

Sentencia T-660/15

DERECHO DE PARTICIPACION EN MATERIA AMBIENTAL-Caso en que se alega afectación al medio ambiente sano por el paso de trenes por la vía férrea, debido a las emisiones de polvillo de carbón y a la generación de ruido

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Fundamentos normativos

El carácter fundamental de la consulta previa es consecuencia de su vinculación con la defensa de la integridad cultural de dichas comunidades, así como de las condiciones que permiten su supervivencia como pueblos diferenciados. La consulta previa constituye una garantía específica de las exigencias de equidad distributiva y participación, -propias de la justicia ambiental, en relación con los grupos étnicos- siendo un concepto que toma como punto de partida el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política, donde se establece la obligación estatal de garantizar la participación de las comunidades indígenas previa la explotación de recursos naturales en sus territorios.

CONSULTA PREVIA-Principio del derecho internacional

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Jurisprudencia constitucional

La Corte Constitucional ha sostenido que la consulta previa posee el carácter de derecho fundamental, precisó que el mismo concreta mandatos constitucionales, como el principio de participación de grupos particularmente vulnerables, la diversidad cultural y los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, frente a los pueblos étnica o culturalmente diversos.

CONSULTA PREVIA-Asuntos que deben ser consultados o medidas que suponen afectación directa a la comunidad

La consulta debe garantizarse siempre que exista una afectación directa sobre los intereses de la comunidad de que se trate, es decir, cuando la misma vaya a sufrir una intromisión intolerable en sus dinámicas sociales, económicas y culturales. Tal afectación no se determina únicamente porque la comunidad y el proyecto compartan la misma área

geográfica, sino también debe evaluarse con relación a sus impactos y secuelas generados por la misma operación y funcionamiento. Así pues, la jurisprudencia de la Corte ha fijado criterios para identificar la existencia de una afectación directa: a) cuando la medida administrativa o legislativa altera el estatus de las comunidades porque impone restricciones o concede beneficios, b) cuando las medidas son susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas como tales y no aquellas decisiones que son generales y abstractas, c) cuando se trata de aplicar las disposiciones o materias del Convenio 169, por ejemplo la regulación de explotación de yacimientos de petróleo ubicados dentro de los territorios indígenas, d) cuando se va a regular materias vinculadas con la definición de identidad étnica de los pueblos indígenas, y e) cuando las medidas a implementar se tratan sobre la explotación y aprovechamiento de recursos naturales en territorios indígenas. Como ejemplos y desarrollo de estos criterios pueden mencionarse las medidas que regulen la participación política de los pueblos indígenas y las medidas que regulan el sistema de educación en las comunidades respetando sus costumbres, tradiciones y lenguajes.

DERECHO DE PARTICIPACION-Espacios de concertación en diseño y desarrollo de megaproyectos en materia ambiental

Este derecho se traduce en la facultad que tienen los ciudadanos de escuchar y conocer las propuestas de las entidades estatales que les puedan afectar de alguna forma, e intervenir, informarse y comunicar sus intereses frente a ellas. La participación no se reduce a que la autoridad competente organice reuniones de información, de concertación o audiencias, sino que en coordinación con la comunidad garantice la participación y asuma la protección de las personas en situación de vulnerabilidad que van a ser afectadas negativamente por las decisiones administrativas municipales. De tal manera, la participación también significa darle efecto a las opiniones expresadas. En consonancia con lo anterior, esta Corporación ha desarrollado lo atinente al derecho en mención, entre otros, en los casos en que tiene lugar el diseño de megaproyectos. En efecto, la Corte ha estudiado específicamente el derecho a la participación de los grupos de población que potencialmente pueden verse afectados por la realización de un proyecto de tal índole, lo cual constituye una de las maneras en las cuales el Estado puede y debe prevenir que visiones del “interés general” impliquen graves afectaciones en los derechos de las personas. De tal manera, la protección de los derechos fundamentales de los grupos

vulnerables en estos casos debe ser garantizada y su plena participación en el proyecto que impactará diversas formas de vida, asegurada.

DERECHO DE PARTICIPACION EN MATERIA AMBIENTAL-Toma de decisiones ambientales en megaproyectos

El derecho a la participación de la comunidad en megaproyectos cuando estos implican una afectación del ambiente y de los recursos naturales, se encuentra garantizado en el artículo 79 de la Constitución. En la construcción de megaproyectos que implican la afectación o intervención de recursos naturales, las autoridades estatales tienen la obligación de garantizar espacios de participación, los cuales deben conducir a (i) la realización de diagnósticos de impacto comprensivos, y (ii) las concertaciones mínimas en las que tanto los intereses del proyecto u obra a realizar, como los intereses de la comunidad afectada se vean favorecidos.

ESPACIOS DE PARTICIPACION EN DISEÑO Y EJECUCION DE MEGAPROYECTOS CON RECURSOS DEL MEDIO AMBIENTE-Importancia

Cuando se trata de megaproyectos, la participación es absolutamente necesaria para el diseño de las medidas de compensación y corrección, pues las mismas deben provenir de una concertación con las comunidades locales afectadas, según sus intereses.

DERECHO DE PARTICIPACION EN DISEÑO Y EJECUCION DE MEGAPROYECTOS CON RECURSOS DEL MEDIO AMBIENTE-Derecho autónomo

El derecho a la participación de la comunidad en el diseño y ejecución de megaproyectos, es un derecho autónomo que se encuentra reconocido por la Constitución Política y la jurisprudencia de esta Corporación, y adquiere un carácter instrumental en el marco de la ejecución de megaproyectos que implican la intervención del medio ambiente. Lo anterior, por cuanto sirven para realizar diagnósticos de impacto adecuados y diseñar medidas de compensación acordes con las calidades de las comunidades locales que eventualmente podrían verse afectadas con la obra de que se trate. De tal forma, el derecho a la participación de comunidades que no son titulares del derecho fundamental a la consulta previa, debe serles garantizado por medio de espacios de información y concertación, en los que se manifieste el consentimiento libre e informado de la comunidad que se verá

perjudicada, con el fin de establecer medidas de compensación eficientes.

DERECHO DE PARTICIPACION EN MATERIA AMBIENTAL-Vulneración a comunidades y personas que se encuentran expuestas a los efectos del paso de los trenes

DERECHO A LA PARTICIPACION DE COMUNIDADES ETNICAS-Orden a empresa de ferrocarriles diseñar en conjunto con comunidades afectadas, medidas de compensación de los efectos sociales, de seguridad y en el medio ambiente, causados por el paso de trenes

Referencia: Expediente T-4.520.563

Acción de tutela interpuesta por los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras y Afrocolombianas de Guacamayal[1], SUTO GENDE ASE NGANDE[2] de Guacamayal, de Prado[3] Sevilla, 16 de Julio[4] de Sevilla, Tucurinca[5], jurisdicción del Municipio de Zona Bananera-Magdalena, Santa Rosa de Lima en Fundación[6] y Algarrobo[7], contra los Ministerios del Interior, Medio Ambiente, Vivienda, Ciudad y Territorio y Transporte; de las Agencias Nacionales de Licencias Ambientales e Infraestructura, y de los Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. -Fenoco S.A.- y sus socios explotadores del carbón, Drummond, Prodeco (GlencoreXstrata) y Vale.

Derechos fundamentales invocados: consulta previa, integridad territorial, autonomía, medio ambiente sano, y diversidad étnica y cultural.

Temas: Espacios de participación y concertación en el diseño y desarrollo de megaproyectos, consulta previa.

Problema Jurídico: Determinar si a los Consejos Comunitarios accionantes les fueron vulnerados los derechos fundamentales a la consulta previa, a la integridad territorial, a la autonomía, al medio ambiente sano, y a la diversidad étnica y cultural, al haberse construido una línea férrea, en cercanía a sus lugares de residencia, para el transporte de carbón, e iniciado construcción de una segunda vía sin que se hubiera llevado a cabo consulta previa por parte de los accionados.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Bogotá D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil quince (2015)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo adoptado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 6 de agosto de 2014 en el proceso de tutela promovido por los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras y Afrocolombianas de Guacamayal[8], SUTO GENDE ASE NGANDE[9] de Guacamayal, de Prado[10] Sevilla, 16 de Julio[11] de Sevilla, Tucurinca[12], jurisdicción del Municipio de Zona Bananera-Magdalena, Santa Rosa de Lima en Fundación[13] y Algarrobo[14], contra los Ministerios del Interior, Medio Ambiente, Vivienda, Ciudad y Territorio y Transporte; de las Agencias Nacionales de Licencias Ambientales e Infraestructura, y de los Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. -Fenoco S.A.- y sus socios explotadores del carbón, Drummond, Prodeco (GlencoreXstrata) y Vale.

Conforme a lo consagrado en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Tres de la Corte Constitucional eligió, para efectos de su revisión, el asunto de la referencia.

De acuerdo con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. ANTECEDENTES

En el caso de la referencia los hechos y pretensiones se pueden relacionar de la siguiente manera:

1.1. SOLICITUD

Los accionantes, quienes afirman ser los representantes legales de los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras y Afrocolombianas de Guacamayal[15], SUTO GENDE ASE NGANDE[16] de Guacamayal, de Prado[17] Sevilla, 16 de Julio[18] de Sevilla, Tucurinca[19], jurisdicción del Municipio de Zona Bananera-Magdalena, Santa Rosa de Lima en Fundación[20] y Algarrobo[21], todos ubicados en el departamento del Magdalena, instauraron acción de tutela en contra de los Ministerios del Interior, Medio Ambiente, Vivienda, Ciudad y Territorio y Transporte; de las Agencias Nacionales de Licencias Ambientales e Infraestructura, y de los Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. -Fenoco S.A.- y sus socios explotadores del carbón, Drummond, Prodeco (Glencore Xstrata) y Vale, por considerar que están vulnerando sus derechos fundamentales a la consulta previa, a la participación en beneficios de explotación, a la integridad territorial, a la autonomía, a un medio ambiente sano, a la protección especial como grupos vulnerables y a la diversidad étnica y cultural, todo ello, con fundamento en los siguientes:

1.2. HECHOS Y ARGUMENTOS DE DERECHO

1.2.1. Señalan que las comunidades que representan están asentadas en la vía férrea que opera el concesionario Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A., junto con sus socios explotadores (Drummond, Vale y Prodeco), tramo que va desde Chiriguaná -Cesar- hasta Santa Marta -Magdalena-.

1.2.2. Sostienen que esa línea férrea atraviesa sus territorios, por la cual se transporta el carbón que luego es exportado. Además, indican que actualmente se están realizando trabajos para una segunda línea férrea que también abarcaría sus terrenos.

1.2.3. Por lo anterior, consideran que la explotación, transporte y exportación de carbón realizada por las empresas accionadas sobre sus territorios, sin haberlos consultado previamente, les afecta en la forma de vivir, en el medio ambiente, la autonomía, a sus niños y familias, sin que tengan la oportunidad de participar en dichas actividades.

1.2.4. Partiendo de que el artículo 95 del Código de Minas establece que el acopio de material extraído hace parte del proceso de explotación, los accionantes resaltan que las empresas demandadas realizan acopio tanto en las minas como en los puertos de Ciénaga y Santa Marta, no obstante, antes de llegar a ellos, atraviesan su territorio. Para demostrar esto, traen a colación la demanda interpuesta por Fenoco S.A. contra el municipio de la

Zona Bananera, que cursa en el Tribunal Administrativo del Magdalena, en la cual, a folios 10, 11 y 12, la empresa reconoce que es explotador minero.

1.2.5. En vista de la afectación que consideran están padeciendo por causa de la actividad de las empresas demandadas, solicitaron a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior que oficiara a Fenoco S.A., Drummond, Prodeco S.A. y Vale, para que realizaran el proceso de consulta previa con los consejos comunitarios que representan. Sin embargo, afirman que en respuesta del 3 de diciembre de 2013, la entidad pública les manifestó que no les asiste el derecho a la consulta previa al no existir presencia de comunidades negras.

1.2.6. Indican que el 1º de octubre de 2013 elevaron igual petición al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Territorio, solicitándole, además, que oficiara a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales con el fin de que no expidiera más licencias para la nueva línea férrea o, en su defecto, que no renovara la licencia de la antigua línea, hasta tanto no se realizara el proceso de consulta previa. No obstante, hasta la fecha no han obtenido respuesta alguna.

1.2.7. En el mismo sentido, aducen que solicitaron a las empresas accionadas que iniciaran el proceso de consulta previa, pero solo Drummond respondió manifestando que ello era competencia de las autoridades ambientales y del Ministerio del Interior.

1.2.8. En suma, afirman que los ministerios del Interior, Ambiente y Transporte son las entidades públicas encargadas de garantizar a los grupos étnicos sus derechos en todos los niveles territoriales, según lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia T-129 de 2011. Anotan igualmente que en el mismo fallo, esta Corporación fijó la línea jurisprudencial sobre la obligación que tienen las empresas dedicadas a la explotación de carbón, de garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la extracción de recursos sean compartidos de manera equitativa, al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

1.2.9. Así entonces, con fundamento en lo descrito en el Convenio 169 de la OIT, el artículo 7º de la Constitución Política, la Ley 70 de 1993, la Directiva Presidencial 01 del 26 de marzo de 2010 y las Sentencias T-129 de 2011, SU-383 de 2003 y T-955 de 2003, los accionantes solicitan al juez de tutela la protección de sus derechos fundamentales a la

consulta previa, a la integralidad territorial, a la autonomía, al medio ambiente sano, a la participación en beneficios de explotación, a la protección especial como grupos vulnerables y a la diversidad étnica, para que, en consecuencia, se ordene:

“1. Al Ministerio del Interior, Ministerio del Medio Ambiente y Ministerio de Transporte que en coordinación con las empresas FENOCO S.A. FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA, DRUMMOND, PRODECO (GLENCORE XSTRATA) Y VALE SE INICIE EL PROCESO DE CONSULTA PREVIA CON NUESTROS CONSEJOS COMUNITARIOS, a fin de tratar todos los temas referentes a los impactos, medidas de manejo, indemnizaciones y la participación de nuestras comunidades en los beneficios que han obtenido estas empresas en la explotación de Carbón como los sostiene la Corte Constitucional en la SENTENCIA T-129 DE 2011.

2. Al Ministerio de Transporte que ordene a FENOCO S.A. como su CONCESIONARIO QUE suspenda cualquier obra que esté realizando para la ampliación o construcción de la segunda línea férrea.

3. Al Ministerio del Medio Ambiente que ordene a la autoridad nacional de Licencias Ambientales que suspenda cualquier licencia que se haya otorgado A FENOCO S.A. para la nueva LINEA FERREA de explotación de Carbón SOBRE NUESTROS TERRITORIOS.

4. Se vincule al proceso de la Procuraduría delegada para asuntos Étnicos de Bogotá D.C. y a la Dirección de Comunidades Negras del Ministerio del Interior”.

La acción de tutela correspondió en primera instancia al Tribunal Administrativo del Magdalena, quien mediante Auto calendado el 4 de abril de 2014, la admitió y ordenó correr traslado de la misma a Vale, Prodeco S.A., Fenoco S.A., a los ministerios del Interior, de Transporte, y de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

1.3.1. Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa

En oficio del 8 de abril de 2014, el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior solicitó declarar improcedente la acción de tutela por lo siguiente:

Con el fin de contextualizar la problemática planteada por los accionantes, consignó los actos y hechos que rodean la acción de tutela así:

1.3.1.1. Mediante OFI0624075-DET-1000, la anterior Dirección de Etnias del entonces Ministerio del Interior y de Justicia, certificó que una vez revisadas las bases de datos sobre comunidades negras existentes, no encontró ninguna comunidad en el área de intervención del proyecto denominado “Construcción segunda línea férrea corredor La Loma-Santa Marta, municipio de El Paso, Bosconia y El Copey, Departamento del Cesar, y Algarrobo, Fundación, Aracataca, Zona Bananera y Ciénaga, Departamento del Magdalena”. El argumento central por el cual se determinó lo anterior obedeció a que en el año 2006 no existía registro en la base de datos de la Dirección de ninguna de las comunidades accionantes. En todo caso, advierte que ello fue así porque ellos solo se registraron a partir del año 2010, es decir, cuatro años después de expedida la certificación general para el proyecto mencionado.

1.3.1.2. Mediante certificación No. 542 del 28 de marzo de 2012, se estableció que en el área del proyecto no se identificaron comunidades étnicas, lo cual pudo concluirse a partir de la visita de verificación realizada durante los días 8 y 9 de febrero de 2012, en donde además, tampoco evidenciaron la existencia del Consejo Comunitario de Algarrobo, toda vez que en dichos asentamientos, según lo informaron los presidentes de las Juntas de Acción comunal de dicho Municipio, primaba la conformación de este tipo de organizaciones vecinales, compuesta por población mestiza y colonos, que en su momento no hacían parte del consejo comunitario.

En este punto, aclara que para la fecha de la visita, el Consejo Comunitario de Algarrobo ya se encontraba registrado en la Alcaldía Municipal, no obstante, buena parte de su población está asentada en el casco urbano, fuera del área de influencia del proyecto en mención.

1.3.1.3. En el año 2014, mediante certificación No. 414 del 6 de marzo de 2014, la Dirección de Consulta Previa estableció que no se registraba presencia de comunidades étnicas en el área del proyecto, con fundamento en la siguiente consideración técnica: “Que el trazado del proyecto en los sectores de Guamachito, Varela y Río Frío tiene como actividad readecuación de una obra preexistente que no involucra una nueva área de intervención diferente a las del corredor férreo en uso, toda vez que se trata de una segunda línea paralela, que ocupa el mismo derecho de vía sobre la franja o corredor(...)”.

Además, señala que las comunidades negras de Tucurinca, Guacamayal, Sevilla, Santa

Rosa, Algarrobo y Fundación, no se encuentran en el área de intervención del proyecto toda vez que los tramos objeto de la mencionada certificación solo abarcan los corregimientos de Guamachito, Varela y Río Frío, del municipio de Zona Bananera (Magdalena).

1.3.1.4. El 4 de abril de 2014, se radicó bajo el número EXTM14-0014414, la solicitud de certificación de presencia o no de comunidades étnicas por parte de la empresa Fenoco S.A. para el proyecto ya citado. Ese mismo día, el Ministerio fue notificado de la admisión de la presente acción de tutela.

Conforme lo anterior, el representante del Ministerio del Interior consideró que no existe amenaza ni mucho menos vulneración del derecho fundamental a la consulta previa, en tanto la certificación fue requerida hasta el 4 de abril del 2014, encontrándose dentro de los límites legales previstos en el Código de Procedimiento y Contencioso Administrativo para resolver dicha petición, lo que evidencia que las certificaciones a las que aluden los tutelantes corresponden a tramos diferentes a los que son objeto de su interés.

1.3.2. Prodeco S.A.

De igual modo, el 11 de abril de 2014, Prodeco S.A. respondió solicitando al juez de tutela que desestimara las pretensiones de los accionantes.

Al respecto, señaló que la vía a la cual hacen referencia los actores fue construida por la Nación y es propiedad de ésta, no de Prodeco S.A., además, que es operada por Fenoco S.A.

Precisó que no es cierto que existan comunidades negras y afrodescendientes en el área de influencia directa de la mina “Calenturitas”, localizada en jurisdicción de los municipios de La Jagua de Ibirico, El Paso y Becerril (departamento del Cesar), tal y como consta de manera expresa en la certificación No. 198 del 10 de febrero de 2014 expedida por el Ministerio del Interior. Destacó que en igual sentido se pronunció el Incoder mediante Oficio No. 20132138572 de 2013, certificando que las coordenadas del área de influencia directa del proyecto carbonífero “Calenturitas” no coinciden con las coordenadas de territorio legalmente titulado de Comunidades Negras.

En cuanto al acopio de carbón en los puertos de Ciénaga y Santa Marta, la empresa aclaró que sólo puede pronunciarse respecto de los lugares donde opera, conocidos como “Puerto Zuñiga” o “Puerto Prodeco”, localizados en el kilómetro 17 de la vía Ciénaga-Santa Marta, los cuales cesaron su actividad el 1º de mayo de 2013 por expresa disposición de la Agencia Nacional de Infraestructura, mediante resolución No. 273 del 14 de marzo de 2013.

Ahora bien, respecto de los derechos fundamentales de los accionantes, destacó que no existe vulneración alguna toda vez que dicha empresa no construyó ni construye vía férrea alguna, no opera la vía férrea nacional y no existen comunidades negras o afrodescendientes en el área de influencia directa de la mina “Calenturitas”, según certificaciones del Ministerio del Interior y el Incoder, y la operación portuaria que ejercía culminó el 10 de mayo de 2013.

Finalmente, la empresa manifestó que lo anterior también sirve para demostrar que no tiene ni ha tenido vínculo directo alguno con los accionantes, configurándose así una causal de improcedencia como es la falta de legitimación en la causa por pasiva.

1.3.3. Ferrocarriles Nacionales de Colombia -Fenoco S.A.-

Asimismo, Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. -Fenoco S.A., en escrito calendado el 11 de abril de 2014, solicitó al Tribunal desestimar las pretensiones de los accionantes.

La empresa se refirió inicialmente a los hechos narrados por los accionantes, frente a los cuales hizo varias aclaraciones.

En primer lugar, señaló que de la documentación aportada por los accionantes se evidencia que algunos Consejos Comunitarios están registrados ante las Alcaldías Municipales respectivas, salvo por el Consejo Comunitario SUTO GENDE ASE NGANDE, del cual no se aporta prueba. De los mismos documentos, resalta que no existe certeza acerca de su fecha de constitución, o de que estén asentados en la vía férrea.

En segundo término, respecto de la afirmación hecha en la tutela según la cual “la vía férrea atraviesa nuestros territorios”, la empresa manifestó que no existe prueba alguna aportada por los tutelantes de que ello sea así.

Como tercer punto, afirmó que no es cierto que Fenoco S.A. explote o exporte carbón, pues en su calidad de concesionario de la Red Férrea del Atlántico, tan sólo se encarga de administrar, operar y explotar la infraestructura de la misma. Aclaró que tampoco es verdad que actualmente se estén realizando trabajos para una segunda línea que pueda atravesar los territorios de los tutelantes, porque “respecto de los municipios de Fundación y Zona Bananera, Fenoco, a la fecha, no cuenta con Licencia ambiental para tal efecto y respetuosa de la normatividad vigente no adelantará dicha actividad hasta tanto no cuente con la licencia respectiva”. De hecho, la entidad precisó que el 1º de abril de 2013 radicó ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- el Diagnóstico Ambiental de Alternativas, con el propósito de que esta autoridad evalúe y se pronuncie sobre la opción más viable con respecto al proyecto de segunda línea en los municipios antes mencionados. Asimismo, que el 1º de abril de 2014, solicitó a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior que certificara sobre la presencia de comunidades indígenas o afrodescendientes en el área de influencia directa del proyecto.

En relación con el municipio de Algarrobo, indicó que la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, mediante Resolución 1064 de 2013, autorizó a Fenoco S.A. la construcción y operación de la segunda línea paralela a la existente, no obstante, sostiene que aún no ha iniciado dichas actividades. De este último acto administrativo resalta que la ANLA dejó expresa constancia sobre la inexistencia de registro de Consejos Comunitarios de Comunidades Negras o títulos colectivos de comunidades afrodescendientes.

En cuanto a la demanda interpuesta por Fenoco S.A. contra el Municipio de Zona Bananera, asunto mencionado por los demandantes, la empresa aclaró que allí nunca reconoció que ejerciera labores de explotación minera, sino que, para efectos tributarios, el transporte de minerales debía entenderse como parte de la actividad de acopio.

Ahora bien, frente a la presunta vulneración de derechos fundamentales alegada por los demandantes, Fenoco S.A. afirmó que no ha incurrido en ninguna conducta u omisión que amerite tal acusación, en tanto para la fecha en que se certificó la inexistencia de comunidades afrodescendientes en el área de influencia del proyecto, ellos no estaban registrados.

En tal sentido, aclaró que en su calidad de empresa de derecho privado y como

concesionaria del Estado colombiano, no está legitimada para otorgar o reconocer derechos a las comunidades afrodescendientes que representan los actores, y mucho menos certificar su existencia para efectos de consulta previa, por lo que respecto de la acción de tutela de la referencia, adujo no tener legitimación de la causa por pasiva.

La empresa reiteró que desde el inicio de las actividades bajo el contrato de concesión suscrito con el Estado, ha dado estricto cumplimiento a la normatividad ambiental y de comunidades, en especial, a lo previsto en materia de consulta previa. Sostuvo que actualmente la operación que adelanta sobre la Red Férrea del Atlántico se rige bajo el Plan de Manejo Ambiental establecido en la Resolución 751 de 2002 por el Ministerio de Medio Ambiente. Resaltó que este acto administrativo dispuso en su artículo 9º que el proceso de consulta aplicaba únicamente frente a las comunidades negras del municipio de la Dorada (Caldas), Tamalameque (Cesar) y el corregimiento de San Bernardo, municipio de Pelaya (Cesar), de acuerdo con las certificaciones que para el efecto expidió el Ministerio del Interior. En cumplimiento de lo anterior, afirmó que realizó el respectivo proceso de consulta.

En lo atinente al municipio de Zona Bananera, explicó que en cumplimiento de lo previsto en el artículo 3º del Decreto 1320 de 1998, el 1º de abril de 2014 solicitó a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, certificación de las comunidades indígenas o afrodescendientes en el área de influencia directa del proyecto de construcción de la segunda línea férrea paralela a la existente en los corregimientos de Tucurín, Guacamayal y Sevilla de dicho municipio.

Finalmente, sostuvo que los demandantes cuentan con otros mecanismos de protección judicial, “como por ejemplo acciones de nulidad frente a los actos administrativos que alegan vulneran sus derechos o una acción de cumplimiento, exigiéndole a la autoridad competente que cumpla con el Decreto 1320 de 1998 y certifique su existencia en el área de influencia respectiva para efectos de consulta previa si las comunidades representadas por los accionantes cumplen con los requisitos para tal efecto...”.

1.3.4. Los Ministerios del Medio Ambiente, de Vivienda, Ciudad y Territorio y de Transporte; la Agencia Nacional de Infraestructura y la empresa Vale, no emitieron pronunciamiento alguno.

1.4. PRUEBAS Y DOCUMENTOS

1.4.1. Copia de certificación del 13 de diciembre de 2014, emitida por la Alcaldía Municipal de la zona bananera, mediante la cual se acredita el registro del acta de constitución y de restructuración del Consejo Comunitario de Comunidades negras de Tucurinca, jurisdicción del Municipio de Zona Bananera[22].

1.4.2. Copia de certificación proferida por la Alcaldía Municipal de Algarrobo mediante la cual se indica que “el Municipio de Algarrobo Magdalena se encuentra registrado por medio de Resolución 1331 de 14 de Diciembre de 2010, el Consejo Comunitario de Comunidades Negras Afro colombianas, Raizales y Palenqueras del Municipio de Algarrobo la cual su representante legal es la señora ELSA ISABEL BARROS SEPULPEDA identificada con cédula de ciudadanía 57.446.967 expedida en Fundación.”[23]

1.4.3. Copia de la certificación emitida por la Alcaldía Municipal de Fundación, por medio de la cual se señala que en el libro de registro de Consejos Comunitarios, se encuentra el acta de constitución del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Fundación Magdalena, ubicada en el Corregimiento de Santa Rosa de Lima de tal Municipio[24].

1.4.4. Copia de las certificaciones proferidas por la Alcaldía Municipal de la Zona Bananera en las cuales se acredita que en el libro de registro de tal Municipio se encuentran registradas las actas de constitución y de restructuración de los Consejos Comunitarios de (i) la Comunidad negra de Estación 16 de julio de Sevilla, (ii) Comunidades negras de Guacamayal, y (iii) Comunidad negra del Corregimiento de Sevilla[25].

1.4.5. Copia de la respuesta emitida por el Ministerio del Interior a la petición presentada por los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y Afrocolombianas del Departamento del Magdalena. En tal contestación, se indica que una vez realizada la revisión de datos por parte de los profesionales del Grupo de Cartografía de la Dirección de Consulta Previa, se concluyó que no existe presencia de comunidades negras, afrocolombianas, raizales o palenqueras dentro del área del proyecto, razón por la cual, se informó, que no existe la obligatoriedad de realizar procesos de consulta previa[26].

1.4.6. Copia de las peticiones presentadas por las Comunidades accionante a las empresas Fenoco S.A., Drummond, Prodeco S.A., VALE, en las cuales solicitan que se lleve a

cabo el proceso de consulta previa respecto de las dos vías férreas[27].

1.4.7. Copia de la petición presentada por las comunidades accionantes al Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Territorial, en la cual solicitan se ordene a las accionadas llevar a cabo los procesos de consulta previa respecto de las dos vías férreas[28].

1.5. ACTUACIONES DE LA CORTE EN SEDE DE REVISIÓN

1.5.1. Con el fin de contar con mayores elementos de juicio, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, mediante Auto del 3 de febrero de 2015, decretó las siguientes pruebas a través de la Secretaría General:

- Al Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa, que “a) se pronuncie sobre los hechos que dieron origen a la acción de tutela, b) informe de manera detallada a esta Corporación qué comunidades afrodescendientes o indígenas están asentadas y debidamente constituidas en el área de influencia de los Municipios de Fundación, Algarrobo y Zona Bananera (Magdalena), que puedan verse potencialmente afectadas por el proyecto denominado “Construcción de la segunda línea férrea corredor La Loma-Santa Marta”, y si ha realizado algún proceso de consulta previa en relación con la implementación de dicho proyecto de infraestructura”
- A la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras de esta misma entidad que, “allegue información sobre las prácticas tradicionales y las características de los pueblos afrodescendientes del departamento del Magdalena, especialmente aquellos asentados en los municipios de Fundación, Algarrobo y Zona Bananera.”

Asimismo, vinculó al presente proceso de tutela a los Ministerios de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible; Vivienda, Ciudad y Territorio; a la Agencia Nacional de Infraestructura y Nacional de Licencias Ambientales; a las empresas Vale y Drummond Ltd. para que manifestaran lo pertinente sobre la acción de tutela de la referencia, para lo cual se les enviará copia del expediente.

De igual manera, ordenó a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales remitir copia del expediente administrativo que dio lugar a la Resolución 1064 de 2013, en donde, según

Fenoco S.A., fue autorizada a construir y operar el proyecto “Construcción segunda línea férrea corredor La Loma-Santa Marta, Municipio El Paso, Bosconia y El Copey, Departamento del Cesar, y Algarrobo, Fundación, Aracataca, Zona Bananera y Ciénaga, departamento del Magdalena”.

Adicionalmente, ordenó poner en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación, la copia expediente de tutela de la referencia para que (i) realizara una visita de campo al área de influencia del proyecto denominado “Construcción de la segunda línea férrea corredor La Loma-Santa Marta”, en los Municipios de Zona Bananera, Fundación y Algarrobo; (ii) allegara un concepto técnico sobre las comunidades afrodescendientes que pueden verse potencialmente afectadas por el proyecto mencionado; dentro del cual, (a) estableciera el grado de vulneración de los derechos fundamentales invocados por los accionantes, e (b) indicara los lineamientos que pueden ayudar, en caso de ser necesario, a garantizar el adecuado restablecimiento de los derechos fundamentales que encuentre vulnerados.

De tal manera, ordenó poner en conocimiento de la Defensoría del Pueblo la copia del expediente de tutela de la referencia para que (i) adelantara una visita al área de influencia del proyecto denominado “Construcción de la segunda línea férrea corredor La Loma-Santa Marta”, en los Municipios de Zona Bananera, Fundación y Algarrobo, en compañía de la Procuraduría General de la Nación, conforme al numeral anterior de esta providencia; a partir de lo cual (ii) estableciera dónde, presuntamente, se encuentran las comunidades afrodescendientes accionantes, y (iii) determinara los posibles impactos del proyecto sobre esta población, concretamente, la presunta afectación directa que alegan. Con base en lo anterior, (iv) allegara un informe en el que se formulen las conclusiones y hallazgos.

Finalmente, invitó a Renacientes PCN Colombia, al Departamento de Antropología, al Programa de Justicia Global y Derechos Humanos y al Observatorio de Discriminación Racial de la Universidad de los Andes; al Grupo de Investigación sobre igualdad racial, diversidad cultural, conflictos ambientales y racismos en las américas negras (Idcarán) del Departamento de Trabajo Social y al Grupo de Estudios Afrocolombianos de la Universidad Nacional de Colombia y al Movimiento Nacional Cimarrón, con el fin de que, si de considerarlo pertinente, emitieran un concepto técnico sobre la demanda de la referencia.

1.5.2. En escrito presentado el 12 de febrero de 2015, el Ministerio del Interior indicó que no se registra la presencia de comunidades negras en el Municipio de El Paso, Bosconia, El Copey, Departamento del Cesar y Algarrobo, Fundación, Aracataca, Zona Bananera y Ciénaga, Departamento del Magdalena.

Aseveró que mediante certificación No. 414 del 6 de marzo de 2014, la Dirección de Consulta Previa de dicho Ministerio, estableció que no se registraba presencia de comunidades étnicas en el área del proyecto “Construcción segunda línea férrea paralela a la existente en el corredor La Loma -Puerto Drummond en el sector de los corregimientos de Guamachito, Varlea y Río Frío” en jurisdicción del municipio de la Zona Bananera.

De tal manera, explicó que para los proyectos (i) Construcción Segunda Línea Férrea Corredor La Loma - Santa Marta, Municipios de El Paso, Bosconia y El Copey, Departamento del Cesar, y Algarrobo, Fundación Aracataca, Zona Bananera y Ciénaga, Departamento del Magdalena, (ii) Construcción de la segunda Línea Férrea Corredor La Loma -Santa Marta, en los sectores de: Loma Colorada, Algarrobo y Lleras, y (iii) construcción segunda línea férrea paralela a la existente en el corredor La Loma- Puerto Drummond en el sector de los corregimientos Guamachito, Varela y Río Frío, no se requiere el agotamiento del proceso de consulta previa, por cuanto se determinó que no se registra presencia de comunidades étnicas.

No obstante, determinó también que para el tramo: “Construcción segunda línea férrea paralela a la existente en el corredor La Loma-Puerto Drummond en el sector de los corregimientos de Tucurinca, Guacamanya y Prado Sevilla”, es necesario que Fenoco adelante proyecto consultivo.

Asimismo, afirmó que no existen elementos para probar que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior hubiera vulnerado los derechos fundamentales de las actoras, por lo cual solicita ser exonerada de cualquier responsabilidad.

1.5.3. Mediante escrito del 13 de febrero de 2015, el Ministerio del Interior- Dirección de Consulta Previa- allegó nuevamente escrito mediante el cual, luego de hacer referencia a los fundamentos del derecho a la consulta previa, resaltó que la función de certificar la presencia o no de comunidades étnicas en el área de interés de un proyecto, obra o actividad le corresponde a dicha autoridad.

Señaló igualmente las normas que protegen los derechos fundamentales de las comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales, y Palanqueras, específicamente en lo atinente a su identidad cultural, al fomento de su desarrollo económico y social, a sus recursos naturales y del ambiente, entre otros.

Finalmente, solicitó ser exonerado de cualquier responsabilidad en el presente asunto.

1.5.4. El Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, indicó, en escrito presentado el 09 de febrero de 2015, que en este caso debe tenerse en cuenta que dicha autoridad no tiene ninguna injerencia en los hechos descritos en la acción de tutela, dado que la entidad encargada de todo lo relacionado con el tema de Medio Ambiente, licencias ambientales conceptos, viabilidad, entre otros, en la intervención del proyecto bajo estudio, es el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA.

Por ello, manifestó oponerse a la prosperidad de la presente acción de tutela, pues, afirmó, dicha entidad no ha vulnerado derecho alguno de las comunidades accionantes.

Lo anterior, por cuanto consideró que se presenta falta de legitimación en la causa por pasiva. Así, hizo referencia a sus funciones, con el fin de demostrar que no tiene responsabilidad alguna en lo ocurrido en el caso sub judice.

De tal manera, solicitó que la acción de tutela bajo examen fuera negada, teniendo en cuenta que dicha autoridad no es competente para conocer de las pretensiones formuladas por las comunidades accionantes.

1.5.5. La Autoridad Nacional De Licencias Ambientales- ANLA, mediante escrito de contestación presentado el 20 de febrero de 2015, manifestó que en lo referente a el otorgamiento de licencias ambientales solicitadas por Fenoco para la construcción de vías férreas en diversas municipalidades de los departamentos de Cesar y Magdalena, la entidad ha actuado en el marco de sus funciones y que las decisiones adoptadas han correspondido al rigor técnico requerido.

Por lo tanto, afirmó, no ha existido de su parte vulneración a los derechos invocados por los accionantes. Indicó que, en lo referente al paso del proyecto por centros poblados, sólo ha

otorgado licencia para construir en aquellos tramos, en los cuales, conforme con la certificación No. 542 del 28 de marzo de 2012, expedida por el Ministerio del Interior, no se identificaron comunidades étnicas que pudieran verse influenciadas negativamente por el proyecto.

La entidad hizo especial énfasis en la puesta en marcha del proyecto de “Rehabilitación, conservación y mantenimiento de la Red Férrea del Atlántico”, en el marco del Plan de Manejo Ambiental, encaminado a controlar los impactos negativos, directos o indirectos generados por el proyecto en su área de influencia. Finalmente, sugirió la improcedencia de la acción de tutela referenciada por ausencia de perjuicio irremediable, falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de estado de indefensión, por no acreditar los accionantes su calidad de sujetos de especial protección.

1.5.6. El 25 de febrero de 2015 a través de apoderado Judicial, la Agencia Nacional de Infraestructura- ANI, presentó contestación de la acción de tutela en la cual manifestó que no se evidenciaba vulneración alguna de los derechos invocados por las comunidades accionantes por parte de FENOCO S.A, en primer lugar, porque dicha entidad no ha ejecutado ninguna actividad de construcción de línea férrea. Aseveró que, en efecto FENOCO S.A se encuentra realizando los ajustes necesarios para tener la capacidad administrativa idónea y suficiente para atender los procesos de consulta previa con las comunidades certificadas.

En último lugar, indicó que el impacto que se genere con la construcción de la segunda vía férrea será sobre predios propiedad de la nación y que por tanto no se está en presencia de un perjuicio irremediable que permita la procedencia de la presente acción de tutela.

1.5.7. La empresa Drummond Ltda., en su calidad de accionada dentro de la presente acción de tutela y a través de su representante legal, el 10 de marzo de 2015 emitió escrito de contestación, mediante la cual indicó que las licencias ambientales expedidas por la ANLA, se limitaron a autorizar la construcción de vías férreas en aquellos sectores que no contaran con la presencia de comunidades indígenas, afrodescendientes, raizales, palenqueras o ROM.

Así mismo, se pronunció sobre los procesos de consultas previas, aduciendo que éstos deben realizarse antes del otorgamiento de licencia ambiental y no durante la etapa de

desarrollo del proyecto objeto de análisis o consulta, y que además, su trámite corresponde a la autoridad ambiental y al Ministerio del Interior, y no al titular del proyecto.

Manifestó que no obstante lo anterior, Fenoco S.A y el Ministerio del Interior no han desconocido el derecho de consulta previa de los accionantes, por cuanto no existe acto administrativo que niegue su eventual realización.

Igualmente, mencionó que no existe afectación ni amenaza de los derechos invocados, toda vez que la construcción de la segunda vía férrea en los sectores donde presuntamente se encuentran asentadas las comunidades accionantes, no se encuentra en etapa de ejecución. También adujo que ejerce la actividad carbonífera cumpliendo las exigencias legales en materia ambiental, y que los demandantes omitieron especificar qué acciones de esta empresa en particular resultan violatorias de sus derechos.

1.5.8. El 8 de mayo de 2015 la Defensoría del Pueblo presentó informe acerca de los posibles impactos directos del proyecto sobre los grupos poblacionales que fungen como demandantes en la presente acción de tutela. Dentro del informe rendido, se refirió sobre diferentes puntos, entre ellos mencionó que los miembros de los consejos comunitarios demandantes no tienen territorio colectivo y que carecen de una estructura organizacional fuerte y de mecanismos idóneos que le permitan conocer con precisión el número real de sus integrantes y su lugar de residencia, lo que dificulta ubicarlos específicamente en un sitio particular.

Indicó que por lo anterior algunos miembros de esas comunidades se encuentran efectivamente dentro de la zona de afectación directa del proyecto.

En lo referente a la generación de ruidos, afirmó que se encuentran dentro de los niveles permitidos por la normatividad, sin embargo, constituyen un factor que afecta a las comunidades más próximas a la línea férrea.

Finalmente, indicó que la entidad no cuenta con la capacidad técnica para determinar la relación causa- efecto de los impactos señalados por la comunidad y sus representantes.

1.5.9. El Ministerio de Medio Ambiente, en escrito de 13 de junio de 2015 aclaró que al momento de otorgar la licencia ambiental otorgada al proyecto “Rehabilitación,

Conservación y Mantenimiento de la Red Férrea del Atlántico” en el año 1994, no existía información que indicara la presencia de comunidades étnicas o territorios legalmente titulados en el área de influencia del proyecto, por lo cual no se procedió a la realización de consultas previas en esa oportunidad.

Igualmente, se refirió a las modificaciones realizadas por la ANLA a la licencia 2351 de 2007, mediante resolución No. 1066 de 10 de junio de 2009, 1064 de 24 de octubre de 2013, 869 de 1 de agosto de 2014 y 326 de 18 de marzo de 2015, conforme a las resoluciones emitidas por el Ministerio del Interior, a fin de revocar la licencia para aquellos sectores donde paulatinamente se fue detectando la presencia de comunidades étnicas.

A modo de conclusión, el Ministerio de Medio ambiente manifestó que conforme con la totalidad de la información allegada por el ANLA durante el proceso de evaluación aprobación y modificación de licencias ambientales y aprobación de plan de manejo ambiental, no identificó la presencia de las comunidades a las que presuntamente se le están vulnerando sus derechos, toda vez que, comprobó que el proyecto cuenta con un plan de manejo ambiental, integrado por programas físicos, bióticos, sociales y de monitoreo, destinados a prevenir, mitigar corregir y compensar los impactos generados por el mismo.

1.5.10. Mediante Auto del 27 de mayo de 2015, la Sala Séptima de Revisión decidió, como medida provisional, ordenar a Fenoco S.A. suspender cualquier obra de las actividades de construcción de la segunda vía férrea en todas sus fases y en la totalidad de las zonas de influencia de la misma, hasta tanto la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional adoptara una decisión de fondo.

Igualmente, ordenó a Fenoco S.A. suspender las actividades de transporte ferroviario de carbón en los lugares por donde se asientan las comunidades actoras en los municipios de Algarrobo, Zona Bananera y Fundación, todos los días entre las 10:30 pm y las 4:30 am.

Dichas medidas obedecieron a la necesidad de proteger principalmente el derecho de participación de los actores respecto de las obras que se están llevando a cabo por parte de la accionada, y que podrían afectar a los accionantes. Así, se buscó evitar un posible perjuicio irremediable debido a que, el paso continuo de los trenes y la construcción de la nueva vía, podrían afectar los derechos de estos grupos (i) a la participación y (ii) al medio

ambiente sano. De tal manera, con el fin de evitar un posible daño mayor al que presuntamente afecta a los accionados actualmente, la Sala decidió adoptar las medidas en cuestión.

1.6. INFORMACIÓN RECIBIDA EN SEDE DE REVISIÓN

1.6.1. Escrito allegado por Fenoco S.A.

En escrito del 5 de junio de 2015, la empresa Fenoco S.A. solicitó el levantamiento de las medidas cautelares decretadas mediante Auto del 27 de mayo de 2015.

Indicó que en este caso no fueron observados los requisitos de procedibilidad de las medidas provisionales, pues consideró que las mismas solamente proceden cuando se ha constatado efectivamente la necesidad de ordenarlas ante hechos que sean abiertamente lesivos o claramente amenazadores, lo cual, a su juicio, no ocurrió en este caso. Resaltó además, que la operación ferroviaria cumple con los estándares fijados por el Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, pues lleva a cabo actividades continuas para mitigar el ruido, entre otras actividades de compensación, prevención y mitigación de impactos.

De tal modo, Fenoco S.A. señaló que al tomar las medidas mencionadas, la Corte no tiene en cuenta lo informado por la ANLA, entidad que indicó que el transporte de carbón por vía férrea resulta la mejor medida desde el punto de vista ambiental, pues aumentar el número de camiones para trasladar el carbón incrementa las emisiones de gases, afectando la salud de las comunidades, y lo mismo ocurriría con el ruido que se genera por frenos y pitos de los camiones, entre otros efectos negativos.

Finalmente, con el fin de que las medidas provisionales sean levantadas, la empresa accionada propone llevar a cabo reportes periódicos sobre monitoreos de ruido y aire, actividades para disminuir los efectos negativos que se generan por el paso del tren.

Posteriormente, el 26 de junio de 2015, Fenoco S.A. allegó otro escrito, reiterando la solicitud de levantamiento de las medidas provisionales que fueron decretadas por la Corte.

Igualmente, dicha empresa aportó concepto técnico, rendido por el Ingeniero Camilo

Moncada, especialista en ingeniería Ambiental, en el cual se concluye que en este caso no se presenta riesgo de disminución de la capacidad auditiva con el paso de los trenes, pues los niveles de ruido se encuentran dentro de los niveles aceptados tanto nacional como internacionalmente.

Finalmente, hizo referencia a las pérdidas económicas para la empresa las suspensiones ordenadas.

1.6.2. Escrito de la sociedad Prodeco

Mediante escrito presentado a esta Corporación el día 16 de junio de 2015, la sociedad Prodeco presentó solicitud de levantamiento de las medidas provisionales decretadas mediante auto del 27 de mayo de 2015.

Indicó que, a su juicio, no se cumplieron los requisitos establecidos en la jurisprudencia para decretar medidas provisionales, por cuanto consideró que no hay certeza de la ocurrencia de un perjuicio irremediable y no existe una conexidad entre las medidas adoptadas y los derechos que se pretenden proteger.

Igualmente, resaltó el hecho de que la empresa accionada, con fundamento en el principio de confianza, solicitó al Ministerio del Interior certificar si existían o no comunidades indígenas o afrodescendientes en el área de influencia del proyecto de la segunda línea. A ese respecto, señaló que el Ministerio del Interior certificó que en los municipios de Algarrobo, Zona Bananera (Valera y Río Frío), no había registro de comunidades “negras, afrocolombianas, raizales y Palenqueras”.

Del mismo modo, puso de presente que la construcción de la segunda línea solamente se ha iniciado en los centros poblados de Loma Colorada, Algarrobo y Lleras, lugares en los cuales la entidad accionada procedió a solicitar certificaciones del Ministerio del Interior, prueba idónea para demostrar o no la presencia de comunidades en la zona, obteniendo certificación sobre la inexistencia de las mismas. Además, indicó, no se han iniciado obras en los demás centros poblados como Fundación o Zona Bananera, municipios a los cuales se circunscribe la acción constitucional bajo estudio.

Igualmente, la sociedad Prodeco aseveró que Fenoco S.A. ha dado cabal cumplimiento a la

normativa sobre licenciamiento ambiental y que construyó la segunda línea férrea de acuerdo con los parámetros permitidos y autorizados por la autoridad ambiental. Así, aseguró haber garantizado el derecho a la participación de las comunidades, pues relata que junto con las comunidades diseñó y propuso medidas de mitigación de los posibles impactos de la construcción y operación de la segunda vía, como barreras de absorción de ruido, que no han sido instalados aún.

Por lo anterior, establece que la empresa accionada no se encuentra vulnerando ni amenazado el derecho a la participación de las comunidades accionantes “por cuanto la empresa concesionaria ha garantizado su derecho a la consulta previa a través de las diversas solicitudes de certificación de presencia de comunidades al Ministerio del Interior.”

De igual forma, enfatizó en que “la mera presencia de algunas personas cuyos rasgos físicos y pigmentación pudiese eventualmente coincidir con los de afrodescendientes no acredita, la existencia de una población afrodescendiente como tal.” Por ello, consideró que la Corte “cometió un yerro al basarse en el informe de la Defensoría del Pueblo para dar por acreditada la existencia de un perjuicio irremediable frente al derecho a la participación de las comunidades accionantes por el hecho que esta entidad hiciera referencia a un componente étnico afrodescendiente en la zona.”

En cuanto las posibles afectaciones al medio ambiente, por el ruido y por el polvillo, indicó que era imperioso que la Corte decretara un dictamen pericial para determinar las afectaciones y la causalidad entre las actividades férreas y las sintomatologías de las personas presuntamente afectadas.

De la misma forma, la sociedad Prodeco, adujo que la Corte no adoptó las medidas provisionales adecuadas para proteger los derechos que supuestamente se encuentran amenazados, pues la construcción de la segunda línea termina por afectar el derecho de las comunidades accionantes a mejorar su calidad de vida. Lo anterior, por cuanto, afirma, con ocasión a las obras de la segunda vía férrea, la accionada inició procesos (i) de reasentamiento de las comunidades que se encuentran ubicadas de forma irregular sobre el corredor férreo, y (ii) de construcción de obras complementarias como pantallas acústicas, puentes vehiculares, peatonales, entre otros, esfuerzos que debido a las medidas

provisionales impuestas, tendrán que ser suspendidos.

Aseveró igualmente, que la Corte adoptó equivocadamente la medida de suspensión de actividades en el corredor férreo trayendo a colación lo establecido en sentencia T-672 de 2014[29], pues en dicha providencia no se coligió que efectivamente el paso de tren generara la emisión de polvillo de carbón. Por ello, Prodeco consideró ilógico que la Corte haya decretado la medida provisional para prevenir la ocurrencia de un perjuicio que no fue probado en el caso citado.

En último lugar, concluyó que lo decidido por la Corte mediante auto del 27 de mayo de 2015, no cumple con el requisito de conexidad entre la medida adoptada y la protección del derecho conculcado.

1.6.3. Escrito presentado por la sociedad Colombian Natural Resources

El 9 de Julio de 2015, la sociedad Colombian Natural Resources allegó escrito mediante el cual solicitó el levantamiento de las medidas provisionales dictadas a través del auto del 27 de mayo de 2015.

A ese respecto, señaló que teniendo en cuenta que las empresas representadas por dicha sociedad son terceros que resultaron directa e inmediatamente afectados con la decisión de la Corte en virtud de la cual se adoptaron las medidas cautelares en mención, se encuentran legitimadas para presentar la solicitud referida.

De tal manera, puntualizó que en este caso no se cumplió con los requisitos de procedencia de las medidas provisionales por cuanto, consideró, que respecto de la situación de los accionantes no existe certeza de la existencia de un perjuicio irremediable, ni una conexidad entre las medidas adoptadas y los derechos que se pretenden proteger.

Asimismo, aseveró que la Corte requiere contar con el dictamen de un experto, u otra prueba técnica que le permita contar con elementos objetivos e idóneos para determinar la afectación por ruido, pues la ausencia de este medio de prueba, a juicio de tal entidad, no permite que se tenga certeza sobre el impacto, daño o perjuicio de la operación ferroviaria.

Adicionalmente, señaló que el sólo informe de la Defensoría del Pueblo no puede ser como

un medio idóneo y suficiente para dar por probados los daños que mencionan los accionantes.

Explicó igualmente que la medida provisional en mención no cumple con el requisito de conexidad entre la medida adoptada y la protección de los derechos conculcados.

Como documento anexo al escrito mencionado, la sociedad aportó estudio de ruido en el tramo Chiringuaná -Santa Marta (Sectores de Algarrobo-Zona bananera), realizado en el mes de junio de 2015 por la sociedad RAS LTDA - Especialistas en Ingeniería Ambiental y Salud Ocupacional. En dicho estudio se concluyó que, luego de hacer un monitoreo de ruido en los centros poblados a lo largo del corredor férreo, donde se encuentran viviendas localizadas dentro del mismo entre 15 y 30 metros, los niveles de ruido registrados no excedieron los máximos permitidos para zonas cuyo uso es industrial. Además de ello, se corroboró la existencia de una reducción de los ruidos entre los periodos 2014-2015, lo cual, según el estudio, obedece al mejoramiento continuo de las prácticas de mantenimiento preventivo, esmerilado, reemplazo oportuno de piezas de la vía, entre otros, que se encuentra llevando a cabo Fenoco S.A.

1.6.4. Escrito presentado por los representantes y presidentes de la JACS de los barrios San Fernando, Altamira, Faustino, Loma Fresca, Cordobita y Juan XXIII, del municipio de Fundación.

Mediante escrito presentado el 10 de julio de 2015 los representantes y presidentes de la JACS de los barrios San Fernando, Altamira, Faustino, Loma Fresca, Cordobita y Juan XXIII, del Municipio de Fundación solicitaron el levantamiento de las medidas cautelares decretadas.

En el mencionado escrito, los peticionarios indicaron que la construcción de la segunda línea férrea les resulta beneficiosa, pues les proporciona “trabajos dignos con el plan de reasentamiento que se realizaría” y “la oportunidad de tener mejores casas para tener una mejor vida (...)”.

Con lo anterior, manifestaron su desacuerdo con las medidas provisionales que fueron adoptadas en este caso, pues consideraron que las mismas les afectan su derecho al trabajo y les impide acceder a los beneficios percibidos por impuestos y regalías que la

Alcaldía recibe para realizar proyectos sociales en la zona.

En el mismo sentido, informaron que no tienen ningún tipo de identidad cultural o étnica con el Consejo Comunitario de las Comunidades Negras y Afrocolombianas de Santa Rosa de Lima de Fundación.

Finalmente, refirieron que FENOCO S.A. siempre ha trabajado con los peticionarios, quienes viven en el área de influencia directa e indirecta y “a pesar de estar ubicados a una considerable distancia del corredor férreo y no tener viviendas asentadas dentro del mismo”, han sido tenidos en cuenta por la sociedad en mención.

1.6. FALLOS DE INSTANCIA

1.6.3. El Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante sentencia del 22 de abril de 2014, negó el amparo solicitado por los accionantes.

Luego de cotejar el acervo probatorio allegado al expediente, el Tribunal encontró que no era procedente acceder a la protección solicitada ante la presunta vulneración del derecho fundamental a la consulta previa, al no existir evidencia de que con la construcción del proyecto se le cause algún perjuicio irremediable a las comunidades demandantes. En tal sentido, explicó que de las certificaciones[30] expedidas por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, era posible advertir que en el área del proyecto de la segunda línea férrea, paralela a la existente en el corredor de La Loma-Puerto Drummond en los sectores de Guamachito, Varela, Río Frío, Loma Colorada, Algarrobo, Lleras, Municipio de Bosconia, en el departamento del Cesar, no se encuentran registros de Consejos Comunitarios de Comunidades Negras, adjudicación de títulos colectivos ni inscripción en el Registro Único de Consejos Comunitarios para el proyecto en mención.

Además, resaltó que para la fecha de expedición de su sentencia, no había sido proferido el acto administrativo de certificación por parte del Ministerio del Interior, respecto de la presencia o no de comunidades indígenas o negras en los sectores de Tucurín, Guacamayal y Prado Sevilla. Lo anterior le permitió concluir al Tribunal que “al no existir una medida u actuación administrativa definitiva infractora sobre algún derecho fundamental respecto de los aquí actores, o dado el caso de haber esgrimido estos que el ente encausado omitió alguna pauta o etapa dentro del trámite atribuible antes de proferir

la requerida certificación, respecto a este punto esta colegiatura encuentra que la pretensión no está llamada a prosperar, máxime si se tiene en cuenta que esta fue solicitada por la empresa FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA S.A. a través de escrito recepcionado por el encausado Ministerio en fecha cuatro (4) de abril del año en curso, es decir, durante la etapa de admisión de la presente tutela”.

Concluyó señalando que los accionantes deben esperar que el Ministerio del Interior responda la solicitud elevada por Fenoco S.A. sobre la existencia de comunidades afrodescendientes en el área de influencia del proyecto de la segunda línea férrea ya mencionada.

1.6.4. Impugnada la decisión anterior, el proceso correspondió en segunda instancia a la Sección Cuarta del Consejo de Estado, quien mediante sentencia del 6 de agosto de 2014, confirmó el fallo del a quo.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado esgrimió los mismos argumentos consignados por el juez de primera instancia, a los cuales adicionó los siguientes: “Conviene aclarar que si bien los demandantes aportaron varias constancias y certificaciones sobre la constitución de los consejos comunitarios que representan (fls. 7 a 12), lo cierto es que en dichos documentos simplemente se da fe de que en los archivos municipales están registradas las actas de constitución o reestructuración de los consejos comunitarios, mas no demuestran cuál es la ubicación geográfica de los mismos, es decir, no constituyen prueba de la presencia de los grupos étnicos demandantes en la zona de influencia del proyecto de construcción de la segunda línea férrea”.

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

2.1. COMPETENCIA

Con base en las facultades conferidas por los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de la referencia.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

En atención a lo expuesto, corresponde a la Corte Constitucional determinar si a los

Consejos Comunitarios accionantes les fueron vulnerados los derechos fundamentales a la consulta previa, a la integridad territorial, a la autonomía, al medio ambiente sano, y a la diversidad étnica y cultural, al haberse construido una línea férrea, en cercanía a sus lugares de residencia, para el transporte de carbón, e iniciado construcción de una segunda vía sin que se hubiera llevado a cabo consulta previa por parte de los accionados, supuestamente requerida en este caso.

Con el fin de dar solución al problema jurídico planteado, la Sala entrará a estudiar los siguientes temas: primero, el derecho fundamental a la consulta previa, y segundo, el derecho a la participación y concertación en el diseño y desarrollo de megaproyectos.

Posteriormente, con base en dichos presupuestos, abordará el caso concreto.

2.3. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA

2.3.1. Fundamentos normativos del derecho fundamental a la consulta previa

Uno de los mecanismos de la participación administrativa ambiental es el de la consulta previa a los pueblos indígenas y tribales, que se traduce en un derecho fundamental de dichas comunidades.

En efecto, tales comunidades, que son culturalmente diferenciadas son titulares del tal derecho fundamental, el cual, hace parte del derecho a la participación[31], cuando se intervienen sus territorios ancestrales o se toman otras decisiones administrativas o legislativas que puedan afectarlas directamente[32]. El carácter fundamental de la consulta previa es consecuencia de su vinculación con la defensa de la integridad cultural de dichas comunidades, así como de las condiciones que permiten su supervivencia como pueblos diferenciados[33].

Específicamente en materia ambiental, la Corte Constitucional ha establecido[34] que en el caso de un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales que pueden generar una afectación directa o indirecta, como requisito sine qua non, se debe consultar a las comunidades indígenas y afrodescendientes antes de expedirse una licencia ambiental[35]. Por ende, en estos casos, la consulta previa resulta ser un requisito sin el cual la autoridad estatal competente no puede autorizar la realización del proyecto.

La Constitución Política definió un modelo de relación con los grupos étnicos – indígenas, comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras, raizales y pueblo ROM – basado en el reconocimiento de su diferencia cultural, como un componente de su identidad, digno de respeto y valoración. Del mismo modo, el constituyente reconoció que la construcción de tal diversidad étnica y cultural ha sido en gran medida resultado de intensos, y en muchos casos violentos, procesos de dominación colonial, como resultado de los cuales algunas de estas maneras de comprender y relacionarse con el mundo y con los otros han llegado a identificarse como propias de la sociedad “mayoritaria”, y han logrado imponerse sobre las de otros grupos humanos que, como consecuencia de esta asimetría, son asumidos como “minorías”[36].

Dicha visión de los grupos étnicos, establecida en la Carta Política, y consolidada tras la ratificación e incorporación al derecho interno del Convenio 169 de 1989 de la OIT “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, se asienta sobre un enfoque de diversidad y autonomía que da lugar a la consagración de una serie de derechos, los cuales buscan, entre otras: (i) garantizar las condiciones para su existencia como pueblos culturalmente diversos; (ii) reconocer espacios de autonomía con el fin de definir sus prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y controlar, en la mayor medida posible, su propio desarrollo económico, social y cultural; (iv) asegurar su participación no solamente en los ámbitos en los cuales se toman decisiones susceptibles de afectarles de manera directa, sino además en aquellos donde se definen, con carácter general, las reglas del juego social.[37]

Entre tales derechos se destaca la consulta previa, la cual constituye una garantía específica de las exigencias de equidad distributiva y participación, -propias de la justicia ambiental, en relación con los grupos étnicos- siendo un concepto que toma como punto de partida el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política, donde se establece la obligación estatal de garantizar la participación de las comunidades indígenas previa la explotación de recursos naturales en sus territorios.

En virtud del derecho en comento, existe la obligación de adelantar procesos de consulta con los pueblos indígenas y tribales con anterioridad a la adopción y ejecución de decisiones que puedan afectarles directamente, deber que configura una expresión y desarrollo, no sólo de las disposiciones generales de participación ciudadana, sino también de los

preceptos constitucionales específicos que protegen a estas comunidades[38], tales como el artículo 7º Superior que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, el artículo 70 que considera la cultura fundamento de la nacionalidad, entre otros.

2.3.2. La consulta previa en el derecho internacional

En primer lugar, debe indicarse que, inicialmente el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales No. 169 de junio de 1989[39], ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, se basa en el respeto de las culturas, formas de vida, tradiciones y costumbres propias de las comunidades étnicas

Asimismo, el Convenio 169 de la OIT extendió el alcance del derecho a la consulta previa, en su artículo 6º, en el cual se establece como reglas generales, entre otras, las siguientes: (i) el deber de consultar a los pueblos indígenas y tribales previa la adopción de medidas administrativas o legislativas que las afecten directamente; (ii) la definición de los medios para asegurar su participación en instituciones vinculadas con el diseño e implementación de políticas y programas que les conciernan; (iv) el imperativo de realizar las consultas de buena fe, de una manera apropiada a las circunstancias y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

En el mismo sentido, el artículo 7º del referido Convenio obliga a los Estados a garantizar la participación de los pueblos en los planes de desarrollo nacionales y regionales, la realización de estudios sobre el impacto de las medidas en la forma de vida y el medio ambiente de sus territorios, con la participación y cooperación directa de los pueblos interesados.

Respecto de otras decisiones que puedan afectar indirectamente a las comunidades, el artículo 7-3 del mismo Convenio prevé la obligación de los estados parte de “(...) velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.”

Asimismo, el artículo 15 del Convenio hace referencia a la obligación de consultar a los

pueblos interesados con anterioridad al inicio de programas de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, al derecho a participar de los beneficios que reporten esas actividades, y a recibir indemnizaciones equitativas por los daños que les ocasionen.

En el mismo sentido, el Convenio 169 de 1989 “asume que [los] pueblos [originarios] pueden hablar por sí mismos, que tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones que los afectan, y que su contribución, además, será beneficiosa para el país en que habitan”, reivindicando la capacidad y derecho de los pueblos indígenas de interactuar en condición de igualdad con el grupo mayoritario y aportar de esa forma a la construcción del Estado[40].

De otro lado, la Corte IDH ha señalado que cuando se trate de planes de desarrollo a gran escala que tengan un mayor impacto dentro del territorio de comunidades indígenas tribales o étnicas, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultarlas, sino también de obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstas, según sus costumbres y tradiciones[41].

De igual modo, la consulta previa debe ser adelantada de buena fe, y realizada de manera adecuada y accesible. Asimismo, es necesario que se cuente con un estudio de impacto ambiental y social, existiendo la finalidad de llegar a un acuerdo con las comunidades presuntamente afectadas[42]. Sin embargo, la Corte IDH ha resaltado que:

“(…) el artículo 21 de la Convención no prohíbe per se la emisión de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas o tribales. Sin embargo, si el Estado quisiera restringir, legítimamente, los derechos a la propiedad comunal de los miembros del pueblo Saramaka, debe consultar con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en los territorios ocupados tradicionalmente, compartir los beneficios razonables con ellas, y realizar evaluaciones previas de impacto ambiental y social”[43]

En suma, tanto instrumentos internacionales, como en el ámbito nacional, se han establecido parámetros y requisitos básicos para adelantar los procesos de consulta previa con los pueblos indígenas y tribales, con el fin de garantizar la protección de sus derechos a la propiedad y a la participación en las decisiones ambientales y sociales que los involucran.

2.3.3. Protección de la consulta previa en la jurisprudencia constitucional

Como ya se indicó, la consulta previa, es el derecho fundamental de las comunidades indígenas, tribales y afrocolombianas a ser consultadas sobre cualquier decisión que pueda afectarles directamente, como expresión del derecho a la libre determinación de los pueblos y a la participación. Correlativamente, es una obligación estatal que se concreta en consultar previamente a los grupos étnicos cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten, con el fin de garantizarles un espacio de participación especial en el que puedan decidir sobre las prioridades que influyen en sus procesos de desarrollo[44].

Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido que la consulta previa posee el carácter de derecho fundamental, específicamente en sentencia SU-039 de 1997 precisó que el mismo concreta mandatos constitucionales, como el principio de participación de grupos particularmente vulnerables, la diversidad cultural y los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, frente a los pueblos étnica o culturalmente diversos. En ese punto indicó:

“Con fundamento en los arts. 40-2, 330 parágrafo de la Constitución y las normas del Convenio 169 antes citadas, estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas” || “A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental

(arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades”.

En la misma providencia, se afirmó que la consulta previa tiene varios objetivos según la jurisprudencia constitucional:

“(i) dotar a las comunidades de conocimiento pleno sobre los proyectos y decisiones que les conciernen directamente -como los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, así como los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; (ii) ilustrar a las comunidades sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares; (iii) brindar la oportunidad a las comunidades para que libremente y sin interferencias extrañas, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valoren conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto; sean oídas en relación con las inquietudes y pretensiones que tengan en lo que concierne a la defensa de sus intereses y puedan pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto.”[45]

Por otro lado, para que la consulta previa cumpla sus finalidades y sea un verdadero mecanismo de participación que garantice los derechos a la libre determinación y la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales, es necesario que en su adelantamiento se adopten procedimientos apropiados y se observen determinados requisitos, con el fin de que se generen espacios adecuados de diálogo. De tal forma, el proceso de consulta previa debe observar ciertas características esenciales para que sea adelantado conforme a los estándares exigidos en la normativa internacional e interna, y además, se logre un espacio de participación efectivo[46]:

En primer lugar, uno de los elementos esenciales de la consulta previa es el consentimiento de las comunidades frente a las medidas que afectarán sus intereses, el cual debe ser libre e informado. No obstante, ello no quiere decir que las comunidades tengan poder de veto[47], pero el consentimiento de las comunidades es imprescindible para determinar la

alternativa menos lesiva sobre la medida administrativa o legislativa a realizar conforme el principio de interpretación pro homine.[48]

En segundo lugar, la consulta previa debe ser un proceso de concertación o de acuerdo con la comunidad. Así, no es suficiente la mera información o notificación a la comunidad sobre el proyecto que se realizará; es decir, que a los representantes o autoridades tradicionales de las comunidades se les debe dar la oportunidad de pronunciarse[49].

En tercer lugar, antes de realizarse la consulta, es necesario que existan conversaciones preliminares con la comunidad o comunidades[50].

En cuarto lugar, la consulta debe realizarse indefectiblemente con anterioridad a la iniciación del proyecto de explotación o antes de que se tome la decisión normativa o, de otro tipo, que afecte a las comunidades directamente, so pena de que la medida pueda ser invalidada por un vicio de ausencia de consulta.

En quinto lugar, conforme al artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, la consulta previa debe regirse por el principio de la buena fe, lo que quiere decir que el proceso no debe ser manipulado y debe adelantarse en un ambiente de transparencia de la información, claridad, respeto y confianza.

En sexto lugar, debe garantizarse el acompañamiento y apoyo a las comunidades en el proceso de consulta por autoridades como la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, para asegurar que estén informadas de las propuestas del proyecto y sus implicaciones[51].

En séptimo lugar, las decisiones que se tomen conjuntamente y las medidas de compensación acordadas, deben tener efectos sobre la decisión del proyecto[52].

En octavo lugar, la consulta debe ser un proceso que no se agota con meros “acercamientos” o con la simple socialización de las decisiones con las comunidades afectadas, sino que exige un verdadero diálogo, en el cual se identifiquen las ventajas y desventajas de la ejecución de las decisiones que se tomarán y las medidas de compensación y mitigación más adecuadas[53].

2.3.4. Aplicación de la consulta previa en proyectos de explotación de recursos naturales y

de infraestructura

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la consulta previa es obligatoria cuando se adopten medidas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas y tribales en su calidad de tales, pero ha especificado también que debe tratarse de una afectación específica y directa y no de cualquier tipo. De tal forma, en cada caso concreto, con el fin de determinar si hay lugar o no a la realización de la consulta previa, es necesario diferenciar entre dos tipos de afectación: (i) una afectación general y (ii) una específica y directa.

En efecto, la afectación directa puede derivarse de diferentes tipos de decisiones, entre ellas: a) medidas legislativas[54] b) presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto nacional[55], c) decisiones sobre la prestación del servicio de educación que afecten directamente a las comunidades[56], d) decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo, como licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras, entre otros.

En el mismo sentido, y reiterando la importancia del derecho a la consulta previa, la Corte indicó, en sentencia C-030 de 2008[58], que la afectación directa a la que hace referencia el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, es el criterio esencial para evidenciar la necesidad de una consulta previa.

Al respecto, esta Corporación puntualizó que para determinar si existe afectación directa, no basta con identificar únicamente si la zona de influencia del proyecto afecta la ubicación geográfica, sino que es necesario que se observe si las “secuelas recaen de forma particular sobre la comunidad, su nicho y los recursos que le constituyen, dado que los elementos que representan su cosmovisión son efectivamente y representativamente limitados por las consecuencias que resultan del proyecto” (Énfasis fuera de texto).

De la misma manera, debe hacerse alusión a lo decidido por la Corte en sentencia T- 547 de 2010[59], en la cual se estudió un caso en el que la empresa accionada, luego de solicitar ante el Ministerio del Medio Ambiente el otorgamiento de una licencia ambiental para la construcción y operación de un puerto multipropósito en el departamento de la Guajira, obtuvo certificación, en la que el Ministerio del Interior le informó que no existía presencia de comunidades indígenas ni afrodescendientes en el lugar. Así, el Ministerio del

Medio Ambiente otorgó la licencia ambiental pedida, aun cuando en la zona del proyecto se encontraban efectivamente asentadas dichas comunidades. Sin embargo, en la resolución de la licencia se dispuso que, independientemente de lo dispuesto por el Ministerio del Interior, era necesario adelantar un proceso de concertación con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, de acuerdo con los criterios y mecanismos que dichas comunidades tienen definidos como legítimos para estos efectos.

En dicha oportunidad, las autoridades indígenas interpusieron acción de tutela para buscar la protección de sus intereses, alegando que el área en donde se desarrollaría el proyecto forma parte del territorio ancestral de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, y que allí se encuentra el cerro sagrado Jukulwa que se utiliza para ceremonias de pagamento. La Corte ordenó suspender la ejecución del proyecto y realizar la consulta previa correspondiente con los estudios de impacto en los territorios afectados de las comunidades accionantes, pues afirmó que a pesar de que la licencia ambiental ya se había emitido, debía realizarse una consulta en relación con los impactos y la manera de evitarlos o mitigarlos.

Al respecto, señaló:

“No obstante lo anterior, es claro que el proyecto puede afectar de manera directa a las comunidades indígenas porque incide sobre su entorno territorial y sobre lugares en los cuales realizan prácticas culturales, razón por la cual, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en principio, debía haberse surtido un proceso de consulta, para establecer, en primer lugar, las razones por las cuales la misma se consideraba procedente, así como los términos y las condiciones en que debía realizarse, para, luego, establecido que la consulta era necesaria, proceder a consultar formalmente con las comunidades el impacto que para las mismas podría derivarse de la ejecución del proyecto.”

Del mismo modo, en la sentencia T-129 de 2011[60], la Corte estudió el caso de una comunidad indígena Embera del municipio de Acandí en el departamento del Chocó, que presentó acción de tutela, aduciendo que en su territorio existían actividades que ponían en riesgo su autonomía territorial, entre las cuales se refirió a: a) la construcción de una carretera que atravesaría los resguardos, b) el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá, c) los trámites de concesión minera para explotación de oro en Acandí

y la invasión ilegal del territorio.

En aquella ocasión, la Corte estableció que los proyectos de desarrollo u obras que se planifiquen y pretendan ejecutarse en un territorio en el que habite una comunidad étnica o sea utilizado para su subsistencia, deben respetar sus usos y costumbres, en virtud del principio de pluralismo étnico reconocido en la Carta Política. Al respecto, puntualizó que “se reconoce un ámbito esencial del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural propia de los pueblos indígenas y de otras comunidades étnicas, que no puede ser objeto de disposición por parte del ius imperium del Estado, ya que se pondría en peligro su preservación y se quebrantaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural y la necesidad del reconocimiento del otro”.

De tal forma, en esta providencia la Corporación resaltó que no se puede obligar a una comunidad étnica a renunciar a su forma de vida y cultura por la mera llegada de una obra de infraestructura o proyecto de explotación, por ello entre las alternativas que se presenten en la consulta para mitigar los eventuales impactos, deberá escogerse la menos lesiva para su integridad cultural y étnica. Ello, en el caso en que se trate de proyectos cuya magnitud tiene la potencialidad de desfigurar o desaparecer sus modos de vida, sobre la cual la Corporación indicó:

“la Corte encuentra necesario que la consulta previa y el consentimiento informado de las comunidades étnicas en general pueda determinar la alternativa menos lesiva en aquellos eventos que: (i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros”[61].

Posteriormente, en la sentencia T-993 de 2012[62], la Corte revisó la acción de tutela interpuesta por el Gobernador del Cabildo Indígena La Luisa del Pueblo Pijao por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la consulta previa, entre otros, por la construcción de una variante en su territorio ancestral que afectaba su patrimonio arqueológico y ecológico. Resaltó la Corporación que la obligación de realizar consulta previa se predica tanto de comunidades étnicas ubicadas en zonas tituladas como no

tituladas pero habitadas de manera permanente.

En dicha providencia, la Corte advirtió que la licencia ambiental tiene un fin preventivo o precautorio en la medida en que busca eliminar o por lo menos prevenir, mitigar o revertir, en cuanto sea posible, con la ayuda de la ciencia y la técnica, los efectos nocivos de una actividad en los recursos naturales y el ambiente. Así pues, concluyó que la presencia de las comunidades indígenas en el área de intervención de las obras del caso concreto era evidente, y por eso, ordenó suspender la ejecución del proyecto mientras se agotaba el proceso de consulta. Esta orden la sustentó en el Decreto 1320 de 1998 el cual dispone que aún en el evento en que no se haya certificado la presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia de un proyecto, si durante la realización del estudio se constata la presencia de las mismas, debe garantizarse su derecho a ser consultadas.

De lo expuesto, puede concluirse que la consulta previa es un derecho fundamental y autónomo que se desprende de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas y tribales[63]. Según los instrumentos internacionales y la jurisprudencia constitucional, el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados protege su facultad de determinar sus propias instituciones y estructuras de gobierno, conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo y proyecto de vida, así como de adoptar las decisiones que se muestren más acordes con su cosmovisión[64].

Así, la consulta previa tiene como objetivo principal dotar a las comunidades de conocimiento pleno sobre los proyectos y decisiones que les conciernen directamente, y sobre las eventuales afectaciones que se pueden derivar de la ejecución de las decisiones, con el fin de que puedan opinar, de manera libre, a través de sus representantes.

Adicionalmente, la consulta debe garantizarse siempre que exista una afectación directa sobre los intereses de la comunidad de que se trate, es decir, cuando la misma vaya a sufrir una intromisión intolerable en sus dinámicas sociales, económicas y culturales. Tal afectación no se determina únicamente porque la comunidad y el proyecto compartan la misma área geográfica, sino también debe evaluarse con relación a sus impactos y secuelas generados por la misma operación y funcionamiento. Así pues, la jurisprudencia de la Corte ha fijado criterios para identificar la existencia de una afectación directa: a) cuando la medida administrativa o legislativa altera el estatus de las comunidades porque impone

restricciones o concede beneficios[65], b) cuando las medidas son susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas como tales y no aquellas decisiones que son generales y abstractas[66], c) cuando se trata de aplicar las disposiciones o materias del Convenio 169, por ejemplo la regulación de explotación de yacimientos de petróleo ubicados dentro de los territorios indígenas[67], d) cuando se va a regular materias vinculadas con la definición de identidad étnica de los pueblos indígenas[68], y e) cuando las medidas a implementar se tratan sobre la explotación y aprovechamiento de recursos naturales en territorios indígenas[69]. Como ejemplos y desarrollo de estos criterios pueden mencionarse las medidas que regulen la participación política de los pueblos indígenas[70] y las medidas que regulan el sistema de educación en las comunidades respetando sus costumbres, tradiciones y lenguajes[71].

Así, cuando no se cumple con los requisitos para que la consulta previa sea garantizada en determinado caso, al no haberse probado la afectación directa, ello no implica que las comunidades o los peticionarios afectados de uno u otro modo no puedan ser titulares del derecho a la participación cuando se trata del diseño o desarrollo de megaproyectos, pues en determinadas situaciones, que se explicarán a continuación, existe la obligación de que espacios de participación y concertación sean asegurados.

2.4. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN Y CONCERTACIÓN EN EL DISEÑO Y DESARROLLO DE MEGAPROYECTOS – Reiteración Sentencia T-348 de 2012[72]-

El derecho a la participación se encuentra previsto en la Constitución para todos los colombianos, como una manifestación del principio democrático del Estado Social de Derecho. Asimismo, es derivado del artículo 2º de la Constitución, según el cual, entre los fines esenciales del Estado, se encuentra el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación. De la misma manera, tal derecho es también una manifestación de lo establecido en el artículo 40 de la Carta, que consagra, para todo ciudadano, el derecho de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político[73]. Igualmente, el derecho a participar de las decisiones de la administración que les interesan a los ciudadanos, se encuentra reconocido en el ámbito internacional por varios instrumentos[74].

En efecto, la participación ha sido definida como la posibilidad de que los individuos puedan

sentirse parte de una comunidad política a través del libre ejercicio de derechos y deberes. La Constitución de 1991, consagra la participación como un principio, un derecho, un deber y un mecanismo para ejercer la ciudadanía. Se trata de un principio ligado al carácter pluralista del Estado, en la medida en que uno de sus fines esenciales, es el de garantizar la efectividad de los mecanismos de participación de todos los asociados[75].

De tal manera, la participación en sí misma ostenta rango de derecho fundamental que debe ser asegurado y facilitado por las autoridades a todos en torno a las decisiones que los afectan. De igual modo, se instaure como un instrumento indispensable para la efectividad de otros derechos constitucionalmente protegidos, tengan o no el carácter del fundamentales.

En efecto, dentro del sistema democrático, el derecho a la participación ha sido concebido, para diversos ámbitos, entre ellos, aquellos en los cuales las decisiones de la administración tienen relevancia para los ciudadanos en materias económicas, sociales, rurales, familiares y ambientales, entre otras[76].

Así, el derecho analizado, en el caso de las acciones estatales encaminadas a recuperar el espacio público, es aquél que garantiza que sean involucradas todas las personas que resultan afectadas con las medidas a adoptar por la administración, como en el caso de la construcción de una mega obra. De tal forma, este derecho se traduce en la facultad que tienen los ciudadanos de escuchar y conocer las propuestas de las entidades estatales que les puedan afectar de alguna forma, e intervenir, informarse y comunicar sus intereses frente a ellas[77].

En este orden de ideas, la participación no se reduce a que la autoridad competente organice reuniones de información, de concertación o audiencias, sino que en coordinación con la comunidad garantice la participación y asuma la protección de las personas en situación de vulnerabilidad que van a ser afectadas negativamente por las decisiones administrativas municipales.[78] De tal manera, la participación también significa darle efecto a las opiniones expresadas[79].

En consonancia con lo anterior, esta Corporación ha desarrollado lo atinente al derecho en mención, entre otros, en los casos en que tiene lugar el diseño de megaproyectos. En efecto, la Corte ha estudiado específicamente el derecho a la participación de los grupos de

población que potencialmente pueden verse afectados por la realización de un proyecto de tal índole, lo cual constituye una de las maneras en las cuales el Estado puede y debe prevenir que visiones del “interés general” impliquen graves afectaciones en los derechos de las personas. De tal manera, la protección de los derechos fundamentales de los grupos vulnerables en estos casos debe ser garantizada y su plena participación en el proyecto que impactará diversas formas de vida, asegurada.[80]

A ese respecto, vale la pena referirse a lo establecido en la sentencia C-180 de 1994[81], en la que la Corte advirtió que el principio de participación democrática implica un modelo de comportamiento social y político de los ciudadanos en la definición del destino colectivo. Asimismo señaló que:

“No comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual”.

“La participación ciudadana en escenarios distintos del electoral alimenta la preocupación y el interés de la ciudadanía por los problemas colectivos; contribuye a la formación de unos ciudadanos capaces de interesarse de manera sostenida en los procesos gubernamentales y, adicionalmente, hace más viable la realización del ideal de que cada ciudadano tenga iguales oportunidades para lograr el desarrollo personal al cual aspira y tiene derecho”.

Asimismo, entre otras providencias, puede hacerse alusión a la sentencia T-348 de 2012, en la cual se protegió el derecho a la participación al estudiarse la acción de tutela presentada por la Asociación de Pescadores de las Playas de Comfenalco. En aquella oportunidad los actores consideraron vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo y a la protección especial de las minorías étnicas y a la diversidad cultural, entre otros, por el diseño y construcción del anillo vial de Crespo, llevado a cabo por Consorcio Vía al Mar, pues con el proyecto se encerraba el lugar en el cual los pescadores parqueaban sus botes de madera y realizaban su labor de pesca. En dicha ocasión, la Corte indicó que en los espacios de

concertación y de participación no se había tenido en cuenta a toda la población de pescadores afectados. Por ello, se consideró que los derechos invocados habían sido vulnerados por la accionada, razón por la cual se ordenó garantizar los espacios de participación a los actores.

Del mismo modo, en la sentencia T-244 de 2012[82], se analizó el caso de un grupo de vendedores informales de la zona de Bazurto de la ciudad de Cartagena, quienes consideraron vulnerados sus derechos al trabajo, a la igualdad y a la dignidad humana, entre otros, por parte de la Alcaldía de esa ciudad, al no haber sido incluidos en la ejecución de obras para la implementación del sistema de transporte masivo. Al establecer que en este tipo de megaproyectos se deben considerar, en los estudios de impacto, a todas las personas que probablemente se verán afectadas, y al hallar acreditado que en esa ocasión no había tenido lugar un estudio socio económico que involucrara a los actores, la Corte ordenó, entre otras, que el derecho a la participación les fuera garantizado a los accionantes.

Igualmente, en sentencia T-135 de 2013[83] la Corte también amparó el derecho a la participación, al estudiar el caso de un grupo de personas dedicadas a diversas actividades, entre ellas pescadores y maestros de construcción, quienes laboraban en la zona donde se estaba construyendo la hidroeléctrica “El Quimbo”. En esa ocasión, los actores consideraron vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna por causa de la ejecución de la obra. Al determinar que en esa oportunidad no se había dado lugar a espacios de participación efectiva a los habitantes de la zona, quienes se encontraban afectados por la construcción, se ordenó a la accionada hacer efectivos los procesos de participación de manera continua con los actores.

En la misma providencia se señaló que, al ejecutar un megaproyecto determinado, el campesino, el jornalero o el tradicional habitante de una región afectada, entre otros, se encuentran en un verdadero estado de indefensión frente al empresario o dueño del proyecto. Así, el adecuado ejercicio de la participación podrá evitar que se lesionen sus derechos[84]. Por ello, se puede afirmar que la participación es fundamental en la relación entre las autoridades estatales y los ciudadanos, y en el intervenir de estos en la gestión pública. Por tal razón, la participación “puede ser entendida como una acción incluyente, es decir, una acción que integra y articula a los partícipes de las dinámicas sociales”[85]

2.4.1.1. En el marco de la toma de decisiones sobre megaproyectos, es necesario hacer referencia a la participación en las decisiones ambientales, derecho que es reconocido por la Carta. En efecto, el derecho a la participación de la comunidad en megaproyectos cuando estos implican una afectación del ambiente y de los recursos naturales, se encuentra garantizado en el artículo 79 de la Constitución, así:

“Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”
(Énfasis fuera del texto)

Por su parte, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo señala que siempre se deben garantizar espacios de participación para las comunidades que puedan verse afectadas con la ejecución de un proyecto de infraestructura, teniendo en cuenta sus oficios e intereses sobre los recursos naturales que se verán intervenidos.

Tal como se señaló en sentencia T-348 de 2012[86], la importancia de garantizar los espacios de participación de la comunidad en el diseño y ejecución de megaproyectos que intervienen recursos del medio ambiente, “se fundamenta además en que el medio ambiente es un bien jurídico constitucionalmente protegido en el que concurren varias dimensiones: es un principio que irradia todo el orden jurídico en cuanto se le atribuye al Estado la obligación de conservarlo y protegerlo, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con la protección de los recursos naturales, es un derecho[87] constitucional de cada individuo como ciudadano y puede ser exigido por vía judiciales, es origen de la obligación a cargo del Estado de prestar saneamiento ambiental como un servicio público, como la salud, la educación y el agua, cuya protección garantiza al mismo tiempo la calidad de vida de los habitantes, y finalmente, es “una prioridad dentro de los fines del Estado, comprometiendo la responsabilidad directa del Estado al atribuirle los deberes de prevención y control de los factores de deterioro ambiental y la adopción de las medidas de protección”[88].”

Con relación a ello, vale hacer alusión a la ley 99 de 1993, la cual regula los procesos de otorgamientos de licencias ambientales y dispone, en su artículo 49, que estas equivalen

a “la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezcan relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada”.

Adicionalmente, en su artículo 57 contempla la necesidad de realizar un “Estudio de Impacto Ambiental” como un requisito indispensable para el trámite. Este, tal como estipula la disposición, debe contener “información sobre la localización del proyecto, y los elementos abióticos, bióticos, y socioeconómicos del medio que puedan sufrir deterioro por la respectiva obra o actividad, para cuya ejecución se pide la licencia, y la evaluación de los impactos que puedan producirse. Además, incluirá el diseño de los planes de prevención, mitigación, corrección y compensación de impactos y el plan de manejo ambiental de la obra o actividad”.

Asimismo, en sentencias y C-593 de 1995[89], C-535 de 1996[90] y C-328 de 2000[91], la Corte Constitucional estudió la participación ciudadana y comunitaria en los procesos de licenciamiento ambiental, y en general, en las decisiones y procesos de planificación de políticas que puedan afectar el ambiente sano. En la última providencia mencionada, esta Corporación resaltó que “la participación comunitaria debe ser previa, pues es la mejor forma de armonizar ambas obligaciones estatales, lo cual justifica la existencia de figuras como la licencia ambiental, regulada por la Ley 99 de 1993, la cual prevé en su trámite una importante participación de la sociedad civil”.

En la misma providencia, se señaló que el derecho a la participación adquiere mayor relevancia en los eventos en que la actividad pueda ocasionar un daño considerable o irreversible al medio ambiente, para concertar medidas de compensación y de reparación acordes con la naturaleza de la comunidad afectada[92].

2.4.1.2. En este orden de ideas, la Sala concluye que en la construcción de megaproyectos que implican la afectación o intervención de recursos naturales, las autoridades estatales tienen la obligación de garantizar espacios de participación, los cuales deben conducir a (i) la realización de diagnósticos de impacto comprensivos, y (ii) las concertaciones mínimas en las que tanto los intereses del proyecto u obra a realizar, como los intereses de la comunidad afectada se vean favorecidos.

2.4.1.3. Asimismo, cuando se van a realizar los respectivos estudios de impacto con ocasión a la realización de un proyecto resulta indispensable garantizar la participación de las comunidades asentadas en el área de influencia del proyecto, pues son ellas las tienen conocimiento de primera mano y son quienes eventualmente sufrirán los impactos, por lo cual la información que aporten al proceso garantizará la realización de una evaluación completa. Además, para la evaluación del impacto que puede tener la construcción del megaproyecto es necesario tener en cuenta los elementos “socioeconómicos del medio que puedan sufrir deterioro por la respectiva obra o actividad”; siendo aquel uno de los momentos en los que la participación de la comunidad cobra importancia.

En ese sentido, vale indicar que, como se estableció en sentencia T-348 de 2012[93] “cada vez que se vaya a realizar la ejecución de una obra que implica la intervención de recursos naturales, los agentes responsables deben determinar qué espacios de participación garantizar según los sujetos que vayan a verse afectados; si se trata de comunidades indígenas o afrodescendientes, o si se trata de una comunidad, que a pesar de que no entra en dichas categorías, su subsistencia depende del recurso natural que se pretende intervenir, y en esa medida, también será obligatoria la realización de espacios de participación, información y concertación, que implican el consentimiento libre e informado”. (Énfasis fuera del texto)

Del mismo modo, cuando se trata de megaproyectos, la participación es absolutamente necesaria para el diseño de las medidas de compensación y corrección[94], pues las mismas deben provenir de una concertación con las comunidades locales afectadas, según sus intereses.

En suma, el derecho a la participación de la comunidad en el diseño y ejecución de megaproyectos, es un derecho autónomo que se encuentra reconocido por la Constitución Política y la jurisprudencia de esta Corporación, y adquiere un carácter instrumental en el marco de la ejecución de megaproyectos que implican la intervención del medio ambiente. Lo anterior, por cuanto sirven para realizar diagnósticos de impacto adecuados y diseñar medidas de compensación acordes con las calidades de las comunidades locales que eventualmente podrían verse afectadas con la obra de que se trate. De tal forma, el derecho a la participación de comunidades que no son titulares del derecho fundamental a

la consulta previa, debe serles garantizado por medio de espacios de información y concertación, en los que se manifieste el consentimiento libre e informado de la comunidad que se verá perjudicada, con el fin de establecer medidas de compensación eficientes.

Adicionalmente, es necesario indicar que para garantizar el derecho a la participación, hay múltiples mecanismos, según el ámbito en el que se vaya a presentar la intervención estatal. Así, en materia ambiental, existen otros mecanismos de participación administrativa, dentro de los cuales está la consulta previa, la audiencia pública ambiental, la intervención en los procedimientos administrativos ambientales, el derecho de petición, las veedurías ciudadanas en asuntos ambientales y la participación en los procesos de planificación ambiental[97], entre otros.

3. CASO CONCRETO

3.1. RESUMEN DE LOS HECHOS PROBADOS

De los hechos narrados en el escrito de tutela y los documentos aportados en el trámite de la acción, la Sala encuentra probados los siguientes sucesos:

3.1.1. Los accionantes, representantes legales de los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras y Afrocolombianas de Guacamayal[98], SUTO GENDE ASE NGANDE[99] de Guacamayal, de Prado[100] Sevilla, 16 de Julio[101] de Sevilla, Tucurínca[102],jurisdicción del Municipio de Zona Bananera-Magdalena, Santa Rosa de Lima en Fundación[103] presentaron acción de tutela al considerar que, al encontrarse asentados en zonas aledañas a la vía férrea que opera el consorcio Fenoco -Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A.- junto con sus socios exportadores (Drummond, Vale y Prodeco), tienen derecho a que se lleve a cabo la consulta previa correspondiente. Por dicha vía férrea, la cual va desde Chiriguaná, Cesar, hasta Santa Marta, Magdalena, se transporta carbón.

3.1.2. Actualmente, la empresa Fenoco se encuentra realizando las obras de uno de los tramos[104] del proyecto denominado “Construcción de la segunda línea férrea, corredor La Loma-Santa Marta”, el cual se divide en sectores y subsectores, y es paralelo a la primera vía, ya referida, en los municipios de Zona Bananera, Fundación y Algarrobo.

3.1.3. Las licencias ambientales que con las cuales contó Fenoco para la construcción de

ambas líneas fueron las siguientes:

- Resolución 1064 del 24 de octubre 2013 de la ANLA, en la cual tal entidad otorgó Licencia Ambiental para la construcción de la segunda línea férrea, las obras complementarias y la implementación del reasentamiento para las comunidades del municipio de Algarrobo, Loma Colorada y Lleras. Asimismo, dicha resolución modificó el artículo primero de la Resolución No. 2351 de 28 de diciembre de 2007, a través de la cual se otorgó Licencia Ambiental para la primera línea.
- Resolución 326 y Resolución 735 de 2015 de la ANLA, mediante la que se otorgó Licencia Ambiental para construir la segunda línea férrea adyacente a la actual en el corregimiento de Guamachito.
- Resolución 70 de 2015, en la que se otorga Licencia Ambiental para la construcción de la segunda línea férrea, las obras complementarias y la implementación el reasentamiento poblacional de las familias asentadas en el corredor férreo, para los corregimientos de Varela, Riofrio y Guamachito.

3.1.4. El Ministerio del Interior y el INCODER emitieron las siguientes certificaciones, mediante las cuales negaron que en las zonas aledañas al proyecto se encontraran asentadas comunidades afrodescendientes:

- El día 25 de junio de 2009, mediante oficio No. OFI109-21164-GCP-0201, el Ministerio del Interior certificó la no presencia de comunidades indígenas, negras, ni concejos comunitarios de comunidades afrodescendientes en los centros poblados de Loma Colorada, Algarrobo y Lleras, ubicados en la jurisdicción del municipio de Algarrobo, Departamento del Magdalena.
- El día 25 de junio de 2009, mediante oficio No. 20092139887, el INCODER informó sobre la no presencia de territorios colectivos ni resguardos indígenas en los centros poblados de Loma Colorada, Algarrobo y Lleras.
- El 28 de marzo de 2012 a través de certificación No. 543, el Ministerio del Interior certificó la no presencia de comunidades indígenas ni afrodescendientes en Loma Colorada, Algarrobo y Lleras.

- En la certificación No. 543 del 28 de marzo de 2012, el Ministerio de Interior determinó que en la zona de Algarrobo no se identifica la presencia de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales, y Palenqueras en la zona de influencia directa.
- A través de certificación No. OFI 109-21164-GCP-0202, el Ministerio del Interior señaló que no se registran comunidades indígenas ni comunidades afrodescendientes en los centros poblados de Loma Colorada, Algarrobo y Lleras.
- Mediante certificación No. 414 del 6 de marzo 2014, el Ministerio del Interior informó que en la Zona Bananera- Vereda Guamachito, Varela y Río Frío no se registra presencia de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras en el área del proyecto.
- Mediante certificaciones No. 404 del 13 de marzo de 2014 y No. 737 del 28 de abril de 2014, el Ministerio del Interior acreditó que en la Zona de Orihueca, no hay presencia de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.
- Mediante certificación No. 542 del 28 de marzo de 2012, expedida por el Ministerio del Interior, se señaló que no se identificaron comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto en la Zona Bananera y en Ciénaga en el Departamento de Magdalena.
- A través de las certificaciones EXTMI11-0011320 y EXTMI-0012299 del 20 de febrero de 2012, el Ministerio del Interior determinó que en la construcción de segunda línea férrea en el Corredor de La Loma-Santa Marta, en los sectores de Loma Colorada, Algarrobo y Lleras, no se registran resguardos de comunidades indígenas ni se identifica presencia de grupos étnicos.

3.1.6. No obstante, en las visitas de campo ordenadas por esta Corte, y realizadas por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, se concluyó, como se explicará en el apartado siguiente, que las comunidades accionantes se encuentran efectivamente ubicadas en la zona de influencia del paso de los trenes.

3.1.7. Así, los Consejos Comunitarios aducen que el paso del tren produce (i) ruido a todas horas del día y de la noche, y (ii) emisiones de polvillo del carbón, circunstancias que, afirman, afectan gravemente su derecho al medio ambiente sano.

3.1.8. Por lo anterior, las accionantes, consideran vulnerados sus derechos fundamentales al

medio ambiente sano, a la consulta previa, a la integridad territorial, a la autonomía, a la protección especial como grupos vulnerables y a la diversidad étnica y cultural.

3.2. VISITA DE CAMPO REALIZADA POR LA COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL CONFORMADA POR LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

3.2.1. Informe presentado por la Defensoría del Pueblo

En la visita de campo, realizada por la comisión interinstitucional conformada por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, efectuada entre los días 6 al 9 de abril de 2015, dichas autoridades verificaron la situación del proyecto bajo estudio y la condición en la que se encuentran actualmente las comunidades accionantes.

En informe enviado a la Corte por la Defensoría del Pueblo, se explicó lo atinente a las características de las comunidades actoras, pues realizó reuniones con cada una de ellas.

Asimismo, se indicó que los miembros de dichas comunidades se encuentran dispersos, no sólo en los cascos urbanos, sino también en las áreas rurales. Así, respecto del corregimiento de la Estación, se señaló que el mismo se localiza paralelamente a lo largo de la primera vía férrea y que las casas ahí construidas están ubicadas entre 20 y 30 metros de las líneas.

En cuanto a lo que ocurre respecto de los Consejos Comunitarios accionantes, localizados en la zona bananera, se adujo que las comunidades del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Guacamayal se encuentran dentro del área de influencia del proyecto de la doble vía férrea. Con relación a dichas comunidades, se afirmó que sus miembros están dispersos en el casco urbano de Guacamayal y sus casas se ubican paralelas a las líneas férreas, encontrándose a 15 y a 20 metros de distancia de los trenes, en “plena zona de influencia del proyecto”.

Lo mismo se afirmó con referencia al Consejo Comunitario Suto Gende Ase Ngande de Guacamayal. De igual forma, se señaló que el Consejo Comunitario de Prado en Sevilla, se encuentra dentro del área de influencia del proyecto de la doble línea férrea, pues se observó que el mismo se ubica entre la línea férrea y la carretera troncal del Caribe, por lo

que varios de sus miembros habitan ocupando el corredor férreo a distancias incluso cercanas a los 10 metros.

Igualmente, se especificó que muchos de los miembros de estas comunidades son víctimas del conflicto armado.

Con relación al Consejo Comunitario de Fundación, se indicó que sus miembros se encuentran dispersos en el casco urbano.

Al referirse a los posibles impactos del proyecto sobre estas comunidades, se manifestó que las mismas alegaron que las partículas de carbón, que se desprenden del paso de los trenes, les ocasionan afectaciones pulmonares, en la piel y en los ojos. Del mismo modo, las accionantes se refirieron a la generación de ruido por el paso de los trenes, lo cual les resulta casi insoportable.

No obstante, en el informe se plantea que “los resultados de las mediciones de la concentración de las partículas de carbón no superan los límites permisibles en las normas”. Además de ello, se afirmó haberse observado que la mayor parte de las vías de los diferentes caseríos visitados son destapadas, lo cual podría ser una causa de contaminación del aire.

Al hacer alusión al ruido, se aseveró que las comunidades dicen verse afectadas en varias de sus actividades diarias como al escuchar la televisión o la radio, afectándoles sus ratos de descanso, además de interrumpir bruscamente sus noches, lo cual, a juicio de las accionantes, desmejora su calidad de vida.

Al respecto, se explicó que el ruido es inherente a la actividad de los trenes, y que aunque se puede mitigar, no es posible evitarlo.

Finalmente, se informó que, según las comunidades, las vibraciones causadas por el paso de los trenes han generado agrietamientos en sus viviendas, lo cual, a juicio de la Comisión no se puede determinar a simple vista.

Así, se concluyó que el componente étnico afrodescendiente en los citados Municipios es considerable, existiendo ciertos grupos ubicados más cerca que otros, de la zona referida. En cuanto a las afectaciones provenientes de los trenes, recomendó realizar estudios

técnicos para comprobar tal situación.

3.2.2. Informe presentado por la Procuraduría General de la Nación

Mediante informe presentado el 19 de junio de 2015, la Procuraduría General de la Nación expuso lo observado y concluido en la visita de campo ordenada por la Sala.

Así, señaló, entre otras, que “el área de influencia de la gran mayoría de estas comunidades, (...) se encuentra cubriendo el área de influencia directa del proyecto denominado “Construcción de la segunda línea férrea corredor La Loma-Santa Marta”, en los municipios de Zona Bananera, Fundación y Algarrobo.

Asimismo, afirmó que no era clara la razón por la cual, con evidencia tanto en las zonas en que habitan las accionantes, como en las comunicaciones escritas dirigidas al ejecutor del proyecto, al Ministerio del Interior y al ANLA, no se haya informado de inmediato a la Dirección de Consulta Previa sobre la presencia de estas comunidades.

De la misma manera, hizo referencia a cada uno de los Consejos Comunitarios, sus orígenes, conformación, ente otras y refirió que gran número de los miembros de estas comunidades son víctimas del conflicto armado.

Recordó que es necesario tener en cuenta que la modernización y operación de la primera línea férrea generó en las comunidades asentadas al lado de la misma, fuertes impactos, toda vez que de un tren que transitaba ocasionalmente, se pasó a operar muchos trenes movidos por varias locomotoras con más de cien vagones y con una frecuencia de quince minutos entre ellos, lo que, a juicio de tal entidad, ha incidido en la vida de las comunidades ahí asentadas en general.

De ese modo, indicó que la construcción y operación de una segunda línea férrea en el corredor propiedad de la Nación genera un posible impacto negativo en el disfrute de territorio, dado que al aumentar las frecuencias del paso de los trenes, también aumentan las dificultades de tránsito por el territorio que frecuentan las comunidades afrocolombianas accionantes, constituyendo una barrera física al goce integral del espacio que constituye su territorialidad en sentido amplio.

En el mismo sentido, afirmó que respecto de tres de las comunidades actoras, aquellas de

los Corregimientos de Tucurín, Guacamayal y Estación, el Ministerio del Interior constató la presencia de comunidades afrodescendientes, por lo que mediante Resolución 741 del 28 de abril de 2014 indicó que debía realizarse consulta previa con dichas poblaciones.

De otro lado, la Procuraduría presenta fotografías de algunas de las viviendas de las comunidades. De tales imágenes se evidencia la cercanía que existe entre las casas y las vías férreas. Asimismo, se puede observar el polvo recogido de las tejas de las viviendas, el cual, como indica la entidad, se genera por el paso de vehículos y de los trenes.

Informó igualmente, que, específicamente con relación al sector conocido como Los Cocos, en el cual existe un paso principal para atravesar las vías férreas, el mismo carece de varas horizontales que no permiten atravesar cuando el tren está pasando. De igual forma, indicó que “la única señalización son los conos en ambos lados y el vigilante de FENOCO, que por uno de los lados avisa el PARE, con una señalización en la mano”.

A ese respecto, adujo que por el paso mencionado atraviesan diariamente alrededor de 200 niños, por lo cual las comunidades aseveran que no existe seguridad para sus familias al pasar de un lado al otro.

De otro lado, la Procuraduría aportó fotografías en las cuales se observan las fisuras en los muros de las viviendas, ocasionadas por la vibración del paso del tren, pues las casas, construidas de manera rudimentaria, no están diseñadas para el paso permanente del transporte de trenes de carbón.

Con relación al ruido alegado por las accionantes, la Procuraduría indicó: “En el sitio en donde nos reunimos, se evidencia una contaminación acústica, con el paso de las locomotoras y vagones de la caravana del tren. Era tal el ruido, que tocaba suspender la conversación hasta que pasara la caravana de locomotora y tren.”

3.3. EXAMEN DE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

3.3.1. Legitimación por activa

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 superior y 10 del Decreto 2591 de 1991, en armonía con la jurisprudencia constitucional pertinente, los representantes de los Consejos Comunitarios accionantes están legitimados para interponer la acción de tutela en

su nombre, ya que son titulares de los derechos fundamentales que consideran vulnerados y pueden acudir a la jurisdicción en procura de su defensa.

3.3.2. Legitimación por pasiva

Es necesario indicar que el artículo 42 del decreto 2591 de 1991 dispone que la tutela procede contra particulares que presten un servicio público, como son las empresas prestadoras de servicios de transporte férreo, según lo establece el artículo 80 de la Ley 336 de 1996, en concordancia con lo estipulado en el artículos 86 de la Carta, la sociedad FENOCO S.A. y sus socios explotadores del carbón, Drummond, Prodeco (GlencoreXstrata) y Vale se encuentran legitimados por pasiva para ser demandados en este caso, pues son particulares que prestan un servicio público, razón por la cual pueden ser demandadas en sede de tutela cuando se considera que sus actuaciones configuran violaciones a derechos fundamentales.

De igual forma, los Ministerios del Interior, Medio Ambiente, Vivienda, Ciudad y Territorio y Transporte y las Agencias Nacionales de Licencias Ambientales e Infraestructura, son autoridades públicas del orden nacional y por ende es procedente la tutela contra ellos a la luz de lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta.

3.3.3. Cumplimiento del requisito de subsidiariedad

Es preciso tener en cuenta que, de manera general, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del peticionario, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

En esta oportunidad, las accionantes son comunidades afrodescendientes, las cuales ostentan el carácter de sujetos de especial protección constitucional, condición que impone, a las autoridades estatales, especiales deberes de prevención, atención y salvaguarda de

sus derechos fundamentales individuales y colectivos.

De igual manera, debe indicarse que la jurisprudencia de la Corte ha señalado que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental a la consulta previa[105].

Además de ello, se evidencia que es urgente que el presente asunto sea resuelto, teniendo en cuenta que se está llevando a cabo la construcción de una segunda vía férrea, lo cual, según indican los accionantes, inició sin que hubiera mediado consulta previa. En efecto, con la primera vía que se encuentra funcionando para el paso de los trenes, los actores consideran verse afectados en sus derechos fundamentales, situación que, evidentemente empeoraría con la construcción mencionada. Por ello, es necesario que la situación de las comunidades sea solucionada, específicamente antes de que la construcción de la segunda vía férrea finalice.

3.3.4. Cumplimiento del requisito de la inmediatez

La inmediatez es una condición de procedencia de la acción de tutela, creada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como herramienta para cumplir con el propósito de la Carta Política de hacer de la acción de tutela un medio de amparo de derechos fundamentales que opere de manera rápida, inmediata y eficaz.

En el caso bajo estudio se tiene que los hechos que presuntamente vulneran los derechos fundamentales de los accionantes siguen teniendo lugar, toda vez que la primera vía férrea se encuentra actualmente operando, y la segunda, está siendo construida. De tal manera, se cumple con el requisito de la inmediatez, pues la tutela se presentó dentro de un término concomitante a la ocurrencia de los hechos.

De acuerdo con lo anterior, es indiscutible que en este caso concurren todos los requisitos requeridos para la procedencia de la acción.

3.4. ANÁLISIS DE FONDO

Esta Corporación debe pronunciarse sobre la posible vulneración de los derechos fundamentales a la consulta previa, a la integridad territorial, a la autonomía, al medio ambiente sano, y a la diversidad étnica y cultural de los Consejos Comunitarios de las

Comunidades de Guacamayal[106], SUTO GENDE ASE NGANDE[107] de Guacamayal, de Prado[108] Sevilla, 16 de Julio[109] de Sevilla, Tucurinca[110], jurisdicción del Municipio de Zona Bananera-Magdalena, Santa Rosa de Lima en Fundación[111] y Algarrobo[112], por parte de las entidades accionadas, al no haberse llevado a cabo consulta previa para (i) la construcción de la vía férrea que opera actualmente en el tramo que va desde Chiriguaná, Cesar, hasta Santa Marta, Magdalena; (ii) la construcción de la segunda línea férrea, corredor La Loma-Santa Marta.

En primer lugar, resulta necesario establecer si en este caso se cumple con los requisitos, ya citados en la parte considerativa de esta sentencia, para que sea garantizado el derecho fundamental a la consulta previa.

3.4.1. El derecho fundamental a la consulta previa

Para tal efecto, es preciso recordar lo que ha sido establecido por la jurisprudencia de la Corte respecto del derecho fundamental en comento. Como ya se resaltó a lo largo de esta providencia, la consulta previa es obligatoria cuando (i) se adoptan medidas susceptibles de afectar pueblos indígenas y tribales en su calidad de tales, y también, (ii) cuando se trata de una afectación específica y directa, no de cualquier tipo.

Respecto de la primera condición, consistente en que debe tratarse de comunidades culturalmente diferenciadas quienes sean las afectadas por un proyecto determinado, la Sala evidenció que las accionantes en este caso son efectivamente comunidades afrodescendientes, que han sido debidamente registradas en sus municipios. Asimismo, se acreditó que las mismas se encuentran asentadas en la zona de influencia tanto de la vía férrea que actualmente está en funcionamiento, como de la segunda línea que se encuentra en construcción, pues tal como lo determinó el equipo interinstitucional conformado por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, en el área de influencia del referido proyecto, se concluyó que el componente étnico afrodescendiente en los citados municipios es considerable, existiendo ciertos grupos ubicados más cerca que otros, de la zona referida.

Sobre ese punto, es necesario añadir que la comprobación de la presencia de una comunidad indígena o afrodescendiente en una determinada zona no depende solamente de un acto de las autoridades públicas, como ocurre con las certificaciones que expide el

Ministerio del Interior sobre la existencia de grupos culturalmente diversos en determinadas zonas del país, pues puede ocurrir, tal como sucedió en el presente caso, que tales documentos no coincidan exactamente con lo que realmente acontece. En esta oportunidad, dichas certificaciones sobre la no existencia de las comunidades, se contradicen con lo que advirtieron la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo.

Así, vale recordar lo decidido en sentencia T-693 de 2011[113], en la cual se estudió la acción de tutela interpuesta por la comunidad indígena Achagua del Municipio de Puerto López, con ocasión de la licencia que le fue otorgada a la empresa Meta Petroleum Limited para la realización del Proyecto Oleoducto Los Llanos. La accionante consideró tener derecho a la consulta previa, pero, al igual que en el presente caso, el Ministerio del Interior no certificó la existencia de tal comunidad en la zona de influencia del proyecto. Sin embargo, se probó durante el proceso, por medio de conceptos técnicos y de diagnósticos ambientales, que la comunidad que interpuso la acción, era culturalmente diferenciada y se encontraba efectivamente asentada en el territorio referido, por lo cual se amparó el derecho fundamental a la participación de la referida comunidad.

Al respecto, la Corte indicó que “El Ministerio del Interior alega que certificó que no existían comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto con fundamento en una comunicación que indicaba esto, proveniente de la alcaldía de Puerto López. Para la Sala este no es un argumento de recibo, pues la función del Ministerio es verificar la presencia de comunidades en el área de influencia de un proyecto, lo que significa, como bien lo señala el profesor Herinaldy Gómez de la Universidad del Cauca, “una constatación empírica que debe desarrollarse en campo con el fin de establecer de la manera más directamente posible la existencia o no de tales comunidades.” Además, como también afirma el profesor, esa verificación no se debe agotar “en la presencia física o en la residencia, sino en el desarrollo actual y regular de prácticas tradicionales de supervivencia o simbólicas, tales como la caza, la pesca, la recolección de frutos, la práctica de rituales, entre otras más.”[114]

El Ministerio no llevó a cabo tal verificación en campo, con lo que incumplió sus obligaciones y condujo a la vulneración de los derechos de la comunidad demandante. La Sala advierte además que de haberse realizado la visita de campo, muy probablemente el Ministerio se

habría percatado de las prácticas tradicionales que la comunidad desarrolla en el Charcón Humapo, lo que habría conducido a la realización de la consulta.”

En el asunto bajo análisis, la verificación en la zona en comento fue realizada por el grupo interinstitucional de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo, pues el Ministerio del Interior se limitó a emitir las certificaciones negando la ausencia de dichos grupos en el área de influencia del proyecto.

En el mismo sentido, en la sentencia T-993 de 2012[115], la Corte revisó la acción de tutela interpuesta por el Gobernador del Cabildo Indígena La Luisa del Pueblo Pijao, contra varias entidades estatales por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la consulta previa, a la integridad étnica y al debido proceso con ocasión de la construcción de una variante en su territorio ancestral. La Corte señaló que el derecho a la participación, específicamente a la consulta previa, se predica tanto de comunidades étnicas ubicadas en zonas tituladas como no tituladas pero habitadas de manera permanente. En esa oportunidad se recordó que la presencia de las comunidades indígenas en el área de intervención de las obras del caso concreto era evidente, y por tal razón, ordenó suspender la ejecución del proyecto mientras se agotaba el proceso de consulta. Esta orden la sustentó en el Decreto 1320 de 1998, el cual dispone que aún en el evento en que no se haya certificado la presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia de un proyecto, si durante la realización del estudio se constata la presencia de las mismas, debe garantizarse su derecho a ser consultadas.

Con relación al segundo requisito, esta Corporación ha señalado que, en cada caso concreto, con el fin de determinar si hay lugar o no a la realización de la consulta previa, es necesario diferenciar entre dos tipos de afectación: (i) una afectación general y (ii) una específica y directa.

En efecto, la afectación directa puede derivarse de diferentes tipos de decisiones, entre otras, sobre medidas administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo, como licencias ambientales, contratos de concesión o concesiones mineras.

De tal manera, en sentencia C-030 de 2008[116], la Corte indicó que la afectación directa a la que hace referencia el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, es el criterio esencial para evidenciar la necesidad de una consulta previa.

Así, para determinar si existe afectación directa, no basta con identificar únicamente si la zona de influencia del proyecto afecta la ubicación geográfica, sino que es necesario que se observe si las “secuelas recaen de forma particular sobre la comunidad, su nicho y los recursos que le constituyen, dado que los elementos que representan su cosmovisión son efectivamente y representativamente limitados por las consecuencias que resultan del proyecto” (Énfasis fuera de texto).

Por ello, es necesario tener probado que la actividad de que se trate esté efectivamente poniendo en peligro la preservación e identidad del pueblo o de la comunidad presuntamente afectados, los cuales, por ningún motivo, pueden verse obligados a renunciar a su forma de vida y cultura por la mera llegada de una obra de infraestructura o proyecto de explotación.

3.4.1.1. La afectación directa en el caso bajo análisis

En el caso sub judice, la afectación alegada, que es causada por el paso de los trenes por la primera vía férrea, se circunscribe específicamente a (i) las emisiones de polvillo de carbón y (ii) la generación de ruido, que, según las comunidades, vulneran su derecho al medio ambiente sano.

Al respecto, es necesario hacer énfasis en que las dos afectaciones alegadas, y que son propias del transporte del carbón, no atentan contra un elemento definitorio de la identidad cultural de las accionantes, ni tienen trascendencia en la forma de vida de las comunidades afrodescendientes, lo que sería necesario para afirmar que se presenta una afectación directa.

En efecto, vale la pena recordar que la Corte revisó, mediante sentencia T-672 de 2014[117], un caso similar al aquí estudiado, en el cual 139 demandantes, no diferenciados culturalmente, alegaban estar siendo afectados por causa de la cercanía de una línea férrea a sus lugares de vivienda. Indicaron que, como en el asunto bajo análisis, el paso de trenes, operados por Fenoco, era frecuente, tenían que soportar un ruido permanente y que, como se transportaba carbón, las partículas de este elemento se dispersaban en el aire contaminándolo, lo cual los afectaba en su salud y causan severos daños al medio ambiente.

En esa oportunidad, se ampararon los derechos a la salud y al medio ambiente sano, teniendo en cuenta que el ruido y las emisiones de polvillo de carbón en realidad perjudicaban a los accionantes y a sus familias. Ello permite concluir que estas dos circunstancias afectan tanto a poblaciones diferenciadas culturalmente, como a aquellas que no lo son, por lo cual el ruido y el polvillo de carbón, en realidad no van en desmedro de la identidad, ni de la integridad social o cultural de las comunidades afrodescendientes.

Al respecto, es necesario recordar que la consulta previa tiene la finalidad de asegurar los derechos de los pueblos indígenas y tribales en sus territorios, y de proteger sus valores culturales sociales, económicos, entre otros, cuando efectivamente se estén viendo perjudicados por la actividad del Estado en situaciones de obras de infraestructura o proyectos de explotación[118]. Al tener esto claro, y toda vez que las afectaciones que surgen del paso del tren en el caso examinado, no tienen la virtualidad de afectar a las comunidades accionantes como grupo cultural diferenciado -en tanto no afectan sus creencias, instituciones, ni bien estar espiritual- no se avizora la presencia de una afectación directa que haga viable el recurrir a la consulta previa, pues dicha circunstancia es requisitos sine qua non para que el derecho fundamental en comento sea amparado.

Así, no se evidencia que las afectaciones que presuntamente provienen del paso del tren de la primera línea en funcionamiento, ni las que podrían generarse luego de la construcción de la segunda vía férrea, hagan necesaria la aplicación de la consulta previa, al no encontrarse lesivas para la integridad cultural y étnica de las comunidades afrodescendientes actoras, pues el ruido y el polvillo, que son susceptibles de afectar a ser humano en su diario vivir y en su salud, no tienen, en este caso, la potencialidad de desfigurar o de desaparecer los modos de vida de los grupos accionantes.

Además, como se indicó en los informes presentados tanto por la Procuraduría General de la Nación, como por la Defensoría del Pueblo, las afectaciones alegadas son el polvillo, el ruido y la falta de seguridad, sin hacerse referencia a situación alguna que se encuentre afectando a los grupos étnicos en su identidad cultural, ni en su cosmovisión, entre otros.

No obstante, lo cierto es que existen grupos humanos asentados, tal como lo indicó la Defensoría del Pueblo, unos más cerca que otros, de las vías férreas citadas, que, independientemente de pertenecer o no a una determinada comunidad culturalmente

diferenciada, deben ser protegidos cuando sus derechos fundamentales al medio ambiente o a la salud se encuentran vulnerados, específicamente con ocasión a la construcción de obras de infraestructura o de proyectos de explotación.

Ello por cuanto, tal como se indicó en las consideraciones de esta providencia, cuando no se cumple con los requisitos para que la consulta previa sea garantizada en determinado caso, al no haberse probado la afectación directa, como ocurre en esta oportunidad, ello no implica que las comunidades o los peticionarios afectados de uno u otro modo, no puedan ser titulares del derecho a la participación cuando se trata del diseño o desarrollo de megaproyectos, pues en determinadas situaciones, existe la obligación de que espacios de participación y concertación sean asegurados.

3.4.1.2. El derecho a la participación y concertación en el diseño y desarrollo de megaproyectos debe serle garantizado a las comunidades accionantes en este caso.

En el presente asunto debe dejarse presente que en este caso no se probó la ocurrencia de una afectación directa. Así, al no haberse evidenciado un perjuicio a la preservación e identidad de las comunidades actoras, no es factible, en esta oportunidad, recurrir al mecanismo de la consulta previa para proteger los derechos de los accionantes. No obstante, ello no implica que otras de las comunidades asentadas en los territorios atravesados por las vías férreas, o las mismas accionadas puedan probar en el futuro la existencia de una afectación directa por la actividad de las accionadas, caso en el cual podrían reclamar el derecho a la consulta previa.

Adicionalmente, es necesario señalar que en los lugares aledaños a las dos vías férreas en comento, habitan, además de dichas comunidades, otros grupos de personas, no necesariamente culturalmente diferenciados, que se encuentran igualmente expuestos a soportar los efectos producidos por los trenes.

Así las cosas, es necesario tener en cuenta que, como se señaló en la parte considerativa de esta sentencia, como consecuencia de la implementación del Estado Social de derecho, surge la obligación constitucional del Estado de garantizar la participación de todos los colombianos en las decisiones que son susceptibles de afectarlos[119].

Así, en el diseño y ejecución de megaproyectos, el derecho a la participación de la

comunidad en general es un derecho autónomo que se encuentra reconocido por la Constitución Política y la jurisprudencia de esta Corporación, y que adquiere un carácter instrumental en el marco de la ejecución de esta clase de megaproyectos que implican la intervención del medio ambiente.

De tal forma, el derecho a la participación implica que sean realizados diagnósticos de impacto adecuados y diseños de medidas de compensación, entre otras, acordes a las condiciones de las comunidades locales, que eventualmente podrían verse afectadas con la obra de que se trate.

Así, el derecho a la participación de la comunidad, debe serle garantizado por medio de espacios de información y concertación, en los que se manifieste el consentimiento libre e informado de la población que se verá perjudicada, con el fin de establecer medidas de compensación eficientes.

Teniendo en cuenta lo anterior, no obstante haberse demostrado la no existencia de una afectación directa a las accionantes, estas comunidades y todos los grupos de personas asentadas en las referidas zonas de influencia, son titulares del derecho a la participación, y, por cuanto se ven afectadas con (i) las construcciones de megaproyectos que en dicho territorio se lleven a cabo y (ii) con los impactos que los mismos puedan generar al medio ambiente.

A ese respecto, resulta necesario resaltar que una gestión ambiental participativa es la alternativa mediante la cual se garantizan efectos de sostenibilidad ambiental y de calidad de vida para los individuos[120]. En virtud de ello, la participación ha sido uno de los pilares de la gestión ambiental, pues en la medida en que las personas toman parte de los procesos en los que se toman decisiones sobre el ambiente se pueden garantizar soluciones adecuadas a sus necesidades. Así, es necesario que se recurra a escenarios que sirvan como base para el ejercicio de oportunidades concretas de participación, pues como lo ha señalado la Corte, las autoridades estatales deben asumir la promoción, creación y fomento de dichos espacios.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala considera que en el asunto estudiado las comunidades afrodescendientes y aquellos grupos asentados en la zona de influencia del proyecto son titulares del derecho a la participación, por lo cual, las accionadas tienen la

obligación de asegurar las condiciones idóneas para que se lleve a cabo la discusión pública de los temas pertinentes del caso, con el fin de que tales grupos accedan al conocimiento real de los temas relacionados con el paso de los trenes por ambas vías férreas.

En este caso, las comunidades accionantes afirmaron que no existió, por parte de las accionadas, voluntad de abrir espacios de participación ni de concertación para la construcción de ninguna de las dos vías férreas en mención.

A ese respecto, Fenoco indicó haber solicitado al Ministerio del Interior información sobre la existencia de comunidades culturales diversas en la zona de influencia, de lo cual siempre obtuvo respuesta negativa en las certificaciones emitidas por tal autoridad.

Sin embargo, debe indicarse, como ya se mencionó, que el grupo interinstitucional de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo, como ya se indicó en líneas anteriores, constató que en realidad, las comunidades afrodescendientes accionantes efectivamente se encuentran asentadas, unas más cerca que otras, de las vías férreas objeto de discusión. Además de ello, existen otras comunidades que habitan en dichos territorios, y que no son necesariamente pertenecen a grupos indígenas o afrodescendientes.

Así, en el presente caso, tal como lo afirmó Fenoco en la contestación de la presente acción de tutela, la empresa no adelantó ningún proceso de participación con las personas que habitaban en las cercanías de las vías férreas, en razón a que en las oportunidades en las que solicitó información acerca de la presencia de comunidades afrodescendientes o indígenas en las zonas de influencia de los trenes, obtuvo, como respuesta, certificaciones del Ministerio del Interior que negaban que grupos culturalmente diferenciados se encontraran en dichas zonas.

No obstante, aun cuando las accionantes no cumplen con los requisitos para que en este caso se les garantice el derecho a la consulta previa, y aunque se recibió información acerca de la no existencia de grupos culturalmente diferenciados en la zona de influencia de las vías férreas, debe ponerse de presente que a las personas habitantes de las zonas referidas, entre ellas, aquellas que no pertenecen a grupos afrodescendientes, al encontrarse expuestas a los efectos del paso de los trenes, se les debió garantizar su

derecho a la participación

De esa manera, al no haberse asegurado tal derecho, el principio constitucional de la prevalencia del interés general se aplicó por parte de la empresa accionada sin tener en cuenta su impacto en la realización de las garantías superiores de la comunidad que podía verse afectada con el proyecto. En esa medida, la Sala evidencia que en este caso fue vulnerado el derecho a la participación de las comunidades que se encuentran asentadas en la zona de influencia de los trenes que opera Fenoco.

Por tal razón, la Sala considera necesario que el derecho a la participación, del cual ya se determinó son titulares tanto las comunidades afrodescendientes, como aquellas personas que al vivir en la zona de influencia del proyecto se ven afectadas por los efectos del paso de los trenes, debe serles asegurado por parte de la empresa accionada.

3.4.1.4. En ese orden, es necesario especificar la manera en que debe ser garantizado tal derecho, teniendo en cuenta que se trata de dos vías férreas: la primera de ellas, que ya fue construida sin que se consultaran los intereses de las comunidades, y la segunda, que no ha sido finalizada hasta el momento y respecto de la cual no se ha iniciado proceso alguno de participación.

Por ende, en cuanto a la primera vía férrea, debe indicarse que, aun cuando no fue garantizado el derecho a la participación antes de que la misma fuera construida, ello no es óbice para que actualmente se logre que la comunidad afectadas sea llamadas a concertar soluciones, junto con Fenoco, respecto de los efectos del paso del tren.

En efecto, debe tenerse en cuenta que existen casos en los cuales, aunque no se haya llevado a cabo espacios de participación al iniciar un megaproyecto -que, como en el presente caso, tenga efectos en el medio ambiente,- la continuación de los mismos hace necesario que se convoque a la comunidad afectada para que se convengan soluciones a futuro.

Ello por cuanto la necesidad de que se acuerden decisiones para enfrentar los impactos del proyecto de que se trate, permanece, y tal circunstancia hace imperioso que los grupos perjudicados sean oídos, informados y desempeñen un papel participativo en el diseño de las medidas de mitigación y compensación correspondientes.

Por tal razón, con relación a la vía férrea que se encuentra operando, la Sala ordenará les sea garantizado el derecho a la participación a las comunidades perjudicadas, quienes son titulares del mismo, con el fin de que las afectaciones causadas por el paso del tren sean mitigadas de manera concertada.

En lo que atañe a la segunda línea férrea, que aún se encuentra bajo construcción, es necesario que de manera inmediata se inicien los procesos de participación con las comunidades, pues al no haberse finalizado las obras, resulta ineludible garantizar los espacios en los que conjuntamente, las accionantes y las entidades demandadas puedan acordar medidas previas que se podrán adoptar en el desarrollo de la ejecución del proyecto, encaminadas a proteger los derechos fundamentales de las accionadas.

3.4.1.5. Con referencia a los procesos de participación que deben ser llevados a cabo, la Sala advierte que la participación de la comunidad en esta clase de asuntos no se puede reducir a que la autoridad competente organice reuniones de información o de socialización del proyecto, pues éstas deben realizarse en coordinación con la comunidad, y deben contener espacios que garanticen efectivamente la participación, en cuanto a los efectos sociales, ambientales, económicos y de seguridad[121].

Asimismo, ello implica que los espacios no deben ser de naturaleza únicamente informativa, en tanto es imperioso que sean asegurados espacios de concertación en los cuales sean especialmente tenidos en cuenta los intereses y necesidades de la comunidad afectada, y no sólo los del proyecto a realizar. Ello en razón a que se trata del espacio vital de estas comunidades, pues sus viviendas se encuentran cercanas a las vías férreas, y en ellas habitan sus familias, especialmente, sus niños.

A ese respecto, es menester señalar que en los mencionados espacios de participación entre las accionadas y la comunidad afectada, debe necesariamente discutirse lo atinente a (i) los horarios del paso de los trenes, (ii) una posible suspensión del transporte de carbón en determinadas horas, (iii) la viabilidad de la instalación de barreras que disminuyan las molestias por el ruido, (iv) los mecanismos de seguridad para el control del desplazamiento de personas de un lado de las vías al otro, entre otras discusiones que interesen a la comunidad perjudicada.

En el mismo sentido, en tales espacios es preciso que la comunidad afectada en general

tenga conocimiento claro e integral de las implicaciones del proyecto, es decir, de las consecuencias tanto positivas como negativas del mismo, no sólo en cuanto al medio ambiente, sino respecto de la seguridad, los efectos económicos y sociales, para que de tal forma, puedan aportar sus opiniones en cuanto las medidas de mitigación y compensación a que haya lugar[122], pues las mismas deben ser concertadas con las comunidades.

Lo anterior, por cuanto es posible que el proyecto bajo estudio traiga imprevistos que pueden tener impactos negativos, no solamente ambientales, sino también sociales o de seguridad por el paso de los trenes, efectos distintos a los previstos inicialmente o a los contemplados por Fenoco, y en esa medida, las acciones que se tomen para su mitigación deben ser también compartidas y concertadas con la comunidad.

Al respecto, resulta pertinente hacer referencia a lo establecido en la ya mencionada sentencia T- 348 de 2012[123], respecto de la manera de llevar a cabo los espacios de participación. En tal providencia, en el cual no se amparó el derecho a la consulta previa, por cuanto se estableció que los accionantes no cumplían con los requisitos para acceder a ello, se tuteló el derecho a la participación de los grupos de pescadores demandantes, quienes se vieron afectados con ocasión del proyecto Anillo Vial Malecón de Crespo, ejecutado por el Consorcio Vía al Mar, en el lugar donde trabajan los actores. En dicha oportunidad, se señaló que “la única forma como las medidas serán eficaces y adecuadas, es que sean el resultado de una evaluación, no sólo de los efectos negativos en el medio ambiente, sino de su impacto en la comunidad, teniendo en cuenta sus características especiales y su relación con el entorno ambiental (...)”

Así mismo, se indicó en dicha sentencia, que “(...) es fundamental que las medidas de compensación se diseñen en conjunto con la comunidad, garantizándoles un espacio de participación, sin que deban ser necesariamente de carácter económico.” (Énfasis fuera del texto).

Finalmente, la Sala advierte que dichos espacios deberán ser debidamente valorados por las entidades estatales competentes, en particular, por las autoridades municipales.

Para que todo lo anterior pueda realizarse en el presente caso, es necesario que las comunidades sean llamadas a participar en las reuniones de socialización e información del proyecto en comento.

Para ello, deben llevarse a cabo convocatorias públicas, garantizadas no solo por la entidad ejecutora del proyecto, en este caso Fenoco, sino por las autoridades estatales, las cuales deberán asegurarse de que se lleve a cabo la validación de la información de la población afectada. Ello puede realizarse por medios masivos de comunicación o a través de diarios de circulación regional, local o radios comunitarias.

La Sala concluye entonces que (i) no se configura una afectación directa para las comunidades accionantes, por lo cual no se cumple con los requisitos para que la consulta previa sea aplicable en este caso, (ii) no obstante, estas comunidades y aquellas personas que habitan en la zona de influencia del proyecto, son titulares del derecho a la participación, pues al estar asentadas dentro de los territorios en mención, se encuentran afectadas por las consecuencias causadas por el paso de los trenes, especialmente tratándose de efectos sobre el medio ambiente (iii) la empresa Fenoco no llevó a cabo procesos de participación con la comunidad afectada al haber recibido certificaciones emitidas por el Ministerio del Interior, en las cuales se le informaba que no había presencia de grupos culturalmente diferenciados en las zonas de influencia de los trenes, dejando de lado la existencia del derecho a la participación de las comunidades en general.

En consecuencia, ordenará que a la comunidad afectada por el proyecto le sea garantizado el derecho fundamental a la participación por parte de la empresa Fenoco, quien opera los trenes en comento.

3.5. CONCLUSIÓN Y DECISIÓN A ADOPTAR

En suma, la Sala concluye que en este caso, Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. -Fenoco S.A.- y sus socios explotadores del carbón, Drummond, Prodeco (GlencoreXstrata) y Vale vulneraron el derecho a la participación de las comunidades demandantes y de las personas habitantes en la zona de influencia del proyecto, por cuanto dichas empresas llevaron a cabo la construcción de una primera vía férrea, que atraviesa los territorios de las accionantes, e inició obras para la segunda vía paralela a esa, sin garantizar espacios de participación, impidiendo que la comunidad afectada tomara parte en la realización del megaproyecto mencionado.

Así, no se tuvo en cuenta que tales comunidades y sus familias, al encontrarse asentadas en dichas zonas, se verían afectadas por las consecuencias del paso de los trenes,

específicamente en su derecho al medio ambiente.

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 6 de agosto de 2014, que negó el amparo solicitado y tutelaré el derecho fundamental a la participación de las Comunidades Negras y Afrocolombianas de Guacamayal[124], SUTO GENDE ASE NGANDE[125] de Guacamayal, de Prado[126] Sevilla, 16 de Julio[127] de Sevilla, Tucurinca[128], jurisdicción del Municipio de Zona Bananera-Magdalena, Santa Rosa de Lima en Fundación[129] y Algarrobo[130] y de la población afectada por el proyecto aquí estudiado.

En su lugar, se ORDENARÁ a la empresa accionada, Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. -Fenoco S.A., que en un plazo máximo de dos (2) meses contados a partir de la notificación de este fallo, realicen las reuniones que sean necesarias para garantizar el derecho a la participación de la comunidad afectada, y en el marco de estos espacios, diseñar en conjunto con tales grupos, las medidas de compensación de los efectos sociales, de seguridad y en el medio ambiente, causados por el paso de los trenes, y discutir necesariamente lo atinente a (i) los horarios del paso de los trenes, (ii) una posible suspensión del transporte de carbón en determinadas horas, (iii) la viabilidad de la instalación de barreras que disminuyan las molestias por el ruido, (iv) los mecanismos de seguridad para el control del desplazamiento de personas de un lado de las vías al otro, entre otras discusiones que interesen a la comunidad perjudicada, para lo cual deberán llevarse a cabo convocatorias públicas.

Tales reuniones serán garantizadas no solo por Fenoco, empresa ejecutora del proyecto, sino por las Alcaldías de la Zona Bananera, de Fundación, de Algarrobo, la Defensoría del Pueblo y la Corporación Autónoma Regional del Magdalena -Corpamag-.

Una vez se cumpla el término mencionado, las entidades deberán allegar un informe detallado al juez de primera instancia, sobre las reuniones realizadas, los temas debatidos y las medidas de compensación, de corrección o reparación que se hayan concertado con las comunidades en comento.

4. DECISIÓN

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

en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 6 de agosto de 2014, que negó el amparo solicitado y, en su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la participación de las Comunidades Negras y Afrocolombianas de Guacamayal, SUTO GENDE ASE NGANDE de Guacamayal, de Prado Sevilla, 16 de Julio de Sevilla, Tucurinca, jurisdicción del Municipio de Zona Bananera-Magdalena, Santa Rosa de Lima en Fundación y Algarrobo.

SEGUNDO.- ORDENAR a la empresa accionada, Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. -Fenoco S.A., que en un plazo máximo de dos (2) meses contados a partir de la notificación de este fallo, realicen las reuniones que sean necesarias para garantizar el derecho a la participación de la comunidad afectada, y en el marco de estos espacios, diseñar en conjunto con tales grupos, las medidas de compensación de los efectos sociales, de seguridad y en el medio ambiente, causados por el paso de los trenes, y discutir necesariamente lo atinente a (i) los horarios del paso de los trenes, (ii) una posible suspensión del transporte de carbón en determinadas horas, (iii) la viabilidad de la instalación de barreras que disminuyan las molestias por el ruido, (iv) los mecanismos de seguridad para el control del desplazamiento de personas de un lado de las vías al otro, entre otras discusiones que interesen a la comunidad perjudicada para lo cual deberán llevarse a cabo convocatorias públicas.

Una vez se cumpla el término mencionado, las entidades deberán allegar un informe detallado al juez de primera instancia, sobre las reuniones realizadas, los temas debatidos y las medidas de compensación, de corrección o reparación que se hayan concertado con las comunidades en comento.

TERCERO.- ENVIAR copia de esta providencia a cada una de las partes, especialmente a las autoridades estatales vinculadas y que se pusieron en conocimiento del caso concreto. De igual forma, PREVENIR a la Defensoría del Pueblo para que realice el seguimiento de las órdenes impartidas en esta sentencia.

CUARTO.- Por Secretaría General líbrese las comunicaciones de que trata el artículo 36 del

Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA T-660/15[131]

DERECHO A LA PARTICIPACION DE COMUNIDADES ETNICAS-La providencia debió ordenar la realización previa de un censo o de algún otro procedimiento para la determinación exacta del grupo poblacional afectado (Aclaración de voto)

La providencia debió ordenar la realización previa de un censo o de algún otro

procedimiento para la determinación exacta del grupo poblacional afectado, cuya participación es requerida a los fines citados. Omite decir quiénes tienen derecho a ser oídos o, de otra forma, quiénes deben ser convocados o a qué personas se refiere la sentencia con «la comunidad afectada». Este era un elemento relevante, pues el cumplimiento del fallo y, por lo tanto, la realización de los derechos fundamentales de quienes se han visto realmente agraviados dependían en gran medida de que los procesos para garantizar su participación tuvieran destinatarios determinados o, al menos, determinables.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Séptima de Revisión de la Corte, me permito aclarar el voto dentro de la Sentencia T-660 de 2015, pues si bien comparto la decisión de ordenar a Fenoco, a las Alcaldías de los municipios de Zona Bananera, Fundación y Algarrobo (Magdalena), a la Defensoría del Pueblo y a la Corporación Autónoma Regional del Magdalena llevar a cabo las reuniones que sean necesarias para garantizar el derecho a participar de la comunidad afectada y diseñar con ella medidas de compensación de los efectos sociales, de seguridad y en el ambiente, ocasionados con el proyecto férreo llevado a cabo por Ferrocarriles del Norte de Colombia S. A., la providencia debió ordenar la realización previa de un censo o de algún otro procedimiento para la determinación exacta del grupo poblacional afectado, cuya participación es requerida a los fines citados.

La providencia indica que por lo menos debe discutirse el horario del paso de los trenes, una posible suspensión del transporte de carbón a determinadas horas, la viabilidad de instalar barreras que disminuyan la precepción del ruido producido en el trazado férreo y formas para controlar el desplazamiento de las personas de un lado de las vías al otro. No obstante, omite decir quiénes tienen derecho a ser oídos o, de otra forma, quiénes deben ser convocados o a qué personas se refiere la sentencia con «la comunidad afectada». Este era un elemento relevante, pues el cumplimiento del fallo y, por lo tanto, la realización de los derechos fundamentales de quienes se han visto realmente agraviados dependían en gran medida de que los procesos para garantizar su participación tuvieran destinatarios determinados o, al menos, determinables.

Fecha ut supra,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

[1] Julio López Granados.

[2] Félix Barrios.

[3] Alfonso Santander Barrios.

[4] Juan Barón Marimón.

[5] Edilsa Moreno.

[6] Arturo Salgado Atencio.

[7] Elsa Barros Sepúlveda.

[8] Julio López Granados.

[9] Félix Barrios.

[10] Alfonso Santander Barrios.

[11] Juan Barón Marimón.

[12] Edilsa Moreno.

[13] Arturo Salgado Atencio.

[14] Elsa Barros Sepúlveda.

[15] Julio López Granados.

[16] Félix Barrios.

[17] Alfonso Santander Barrios.

[18] Juan Barón Marimón.

[19] Edilsa Moreno.

[20] Arturo Salgado Atencio.

[22] Folio 7, Cuaderno de Primera Instancia

[23] Folio 8, Cuaderno de Primera Instancia.

[24] Folio 9, Cuaderno de Primera Instancia.

[25] Folio 10, Cuaderno de Primera Instancia.

[26] Folio 11, Cuaderno de Primera Instancia.

[27] Folios 19-28, Cuaderno de Primera Instancia.

[28] Folio 29, Cuaderno de Primera Instancia.

[29] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

[30] No. 414 del 6 de marzo de 2014, No. 543 del 28 de marzo de 2012 y No. 404 del 13 de marzo de 2012.

[31] Sobre el particular, en la Sentencia C-175 de 2009 se puntualizó que “[e]l carácter participativo del modelo democrático de ejercicio del poder político, encuentra un ámbito de protección reforzada para el caso particular de las decisiones estatales que inciden en los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes ...”, en la medida en que “... la Carta Política reconoce que la Nación colombiana es una entidad compleja, conformada por comunidades diferenciadas, con concepciones disímiles de la vida social y política (...) y (...) acepta que cada una de esas comprensiones es intrínsecamente valiosa, pues concurre activamente en la construcción de dicha nacionalidad (...)”, razón por la cual deben ser protegidas”. Criterio reiterado en la sentencia T-547 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[32] Cfr. Sentencia T-547 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Entre otras, sentencias C-169 de 2001 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-891 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería, C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-154 de 2009 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[33] Ver sentencias SU-383 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-547 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, entre otras.

[34] Ver sentencias SU-039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-880 de 2006 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-769 de 2009 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otros.

[35] En la sentencia C-030 de 2008[25], la Corte Constitucional puntualizó que la afectación directa a la que hace referencia el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, era el criterio esencial para evidenciar la necesidad de una consulta previa, y sobre ello señaló que no se limitaba a identificar que la zona de influencia afectaba la ubicación geográfica, sino que, debía mirarse al mismo tiempo, si las “secuelas recaen de forma particular sobre la comunidad, su nicho y los recursos que le constituyen, dado que los elementos que representan sus cosmovisión son efectivamente y representativamente limitados por las consecuencias que resultan del proyecto.” (resaltado fuera de texto).

[36] Al respecto, ver Sentencia T-294 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

[37] Este modelo de relación con los grupos étnicos representa la concreción de diversos mandatos, principios y valores constitucionales, entre los que cabe destacar: “la concepción de la democracia acogida por el Constituyente, a la vez participativa y pluralista, visión que reivindica la coexistencia de diversas formas de ver el mundo y propicia la activa intervención de todas las culturas para la construcción del Estado (artículos 1º y 2º, CP); el principio de igualdad que, de una parte, se concreta en el carácter general de la ley y la prohibición de discriminación; y, de otra, ordena la adopción de medidas especiales, de carácter favorable, frente a grupos vulnerables o personas en condición de debilidad manifiesta (artículo 13 CP); la diversidad étnica (artículo 7º CP) que prescribe el respeto y conservación de las diferencias culturales como elemento constitutivo de la Nación; el principio de igualdad de culturas (artículo 70 CP) que prohíbe imponer las formas de vida mayoritarias como las únicas válidas o como opciones prevalentes sobre la visión del mundo de los pueblos originarios, y diversos compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Sentencia T-376 de 2012 (MP. María Victoria Calle Correa), citado en Sentencia T- 294 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa

[38] Uno de sus primeros fallos donde se puntualizó este tema fue en la sentencia T-380 de

1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En este caso la Organización Indígena de Antioquia interpuso acción de tutela contra la Corporación Nacional de Desarrollo del Chocó (CODECHOCÓ) y la Compañía de Maderas del Darién, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, al trabajo, a la propiedad, a la integridad étnica, entre otros, debido a la explotación forestal en una zona de reserva sobre la cual se había asentado un resguardo indígena, provocando graves daños a la comunidad. La Corte, una vez probada la omisión de las autoridades en la vigilancia y desarrollo de la explotación maderera, consideró que: “Las externalidades del sistema económico capitalista – o por lo menos de una de sus modalidades -, en cierto modo secuelas de su particular concepción de sometimiento de la naturaleza y de explotación de los recursos naturales, quebrantan esta ecuación de equilibrio en la medida en que desconocen la fragilidad de los ecosistemas y la subsistencia de diferentes grupos étnicos que habitan en el territorio. Consciente de esta situación, el Constituyente no sólo prohijó el criterio de desarrollo económico sostenible, sino que condicionó la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas a que ésta se realice sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas (CP art. 330). La explotación maderera indiscriminada, con o sin autorización estatal, atenta contra el ecosistema, agota los recursos primarios propios de una economía de subsistencia de las comunidades étnicas en las que priman los valores de uso y simbólico sobre el valor de cambio y destruye el estrecho vínculo de los indígenas con la naturaleza”. La Corte ordenó a la autoridad estatal demandada, la restauración de los recursos naturales afectados por el aprovechamiento forestal ilícito e iniciar las acciones judiciales dirigidas a exigir las medidas de reparación necesarias que beneficiaran el resguardo indígena perjudicado.

[39] Al respecto puede verse el Manual de aplicación del Convenio 169 sobre comunidades indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, 2003. Disponible en: http://www.ucm.es/info/IUDC/img/biblioteca/Manual_c169.pdf

[40] Al respecto, ver Sentencia SU- 383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-376 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

[41] Al respecto, ver Sentencia T- 462ª de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[42] “En el caso Saramaka, la Corte interamericana dio ejemplos de la gama de medidas

estatales que requieren consulta previa, cuando ordenó al Estado de Surinam que consultara con el pueblo Saramaka “al menos acerca de los siguientes seis asuntos”: a) el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo sobre el territorio del pueblo Saramaka; b) el proceso de otorgamiento a los miembros del pueblo Saramaka del reconocimiento legal de su capacidad jurídica colectiva, correspondiente a la comunidad que ellos integran; c) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka al territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado; d) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas u otras requeridas para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres; e) en relación con los estudios previos de impacto ambiental y social; y f) en relación con cualquier restricción propuesta a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de los planes de desarrollo o inversión propuestos dentro de, o que afecten, el territorio Saramaka”. Tomado del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales”, párr. 279, citado en la Sentencia T-462A de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[43] Ver Corte IDH. Caso Saramaka contra Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 129.

[44] Ver entre otras sentencia T-1080 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[45] Ver la sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Criterios reiterados posteriormente en las sentencias T-693 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-1080 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-462A de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[46] Al respecto, ver Sentencia T-462A de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[47] Ver sentencia SU-039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell reiterada en la sentencia T-1080 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[48] Ver al respecto la sentencia T-129 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-462A de

2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[49] Ver sentencias SU-039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell y C-175 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[50] Ver sentencia C-461 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-462A de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[51] Ver sentencia C-461 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[52] Ver sentencia T-175 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[53] Ver sentencias SU-039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-652 de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz y T-769 de 2009 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.

[54] Ver entre otras, sentencias C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-175 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, C-702 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, C-366 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, C-331 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[55] Ver entre otras, sentencia C-461 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[56] Ver entre otras, sentencias C-208 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-907 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-801 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-049 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[58] M.P. Rodrigo Escobar Gil. En esta providencia se revisó una demanda contra la Ley General Forestal, debido a que en el proceso legislativo se había omitido el trámite de consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes. La Corte declaró la inexecutable de la Ley con base en las siguientes consideraciones: “En cuanto tiene que ver con el derecho general de participación cabe señalar que el Convenio se orienta a obtener que se garanticen a los pueblos interesados unas oportunidades de participación que sean, al menos, equivalentes a las que están a disposición de otros sectores de la población, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan. De manera específica ese derecho general de participación se manifiesta, en el ámbito de las medidas legislativas que conciernan a los pueblos indígenas, y tribales (...)”.

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

[60] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[61] Cfr. T-129 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[62] M.P. María Victoria Calle Correa.

[64] Ver sentencia C-882 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-693 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[65] Ver sentencia C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[66] Ver sentencia C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Escobar Gil.

[67] Ver sentencias C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Escobar Gil y C-196 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa.

[68] Ver sentencia C-175 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[69] Ver sentencias C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Escobar Gil, C-175 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, C-366 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, C-196 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa y C-317 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa.

[70] Ver sentencias C-169 de 2001 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-702 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y C-490 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[71] Ver sentencias C-208 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-507 de 2010 M.P. Mauricio González Cuervo, T-907 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-871 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[72] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[73] Entre otros artículos de la Constitución Política en los que puede identificarse el derecho a la participación se encuentran; 3° (soberanía popular), 20 (libertad de opinión, prensa e información), 23 (derecho de petición), 37 (derecho de reunión), 38 (derecho de asociación), 49 (participación en los servicios de salud), 74 (libre acceso a los documentos

públicos), 103 (mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de la soberanía), 270 (sistemas de participación ciudadana para la vigilancia de la gestión pública) y 369 (participación de usuarios de servicios públicos). Ver sentencias T-814 de 1999 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-473 de 2003 M.P. Jaime Araujo Renteria, T-127 de 2004 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-348 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[74] El derecho a la participación está concebido desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el artículo 21, en el que se dispone que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes directamente elegidos. A su turno, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en su artículo 25 que todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representante libremente elegidos, a votar y ser elegido en elecciones públicas, y a tener acceso a las funciones públicas[74]. En la Organización de Estados Americanos se encuentran la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual consagra en los artículos 13, 20, 21 y 22, los derechos a ser parte de las decisiones de quienes gobiernan, el derecho a reunirse y asociarse y a presentar peticiones respetuosas. Por su parte, la Carta Democrática en su artículo 6 reconoce la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 23 reconoce varios derechos políticos entre los cuales se encuentra el derecho de todo ciudadano a participar en los asuntos públicos.

[75] La participación en la gestión ambiental. Un reto para el nuevo milenio, Gloria Amparo Rodríguez y Lina Marcela Muñoz Ávila. Colección Textos de Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2009.

[76] El derecho a la participación ciudadana indica la posibilidad que tienen el individuo de hacer parte de la vida social, no sólo como miembro de la comunidad, sino como titular de derechos y deberes que implican un ejercicio consciente y responsable. La ley debe disponer mecanismos de participación en los que cada ciudadano pueda ejercer adecuadamente su participación dentro del medio social. Ver “La Participación en la Gestión Ambiental. Un reto para el nuevo milenio” Rodríguez, Gloria Amparo y Muñoz Ávila, Lina Marcela. Colección de textos de jurisprudencia, Ed. Universidad del Rosario (2009).

[77] “(...) la participación puede darse tanto en el ámbito particular como en el colectivo y que puede concebirse como un proceso social cuyo fin es influir en la toma de decisiones que, de alguna manera, se vinculan a los intereses de los participantes”. Sobre esta definición puede verse el libro “La Participación en la Gestión Ambiental. Un reto para el nuevo milenio” Rodríguez, Gloria Amparo y Muñoz Ávila, Lina Marcela. Colección de textos de jurisprudencia, Ed. Universidad del Rosario (2009). Por su parte la Corte Constitucional en sentencia T-123 de 2009 M.P. Clara Inés Vargas Hernández: “La participación ciudadana en escenarios distintos del electoral alimenta la preocupación y el interés de la ciudadanía por los problemas colectivos; contribuye a la formación de unos ciudadanos capaces de interesarse de manera sostenida en los procesos gubernamentales y, adicionalmente, hace más viable la realización del ideal de que cada ciudadano tenga iguales oportunidades para lograr el desarrollo personal al cual aspira y tiene derecho”. Citado en Sentencia T-348 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[78] Corte Constitucional, sentencia T-129 del 3 de marzo de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

[79] Al respecto, ver Sentencia T- 244 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[80] Ibídem

[81] M.P. Hernando Herrera Vergara.

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

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

[84] Al respecto, ver Sentencia t-135 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[85] Ver “La Participación en la Gestión Ambiental. Un reto para el nuevo milenio” Rodríguez, Gloria Amparo y Muñoz Ávila, Lina Marcela. Colección de textos de jurisprudencia, Ed. Universidad del Rosario (2009).

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

[87] Bajo ese entendido, el derecho al medio ambiente a pesar de ser colectivo, también ha

adquirido el carácter de derecho fundamental desde la sentencia T-092 de 1993, por su relación íntima con los derechos a la vida y a la salud de las personas, toda vez que los daños ambientales afectan al mismo tiempo la calidad de vida de los seres humanos que están permanentemente en contacto con cada uno de sus componentes y que hacen parte del ecosistema. Ver sentencias T-092 de 1993 M.P. Simón Rodríguez Rodríguez C-293 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-851 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

[88] Cfr. Sentencia C-632 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[89] M.P. Fabio Morón Díaz.

[90] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[92] “La participación comunitaria debe ser previa, pues es la mejor forma de armonizar ambas obligaciones estatales, lo cual justifica la existencia de figuras como la licencia ambiental, la cual prevé en su trámite una importante participación de la sociedad civil (...) en aquellos eventos en que la actividad pueda ocasionar un daño considerable o irreversible al medio ambiente o, en tratándose de las comunidades indígenas, a la identidad y existencia de las mismas, la ley y el gobierno deben asegurar un mecanismo previo de participación comunitaria, pues los costos de la decisión pueden ser muy altos en términos económicos, sociales y humanos”. Sentencia C-535 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-348 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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

[94] El decreto 2820 de 2010 en su artículo 1 dispone que las medidas de compensación “son las acciones dirigidas a resarcir y retribuir a las comunidades, las regiones, localidades y al entorno natural por los impactos o efectos negativos generados por un proyecto, obra o actividad, que no puedan ser evitados, corregidos, mitigados o sustituidos”. Las de corrección son “las acciones dirigidas a recuperar, restaurar o reparar las condiciones del medio ambiente afectado por el proyecto, obra o actividad”.

[95] Al respecto, ver Sentencia T-244 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[97] Ver “La Participación en la Gestión Ambiental. Un reto para el nuevo milenio”

Rodríguez, Gloria Amparo y Muñoz Ávila, Lina Marcela. Colección de textos de jurisprudencia, Ed. Universidad del Rosario (2009).

[98] Julio López Granados.

[99] Félix Barrios.

[100] Alfonso Santander Barrios.

[101] Juan Barón Marimón.

[102] Edilsa Moreno.

[103] Arturo Salgado Atencio.

[104] Se han construido 145 kms de la segunda vía férrea en las zonas del Paso, Bosconia, El Copey, Algarrobo, Fundación, Guamachito, Iberia, Río Frío y Ciénaga.

[105] Al respecto, ver sentencia T-693 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[106] Julio López Granados.

[107] Félix Barrios.

[108] Alfonso Santander Barrios.

[109] Juan Barón Marimón.

[110] Edilsa Moreno.

[111] Arturo Salgado Atencio.

[112] Elsa Barros Sepúlveda.

[114] Para la Sala también es importante resaltar los elementos que el profesor Herinaldy Gómez indica deben guiar la verificación de la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia de proyectos de desarrollo: “Puede existir Presencia de comunidades étnicas dentro de un área definida por situaciones muy diversas que deben ser objeto de

identificación y de justa valoración. Dichas situaciones pueden ser: 1. La realización histórica y regular de prácticas colectivas tradicionales de orden económico (agricultura, caza, pesca, recolección), cultural (prácticas sagradas, ceremoniales y ritos especiales) y funcional (acceso o tránsito). 2. La existencia de una propiedad colectiva de tierras o terrenos de la comunidad étnica. 3. La posesión de hecho de tierras o terrenos. No obstante se puede presentar otra serie de situaciones que eventualmente las comunidades étnicas pueden argumentar como presencia efectiva dentro del área de influencia, tales como: (a) Residencia de varias familias y/o personas pertenecientes a una comunidad étnica. (b) Existencia de compromisos institucionales con el Estado tendientes a satisfacer aspiraciones territoriales de una comunidad o pueblo étnico. (c) Área de territorio ancestral, reclamado políticamente. (d) Cercanía relativa al área de influencia por residencia, propiedad, posesión o realización de prácticas tradicionales. (e) Interdependencia sistémica por razones ambientales, sociales o económicas con lugares ubicados dentro del área de influencia.”

[115] M.P. María Victoria Calle Correa

[116] M.P. Rodrigo Escobar Gil. En esta providencia se revisó una demanda contra la Ley General Forestal, debido a que en el proceso legislativo se había omitido el trámite de consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes. La Corte declaró la inexecutable de la Ley con base en las siguientes consideraciones: “En cuanto tiene que ver con el derecho general de participación cabe señalar que el Convenio se orienta a obtener que se garanticen a los pueblos interesados unas oportunidades de participación que sean, al menos, equivalentes a las que están a disposición de otros sectores de la población, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan. De manera específica ese derecho general de participación se manifiesta, en el ámbito de las medidas legislativas que conciernan a los pueblos indígenas, y tribales (...)”.

[117] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[118] La participación en la gestión ambiental. Un reto para el nuevo milenio, Gloria Amparo Rodríguez y Lina Marcela Muñoz Ávila. Colección Textos de Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2009.

[119] La participación en la gestión ambiental. Un reto para el nuevo milenio, Gloria Amparo Rodríguez y Lina Marcela Muñoz Ávila. Colección Textos de Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2009.

[120] La participación en la gestión ambiental. Un reto para el nuevo milenio, Gloria Amparo Rodríguez y Lina Marcela Muñoz Ávila. Colección Textos de Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2009, tomado de Mesa, Claudia y otros. Herramientas para la participación en gestión ambiental, FESCOL/DNP Bogotá, D.C., 2000, P.272,

[121] Al respecto, ver sentencias T-129 del 3 de marzo de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-348 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[122] Ver sentencia T-244 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-348 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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

[124] Julio López Granados.

[125] Félix Barrios.

[126] Alfonso Santander Barrios.

[127] Juan Barón Marimón.

[128] Edilsa Moreno.

[129] Arturo Salgado Atencio.

[130] Elsa Barros Sepúlveda.

[131] M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.