del proyecto denominado “gasoducto Loop San Mateo-Mamonal”, cuyo trazado pasará por áreas de los municipios de Arjona, Turbaná, María La Baja y el Distrito Histórico, Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, en el departamento de Bolívar. En el departamento de Sucre, el proyecto atravesará zonas que hacen parte de los municipios de San Onofre, Ovejas, Tolú, Tolviejo, San Pedro, Morroa, Sincelejo, Sincé,

San Juan de Betulia y Corozal.

3. Los accionantes, miembros de las comunidades Maisheshe La Chivera y La Piche, presentaron acción de tutela al considerar que la construcción del gasoducto Loop San Mateo-Mamonal, afecta sus derechos fundamentales, toda vez que aparentemente, dicho proyecto se traslapa con los terrenos en los cuales se encuentran ubicados sus asentamientos y con áreas usadas para el desarrollo de prácticas tradicionales.

4. En el expediente T-5509550, la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre negó el amparo solicitado, al considerar que no se vulneró el derecho fundamental a la consulta previa, en razón a que la ejecución de un determinado proyecto no lleva implícita la afectación directa a la comunidad.

El accionante impugnó el fallo y en segunda instancia la Sección Quinta del Consejo de Estado modificó la sentencia proferida por el a quo, para en su lugar, declarar la improcedencia de la acción. Esta Corporación sostuvo que en este caso no se cumplió con el presupuesto de subsidiariedad, en razón a que el actor contaba con otros medios de defensa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

5. A su turno, en el expediente T-5535199, en primera instancia el Juzgado Promiscuo Municipal de Toluviejo declaró improcedente la acción, en razón a que existían otros medios de defensa para la protección de los derechos presuntamente vulnerados. Adicionalmente, el juez adujo que no se demostró que la comunidad se encontrara ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable que acreditara la procedencia excepcional del recurso de amparo en este caso concreto.

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo resolvió la impugnación presentada por el actor y confirmó la sentencia de primera instancia. Sin embargo, el juez de segunda instancia sostuvo que su decisión obedeció a que no se advirtió la vulneración de ningún derecho fundamental y no a que la acción de tutela fuera improcedente, como lo sostuvo el Juzgado Promiscuo Municipal de Toluviejo.

Problemas jurídicos

6. Las situaciones fácticas planteadas exigen a la Sala determinar si procede la tutela para

(i) controvertir un acto administrativo que no certificó la presencia de comunidades étnicas, y (ii) ordenar al Ministerio del Interior que inicie el proceso de consulta previa con grupos étnicos que no fueron incluidos en el acto administrativo dirigido a certificar la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia directa de un proyecto para transporte de gas por ductos.

En caso que las tutelas de la referencia sean procedentes, será preciso analizar el fondo de los asuntos, los cuales plantean los siguientes interrogantes:

(i) ¿Se vulnera el derecho fundamental a la consulta previa cuando el área en la que se encuentra asentada una parcialidad indígena se traslapa con el área de influencia directa de un proyecto para transporte de gas?

(ii) ¿Se vulnera el derecho fundamental a la consulta previa cuando el desarrollo de proyectos, obras y actividades genera una afectación directa sobre grupos étnicos debido a que en estos territorios se desarrollan prácticas tradicionales?

(iii) ¿Se vulnera el derecho al debido proceso de una comunidad indígena cuando se certifica que no hay presencia de comunidades étnicas en el área de influencia directa de un proyecto para transporte de gas, aun cuando no haya claridad sobre la ubicación del área en la que se encuentra su asentamiento?

Examen de procedencia de la acción de tutela

- Legitimación por activa

8. Según el artículo 86 de la Constitución, toda persona, puede presentar acción de tutela para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados.

Respecto de la legitimidad para el ejercicio de la acción de tutela, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, ésta puede ser ejercida (i) a nombre propio; (ii) a través de un representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial; (iv) mediante un agente oficioso o (v) por el defensor del Pueblo o los personeros municipales.

En los casos objeto de estudio, se acredita que tanto la señora Lina María Meza Villadiego,

apoderada especial de Félix Paternina Romero, Capitán del Cabildo Menor Indígena Zenú Maisheshe La Chivera (Expediente T-5509550), como Agustín Durán Campo, Capitán del Cabildo Indígena La Piche (Expediente T-5535199) están legitimados para interponer las respectivas acciones de tutela, en tanto que actúan como representantes de las parcialidades indígenas directamente involucradas con la presunta violación de los derechos fundamentales que se buscan proteger con los recursos de amparo.

- Legitimación por pasiva

9. La legitimación pasiva en sede de tutela se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción y quien está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cuando ésta resulte demostrada.[23]

Según los artículos 86 de la Constitución Política y 1º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y contra particulares.

10. Respecto de la procedencia de la tutela contra particulares, el artículo 86 de la Constitución establece que la tutela procede en contra de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión, entre otros. Del mismo modo, el artículo 42 - numeral 4º- del Decreto 2591 de 1991 determina que esta acción procede contra particulares cuando estos sean quienes tengan control sobre la acción que presuntamente vulnere derechos fundamentales, o se benefician de la situación que motivó la acción, “siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización”.

11. En primer lugar, en los casos analizados se advierte que el Ministerio del Interior, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- y el Ministerio de Minas y Energía, son entidades públicas del nivel nacional que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política están legitimadas por pasiva.

12. En segundo lugar, Promigas S.A. E.S.P. es una organización privada respecto de la cual los solicitantes se encuentran en una situación de indefensión. Ello se ve reflejado en que las comunidades accionantes se encuentran ante circunstancias en las que no cuentan con medios para la defensa de sus derechos[24], como consecuencia de la falta de certificación de su presencia en el área de influencia directa del proyecto. Lo anterior implica que no

pueden hacer exigibles los derechos supuestamente transgredidos por el particular, pues con fundamento en la certificación 618 del 2 de abril de 2014 expedida por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, aquel no tiene la obligación de realizar la consulta previa con las comunidades accionantes.

13. En consecuencia, el Ministerio del Interior, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, el Ministerio de Minas y Energía y Promigas S.A. E.S.P. están legitimadas por pasiva para actuar en este proceso, ya que se trata de entidades públicas y privadas contra las cuales se puede dirigir la acción de tutela, según los artículos 86 de la Constitución Política y 42 del Decreto 2591 de 1991.

- Subsidiariedad e inmediatez[25]

14. Para determinar la procedencia de la acción de tutela se debe analizar el cumplimiento de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad. De una parte, el requisito de inmediatez hace referencia a que la acción de tutela se debe interponer dentro de un plazo razonable y proporcional al hecho o acto que generó la violación de los derechos fundamentales invocados, con el objetivo de evitar que se desvirtúe la naturaleza de la acción de tutela, o se promueva la negligencia de los actores y que la misma se convierta en un factor de inseguridad jurídica[26].

Según el inciso 4º del artículo 86 de la Constitución Política, el principio de subsidiariedad se refiere a que la acción de tutela procede cuando el afectado no cuenta con otros medios de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para la protección de sus derechos, salvo que ésta se utilice para evitar un perjuicio irremediable, en cuyo caso la acción de tutela opera como mecanismo transitorio.[27]

15. En el caso bajo estudio, se advierte que se cumplió con el requisito de inmediatez, en la medida que las acciones de tutela se interpusieron dentro de un plazo razonable, pues ambas se presentaron dentro de los 6 meses siguientes a la expedición de la Resolución 805 del 9 de julio de 2015 que concedió la licencia ambiental para la ejecución y operación del referido gasoducto.

Teniendo en cuenta que las comunidades accionantes no fueron notificadas en ningún momento del inicio del trámite de la Certificación No. 618 de 2014, no es dable tomar como parámetro de referencia para el análisis del requisito de inmediatez esta fecha porque los actores no tenían conocimiento de esta actuación. Por ende, la fecha de la expedición de la licencia ambiental es más adecuada para realizar este análisis, pues la licencia es el acto administrativo que dio vía libre a la compañía accionada para iniciar las obras y actividades de construcción del gasoducto.

16. Respecto del requisito de subsidiariedad, en aquellos asuntos en que existan otros medios de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que caben dos excepciones que justifican su procedibilidad, siempre y cuando también se verifique la inmediatez:

(i) A pesar de existir otro medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede, en principio, como mecanismo transitorio; no obstante, la Corte ha reconocido que en ciertos casos, si el peticionario está en situación de debilidad manifiesta, el juez constitucional puede realizar el examen de la transitoriedad de la medida, en atención a las especificidades del caso, en particular a la posibilidad de exigir al accionante que acuda después a los medios y recursos judiciales ordinarios y concluir que resulta desproporcionado imponerle la carga de acudir al mecanismo judicial principal[28].

17. Para determinar la existencia de un perjuicio irremediable que pueda superar el requisito de subsidiariedad, la Corte Constitucional ha establecido las siguientes características:

- (i) Que el perjuicio sea inminente, es decir que no basta con que exista una mera posibilidad de que se produzca el daño;
- (ii) Que las medidas que se requieren para evitar la configuración del perjuicio, sean urgentes;
- (iii) Que el perjuicio que se cause sea grave, lo que implica un daño de gran intensidad sobre la persona afectada;

(iv) Que la acción de tutela sea impostergable, es decir que de aplazarse, se corra el riesgo de que ésta sea ineficaz por inoportuna[29].

18. Ahora bien, en cuanto al cumplimiento del requisito de subsidiariedad, cuando se trate de sujetos que merecen especial protección constitucional, esta Corporación ha indicado que existe flexibilidad en cuanto a dicha exigencia. En estos casos, el juez de tutela debe dar un tratamiento diferencial al accionante y verificar que éste se encuentre en imposibilidad de ejercer el medio de defensa en igualdad de condiciones[30].

En particular, la Corte ha sostenido que en el ordenamiento jurídico no existen otros mecanismos diferentes a la acción de tutela para que los grupo étnicos reclamen ante los jueces la protección inmediata del derecho a la consulta previa[31], razón por la cual, la tutela es el mecanismo idóneo para proteger este derecho fundamental. En efecto, este Tribunal ha dicho que “(...) las condiciones especiales de vulnerabilidad que suelen enfrentar las comunidades indígenas y tribales justifica que sea esta vía excepcional el escenario idóneo para evitar la lesión de sus derechos”[32].

Cabe resaltar que la Ley 1437 de 2011 introdujo una causal autónoma de nulidad de los actos administrativos que desconocieran el derecho a la consulta previa[33]. Así pues, a primera vista tanto el objeto del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (prevalente para controvertir los actos administrativos que presuntamente violan las garantías de los actores), como su resultado previsible, conllevarían el restablecimiento de los derechos de los accionantes.

Sin embargo, en los casos concretos se evidenció que este medio de control no es idóneo en razón a que la prolongación del procedimiento contencioso afectaría desproporcionadamente el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, pues su protección se requiere de manera urgente.

Además, los medios de defensa ante la jurisdicción contenciosa están dirigidos a evaluar la legalidad de la decisión administrativa y en esa medida el juez, de manera autónoma, no puede pronunciarse frente a la omisión del procedimiento de consulta previa y sus consecuencias[34]. En este orden de ideas, debido a que este asunto escapa de la órbita de decisión del juez administrativo, las acciones materiales tendientes a la protección del derecho a la consulta previa no pueden ser garantizadas en este escenario ante la

jurisdicción contenciosa administrativa.

Por consiguiente, la Sala considera que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no es idóneo para conseguir el amparo inmediato de los derechos que se invocan en esta oportunidad. En consecuencia, ante la falta de claridad sobre la idoneidad del mecanismo principal, la tutela es procedente y en caso de que se amparen los derechos de los accionantes, las órdenes adoptadas tendrán un carácter definitivo. En esa medida, la Corte procederá a efectuar el análisis de fondo sobre los derechos fundamentales presuntamente conculcados.

El debido proceso administrativo. Reiteración de jurisprudencia[35]

19. El artículo 29 de la Constitución Política dispone que las actuaciones judiciales y administrativas deben desarrollarse con respeto de las garantías inherentes al derecho fundamental al debido proceso.

Esta Corporación, desde la sentencia T-442 de 1992[36], desarrolló ampliamente la esencia del derecho fundamental al debido proceso, al señalar que éste se mueve dentro del contexto de garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y por ello extiende su cobertura a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales.

De esa manera, el debido proceso cobija todas las manifestaciones de la administración, en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar.

En sentencia T-001 de 1993[37], esta Corporación sostuvo que este derecho fundamental es el conjunto de garantías que protegen al ciudadano que se somete a cualquier proceso y aseguran la recta y cumplida administración de justicia, el respeto por la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho. En sentencia T-288A de 2016[38], la Corte resaltó que el derecho al debido proceso está compuesto por las siguientes garantías (entre otras):

En suma, tal y como se dijo en sentencia T-373 de 2015[39], es “debido” todo proceso que

satisface los requerimientos, condiciones y exigencias para garantizar la efectividad del derecho material.

En este orden de ideas, las actuaciones administrativas deben adelantarse conforme a las reglas previstas en la ley o reglamentos, garantizándose el debido proceso, a quien dentro de lo reglado de una u otra forma se ha hecho partícipe en la actuación, o que queriéndolo hacer en debida forma, la administración no se lo permita injustificadamente.

Deberes del Estado en la determinación del área de influencia directa y en la identificación de comunidades étnicas y los casos concretos

20. Siempre que se vaya a establecer el área de influencia directa de un determinado proyecto, obra o actividad que pueda requerir la realización de la consulta previa, el Estado, a través de la DCP, tiene a su cargo el deber de expedir certificaciones con fundamento en información cartográfica, geográfica o espacial, de presencia de grupos étnicos en áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, obras o actividades que tengan influencia directa sobre estos grupos[40].

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

(i) Requerir al solicitante para que suministre la información que la entidad considere necesaria, con el fin de establecer el área de influencia directa del proyecto[41];

(ii) Valerse, entre otras fuentes de información, de las bases de datos sobre resguardos indígenas y títulos colectivos de comunidades negras del INCODER en liquidación, o de la información sobre el carácter urbano o rural de un predio según el Esquema de Ordenamiento Territorial, el Plan Básico de Ordenamiento Territorial o el Plan de Ordenamiento Territorial que suministren las autoridades municipales o distritales[42];

(iii) Realizar verificaciones de campo, cuando la información suministrada por otras entidades o por el solicitante no sea suficiente para determinar la presencia de comunidades étnicas[43].

22. En sentencia T-969 de 2014[44], la Corte se refirió al trámite de certificación de

presencia de comunidades étnicas, y sostuvo lo siguiente:

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

Lo anterior permite concluir que en el trámite de la certificación de presencia de comunidades étnicas, a la DCP le corresponde verificar cuál es el área ocupada, habitada, perteneciente a estas comunidades o aquella en la que se desarrollan prácticas ancestrales o tradicionales, y si ésta se traslapa total o parcialmente con el área de influencia directa del proyecto, obra o actividad, que se pretende ejecutar.

Vulneración del derecho al debido proceso administrativo en los casos objeto de estudio

23. En los casos objeto de estudio, de los hechos y pruebas recaudadas en sede de revisión, la Sala evidenció que la DCP no realizó la respectiva verificación en campo para establecer si los territorios en los que se encuentran ubicadas las parcialidades indígenas Maisheshe La Chivera y La Piche se traslapaban con el área de influencia directa del gasoducto Loop San Mateo-Mamonal. Así mismo, la DCP tampoco verificó que en las áreas donde se ejecuta el proyecto, existen territorios en los cuales se llevan a cabo prácticas tradicionales.

Esta omisión condujo a que en la certificación número 618 del 2 de abril de 2014 expedida por la DCP, se afirmara que en el tramo del gasoducto que pasa por Sincelejo y Tolviejo no había presencia de las parcialidades indígenas accionantes, sin el sustento técnico correspondiente.

24. Ahora bien, en el expediente T-5509550 esta Sala de Revisión sí pudo constatar que el

gasoducto atraviesa áreas usadas por la comunidad para el desarrollo de sus prácticas tradicionales. En efecto, en las declaraciones tomadas a miembros de la comunidad, se constató que existen áreas donde se desarrollan prácticas tradicionales, en particular, la recolección de elementos de la flora local para la práctica de la medicina tradicional.

El Capitán del cabildo menor, Félix Paternina Romero, sostuvo lo siguiente:

“PREGUNTADO: Cuéntenos por favor como se obstruyen esas prácticas con la construcción del gasoducto. CONTESTADO: Primer punto, empezaron a trabajar con máquinas muy pesadas, empezaron a arrancar los árboles, a destruir las plantas medicinales, los reptiles los aplastaban con las maquinas, es decir, culebras, iguanas y los demás animales silvestres que vivían en ese mismo lugar, porque esos se ahuyentan, cuando una maquina la prenden, un motor de eso es una explosión y los animales no están acostumbrados básicamente a esa explosión y ellos empiezan a migrar para otras partes.

(...)

Respecto de la afectación relacionada con la práctica de la medicina tradicional, Francisco Pérez Pérez[46], adujo lo siguiente:

“PREGUNTADO: Cuéntenos, ¿con la construcción del gasoducto que medicina podrían resultar afectadas? CONTESTADO: Hay una afectación directa y una indirecta. La directa con los arboles medicinales, la indirecta con las plantas que nosotros llamamos menores. Yo estuve en un recorrido de campo y encontré 26 especies afectadas, tengo un listado[47], nos afectan en el sentido de que los árboles no es un secreto para nadie de que un buldócer arranca un árbol, ese árbol no va a volver, entonces en ese caso nos están coartando parte de la flora de la cual nosotros dependemos, en el caso mío, el sustento de los médicos tradicionales depende del campo. En cuanto a las plantas más pequeñas como decía el señor Capitán, hay unas que son anuales, derraman la semilla y nacen pero eso es lo que llamo yo la afectación indirecta porque hay oportunidades de que en unos tramos nace y en otros tramos no nace porque como la cuchilla del buldócer arrastra la tierra entonces por donde pasó el buldócer yo estuve mirando y hay como unos lunarcitos donde volvieron a nacer unas, pero, en la mayoría del tramo, del terreno no volvieron a nacer, entonces, esa es la preocupación mía porque es que nosotros los médicos tradicionales ustedes saben que nosotros no tenemos un laboratorio donde acudimos sino a la naturaleza entonces nosotros

ubicamos los árboles, las plantas, suponiendo, yo me paro aquí y me preguntan por una planta medicinal que está en el Cerrito, yo desde aquí ya sé dónde está esa planta porque yo ya la tengo sectorizada y la tengo identificada, entonces esa es la parte donde nos afecta y también nos afecta a la población porque hay árboles en vía de extinción, entonces si se corta un árbol en vía de extinción, sabe que se hace un daño grande y se le está quitando la oportunidad de que una persona que se enferme y se requiere curar con esa planta, ya nos va a hacer falta, entonces ahí se está afectando directamente a la comunidad que acude a nosotros como médicos tradicionales.”[48]

Cabe resaltar que las declaraciones de los miembros de la comunidad se corroboraron en la inspección judicial realizada en el área de influencia del proyecto, donde se constató que algunas de las plantas medicinales fueron removidas para la construcción del gasoducto.

25. Por su parte, a diferencia del caso anterior, en el caso de la parcialidad indígena La Piche (expediente T-5535199), con base en las pruebas recaudadas en sede de revisión se evidenció que el terreno donde se encuentra el asentamiento de la parcialidad indígena La Piche se encuentra apartado del área de influencia del gasoducto. Ello se pudo corroborar en la declaración del demandante, quien afirmó lo siguiente respecto de la ubicación del asentamiento: “(...) queda en la vía que va hacía San Onofre, queda de la entrada a 1 Km hacía adentro el caserío, porque el cabildo pega ahí como a 200 metros después de la carretera central hacía adentro.”

26. Respecto de los linderos del área en la cual se encuentra ubicada la parcialidad indígena, en el marco de la inspección realizada el 6 de septiembre pasado, el accionante manifestó que se presentó una solicitud de constitución de resguardo ante el INCODER en liquidación que aún no ha sido resuelta. Así mismo, sostuvo que se realizó un levantamiento topográfico del referido resguardo, pero como la solicitud aún no ha sido tramitada por el INCODER en liquidación, en la actualidad no hay certeza sobre los linderos definitivos de éste.

27. En este orden de ideas, al no existir claridad en cuanto a la ubicación de los territorios habitados y utilizados por las parcialidades indígenas, la DCP debió aclarar dicha situación antes de proferir la certificación de presencia de comunidades étnicas.

Así las cosas, la Sala considera que el Ministerio del Interior no tomó todas las medidas

necesarias para verificar la presencia de las comunidades indígenas en el área de influencia del proyecto. Por lo anterior, la Sala resalta que la DCP pudo haber actuado con mayor diligencia, pues tenía la posibilidad de valerse de fuentes de información distintas o realizar la respectiva verificación en campo para aclarar cualquier duda sobre un posible traslape entre los territorios habitados o utilizados por las comunidades indígenas con el área de influencia directa del gasoducto Loop San Mateo-Mamonal.

Por lo anterior, la Corte estima que la DCP, al haber omitido la determinación con claridad de la ubicación de los territorios habitados o pertenecientes a las comunidades étnicas en el área de influencia directa del proyecto, vulneró el derecho fundamental al debido proceso administrativo de las comunidades accionantes, pues se cercenó la posibilidad de que estas participaran en decisiones que afectan sus garantías fundamentales.

Debido a que las pruebas practicadas por la Sala evidenciaron que existen terrenos que son utilizados por la comunidad Maisheshe La Chivera (expediente T-5509550), no tiene sentido ordenar a la DCP que realice una visita de verificación pues la Corte ya realizó esta labor. Por lo anterior, se exhortará a la DCP para que en adelante coordine con las entidades respectivas (i.e. entidades territoriales, INCODER en liquidación, Agencia Nacional de Tierras, IGAC, entre otras) la obtención de todos los insumos técnicos requeridos para establecer si el área habitada o utilizada por una comunidad indígena se yuxtaponen total o parcialmente con el área de influencia de un proyecto, obra o actividad antes de emitir la certificación de presencia de comunidades étnicas.

Por el contrario, en el expediente T-5535199, en vista que no existe claridad en cuanto a las porciones de tierra efectivamente habitadas y/o utilizadas por la comunidad La Piche, esta Corporación considera necesario ordenar a la DCP que realice una visita de verificación al área donde se encuentra ubicado el asentamiento de la comunidad indígena y al área de influencia del proyecto adyacente o circunvecina a éste, con el fin de constatar la presencia de la etnia del actor en el área de influencia del gasoducto.

Adicionalmente, este Tribunal le advertirá al Ministerio de Interior que si evidencia la presencia de la comunidad La Piche en la zona, esta entidad deberá informarle al titular del proyecto si se necesita adelantar la consulta previa correspondiente.

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

Fundamentos normativos del derecho a la consulta previa

28. El derecho a la consulta previa está consagrado expresamente en el Convenio 169 de la OIT, suscrito en Ginebra en 1989[49], el cual hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto[50]. Dicho convenio busca que se garantice la autonomía de los pueblos indígenas y tribales, así como la preservación de su cultura y el respeto por su diferencia con el resto de la colectividad.

De otro lado, conforme al artículo 7º del Convenio 169, cuando se pretenda adelantar obras, proyectos o actividades que puedan afectar directamente a las comunidades étnicas, éstas tienen derecho a que se les garantice la posibilidad de “(...) decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.”

A partir de lo anterior se colige que en virtud de las obligaciones asumidas por el Estado Colombiano, toda medida legislativa y administrativa o toda obra, proyecto y actividad, que pueda comportar una afectación directa a las comunidades étnicas, debe ser sometida a consulta previa.

30. En el plano jurídico nacional, los derechos de los pueblos indígenas se concretan en diversos mandatos, principios y valores constitucionales, dentro de los cuales se resaltan: (i) el modelo participativo y pluralista concebido por el Constituyente en el que se propicia la participación de las distintas culturas y grupos étnicos que integran el Estado colombiano (artículos 1º y 2º); (ii) el principio de igualdad que se concreta, de un lado, en la prohibición de discriminación frente la ley y, de otro, en el deber del Estado de adoptar medidas afirmativas a favor de grupos vulnerables o personas en condición de debilidad manifiesta (artículo 13); (iii) el reconocimiento y el deber de protección del Estado a la diversidad étnica y cultural de la Nación (artículo 7º); (iv) el derecho que tiene todo ciudadano a la participación democrática; (v) el reconocimiento del principio de igualdad entre las distintas culturas (artículo 70) y (vi) la garantía de la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten para la explotación de recursos naturales en sus territorios (artículo 330, parágrafo único).

Si bien el derecho a la consulta previa no se encuentra expresamente establecido en la Constitución, su ámbito de protección constitucional se deriva del derecho a la participación de las comunidades étnicas consagrado tanto en la Carta Política como en el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-. [52]

Necesidad y realización de consulta previa como expresión del derecho fundamental a la participación de los grupos étnicos [53]

31. Como se mencionó con anterioridad, el artículo 1º de la Constitución define al Estado Colombiano como democrático, participativo, y pluralista. Por su parte, los artículos 7º y 70 de la misma normativa, consagran la protección de la diversidad étnica y cultural como uno de los principios fundamentales del Estado [54].

32. Este Tribunal ha considerado que el pluralismo debe ser objeto de especial protección y reconocimiento constitucional, toda vez que en Colombia existe diversidad de identidades étnicas y culturales, las cuales deben ser tratadas con el mismo respeto que la colectividad mayoritaria, y son titulares de los mismos derechos [55].

33. En el desarrollo de su jurisprudencia, en particular en la sentencia C-169 de 2001 [56], reiterada por la sentencia SU-383 de 2003 [57] entre otras [58], esta Corporación ha indicado que una de las formas de materializar dicha protección constitucional se da a través del ejercicio del derecho que tienen los grupos étnicos a participar en las decisiones que los afectan. De acuerdo con lo señalado en las providencias anteriormente referidas, esta forma de participación tiene una doble connotación, por una parte, como derecho fundamental cuyo ejercicio debe ser garantizado y facilitado por las autoridades correspondientes y cuya titularidad recae en los pueblos y comunidades étnicas. Ello implica que a diferencia de las demás libertades consagradas en la Constitución, la consulta previa es un derecho colectivo fundamental.

Por otra parte, la consulta previa ha sido considerada un mecanismo indispensable para la efectividad de otros derechos constitucionales [59]. En este sentido, constituye una garantía para el goce efectivo de otros derechos, pues se erige como una condición para que las comunidades étnicas puedan adoptar, de forma autónoma, las decisiones que consideren sobre su futuro y su desarrollo económico, social y cultural.

34. De acuerdo con lo establecido en la sentencia C-187 de 2011[60], el derecho de participación de los grupos étnicos, se deriva (i) del artículo 40 de la Constitución, que dispone el derecho que tiene todo ciudadano a la participación democrática; (ii) del artículo 70 de la Carta que establece la cultura y sus diferentes manifestaciones como fundamento de la nacionalidad; y (iii) de los artículos 329 y 330 de la misma normativa, que regulan la participación previa de las comunidades en la conformación de las entidades territoriales indígenas y la explotación de los recursos naturales en su territorio. Con fundamento en lo anterior, esta Corporación ha reconocido que la consulta previa ostenta el grado de derecho fundamental.

35. De otro lado, cabe resaltar que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano, en particular la Ley 70 de 1993[61], la expresión grupos étnicos incluye a las comunidades indígenas y a las afrodescendientes. Lo anterior ha sido reconocido por este Tribunal, en especial en la sentencia C-461 de 2008[62], en la que reiteró que las comunidades afrodescendientes también son consideradas grupos étnicos, titulares de derechos constitucionales fundamentales a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, a la conservación, al uso, a la administración de los recursos naturales y a la realización de la consulta previa, en los casos en que se tomen medidas que los afecten de forma directa y específica.

36. En síntesis, esta Corporación ha establecido que: (i) la diversidad de identidades étnicas y culturales es objeto de especial protección y reconocimiento constitucional, y (ii) una de las formas de materializar dicha protección se da con el derecho a la participación que le asiste a los pueblos interesados, cuando se va a adoptar una medida legislativa o administrativa o cuando se pretenda la construcción y operación de un determinado proyecto, obra u actividad que los pueda afectar de forma directa.

La obligación del Estado de realizar consulta previa a las comunidades étnicas con respecto a las medidas legislativas y administrativas que las puedan afectar directamente

37. En sentencia C-030 de 2008[63], la Corte examinó una demanda presentada contra la Ley 1021 de 2006[64] y estableció que de acuerdo con las disposiciones constitucionales e internacionales que regulan el derecho a la consulta previa, es obligación de los Estados realizar dicho procedimiento a las comunidades étnicas, cuando la ley contenga

disposiciones susceptibles de afectar directamente a los destinatarios, independientemente de que el efecto se considere positivo o negativo.

La providencia mencionada fue reiterada por la Corte en sentencia C-702 de 2010[65], en la que analizó si una reforma constitucional debía someterse a consulta previa. En ese fallo indicó que toda medida legislativa que afectara de forma directa a una comunidad étnica, debía pasar por dicho procedimiento y cubrir no solamente leyes en sentido estricto, sino también los decretos y actos legislativos que afecten de manera directa a los destinatarios de la medida.

En el mismo sentido, en la sentencia C-366 de 2011[66], este Tribunal indicó que existen varias reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional para identificar las medidas legislativas y administrativas que se deben someter al proceso de consulta previa.

En primer lugar, toda medida que afecte directamente a las comunidades étnicas, lo que excluye de dicho procedimiento a las políticas que se dirigen a toda la población de forma general. A pesar de que la Corte ha indicado que el grado de afectación se debe analizar en cada caso concreto, existe un patrón común que se refiere a la incidencia de la medida sobre la comunidad. Con fundamento en lo anterior, en el fallo se indicó que los temas relacionados con el territorio y la explotación de los recursos naturales, en zonas donde se encuentran asentados pueblos étnicos, deben ser sometidas al proceso de consulta previa. Lo anterior, bajo el entendido de que la comunidad tiene una relación con la materia objeto de consulta.

En segundo lugar, en la providencia anteriormente citada se estableció que todo lo referido a la delimitación, conformación y cualquier relación con las demás entidades locales de las unidades territoriales de los pueblos étnicos, y los asuntos del gobierno de los territorios donde estos habitan, debe someterse al proceso de consulta previa. En efecto, la Constitución Política[67] prevé la protección de la integridad cultural, social y económica de los pueblos étnicos en el Estado colombiano, lo que implica que las decisiones gubernamentales deben contar con la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, esta Sala reitera las reglas jurisprudenciales establecidas en los fallos anteriormente referidos, según las cuales (i) toda

medida legislativa o administrativa que afecte de forma directa a las comunidades étnicas que se encuentran en el territorio nacional, debe someterse al proceso de consulta previa y, (ii) las materias concernientes a la conformación de la entidad de dichas comunidades, tales como su territorio, la explotación de recursos naturales y los temas relacionados con las entidades locales de las unidades territoriales de dichos pueblos, también deben someterse a dicho proceso.

La obligación del Estado de garantizar la consulta previa con las comunidades étnicas, para el desarrollo de proyectos, obras o actividades que las pueden afectar directamente

38. En relación con la obligación de llevar a cabo el proceso de consulta previa para la ejecución de proyectos, obras o actividades que puedan afectar directamente a las comunidades étnicas, esta Corporación ha indicado[68] que aquella tiene como finalidad:

(i) Brindar a la comunidad un conocimiento pleno de los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen y de los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para su ejecución;

(ii) Ilustrar a la comunidad sobre la afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política, que serían causados por ejecución del proyecto objeto de consulta;

Permitir a los miembros de la comunidad (a) valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto de manera libre y sin interferencias extrañas; (b) manifestar las inquietudes y pretensiones que presenten en lo que corresponda a la defensa de sus intereses y, (c) pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto.

El concepto de afectación directa y su relación con el área de influencia directa

39. Como ya se dijo, la consulta previa procede frente a las medidas o proyectos que puedan afectar directamente a las comunidades étnicas, motivo por el cual es preciso hacer referencia a la noción de afectación directa. Este es un concepto que ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional para determinar el alcance del derecho a la consulta previa, de un lado respecto de medidas legislativas o administrativas, y de otro, en relación con proyectos, obras y actividades.

41. Ahora, en relación con el desarrollo de proyectos, obras o actividades, la Corte ha sostenido que la afectación directa se determina por el impacto que su implementación pueda causar sobre “la comunidad, su nicho y los recursos que le constituyen”[70], esto es, sobre el medio biótico, abiótico y socioeconómico de los territorios habitados, ocupados o pertenecientes a la comunidad.

De ello se desprende que una de las formas para garantizar la protección efectiva de derechos de las comunidades étnicas, se materializa en la identificación del área donde se va a ejecutar el proyecto, obra o actividad. Para ello, el ordenamiento jurídico prevé que el titular está obligado a establecer su área de influencia[71], con el objetivo, entre otros, de determinar si el proyecto, obra o actividad puede afectar directamente los territorios ocupados, habitados o pertenecientes a comunidades étnicas.

42. Aunque no hay una definición unívoca del término área de influencia, existen algunas referencias normativas en el ordenamiento jurídico ambiental que pueden dar luces sobre esta noción.

43. En primer lugar, en materia de licenciamiento ambiental, según el Decreto 2041 de 2014, el área de influencia se define así:

“Área en la cual se manifiestan de manera objetiva y en lo posible cuantificable, los impactos ambientales significativos ocasionados por la ejecución de un proyecto, obra o actividad, sobre los medios abiótico, biótico y socioeconómico, en cada uno de los componentes de dichos medios.”

44. En segundo lugar, para la presentación del Diagnóstico Ambiental de Alternativas - DAA-, estudio ambiental exigido para el trámite de licencias de esta índole[72], el titular está obligado a caracterizar el área de influencia, conformada por las áreas de influencia directa e indirecta del proyecto que se pretende realizar.

Según los términos de referencia para la presentación del DAA para proyectos puntuales[73], expedidos por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el área de influencia directa “(...) es aquella donde se manifiestan los impactos ambientales generados por las actividades de construcción y operación”. Por el contrario, el área de influencia indirecta se define como el “[á]rea donde los impactos ambientales trascienden el espacio

físico del proyecto y su infraestructura asociada.” (Subrayas y negrilla fuera del texto original)

45. De las normas antes mencionadas es posible concluir que el área de influencia directa es aquella en la cual se van a presentar los impactos sobre el medio biótico, abiótico y socioeconómico causados por las actividades de construcción y operación. Ello implica que este es un concepto amplio, pues no se adscribe únicamente al lugar en el que se pretende ejecutar el proyecto, obra o actividad, sino que se extiende a las áreas en las que se causen afectaciones o intervenciones al statu quo de la comunidad.

Ahora, al tratarse de comunidades étnicas, dichos impactos se predicarán respecto de su integridad cultural, su autonomía política y organizativa, y en general del goce efectivo de sus derechos[74].

Derechos territoriales de las comunidades étnicas frente a la afectación directa y deberes correlativos del Estado

Afectación directa y derechos territoriales de las comunidades étnicas

46. El Convenio 169 de la OIT también reconoce la estrecha y especial relación existente entre las comunidades étnicas y el territorio. Por ello, según ese tratado internacional, el Estado tiene a su cargo el deber de tomar las medidas necesarias para identificar las tierras[75] en las que comunidades étnicas se han asentado tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad, uso y habitación sobre las mismas.

47. Además, los derechos territoriales de las comunidades étnicas presentes en el área de influencia directa del proyecto, obra o actividad son determinantes para establecer el alcance de la afectación directa en razón del territorio. Por ello, el Estado tiene la obligación de recolectar todos los elementos técnicos que permitan establecer si existe traslape entre el área del resguardo y el área de influencia directa del proyecto, obra o actividad.

48. En la identificación de los derechos territoriales de las comunidades indígenas, podrían presentarse distintas hipótesis:

(i) Existencia de un resguardo indígena debidamente constituido, cuyos linderos estén plenamente establecidos:

Para establecer si el resguardo se encuentra en el área de influencia directa del proyecto, se deben contrastar los elementos técnicos que permitan establecer si existe un traslape entre el área del resguardo y el área de influencia directa del proyecto, obra o actividad. Así, si el área de influencia directa del proyecto se solapa con el área del resguardo, se concluye que hay una afectación directa sobre sus territorios.

(ii) Existencia de un resguardo indígena debidamente constituido, cuyos linderos no estén plenamente identificados:

Puede ocurrir que haya falta de claridad en los linderos del resguardo debido a que: (a) el resguardo fue constituido hace mucho tiempo, como sucede con los resguardos republicanos y coloniales; (b) no se contaba con la tecnología apropiada para establecer específicamente los linderos; o (c) las dimensiones espaciales del área dificultan su alinderación.

Cuando se esté ante alguna de esas circunstancias, el Estado tiene la obligación de verificar cuáles son los linderos y, en caso de que no se encuentren delimitados, debe fijarlos para proceder a determinar si se presenta el traslape con el área de influencia del proyecto, obra o actividad.

(iii) Territorios habitados u ocupados por comunidades étnicas sobre los que se tramite algún proceso de titulación:

Ante la existencia de territorios habitados u ocupados por comunidades étnicas, para efectos de determinar el alcance de la afectación directa en razón del territorio, es preciso fijar el área habitada u ocupada por estas comunidades. Para ello, el Estado debe verificar si éstas han solicitado la titulación de tales tierras o si han sido adquiridas por el INCORA, INCODER en liquidación o cualquier otra entidad de derecho público o privado para la constitución del resguardo indígena.

Por ende, en este supuesto, el Estado tendrá que acudir a la información de esos procesos de titulación, y si no hay elementos que permitan establecer los linderos del área, le corresponderá fijar la zona en la que se encuentra ubicada la comunidad.

(iv) Territorios sobre los cuales el Estado no tiene certeza sobre los linderos o no los

reconoce:

En este orden de ideas, cuando se está ante alguno de los dos últimos supuestos, en los cuales no hay claridad sobre la determinación del territorio, el deber del Estado, e incluso del solicitante, es más amplio, en razón a que les corresponde desplegar todas las gestiones necesarias para cerciorarse de la presencia de las comunidades en el área de influencia directa y, en consecuencia, de los impactos directos que el proyecto, obra o actividad pueda generar sobre el territorio.

49. Sobre la última hipótesis planteada, la Sala resalta que en distintas ocasiones la Corte ha protegido el territorio de las comunidades étnicas (en sede de tutela y de constitucionalidad) con fundamento en la noción amplia de territorio contenida en los artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT[76]. En efecto, este Tribunal ha considerado que se debe agotar el proceso de consulta previa con las comunidades étnicas cuando se encuentre demostrado que la ejecución de proyectos, obras o actividades puede afectar directamente los territorios en los que estas desarrollen prácticas tradicionales[77].

En sentencia T-955 de 2003[78] la Corte sostuvo que el Estado tiene el deber de respetar la diversidad étnica y cultural de los grupos étnicos mediante la protección de su territorio, concepto que a la luz del Convenio 169 de la OIT comprende “(...) la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera.”

En ese sentido, en la sentencia C-030 de 2008[79], este Tribunal analizó las disposiciones de la ley forestal y concluyó que dichas previsiones podrían causar efectos en áreas que hacen parte del hábitat natural de las comunidades étnicas, aun cuando estas no han sido delimitadas como territorios indígenas o que no han sido asignadas como territorios colectivos de comunidades afrodescendientes. En esta ocasión la Corte resaltó que existe una estrecha relación entre el territorio y las comunidades y que este vínculo va más allá de los límites o fronteras formales.

Con posterioridad, en la sentencia T-547 de 2010[80] la Corte sostuvo que los actos administrativos que se expidieran para la ejecución de proyectos de infraestructura debían ser consultados con las comunidades étnicas cuando estas puedan verse perjudicadas directamente, bien sea porque éste se va a realizar dentro de sus territorios o en áreas en las que se desarrollen usos ancestrales o prácticas tradicionales.

Del mismo modo, en la sentencia T-693 de 2011[81] esta Corporación concedió el amparo del derecho a la consulta previa y ordenó que se adelantara un proceso de consulta dirigido a determinar los daños causados a los peticionarios. En este caso la Corte encontró que se había construido un oleoducto sobre el territorio de las comunidades accionantes sin que se hubiera agotado el proceso de consulta previa. Al pronunciarse sobre la protección de las áreas sagradas o de especial importancia ritual y cultural, se insistió en que ésta se extiende incluso a las áreas ubicadas fuera de los resguardos, por cuanto el Convenio 169 acoge un concepto amplio de territorio.

Más recientemente, en sentencia T-461 de 2014[82], la Corte señaló que el derecho al territorio no se limita a lo legalmente establecido como tal, pues la protección constitucional recae también sobre aquellas porciones de tierra utilizadas y habitadas por las comunidades para llevar a cabo sus proyectos productivos, mantener sus tradiciones, costumbres y sus lugares sagrados.

50. A partir de lo establecido por la jurisprudencia constitucional se puede concluir que la protección del territorio de los grupos étnicos, no sólo comprende las tierras constituidas a su favor y claramente delimitadas, sino que también se extiende a los lugares en los que las comunidades han desarrollado prácticas tradicionales de significación religiosa, ambiental o cultural, aunque estén por fuera de los límites físicos del territorio en el que se encuentran los asentamientos de las comunidades étnicas.

Precisión conceptual sobre el trámite de constitución, ampliación y saneamiento de resguardos indígenas

51. Teniendo en cuenta que la Sala constató que en el expediente T-5535199 se presentó una solicitud de constitución del resguardo indígena Yuma de las Piedras, antes de pronunciarse sobre la vulneración del derecho a la consulta previa, la Sala estima necesario hacer una precisión conceptual sobre el proceso de constitución, ampliación y saneamiento de resguardos.

52. El trámite de constitución de resguardos indígenas se encuentra regulado por el Decreto 2164 de 1995. En sentencia T-013 de 2009[83], la Corte hizo una breve síntesis de este proceso en los siguientes términos:

“(i) El trámite puede iniciarse de oficio por el INCORA o a solicitud del Ministerio del Interior, otra entidad pública o de la comunidad indígena interesada, adjuntando la información requerida en el parágrafo del artículo 7 del decreto bajo estudio; (ii) recibida la solicitud, se conformará un expediente que contenga las diligencias administrativas correspondientes (artículo 8); (iii) una vez abierto el expediente, se incluirá en la programación anual, la visita y estudios necesarios (artículo 9); (iv) de acuerdo con la programación, se realizará la visita a la comunidad interesada, de la cual se levantará un acta (artículo 10); (v) con base en la visita, el INCORA realizará un estudio socioeconómico, jurídico y de tenencia y funcionalidad étnica y cultural de las tierras de las comunidades (artículos 6 y 11); (vi) una vez concluido el estudio, el expediente se remitirá al Ministerio del Interior para que emita concepto previo (artículo 12); (vii) culminado el trámite anterior, la Junta Directiva del INCORA expedirá la resolución que constituya, reestructure o amplíe el resguardo indígena a favor de la comunidad respectiva, la cual constituirá el título traslativo de dominio (artículo 13); dicha providencia se publicará en el Diario Oficial y se notificará al representante legal de la comunidad interesada (artículo 14).”

53. Cabe anotar que a partir de la expedición de la Ley 160 de 1994 “Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones”, al Instituto Colombiano de Reforma Agraria - INCORA- le fue atribuida la función de tramitar los procesos de constitución, ampliación, saneamiento y reestructuración de los resguardos indígenas. Con posterioridad, esta función sería atribuida al INCODER (actualmente en liquidación) hasta la expedición del Decreto 2363 de 2015 que creó la Agencia Nacional de Tierras, entidad que asumió la función de titulación de resguardos indígenas.

54. Ahora, se debe tener en cuenta que mediante Decreto 1397 de 1996 se creó la Comisión Nacional de Territorios Indígenas –en adelante CNTI-, una instancia de concertación entre el Gobierno Nacional y los pueblos indígenas que tiene como finalidad la priorización de las acciones de constitución, ampliación, reestructuración y saneamiento de resguardos.

Esta instancia de concertación resulta de suma importancia para los procesos de constitución de resguardos indígenas, pues la función de priorización es una herramienta de

planeación que determina cuáles son los procesos de constitución de resguardos que el INCODER en liquidación o la Agencia Nacional de Tierras efectivamente deben tramitar. Por lo anterior, de todas las solicitudes de constitución que se presenten, solamente serán tramitadas por la entidad encargada de la titulación de tierras aquellas que hayan sido priorizadas por la CNTI.

En este orden de ideas, la presentación de una solicitud de constitución de resguardo indígena como tal no constituye ningún derecho en favor del peticionario hasta que el trámite haya culminado. Es más, ni siquiera es dable afirmar que la solicitud puede generar una expectativa legítima frente al Estado, pues mientras el resguardo para el cual se haya presentado la solicitud de constitución no haya sido priorizado por la CNTI, ésta no será tramitada por el INCODER en liquidación o la Agencia Nacional de Tierras.

Transgresión del derecho a la consulta previa en los casos concretos

55. Respecto de la violación del derecho a la consulta previa, de las pruebas recaudadas en sede de revisión se evidenció que sí existe una afectación sobre la comunidad Maisheshe La Chivera (expediente T-5509550), pues en el área de influencia del proyecto sí existen zonas donde se desarrollan prácticas tradicionales. Ello lleva a concluir que la omisión en certificar la presencia de la comunidad vulneró el derecho a la consulta previa, pues esta situación impidió que se facilitara un espacio de diálogo entre el Estado y la comunidad que le permitiera poner de presente las afectaciones que la implementación del gasoducto pudieran causar sobre su territorio y sus miembros.

56. Por lo anterior, la Sala ordenará a las entidades accionadas la realización del proceso de consulta previa con la comunidad Maisheshe La Chivera. No obstante lo anterior, no se debe dejar de lado el hecho de que el gasoducto ya se construyó. Ello implica que se deben ponderar tanto los intereses de la comunidad afectada como los de la sociedad encargada del proyecto, pues su construcción y ejecución se ha desarrollado bajo el amparo del principio de confianza legítima en los actos de la administración.

57. Esta Corporación estima que ordenar la suspensión del proyecto es una medida que resulta desproporcionada e irrazonable en el caso concreto, puesto que las obras de construcción ya se ejecutaron, y una medida de esta magnitud puede generar graves perjuicios a la actividad de transporte de gas que desarrolla la entidad, ya que ello

implicaría detener la operación de un sistema de transporte que tiene más de 190 kilómetros de longitud.

Adicionalmente, en nada contribuiría a la protección efectiva de los derechos fundamentales de la comunidad que se suspenda la operación del proyecto, pues la consulta previa se puede realizar sin necesidad de la suspensión mientras ésta se desarrolla. De hecho, el accionante afirmó que el gasoducto se encuentra bajo tierra y que ello no impide la movilidad de la comunidad, pues la intervención en el terreno no dejó rastro alguno[84]. Por tanto, existe otro tipo de órdenes que son menos lesivas para el titular del proyecto y más garantistas para los derechos fundamentales de la comunidad accionante.

Ahora, en cuanto a la realización del proceso de consulta, en aras de proteger de manera efectiva e inmediata los derechos de la comunidad, esta Sala considera pertinente que la misma se realice en un término no superior a los tres meses siguientes a la notificación de esta decisión. En este proceso, Promigas S.A. E.S.P. deberá (i) identificar las especies afectadas con las obras realizadas para la construcción del gasoducto conjuntamente con el médico tradicional de la comunidad y (ii) establecer un cronograma de actividades para cultivar las especies identificadas con el objetivo de preservar la práctica de la medicina tradicional desarrollada por la comunidad.

58. En el caso de la comunidad La Piche (expediente T-5535199), la Sala no advierte la vulneración de su derecho a la consulta previa, toda vez que no se demostró que la construcción del gasoducto generara una afectación directa sobre el territorio ni sobre la comunidad. Al indagar sobre la afectación que el gasoducto puede causar sobre la comunidad, en la declaración del señor Agustín Durán Campo, Capitán del cabildo menor La Piche, éste afirmó lo siguiente:

“PREGUNTADO: ¿En qué consisten las afectaciones que usted considera que se han dado como consecuencia de la construcción del gasoducto? CONTESTADO: Nosotros miramos esto porque nosotros no nos estamos dando cuenta que ellos dicen que no nos afectan pero si nos están afectando. Nosotros pensamos que el día que se reviente un tubo de esos, a donde va a parar esa caloría que bota ese tubo o cualquier otro daño ambiental que nos toquen a nosotros también. PREGUNTADO: ¿Entonces las afectaciones serían ambientales

eventuales? CONTESTADO: Si claro.

PREGUNTADO: ¿A parte de lo que ha dicho hasta ahora de los eventuales efectos ambientales, me dice que no hay ninguna otra afectación? ¿Es la posibilidad de un accidente? CONTESTADO: perdón repítame la pregunta. PREGUNTADO: ¿A parte de la posibilidad de ocurrir un accidente, hay alguna otra afectación? CONTESTADO: De pronto yo digo que sí porque ahí de pronto sale afectado el acueducto de ambas comunidades, de 3 comunidades, el acueducto queda arriba de la cabecerita del pueblo donde yo vivo y viene a Cieneguita, Arroyo Seco y una parte de Macajan, de ahí sale para acá.”

Lo anterior evidencia que lo pretendido por el actor es que se realice la consulta previa debido a que la construcción del gasoducto puede causar un eventual daño ambiental, lo cual no puede ser considerado como una afectación directa, actual y verificable, sino más bien una apreciación subjetiva y en abstracto sobre contingencias que bien podrían o no ocurrir en el gasoducto.

59. En relación con la afectación directa en razón del territorio, la Corte tampoco encuentra que ésta se haya dado en el caso objeto de estudio. Ello se debe a que no se comprobó que el tramo del proyecto que pasa por el municipio de Toluvié se traslapara con el territorio habitado por la comunidad indígena.

Si bien el IGAC estableció que existe traslape entre el área del resguardo para el cual se solicitó la constitución y el área de influencia directa del gasoducto, éste resguardo aún no ha sido priorizado por la CNTI. Ello implica que no es posible atribuir la titularidad del derecho a la consulta previa a la comunidad accionante pues la presentación de la solicitud de constitución del resguardo Yuma de Las Piedras[85] como tal no genera ninguna expectativa legítima, ni mucho menos concede derecho alguno.

En adición a lo anterior, con base en las declaraciones del accionante y en la inspección realizada por el despacho de la Magistrada sustanciadora se constató que el proyecto está por fuera del área donde se encuentra el asentamiento de la comunidad. Es decir, el gasoducto se encuentra por fuera del área habitada por la comunidad La Piche y no hay prueba que demuestre que en los terrenos por donde pasa el ducto sean utilizados por la parcialidad indígena para el desarrollo de prácticas culturales, rituales o tradicionales.

Conclusiones y decisión a adoptar

Del análisis de los casos estudiados, se derivan las siguientes conclusiones:

- La acción de tutela es el mecanismo idóneo para la protección de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas, en tanto que se trata de sujetos de especial protección constitucional a los que el Constituyente confirió una protección reforzada y especial derivada de su situación de indefensión.
- El área de influencia directa hace referencia al área en la cual se van a presentar los impactos sobre los medios biótico, abiótico y socioeconómico causados por las actividades de construcción y operación de un proyecto, obra o actividad y, por ende, donde se va a manifestar la afectación directa sobre las comunidades étnicas.
- En el trámite de la certificación de presencia de comunidades étnicas, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior debe garantizar el derecho fundamental al debido proceso administrativo a los grupos étnicos mediante el esclarecimiento de la ubicación de los territorios habitados o pertenecientes a comunidades étnicas en el área de influencia directa del proyecto, obra o actividad, pues de otro modo se cercenaría la posibilidad de que estas participen en decisiones que pueden afectar sus garantías fundamentales. Ello no exonera al titular del proyecto de la obligación de presentar la información técnica que requiera la Dirección para determinar el área de influencia directa.
- El derecho fundamental a la consulta previa debe garantizarse cuando el área de influencia de un proyecto, obra o actividad, se traslape con el área habitada por las comunidades étnicas o en la que estas desarrollen prácticas tradicionales, por cuanto se entiende que puede afectar directamente la integridad cultural, la autonomía política y organizativa, y en general el goce efectivo de sus derechos.

Por el contrario, en el expediente T-5535199 no se transgredió el derecho a la consulta previa pues no se advirtió que la construcción del gasoducto generara afectación directa sobre la parcialidad indígena La Piche. Sin embargo, se verificó la vulneración del derecho al debido proceso, pues ante la duda en relación con el área en la que se encontraba asentado el resguardo, el Ministerio del Interior tenía su cargo la obligación de efectuar la visita con

los debidos insumos técnicos, para efectos de emitir la certificación de presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto y omitió hacerlo.

Con fundamento en estas consideraciones, en el expediente T-5509550, la Sala revocará la sentencia del 25 de febrero de 2016 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que decidió en segunda instancia la acción de tutela interpuesta por Félix Paternina Romero. En su lugar, ordenará la realización del proceso de consulta con la comunidad en un término no superior a los tres meses siguientes a la notificación de esta decisión.

Adicionalmente, la Sala estima necesario prevenir a la DCP para que en adelante coordine con las entidades respectivas (i.e. entidades territoriales, INCODER en liquidación, Agencia Nacional de Tierras, IGAC, entre otras) la obtención de todos los insumos técnicos requeridos para establecer si el territorio habitado por una comunidad indígena o utilizado por ésta para el desarrollo de prácticas culturales, rituales o tradicionales se encuentra ubicado total o parcialmente en el área de influencia de un proyecto, obra o actividad antes de emitir la certificación de presencia de comunidades étnicas.

En el expediente T-5535199, la Sala revocará la sentencia del 19 de febrero de 2015 proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, que decidió en segunda instancia la acción de tutela interpuesta por Agustín Díaz Campo; en su lugar, se concederá el amparo del derecho al debido proceso. En consecuencia, se ordenará a la DCP que realice una visita de verificación al área donde se encuentra ubicado el asentamiento de la comunidad indígena y al área de influencia del proyecto adyacente o circunvecina a éste, con el fin de constatar la presencia de la etnia del actor en el área de influencia del gasoducto. Adicionalmente, se le advertirá al Ministerio de Interior que si evidencia la presencia de la comunidad La Piche en la zona, deberá informarle al titular del proyecto si se necesita o no adelantar la consulta previa correspondiente.

Respecto de la transgresión del derecho a la consulta previa, no se comprobó que las entidades accionadas hubieran violado este derecho fundamental. En consecuencia, no se concederá el amparo de esta garantía.

III.- DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 25 de febrero de 2016 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, dentro del expediente T-5509550, que confirmó la decisión adoptada en primera instancia por la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre que negó el amparo. En consecuencia, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad Maisheshe La Chivera.

SEGUNDO.- ORDENAR la realización del proceso de consulta con la comunidad Maisheshe La Chivera en un término no superior a los tres meses siguientes a la notificación de esta decisión. En este proceso, Promigas S.A. E.S.P. deberá (i) identificar las especies afectadas con obras realizadas para la construcción del gasoducto conjuntamente con el médico tradicional de la comunidad y (ii) establecer un cronograma de actividades para cultivar las especies identificadas con el objetivo de preservar la práctica de la medicina tradicional desarrollada por la comunidad.

TERCERO.- PREVENIR a la Dirección de Consulta Previa para que, en ningún caso, vuelva a incurrir en las omisiones censuradas en la parte motiva de esta providencia, para lo cual deberá (i) coordinar con las entidades respectivas (i.e. entidades territoriales, INCODER en liquidación, Agencia Nacional de Tierras, IGAC, entre otras) la obtención de todos los insumos técnicos requeridos para establecer si el territorio habitado o utilizado por una comunidad indígena se encuentra ubicado total o parcialmente en el área de influencia de un proyecto, obra o actividad antes de emitir la certificación de presencia de comunidades étnicas y, (ii) ante la duda sobre la ubicación del área habitada o utilizada por una comunidad indígena, realizar las respectivas verificaciones en campo para cerciorarse sobre la existencia o no de traslape con el área de influencia directa del proyecto, obra o actividad.

CUARTO.- REVOCAR la sentencia del 19 de febrero de 2016 proferida el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, dentro del expediente T-5535199, que a su vez confirmó la decisión adoptada en primera instancia por el Juzgado Promiscuo Municipal de Toluvié que negó el amparo; en su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental al debido proceso de la comunidad La Piche.

QUINTO.- ORDENAR al Ministerio del Interior que en el término de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación de esta providencia, realice una visita de verificación al área donde se encuentra ubicado el asentamiento de la comunidad indígena La Piche y al área de influencia del proyecto adyacente o circunvecina a éste, con el fin de constatar la presencia de la comunidad en el área de influencia del gasoducto.

SEXTO.- ADVERTIR al Ministerio de Interior que si evidencia la presencia de la comunidad La Piche en el área de influencia directa del gasoducto, deberá informarle al titular del proyecto si se necesita o no adelantar la consulta previa correspondiente.

SÉPTIMO.- Por Secretaría General líbrese las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado (E)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] De conformidad con el Artículo 2º del Decreto 2164 de 1995, se entiende por parcialidad indígena “(...)el grupo o conjunto de familias de ascendencia amerindia, que tienen conciencia de identidad y comparten valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura, así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos propios que la distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad, o que no puedan acreditarlos legalmente, o que sus resguardos fueron disueltos, divididos o declarados vacantes”.

[2] Expediente T-5509550. Cuaderno I, folio 13.

[3] Expediente T-5535199. Cuaderno I, folio 7.

[4] Certificación 618 del 2 de abril de 2014 expedida por el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior. Expediente T-5509550. Cuaderno I, folio 174.

[5] Comunicación número 100004 del 20 de junio de 2014, suscrita por la Gerente de Medio Ambiente y Seguridad Industrial de Promigas S.A. E.S.P. Expediente T-5509550. Cuaderno I, folio 285.

[6] Oficio OFI14-000025405-DCP-2500 suscrito por el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior. Expediente T-5509550. Cuaderno I, folio 287.

[7] Auto 878 del 4 de marzo de 2015, por medio del cual se inicia el trámite administrativo de una licencia ambiental solicitada por Promigas S.A. E.S.P. Expediente T-5509550. Cuaderno I, folios 15-20.

[8] Expediente T-5509550. Cuaderno I, folios 21-173.

[9] Escrito de tutela. Expediente T-5509550. Cuaderno I, folios 1-9.

[10] Expediente T-5509550. Cuaderno I, folios 212-215.

[11] Contestación de Promigas S.A. E.S.P. del 15 de diciembre de 2015. Expediente T-5509550. Cuaderno I, folios 223-287.

[12] Contestación del Ministerio del Interior radicada el 12 de enero de 2016. Expediente T-5509550. Cuaderno I, folios 106-132.

[13] Contestación del Ministerio de Minas y Energía presentada el 12 de enero de 2016. Expediente T-5509550. Cuaderno I, folios 333-345.

[14] Contestación de la ANLA radicada el 12 de enero de 2016. Expediente T-5509550. Cuaderno I, folios 346-449.

[15] Expediente T-5535199. Cuaderno I, folios 56-57.

[16] Contestación de Promigas S.A. E.S.P. del 24 de noviembre de 2015. Expediente T-5535199. Cuaderno I, folios 63-125.

[17] Contestación del Ministerio del Interior presentada el 12 de enero de 2016. Expediente T-5535199. Cuaderno I, folios 132-141.

[18] Fallo de primera instancia. Expediente T-5509550. Cuaderno I, folios 273-300.

[19] Fallo de primera instancia. Expediente T-5535199. Cuaderno I, folios 142-150.

[20] Constancia secretarial del acto de notificación al accionante efectuado el 12 de enero de 2016. Expediente T-5509550. Cuaderno II, folio 451; Acto de notificación personal realizado el 3 de diciembre de 2015. Expediente T-5535199. Cuaderno I, folio 153.

[21] Fallo de segunda instancia proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado. Expediente T-5509550. Cuaderno II, folios 457-463.

[22] Expediente T-5535199. Cuaderno II, folios 5-9.

[23] Ver sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-780 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-373 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[25] Con el objetivo de respetar el precedente constitucional, promover una mayor eficiencia en la administración de justicia y teniendo en cuenta que la Corte Constitucional ya ha decantado un estándar para resumir de manera detallada las reglas jurisprudenciales sobre la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo subsidiario ante la existencia de otro mecanismo judicial y el perjuicio irremediable se tomará como modelos de reiteración los fijados por la Magistrada Sustanciadora en las sentencias T -704 de 2015, T-736 de 2015, T-593 de 2015, T-185 de 2016 y en el Auto 132 de 2015.

[26] Ver Sentencias T-730 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T- 678 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-610 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo; T-899 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, entre muchas otras.

[27] Ver Sentencias T-948 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-325 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-899 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, entre muchas otras.

[28] Sentencia T-373 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[29] Ver sentencias T-702 de 2008, T-494 de 2010, T-1316 de 2011, T-232 de 2013, T-527 de 2015, entre muchas otras.

[30] Sentencia T-662 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[31] Sentencias SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell; SU-383 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-384A de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[32] Sentencia T-576 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[33] Ley 1437 de 2011, artículo 46: “Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar.”

[34] Sentencia T-485 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán.

[35] Este capítulo fue elaborado teniendo como referencia las sentencias T-373 de 2015 y T-199 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[36] M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.

[37] M.P. Jaime Sanín Greiffenstein. El contenido de la decisión mencionada ha sido reiterado en sentencias T-345 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-731 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-242 de 2010 M.P. Mauricio González Cuervo, entre otras.

[38] M.P. Luis Guillermo Guerrero, la Corte resaltó las siguientes garantías (entre otros) que componen el derecho al debido proceso: (i) conocer el inicio de la actuación, (ii) ser oído durante todo el trámite, (iii) ser notificado en debida forma, (iv) que se adelante por autoridad competente y con pleno respeto de las formas propias de cada juicio, (v) que no se presenten dilaciones injustificadas, (vi) gozar de la presunción de inocencia, (vii) ejercer los derechos de defensa y contradicción, (viii) presentar pruebas y a controvertir aquellas que aporte la parte contraria, (xix) que las decisiones sean motivadas en debida forma, (x)

impugnar la decisión que se adopte, y (xi) promover la nulidad de los actos que se expidan con vulneración del debido proceso.

[39] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

[40] Decreto 2893 de 2011. Artículo 16. “Funciones de la Dirección de Consulta Previa. Son funciones de la Dirección de Consulta Previa, las siguientes:

(...)

5. Expedir 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.”

[41] Decreto 2613 de 2013. Artículo 6: “Información necesaria para expedir la solicitud de certificación de presencia de comunidades étnicas. Para la expedición del certificado de presencia de comunidades étnicas, la Dirección de Consulta Previa requerirá de la entidad responsable del POA o del ejecutor del proyecto, la descripción del proyecto y su área de influencia.

La Dirección de Consulta Previa podrá solicitar otros insumos que se requieran para adelantar el proceso de certificación.”

[42] Ibídem. Artículo 7: “Entidades encargadas de suministrar la información para la identificación de presencia de comunidades étnicas. Para la identificación de presencia de comunidades étnicas, la Dirección de Consulta Previa se valdrá, entre otras, de la información suministrada por las siguientes entidades:

a. El INCODER suministrará de manera expedita a la Dirección de Consulta Previa las bases de datos sobre resguardos indígenas y títulos colectivos de comunidades negras. No será necesaria una certificación adicional por parte del INCODER.

b. Las autoridades municipales o distritales proveerán a la Dirección de Consulta Previa de información sobre el carácter urbano o rural de un predio según el Esquema de Ordenamiento Territorial, Plan Básico de Ordenamiento Territorial o Plan de Ordenamiento Territorial del respectivo municipio o distrito.

[43] Ibídem. Artículo 7: “La Dirección de Consulta previa podrá acudir a la verificación de campo, cuando la información suministrada por otras entidades o por el ejecutor de la POA no sea suficiente para determinar la presencia de comunidades étnicas.

La información solicitada por la Dirección de Consulta Previa será atendida por las demás instituciones del estado de manera expedita.”

[44] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[46] Médico tradicional de la comunidad.

[47] El declarante aportó un listado con las siguientes especies: Santacruz, Albahaca Cotorrera, Campanilla, Ortiga Blanca, Adormidora, Balsamina, Espina de Indio, Roble, Chitu, Mora, Tua Tua, Capitana, Brusca, Malva, Pata de vaca, Llanta de Monte, Guasimo, Totumo, Bleo de Gallinazo, Bleo de Castilla, Solita, Peinecillo, Bejuco Umita, Bejuco de Cadena, Santa María, Contra Prieta y Poleomonta. Cuaderno Corte Constitucional, folio 54.

[48] Transcripción realizada por el despacho de la Magistrada sustanciadora de las declaraciones rendidas por Francisco Pérez Pérez el 5 de septiembre de 2016. Cuaderno Corte Constitucional, folio 67-68.

[49] El Convenio 169 de la OIT fue ratificado por Colombia en 1991 e incorporado al ordenamiento interno mediante la Ley 21 de ese año.

[50] En Sentencia SU-039 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), esta Corporación se pronunció sobre la obligación de consultar una licencia ambiental que había sido concedida para un proyecto de explotación petrolera en tierras de la comunidad indígena UWA. La Corte sostuvo que “[e]l derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación. Dicha tesis fue reiterada en las sentencias

C-418 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-891 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería; C-401 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-208 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-461 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-864 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-615 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-973 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo; C-063 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-702 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-915 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-641 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; C-622 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo y C-501 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[51] Convenio 169. Artículo 6.

[52] Respecto de la naturaleza de este derecho, en sentencia SU-383 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), la Corte sostuvo que “[...] de conformidad con lo previsto en el artículo 94 constitucional, la participación prevista en el artículo 330 de la Carta Política es un desarrollo de la consulta previa establecida en el Convenio 169 de la OIT, comoquiera que este mecanismo, por ser inherente a la existencia misma de los pueblos indígenas y tribales, se entiende enunciado en todos los derechos y garantías que el ordenamiento constitucional les reconoció a estos pueblos, toda vez que sólo escuchándolos, con la finalidad de llegar a un acuerdo, o de lograr su consentimiento de las medidas propuestas, se puede proteger el carácter pluricultural y multiétnico del Estado colombiano –artículos 6 del Convenio, 1° y 7° C.P. [...]”

[53] Estas consideraciones reiteran las reglas establecidas en las sentencias C-184 y C-157 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[54] Ver Sentencias C-208 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-196 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa.

[55] *Ibídem*.

[56] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[57] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[58] Ver Sentencias C-208 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-030 de 2008 M.P. Rodrigo

Escobar Gil, C-461 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-175 de 2009 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva, C-187 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

[59] Ver, entre otras, las sentencias C-169 de 2001. M.P. Carlos Gaviria Díaz; SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis y C-184 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[60] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[61] Ley 70 de 1993, Artículo 2 Para los efectos de la presente ley se entiende por: (...)5. Comunidad Negra. Es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.

[62] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[63] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[64] Por la cual se expide la Ley General Forestal.

[65] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[66] M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

[67] Artículos 329 y 330.

[68] Sentencia C-039 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[69] En Sentencia T-376 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa) la Corte sostuvo que existen diversos estándares para determinar la afectación directa: “(i) De los fallos de revisión de tutela y unificación reiterados en el acápite precedente, se desprende que la afectación directa hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas; a su turno, las sentencias de constitucionalidad recién reiteradas plantean como supuestos de afectación directa, (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica. Finalmente, (iv) el Relator de las

Naciones Unidas sobre la situación de derechos de los indígenas plantea que la afectación directa consiste en una incidencia diferencial de la medida frente a los pueblos indígenas y en comparación con el resto de la población.”

[70] Sentencia T-745 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[71] De conformidad con el artículo 6 del Decreto 2613 de 2013 “(...) [p]ara la expedición del certificado de presencia de comunidades étnicas, la Dirección de Consulta Previa requerirá de la entidad responsable del POA [Proyecto obra o actividad] o del ejecutor del proyecto, la descripción del proyecto y su área de influencia.”

[72] Según el artículo 17 del Decreto 2041 de 2014, el DAA es un estudio técnico que debe presentar el solicitante de una licencia ambiental que pretenda ejecutar los proyectos, obras o actividades de alto impacto establecidas en el artículo 18 de la misma norma, dentro de los cuales se destaca el transporte y conducción de hidrocarburos líquidos o gaseosos que implique la construcción y montaje de infraestructura de líneas de conducción. El DAA tiene por objeto suministrar la información para evaluar y comparar las diferentes opciones bajo las cuales sea posible desarrollar un proyecto, obra o actividad. Dichas opciones deberán tener en cuenta el entorno geográfico, las características bióticas, abióticas y socioeconómicas, el análisis comparativo de los efectos y riesgos inherentes a la obra o actividad; así como las posibles soluciones y medidas de control y mitigación para cada una de las alternativas.

[73] Acogidos mediante Resolución 1255 del 30 de junio de 2006.

[75] Según el artículo 14 del Convenio 169, el término tierras utilizado a lo largo del tratado internacional, incluye el concepto de territorios, el cual cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna manera.

[76] “Artículo 13. || 1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. || 2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los

pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Artículo 14 || 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.”

[77] Sentencias T-547 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-371 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[78] M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

[79] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[80] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[81] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[82] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[83] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[84] “PREGUNTADO: ¿Usted dice que el gasoducto pasa entre las dos comunidades cierto? CONTESTADO: Sí señor. PREGUNTADO: ¿Está elevado o por debajo de tierra? CONTESTADO: La tubería va enterrada. PREGUNTADO: ¿Ustedes no tienen problema para atravesar de un lado a otro la comunidad? CONTESTADO: No, no tenemos problema porque ya eso lo enterraron y quedo otra vez normalmente. PREGUNTADO: ¿Pueden atravesar?, es decir ¿No hay nada que le impida el paso de una comunidad a otra? CONTESTADO: No, eso está libre. PREGUNTADO: ¿Las obras consistieron en la construcción de esos tubos cierto? CONTESTADO: Sí.” Transcripción realizada por el despacho de la Magistrada sustanciadora de las declaraciones rendidas por Félix Paternina Romero el 5 de septiembre de 2016. Cuaderno Corte Constitucional, folio 67.

[85] Según la declaración del actor, la cacica de este resguardo es la señora Leonarda Pestana Charrasqui (Cuaderno Corte Constitucional, folio 71).