

Sentencia T-693/12

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARACTER PARTICULAR Y CONCRETO-Procedencia excepcional

De manera reiterada la Corte ha indicado, por regla general, la improcedencia de la acción de tutela como mecanismo efectivo para la protección de los derechos fundamentales que podrían verse vulnerados o amenazados como consecuencia de la expedición de un acto administrativo, por cuanto la resolución de dicho asunto corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa. Puesto que existen otros mecanismos judiciales y no judiciales para su defensa, como excepción a esa regla, la acción de tutela deviene en procedente cuando se utiliza como mecanismo transitorio, ante la existencia de un perjuicio irremediable, y solamente en estos casos, el juez de tutela tiene la competencia para suspender el trámite administrativo o la aplicación del acto administrativo (artículos 7 y 8 del Decreto 2591 de 1991), mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Mecanismo transitorio para evitar perjuicio irremediable

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Exige a la administración pública sumisión plena a la Constitución y a la ley en el ejercicio de sus funciones

El ejercicio de la facultad de la Administración para expedir actos administrativos en desarrollo de sus actuaciones, está sometido a parámetros legales de obligatorio cumplimiento. Desde esta perspectiva, la doctrina ha reconocido que toda actuación administrativa, independientemente del nivel de regulación que determine su ejercicio, siempre tendrá un mínimo grado de discrecionalidad para su desarrollo, de tal manera que se asegure su buen funcionamiento y al mismo tiempo, excluya toda posibilidad de arbitrariedad, independientemente del mayor o menor detalle con que el legislador haya fijado los parámetros bajo los cuales debe ejercerse una facultad de la Administración. Aun en los casos en que esa discrecionalidad de la Administración sea mayor, su ejercicio no es ilimitado, como quiera que siempre sus actos deben estar sujetos a la Constitución y a la ley.

Todas las manifestaciones del ejercicio de la función pública administrativa se encuentran cobijadas por el debido proceso, tales como (i) la formación y ejecución de actos administrativos; (ii) las peticiones presentadas por los particulares; y (iii) los procesos que se adelanten contra la administración por los ciudadanos en ejercicio legítimo de su derecho de defensa. El derecho al debido proceso administrativo actúa la garantía a todas las personas de acceder a un proceso justo y adecuado, de tal manera que la afectación o la privación de ciertos bienes jurídicos por parte del Estado, no pueda hacerse con detrimento de sus derechos fundamentales. Así, ha indicado esta Corporación: si bien la preservación de los intereses de la administración y el cumplimiento de los fines propios de la actuación estatal son imperativo de todos los procedimientos que se surtan a este nivel, en cada caso concreto debe llevarse a cabo una ponderación que armonice estas prerrogativas con los derechos fundamentales de los asociados.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Distinción entre garantías previas y garantías posteriores

La jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre las garantías previas y posteriores que implica el derecho al debido proceso en materia administrativa. Las garantías mínimas previas se relacionan con aquellas garantías mínimas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras. De otro lado, las garantías mínimas posteriores se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES NEGRAS-Protección constitucional

COMUNIDADES NEGRAS-Protección constitucional e internacional

CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-Estado se compromete a garantizar derechos de comunidades afrocolombianas

En el ámbito internacional también se avanzó en el reconocimiento de los grupos étnicos

como colectividades cuyos derechos debían ser garantizados por los Estados, en especial a partir de la adopción del Convenio 169 de la OIT, en cuyas disposiciones se reivindica con claridad el derecho de las comunidades afrocolombianas a ser tenidas como “pueblos”, atendiendo las condiciones sociales, culturales y económicas y a sus prácticas y tradiciones que las distinguen de otras colectividades. Este convenio regula aspectos sociales, culturales y económicos de grupos que “estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”, aun cuando tales grupos no provengan de “poblaciones que habitaban en el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales”. Dentro de los compromisos que surgen del Convenio 169 de la OIT para los Estados Partes, se encuentra que éstos están obligados a respetar la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y de los pueblos tribales, y a contribuir realmente con la conservación del valor espiritual que para todos los grupos étnicos comporta su relación con la tierra y su territorio, entendido este como “lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera”.

CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-Consulta previa a pueblos indígenas

CONSULTA PREVIA Y CONSENTIMIENTO LIBRE E INFORMADO DE LAS COMUNIDADES ETNICAS-Requisitos o reglas jurisprudenciales

LICENCIA AMBIENTAL-Finalidad/RECURSOS NATURALES-Protección a través de la figura de licencia ambiental/LICENCIA AMBIENTAL-Requisitos para su expedición

Las licencias ambientales son permisos que otorga una autoridad competente, para ejecutar una obra o actividad que pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente, o modificar de manera notoria o considerable el paisaje. Estas licencias se conceden previa solicitud del interesado, quien presentará con ella un estudio de impacto ambiental. Una vez presentada la solicitud, la autoridad que otorga la licencia puede solicitar al interesado información adicional. Aportada la información, si es del caso, esta autoridad podrá solicitar conceptos a otras entidades o a particulares. Recibido el concepto, la autoridad debe pronunciarse sobre la licencia dentro de un plazo determinado. Al hacerlo, puede negar la licencia, otorgarla, o condicionarla al cumplimiento de una serie de requisitos

para evitar, minimizar, restablecer o compensar los daños causados por la respectiva obra o actividad.

EXPEDICION DE LICENCIAS AMBIENTALES Y DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES NEGRAS-Caso en que después de otorgar licencia ambiental se solicita actualización de información por cuanto en la zona hay presencia física de comunidad afrodescendiente

En el asunto bajo revisión, las certificaciones requeridas para la licencia ambiental fueron expedidas en los años 2007 y 2008 por el Ministerio del Interior afirmando que no se registraba la presencia de comunidades negras en la zona. No obstante, el informe del sociólogo que visitó la zona a principios del año 2009, evidencia que tales comunidades sí estaban presentes en la zona de influencia del proyecto muchos años antes de que éste fuera anunciado, de manera muy similar a otras comunidades negras reconocidas legalmente en otras zonas, esto es, con prácticas etnoculturales propias de comunidades negras, con auto reconocimiento como comunidad negra a pesar de la existencia de un alto mestizaje, de la aceptación “utilitarista” de la figura de la junta directiva del consejo comunitario como autoridad propia y del retraso en la constitución formal como consejo comunitario. Y tan presentes estaban que fueron registradas como consejos comunitarios en el año 2009. En esa medida, el cumplimiento formal alegado por la empresa no puede ser empleado para exonerarla de sus obligaciones frente a las comunidades negras, como quiera que el mismo Decreto 1320 de 1998 prevé la obligación de vincular a las comunidades negras que se encuentren en la zona de influencia del proyecto para la realización del estudio de impacto ambiental, cuando no se cuenta con las certificaciones exigidas.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES NEGRAS-Orden a Unión Temporal vincular a comunidades negras en proyecto vial

Referencia: expediente T-3402632

Acción de tutela interpuesta por la Unión Temporal de Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca contra el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil doce (2012)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Adriana Guillén Arango, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de las decisiones dictadas el 6 de octubre de 2011 y el 19 de enero de 2012, por la Sección Primera del Tribunal Administrativa de Cundinamarca y la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, respectivamente, dentro de la acción de tutela promovida por la Unión Temporal de Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca contra el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible.

El expediente de la referencia fue seleccionado mediante auto del 10 de mayo de 2012, por la Sala de Selección Número Cinco, y repartido a la Sala Primera de Revisión.

I. ANTECEDENTES

La Unión Temporal de Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca interpuso acción de tutela contra el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, por considerar que dicha entidad había vulnerado su derecho al debido proceso administrativo al exigirle para la expedición de la licencia ambiental requerida, la actualización de las certificaciones sobre presencia de comunidades indígenas o negras en el área de desarrollo del contrato de obra pública, sin que así lo prevea la ley. La solicitud de tutela se apoya en los siguientes:

1. Hechos

1. La Unión Temporal de Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca celebró el 9 de agosto de 2006 el Contrato Número 13, adicional al “Contrato Principal 005 de 1999 - construcción de la segunda calzada del tramo Mediacanoa-Loboguerrero”, para el diseño y construcción del Tramo 07.

1. El 22 de agosto de 2006, la Unión Temporal de Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca inició la elaboración de los diseños de la segunda calzada y simultáneamente se iniciaron los estudios ambientales a fin de obtener la respectiva licencia ambiental de conformidad con lo que establece la Ley 99 de 1993, para lo cual solicitó al Ministerio del Interior y de Justicia certificaciones sobre la presencia de comunidades indígenas y negras en el área del proyecto, que para ese momento el Tramo 07 era un único sector de 54 kilómetros, que por cuestiones de diseño y manejo de medio ambiente, fue dividido en 3 sectores.¹

1. El 11 de enero de 2007, mediante oficio OFI-506-DET-1000, el Ministerio del Interior certificó que “de acuerdo con visita de verificación realizada por un funcionario de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y Justicia, durante el día 23 de noviembre de 2006, al área del proyecto “Construcción de la Segunda Calzada del tramo Mediacanoa-Loboguerrero” no se registra presencia de comunidades indígenas ni negras en el área del proyecto de la referencia.”²

1. Dado que el concesionario dividió el Tramo 07 en tres sectores, el Ministerio del Medioambiente creó mediante Auto 2504 del 13 de agosto de 2008, tres expedientes distintos, uno para cada sector, y abrió el expediente 4215 para el sector 1 y por ello solicitó una nueva certificación de presencia de comunidades indígenas o negras para cada sector.³

1. El 20 de noviembre de 2011, el UNAT certifica que “las áreas de interés correspondiente a las coordenadas descritas en el oficio de referencia, que corresponde al proyecto vial

“construcción de la segunda calzada Loboguerrero – Mediacanoa Sector 1”, localizado en los municipios de Dagua y Restrepo, en el Departamento del Valle del Cauca, no se cruza o traslapa con territorio legalmente titulado a Comunidades Indígenas o Afrocolombianas”.⁴

1. El 29 de diciembre de 2008, basándose en los cuestionamientos que existían sobre el sector 1, el Ministerio del Interior respondió mediante OFI-08-40228-DCN-1500, que debía adelantar un estudio etnológico a unas poblaciones que se habían organizado e inscrito en el municipio de Dagua, un consejo comunitario de comunidades negras, para lo cual era necesario adecuar un proceso metodológico que pueda ser aplicado en el levantamiento de la información necesaria para establecer la presencia de comunidades negras en el área del proyecto.

1. El 22 de abril de 2009, mediante oficio OFI09-11892-GCP-0201, el Ministerio del Interior, a través de la Coordinadora del Grupo de Consulta previa certificó que no se registraba la presencia de comunidades negras en el área de influencia del sector 1 del Tramo 07, a pesar de que el informe del experto que visitó la zona, se señala que existen comunidades negras en la zona que cumplen los requisitos legales para constituirse como consejos comunitarios.⁵ En el informe del experto se lee lo siguiente:

1.

“3. Hallazgos. (...)

* Los registros de los consejos comunitarios como tales por parte de la alcaldía municipal se hicieron con posterioridad a la noticia de la ejecución del proyecto y en la descripción del proceso étnico-organizativo que refieren los líderes y representantes legales y regionales claramente se reconoce que esta coyuntura operó como un factor que estimuló y aceleró la reivindicación y el proceso propiamente dicho, por el tratamiento diferencial que comporta la

obligación de realizar consulta previa en caso de ser reconocidos como comunidades negras. Es decir porque impondría un esquema de negociación con las compensaciones más amplio y de mayor impacto para las familias y para las mismas veredas y corregimientos.

* El autoreconocimiento como comunidad negra manifestado a viva voz por los cuatro grupos más parece movido por las expectativas de tratamiento especial por parte de los ejecutores del proyecto, que por una dinámica sistémica o endógena de concientización, recuperación y asimilación étnica. Prueba de ello fueron algunas manifestaciones populares de varias personas que preguntaban si a partir de ahora debían asumir el consejo comunitario como única instancia que los representa, en un tono preocupante de novedad, o por el lugar que ocuparían los no negros dentro de la estructura del consejo comunitario, o por el futuro de las juntas de acción comunal. La sensación al final es que la figura del Consejo Comunitario tiene un débil basamento social y que para muchos es una instancia exótica.

* Desde el punto de vista jurídico-formal, el municipio de Dagua y su población reúne las condiciones necesarias para la constitución de Consejos Comunitarios:

* Está localizado en la cuenca del Pacífico colombiano

* Al parecer las tierras son baldías y a favor de ello está que la mayor parte de las familias no tiene títulos individuales de propiedad privada sino documentos de compraventa. Así lo confirmaron todos los testimonios, incluyendo los de funcionarios de la administración municipal. De ser así eventualmente aplicaría la previsión que hace la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 2005, en el sentido que tales espacios estarían reservados para las comunidades negras, siempre y cuando se logre demostrar que en lo que corresponde a los cuatro casos estudiados efectivamente son comunidades negras. La interpretación que tienen los líderes y representantes es que por el hecho de estar en área de Ley 70 tales tierras no pueden tener un destino distinto que su titulación a comunidades negras y que mientras tanto cualquier aspiración distinta para acceder a la tierra carece de fundamento o está en contra de la ley. Luego la alternativa es adoptar la figura de consejo comunitario y reclamarse como miembros de una comunidad negra.

* Una porción importante de sus habitantes (40% aprox.) se autoreconocen como negros en el censo de 2005, al punto que viene a ser el cuarto municipio del Valle del Cauca con mayor población afro.

* Los habitantes rurales viven de prácticas tradicionales de producción, o sea de la agricultura a baja escala, la extracción de madera, la pesca, la minería y de las oportunidades comerciales que ofrece la vía.

* Desde el punto de vista de la composición étnica y cultural de otros consejos comunitarios constituidos en el vecino municipio de Buenaventura y que incluso ya fueron consultados por tener titulación colectiva o tener un registro previo al anuncio del proyecto, la situación no difiere radicalmente respecto a los cuatro casos verificados. Es el caso del Consejo Comunitario de Cisneros que a simple vista tiene una importante proporción de personas que no son de raza negra, además de que su patrón de asentamiento especial y económico guarda una misma línea de continuidad con los cuatro consejos comunitarios verificados. La diferencia más relevante es cronológica debido a que su constitución fue posterior a la fecha de anuncio del proyecto como ya dijimos. Al respecto conviene preguntarse por el derecho a la igualdad, a sabiendas que el disfrute de los derechos fundamentales de las comunidades negras es indiferente a su situación jurídica o régimen de propiedad.

* El rezago que muestran los cuatro casos verificados respecto a los procesos de comunidades negras agenciadas en el vecino municipio de Buenaventura, es de por lo menos 10 años, pese a que desde ese entonces algunos líderes y docentes negros de Dagua de manera relativamente aislada se habían vinculado sin encontrar las condiciones necesarias para promover el discurso étnico en el municipio. Visto el proceso étnico regional, Dagua se configuró como una especie de muro de contención al movimiento negro, hasta que básicamente se configuraron dos eventos que progresivamente lo han venido venciendo:

* El otorgamiento de plazas educativas para comunidades negras en el año [sic] y las respuestas de algunos docentes, orientadas a demostrar que efectivamente existía población negra en sus áreas de trabajo con el propósito de justificar su asignación, conservando de paso sus puestos de trabajo.

* El anuncio del proyecto en el año 2006, con las reacciones y expectativas ya descritas.

* Bajo la coyuntura y la expectativa del proyecto, la figura del consejo comunitario ha sido públicamente promovida como la única instancia a través de la cual es posible obtener unas compensaciones y una gestión social cualitativa y cuantitativamente superiores por parte del proyecto, respecto a las que se obtendrían si la negociación fuera predio a predio y familia a

familia.

* De hecho, bajo la figura de Consejo Comunitario entrarían familias, veredas y corregimientos localizados por fuera del área directa de influencia del proyecto. Solo si se estableciera que hacen parte de una unidad colectiva llamada comunidad negra podrían entrar en el proceso de concertación y negociación de las compensaciones; lo cual ha actuado como un factor que estimula la adopción social de dicha figura reservada para las negritudes.

* Finalmente en la actual reclamación de los cuatro casos verificados se percibe el cruce de dos tipos de fenómenos: por un lado, un proceso relativamente nuevo e incipiente de reivindicación y organización étnica liderado por personas vinculadas al fenómeno regional; y, por el otro, una expectativa social acrecentada en torno al proyecto de la doble calzada. Bajo estas circunstancias la figura del consejo comunitario ha sido políticamente promovida como una alternativa secular de agregación de intereses coyunturales, otorgando de momento dos réditos igualmente políticos: un reposicionamiento y empoderamiento de lo negro en el municipio al punto de convertirse en un factor movilizador, y la adhesión de importantes sectores rurales y pobres a lo étnico para obtener ventajas que de otro modo no obtendrían. A todo esto habría que agregarle la crisis fiscal del municipio que le impide hacer inversión social, reforzando la fórmula virtuosa a favor de lo negro como opción política. Es perfectamente posible que una vez pasado el boom del proyecto el proceso de negritudes vuelva a sus justas proporciones y que los sectores que se han sentido convocados por razones instrumentales se replieguen a sus propias búsquedas.

* Veámoslo de esta manera: un municipio en crisis que profundiza un déficit de desarrollo, un macroproyecto de alto impacto obligado a hacer gestión social y a compensar a los sectores sociales que afecte, un proceso rezagado de negritudes que bajo estas circunstancias se ofrece como alternativa para imponer un esquema de negociación que beneficie a amplios sectores y de paso palie el déficit de desarrollo ya mencionado, el resultado es una reclamación étnica masificada y hasta cierto punto frágil, pues de proceder a la consulta no hay garantías previas de que los vínculos se conserven y no degeneren en conflictos sociales. A nuestro juicio el riesgo de esto último es alto.

* Lo cierto es que el nivel de desdibujamiento de la organización étnica es tan alto que no es

posible observar de forma clara e inequívoca la existencia de comunidades negras.”
(Resaltado agregado al texto)

1. El 27 de octubre de 2009, una vez terminados los diseños del sector 1, mediante Radicado 4120-EI-128454, la empresa accionante le solicitó al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible actualizar los términos de referencia, para lo cual entregó la certificación expedida por la UNAT (hoy INCODER) 20082110990 del 20 de noviembre de 2008,6 además de las copias de las tres certificaciones expedidas por el Ministerio del Interior para el sector 1 para tramitar la licencia ambiental y la sustracción del sector 1 del Tramo 07, a saber:

* La primera, el OFI07-506-DET-1000 del 11 de enero de 2007 que certifica la no presencia de comunidades ni indígenas ni negras en todo el tramo 07 que iba desde el kilómetro 64 Loboguerrero al kilómetro 111 Mediacanoa.

* La segunda, el OFI08-22724-DET-1000 del 04 de agosto de 2008 que certifica la no presencia de comunidades indígenas en el sector 1 del tramo 07 que va desde el kilómetro 64 en Loboguerrero al kilómetro 81.

* La tercera, el OFI09-11894-GCP-0201 del 22 de abril de 2009 que certifica la no presencia de comunidades negras en el sector 1 del tramo 07 que va desde el kilómetro 64 en Loboguerrero al kilómetro 81.

1. El 30 de septiembre de 2010, mediante radicado 4120-EI-125494, la empresa accionante solicita la licencia ambiental y la sustracción de la reserva forestal del pacífico del sector 1 del Tramo 07 de la malla vial del Valle del Cauca y Cauca (desde el kilómetro 63+300 hasta el 81+00).

1. Mediante radicado 4120-EI-3936, del 18 de enero de 2011, la demandante solicitó al

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible proceder a dar inicio del trámite de licencia ambiental previsto en el artículo 25 del Decreto 2820 de 2010, dado que para ese momento ya se habían vencido los tres meses desde la fecha de radicación del estudio de impacto ambiental para el sector 1, de conformidad con los artículos 21 y 24 del citado decreto.

1. El 7 de febrero de 2011, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, mediante oficio radicado No. 2400-E2-3936,7 puso en conocimiento de la empresa que de manera reiterada los Consejos Comunitarios de la comunidad negra de las veredas Trapiche, Carrizales, El Naranjo, La Guinea Alta y Baja, La Puerta, La Victoria y corregimiento de Zabaletas, Loboguerrero, Zelandia y Juntas solicitaban ser objeto de consulta previa a través de las siguientes comunicaciones:

* Representante a la Cámara, doctora María Isabel Urrutia, radicado 4120-E1-68204 de 17 de junio de 2009 (LAM 4215)

* Representante legal, Doctor Julio Cesar González, Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de la Cuenca Baja del Río Calima, radicado 4120-E1-19720 del 24 de febrero de 2009 (LAM4215)

* Consejos comunitarios comunidades negras desde Zabaletas hasta Juntas, radicado 4120-E1-14245 de 24 de noviembre de 2009 (LAM4215)

* Defensor delegado para indígenas y minorías étnicas, Horacio Guerrero García, radicado 4120-E1-146003 de 01 de diciembre de 2009 (LAM4215)

Respecto de los aspectos enunciados este Ministerio considera:

1. En lo que atañe a la certificación expedida por el Ministerio del Interior y de Justicia, le informamos que en el archivo documental de esta Dirección se encontró que el Grupo de Asuntos para Comunidades Negras Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, de este Ministerio mediante oficio OFI10-33455-DCN-0230 de 17 de septiembre de 2010 (expediente 4519), manifestó:

“(…) En atención al oficio recibido el 12 de agosto de los corrientes, donde nos solicita “concepto sobre los efectos de las resoluciones 0314 y 0315 de 28 de abril de 2010, expedidas por este Ministerio, relacionados con la participación de los consejos comunitarios de Loboguerrero, El Naranjo y Juntas, en el marco del seguimiento y control a la licencia ambiental para el proyecto doble calzada entre Loboguerrero y Cisneros, otorgada mediante resolución 159 de 28 de enero de 2010,” nos permitimos informarle que los actos administrativos en comento corresponden al ingreso al registro único de organizaciones de las comunidades negras afrocolombianas, raizales y palenqueras y consejos comunitarios, acorde al Decreto 3770 de 2008 Capítulo III.

Con el registro se pretende dar publicidad de la presencia de comunidades negras, organizadas conforme a la Ley 70 de 1993 en una parte determinada del territorio nacional y además porque el artículo 21 del Decreto 3770 de 2008 les concede a estas organizaciones y consejos comunitarios, entre otras, la calidad de “instancia de representación de las comunidades a ellos pertenecientes (…)

De acuerdo con este oficio, el Ministerio del Interior reconoce la presencia del Consejo Comunitario de Loboguerrero con las resoluciones 0314 y 0315 de 28 de abril de 2010, esto es, con posterioridad a la certificación expedida por el Ministerio del Interior y de Justicia, OFI09-1-11892-GCP-0201 de fecha de 22 de abril de 2009 para el proyecto “Construcción Doble Calzada Buga-Buenaventura. Sector 1, Tramo 7, kilómetro 64 a 81,” por lo cual se hace necesario actualizar dicha certificación.

1. En cuanto a la certificación del INCODER se considera que su fecha de expedición, 20 de noviembre de 2008, requiere una actualización ya que según lo ha consignado el estudio de impacto ambiental, las comunidades refieren haber iniciado el trámite ante el INCODER.

(…)

En el evento que las certificaciones actualizadas, registren la presencia de comunidades negras y/o indígenas, deberá elaborarse el estudio de impacto ambiental dando cumplimiento a los requisitos establecidos en la Ley 70 de 1993, el Decreto 1320 de julio 13 de 1998, la información requerida en los términos de referencia y en general a la normatividad vigente, en el sentido que el EIA debe ser elaborado con la participación de las comunidades étnicas del área de influencia directa del proyecto y adelantarse el proceso de

consulta previa".8

1. La Unión Temporal de Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, mediante escrito radicado No. 21832 del 22 de febrero de 2011, dio respuesta al Ministerio del Ambiente y Desarrollo Sostenible, señalando que solo luego de la entrega del peaje por parte del INVIAS al INCO en el año 2010, se estableció la necesidad de incluir los 700 metros adicionales del proyecto no mencionados en las certificaciones ni en el estudio presentados, e indicó que dicho estudio se realizaría posteriormente. La empresa demandante agregó que no era posible exigirle una actualización de las certificaciones solicitadas, como quiera que dicho trámite no estaba previsto en la ley.

1. El 24 de marzo de 2011, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, mediante escrito 2400-2-21832, decidió que, con base en el oficio del Ministerio del Interior OFI10-33455-DCN-0230, remitido para el proyecto de construcción de la doble calzada Loboguerrero - Cisneros, en la misma zona de influencia del proyecto de la empresa demandante, existía presencia de comunidades negras, por lo que debía realizarse una consulta previa.

1. El 29 de abril de 2011, la tutelante solicitó al Grupo de Comunidades Negras del Ministerio del Interior que aclarara si el hecho de que se hubiera registrado mediante las resoluciones 0314 y 0315 de 28 de abril de 2010 el Consejo Comunitario de Loboguerrero, dejaba sin efecto las certificaciones expedidas previamente para la construcción de la doble calzada Buga - Buenaventura Sector 1, Tramo 07, kilómetro 64 a 81, y en consecuencia es necesaria su actualización.

1. El 24 de junio de 2011, mediante oficio 2400-E2-78901, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible estableció que hasta tanto no se resolviera el tema de la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto, no era posible continuar con la

evaluación de los trámites de sustracción de reserva y licencia ambiental.

1. Mediante oficio OFI-11-25034-DCN-230 del 13 de junio de 2011, la Directora de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior explicó que las resoluciones 0314 y 0315 de 28 de abril de 2010 corresponden al ingreso al Registro Único de Consejos Comunitarios de dicha dirección, y señaló que la competencia para certificar la presencia de grupos étnicos dentro de un territorio es exclusiva del Grupo de Consulta Previa, por lo que esa dirección no podía dejar sin efecto las certificaciones expedidas por este grupo previamente para la construcción de la doble calzada Buga - Buenaventura Sector 1, Tramo 07, kilómetro 64 a 81.

1. La empresa tutelante rehízo el estudio de impacto ambiental para cobijar los 700 metros faltantes en el estudio anterior y mediante oficio 4120-E1-80883 del 30 de junio de 2011 presentó la documentación y los nuevos oficios enviados por el INCODER donde se estableció que en el área de influencia del proyecto había 32 predios son baldíos no adjudicables, por lo cual solicitaron la continuación del trámite de sustracción de reserva y licencia ambiental, en el entendido de que la respuesta de la Directora de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, permitía concluir que las certificaciones expedidas por el Ministerio del Interior continuaban vigentes.

1. Mediante oficio del 18 de julio de 2011, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, respondió al derecho de petición presentado por la empresa accionante, mediante oficio 2400-2-80883,9 en relación con la solicitud de continuación de trámite de la expedición de la licencia ambiental, aprovechamiento forestal, ocupación de cauces, y sustracción de reserva, en los siguientes términos:

1.

“Petición 1. Adelantar el trámite de licencia ambiental

Respecto a esta petición, es necesario señalar que los soportes aportados en ningún momento dan cumplimiento a lo solicitado mediante comunicación 2400-E2-3936 y 2400-E2-21832 de 7 de febrero y 24 de marzo de 2011, relacionado con la entrega de las certificaciones actualizadas del Ministerio del Interior y de Justicia y del Instituto Colombiano de Reforma Agraria- INCODER.

En relación con la primera, si bien se allega la comunicación OFI11-1-25034-DNC-0230 de fecha 13 de junio de 2011, en la que el Grupo de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior y de Justicia aclara que de acuerdo con el marco normativo, no está dentro de sus competencias dejar sin efecto (sic) OFI09-1-11892-GCP-0201 de fecha 22 de abril de 2009, emitido por el Grupo de Consulta Previa, también es cierto que dicha aclaración en ningún momento constituye un soporte de actualización sobre la presencia de minorías étnicas en el área del proyecto, es decir, no conceptúa sobre la existencia o no de dichas comunidades en la actualidad.

En relación con la certificación expedida por el INCODER, el comunicado de la referencia indica que se han realizado avances en la gestión con dicha entidad, sin embargo, explícitamente señala que no se ha finalizado y no se allega soporte documental que permita actualizar la certificación entregada mediante radicado 4120-E1-128454 de 27 de octubre de 2009, oficio INCODER 20082110990 de fecha 20 de noviembre de 2008, la cual fue expedida el 20 de noviembre de 2008. Así mismo, es necesario señalar que la certificación sobre estos territorios deberá corresponder al área de influencia definida en el documento del estudio de impacto ambiental por la Unión Temporal en tal sentido se deberá verificar si corresponde exclusivamente a unidades prediales.

Por lo anteriormente descrito no es posible dar respuesta a su solicitud, y le reitero que este Ministerio no podrá continuar con el trámite de licencia ambiental, hasta tanto se aclare la situación relacionada con los procesos de participación de la minorías étnicas y se dé cumplimiento a los requisitos procedimentales establecidos en la Ley 70 de 1993, el Decreto 1320 de julio 13 de 1998, la información requerida en los términos de referencia y la legislación vigente, tal como se indicó en las comunicaciones 2400-E2-3936 y 2400-E2-21832 de 7 de febrero y 24 de marzo de 2011.

Peticiones 2, 3 y 4 Solicitud de otorgamiento de permisos de aprovechamiento forestal y

ocupación de cauces.

Sobre estas solicitudes vale la pena indicar lo dispuesto en el Decreto 2820 de agosto de 2010, en cuanto a los permisos para uso y/o aprovechamiento de recursos:

Artículo 3°. Concepto y alcance de la licencia ambiental. La Licencia Ambiental, es la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de un proyecto, obra o actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje; la cual sujeta al beneficiario de ésta, al cumplimiento de los requisitos, términos, condiciones y obligaciones que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad autorizada.

La Licencia Ambiental llevará implícitos todos los permisos, autorizaciones y/o concesiones para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables, que sean necesarios por el tiempo de vida útil del proyecto, obra o actividad. El uso aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables, deberán ser claramente identificados en el respectivo Estudio de Impacto Ambiental. La Licencia Ambiental deberá obtenerse previamente a la iniciación del proyecto, obra o actividad. Ningún proyecto, obra o actividad requerirá más de una Licencia Ambiental.

Parágrafo. Las Corporaciones Autónomas Regionales y demás autoridades ambientales no podrán otorgar permisos, concesiones o autorizaciones ambientales, cuando éstos formen parte de un proyecto cuya licencia ambiental sea de competencia privativa del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Así las cosas, teniendo en cuenta que este Ministerio no puede pronunciarse respecto de la solicitud de licencia ambiental no es posible pronunciarse de manera independiente respecto de la solicitud de los permisos de aprovechamiento forestal y ocupación de cauces señalados en el radicado de la referencia.

Petición 5. Levantamiento de la veda

En relación con su solicitud de levantamiento de veda le informo que esta Dirección le ha

dado traslado a la Dirección de Ecosistemas de este Ministerio, por ser de su competencia, quien le estará comunicando el estado del trámite en los próximos días. Así mismo, es necesario precisar que dicho trámite está relacionado con el proyecto y está sujeto a las condiciones relacionada con la identificación de las comunidades étnicas.”

1. La empresa accionante solicitó la protección de su derecho al debido proceso y que se ordenara al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible continuar con el trámite de expedición de la licencia ambiental y sustracción de la reserva forestal del pacífico por no existir requisitos adicionales previstos en la ley, tal como el de la actualización de certificaciones sobre presencia de comunidades étnicas previamente expedidas. Esta solicitud la hizo mediante la interposición de una acción de cumplimiento, pero fue tramitada como acción de tutela de conformidad con lo que ordena la Ley 393 de 1997.

1. Sentencias objeto de revisión.

1. Primera Instancia

La Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante providencia del 28 de septiembre de 2011, ordenó darle el trámite de acción de tutela a la demanda impetrada en ejercicio de la acción de cumplimiento, de conformidad con lo ordenado en el artículo 9 de la Ley 393 de 1997.¹⁰

Mediante providencia del 6 de octubre de 2011, negó la acción de tutela por considerar que no se vulneraba con la actuación el debido proceso administrativo. Señaló el Tribunal que “contrario a lo manifestado por el actor debe precisarse que el Ministerio del Ambiente y Desarrollo Territorial para continuar con el trámite de licencia ambiental y sustracción de reserva forestal le ha indicado a la sociedad actora la necesidad de determinar si existe o no presencia de comunidades indígenas o negras en el área donde se desea realizar el proyecto, información que no ha sido allegada por la Unión Temporal, pese a tener conocimiento de tal solicitud”.¹¹

1. Segunda Instancia

La Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B – del Consejo de Estado, mediante providencia del 19 de enero de 2012, revocó el fallo de primera instancia y concedió el amparo solicitado y ordenó al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial continuar con el estudio de la expedición de licencia ambiental presentado por la Unión Temporal de Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca.

Según el Consejo de Estado las exigencias hechas por el Ministerio accionado en relación con la actualización de las certificaciones desbordaba los requisitos establecidos en la ley y le imponían al administrado una carga que no podía cumplir, debido a que la autoridad ambiental con el apoyo del Grupo de Consulta Previa, la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior eran las encargadas de aclarar la presencia de grupos étnicos en la zona donde se debía realizar el proyecto vial.¹²

I. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. Planteamiento del problema jurídico.

Corresponde a la Sala Primera de Revisión resolver el siguiente problema jurídico:

¿Viola el derecho al debido proceso administrativo de una sociedad (la Unión Temporal de Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca) que celebró en el año 2006 un contrato adicional para la construcción de la segunda calzada del tramo Mediacanoa-Loboguerrero (Tramo 07), que en los años 2007 y 2008, luego de haber obtenido del Ministerio del Interior para cada uno de los tres sectores del proyecto las certificaciones sobre la no presencia de comunidades negras en el área de influencia del proyecto vial y presentar en el año 2011 una solicitud para la obtención de la licencia ambiental para el Sector 1 del Tramo 07, el Ministerio del Ambiente, la Vivienda y el Desarrollo Territorial le exija la actualización de dichas certificaciones, debido a que desde el año 2009, de manera reiterada varios consejos comunitarios en el área de influencia del proyecto vial, habían solicitado ser objeto de consulta previa, luego de haber sido inscritos en el 2009 como tales por la alcaldía del municipio de Dagua, a pesar de que el Decreto 1320 de 1998 no exige para la construcción de tales proyectos una actualización de dichas certificaciones?

Con el fin de resolver el anterior problema jurídico, la Corte recordará brevemente la jurisprudencia constitucional sobre debido proceso administrativo, sobre la protección de los derechos de las comunidades negras, en particular, el derecho a la consulta previa, así como las reglas en materia de expedición de licencias ambientales, con el fin de determinar si en el caso bajo estudio se vulneró el derecho al debido proceso. Pero antes de ello, determinará la procedencia de la acción de tutela en casos como el presente.

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Carta Política como un mecanismo de protección directa, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos establecidos en la Ley.

En virtud del carácter subsidiario y residual de la tutela, la misma sólo procede (i) cuando no existe ninguna otra acción judicial por la que se pueda resolver un conflicto relacionado con la vulneración de un derecho fundamental; (ii) cuando existiendo otras acciones, éstas no resultan eficaces o idóneas para la protección de tales derechos; y (iii) cuando a pesar de existir acciones ordinarias, resulta imprescindible la intervención del juez de tutela para evitar que ocurra un perjuicio irremediable.¹³

En consonancia con lo anterior, de manera reiterada la Corte ha indicado, por regla general, la improcedencia de la acción de tutela como mecanismo efectivo para la protección de los derechos fundamentales que podrían verse vulnerados o amenazados como consecuencia de la expedición de un acto administrativo, por cuanto la resolución de dicho asunto corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa.

Puesto que existen otros mecanismos judiciales y no judiciales para su defensa, como excepción a esa regla, la acción de tutela deviene en procedente cuando se utiliza como mecanismo transitorio, ante la existencia de un perjuicio irremediable, y solamente en estos casos, el juez de tutela tiene la competencia para suspender el trámite administrativo o la aplicación del acto administrativo (artículos 7 y 8 del Decreto 2591 de 1991), mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Al respecto, el juez constitucional ha estimado que deben concurrir unas condiciones especiales que harían procedente el amparo transitorio, como son (i) que se produzca de manera cierta y evidente una amenaza sobre un derecho fundamental; (ii) que de ocurrir no exista forma de reparar el daño producido al mismo; (iii) que su ocurrencia sea inminente; (iv) que resulte urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (v) que la gravedad de los hechos, sea de tal magnitud que haga evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.¹⁴

En el caso bajo estudio, si bien la accionante interpuso inicialmente una acción de cumplimiento, de conformidad con lo ordenado en el artículo 9 de la Ley 393 de 1997, el juez le dio el trámite correspondiente a una acción de tutela puesto que estaba en juego el derecho fundamental al debido proceso administrativo.

Si bien, en principio para la protección del debido proceso administrativo, las acciones judiciales ante lo contencioso administrativo pueden resultar idóneas para resolver un asunto surgido durante la ejecución de un contrato de obra pública, en el caso concreto también está en juego el derecho a la consulta previa de las comunidades negras. En esa medida, postergar la resolución de este asunto no sólo afecta los intereses de la entidad accionante, sino que puede implicar un déficit de protección a comunidades protegidas especialmente por la Carta, en cuanto a su derecho a la consulta previa.

En esa medida la tutela resulta el mecanismo judicial idóneo para la resolución del presente conflicto.

1. Debido proceso administrativo.

La Constitución Política, en su artículo 29, prescribe que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata (C.P. art. 83), que en relación con el desarrollo de las actuaciones administrativas, pretende regular el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración, cuando en virtud del inicio de las mismas puedan llegar a comprometerse los derechos de los administrados. En este sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional:

el debido proceso administrativo representa un límite jurídico al ejercicio de las potestades administrativas, en la medida en que las autoridades únicamente podrán actuar dentro de los ámbitos establecidos por el sistema normativo, favoreciendo de esta manera a las personas que acuden ante quienes han sido investidos de atribuciones públicas en virtud de la Constitución o la ley. Ello ocurre, por una parte, porque conocerán de antemano cuáles son los medios para controvertir e impugnar lo resuelto en su contra, y por la otra, porque sabrán los términos dentro de los cuales deberán presentar las alegaciones y recursos procedentes a su favor.¹⁵

El ejercicio de la facultad de la Administración para expedir actos administrativos en desarrollo de sus actuaciones, está sometido a parámetros legales de obligatorio cumplimiento. Desde esta perspectiva, la doctrina ha reconocido que toda actuación administrativa, independientemente del nivel de regulación que determine su ejercicio, siempre tendrá un mínimo grado de discrecionalidad para su desarrollo, de tal manera que se asegure su buen funcionamiento y al mismo tiempo, excluya toda posibilidad de arbitrariedad, independientemente del mayor o menor detalle con que el legislador haya fijado los parámetros bajo los cuales debe ejercerse una facultad de la Administración. Aun en los casos en que esa discrecionalidad de la Administración sea mayor, su ejercicio no es ilimitado, como quiera que siempre sus actos deben estar sujetos a la Constitución y a la ley. Todas las manifestaciones del ejercicio de la función pública administrativa se encuentran cobijadas por el debido proceso, tales como (i) la formación y ejecución de actos

administrativos; (ii) las peticiones presentadas por los particulares; y (iii) los procesos que se adelanten contra la administración por los ciudadanos en ejercicio legítimo de su derecho de defensa.¹⁶

De conformidad con el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo,¹⁷ toda decisión discrecional de la Administración “debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.” Con el propósito de regular el ejercicio de las potestades de la Administración, especialmente de las discrecionales, se han ideado varias instituciones jurídicas que permiten preservar el control judicial en cuanto a su desarrollo. Al respecto, en la sentencia T-982 de 2004¹⁸ se destacaron las siguientes instituciones:

(i) Los vicios en su formación, es decir, el control a las solemnidades que el ordenamiento jurídico exige para la manifestación unilateral de voluntad de la Administración. Esto significa que si los actos que se profieren en desarrollo de un procedimiento administrativo no se han hecho constar a través de las ritualidades que se exigen para su debida formación, el acto administrativo que se profiere no puede producir efectos jurídicos, es lo que se conoce en la doctrina procesal con el nombre del “respeto a las formas propias de cada juicio” y que permite prevenir el actuar arbitrario de las autoridades públicas. (...)

(ii) El error en su apreciación, o en otras palabras, el hecho de confundir la existencia de una facultad discrecional con la posibilidad de enfrentarse en un caso concreto frente a un concepto jurídico indeterminado. (...)

(iii) La desviación de poder, o lo que es lo mismo, el ejercicio de una facultad reconocida a las autoridades públicas contrario al fin o móvil que fundamenta la existencia legal o constitucional de dicha atribución. Se trata en esencia del desconocimiento de la finalidad legal o de interés público que subyace en una potestad administrativa, por ejemplo, favoreciendo o perjudicando a un tercero, o acudiendo a motivos estrictamente particulares, políticos, confesionales o cualquier otro que no se ajuste al objeto de la atribución ejercida. (...)

(iv) El principio de necesidad supone confrontar los efectos que en relación con los valores, principios y derechos constitucionales se producirían a partir del ejercicio de una facultad discrecional reconocida en la ley. De suerte que si demuestra que no existe ninguna otra

medida que, de manera clara y contundente, produzca en términos constitucionales, igual resultado a un menor costo, la decisión adoptada por la Administración resulta acorde con el ordenamiento jurídico. (...)

(v) El principio de proporcionalidad hace relación a la comprobación de que la adopción de una medida en ejercicio de una potestad administrativa, no sacrifique valores, principios y derechos que tengan un mayor valor constitucional que aquéllos que se quiere satisfacer mediante el ejercicio de las atribuciones discrecionales reconocidas en la ley. (...)

En síntesis, solamente cuando un acto discrecional en aquello que la facultad reglada se lo permita, involucre un vicio de procedimiento en su formación, o sea constitutivo de error de apreciación o de desviación de poder, o suponga la falta de aprobación de los juicios de necesidad y proporcionalidad, puede considerarse que dicho acto administrativo es manifiestamente arbitrario, y por lo mismo, contrario al principio de legalidad que fundamenta el derecho fundamental al debido proceso administrativo.

De lo anterior surge que el derecho al debido proceso administrativo actúa la garantía a todas las personas de acceder a un proceso justo y adecuado, de tal manera que la afectación o la privación de ciertos bienes jurídicos por parte del Estado, no pueda hacerse con detrimento de sus derechos fundamentales. Así, ha indicado esta Corporación: si bien la preservación de los intereses de la administración y el cumplimiento de los fines propios de la actuación estatal son imperativo de todos los procedimientos que se surtan a este nivel, en cada caso concreto debe llevarse a cabo una ponderación que armonice estas prerrogativas con los derechos fundamentales de los asociados.¹⁹

Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre las garantías previas y posteriores que implica el derecho al debido proceso en materia administrativa. Las garantías mínimas previas se relacionan con aquellas garantías mínimas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras. De otro lado, las garantías mínimas posteriores se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa.²⁰

Ahora bien, para controlar el ejercicio de las facultades de la Administración que se manifiesta a través de actos administrativos, independientemente de su mayor o menor discrecionalidad, por regla general proceden las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso,²¹ con la posibilidad de solicitar en determinados casos la suspensión provisional de los efectos del acto demandando.²²

No obstante, para determinar en cada caso concreto la idoneidad de la acción de nulidad, de nulidad y restablecimiento del derecho, o de reparación directa como mecanismos de protección judicial de los derechos frente a actos administrativos “no es suficiente (...) la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela”.²³

Conforme a lo prescrito en el artículo 86 de la Constitución Política, la impugnación de actos administrativos por la vía de la acción de tutela es absolutamente excepcional de defensa judicial, dada su naturaleza de mecanismo subsidiario, el cual solamente puede llegar a prosperar bajo cualquiera de las siguientes hipótesis: (i) cuando las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria; y (ii) cuando las acciones ordinarias no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral, caso en el cual es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo eficaz e idóneo de protección de los derechos constitucionales.²⁴

1. La protección constitucional de las comunidades negras y del derecho fundamental a la consulta previa.

La Constitución Política, en sus artículos 1° y 7°, fijó las bases para el reconocimiento y protección de la identidad e integridad cultural y social de las comunidades negras. En el artículo 1° hace énfasis en el carácter pluralista del Estado colombiano, y en el artículo 7° dice expresamente que el “Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.” De ese reconocimiento de la diversidad étnica y cultural depende, tal

como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, “la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales, y que son éstos quienes pueden conservar y proyectar en los diferentes ámbitos el carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana, sustrato del Estado social de derecho acogido en la Carta”.²⁵

En virtud de los artículos 13 y 70 Superiores, la Carta reconoce el derecho a la igualdad y a la no discriminación de la que deben gozar las comunidades afrodescendientes y sus miembros. Puntualmente, el artículo 13 establece que “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”, y obliga al Estado a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, así como a adoptar “medidas en favor de grupos discriminados o marginados”. Por su parte el artículo 70 reconoce que “la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad”, y obliga al Estado colombiano a “reconocer la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país”.

Adicionalmente, la Constitución hace referencia explícita a las comunidades negras en el artículo 55 transitorio. En dicha disposición se ordena al Congreso, expedir “una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley (...)” y que establezca “mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social.” Precisa este artículo, en el párrafo 1º, que lo dispuesto “podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista”.

De manera casi simultánea, en el ámbito internacional también se avanzó en el reconocimiento de los grupos étnicos como colectividades cuyos derechos debían ser garantizados por los Estados, en especial a partir de la adopción del Convenio 169 de la OIT, en cuyas disposiciones se reivindica con claridad el derecho de las comunidades afrocolombianas²⁶ a ser tenidas como “pueblos”, atendiendo las condiciones sociales, culturales y económicas y a sus prácticas y tradiciones que las distinguen de otras

colectividades.²⁷ Este convenio regula aspectos sociales, culturales y económicos de grupos que “estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”, aun cuando tales grupos no provengan de “poblaciones que habitaban en el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales”.

Dentro de los compromisos que surgen del Convenio 169 de la OIT para los Estados Partes, se encuentra que éstos están obligados a respetar la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y de los pueblos tribales, y a contribuir realmente con la conservación del valor espiritual que para todos los grupos étnicos comporta su relación con la tierra y su territorio, entendido este como “lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera”.²⁸

El Convenio 169 de la OIT desarrolla ampliamente el derecho de estos pueblos a que los Gobiernos i) determinen sus propiedades y posesiones mediante la delimitación de los espacios efectivamente ocupados, ii) salvaguarden sus derechos a utilizar “las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”; y iii) protejan especial y efectivamente sus facultades de utilizar, administrar y conservar sus recursos naturales.²⁹ En el evento en que no les resulte posible reconocer a los grupos étnicos derechos sobre los recursos naturales de sus territorios colectivos, el Convenio prevé el establecimiento de procedimientos “con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.³⁰ Además, dentro del espíritu de hacer realidad el reconocimiento étnico vinculado al territorio, este instrumento internacional dispone que las Partes se obligan “a prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos”, como también a adoptar instrumentos que impiden tales intromisiones.³¹

En desarrollo del mandato constitucional y en cumplimiento de los compromisos

internacionales asumidos por Colombia al ratificar el Convenio 169 de la OIT,³² se expidió la Ley 70 de 1993, con las siguientes finalidades:

“La presente ley tiene por objeto reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes. Así mismo tiene como propósito establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana. De acuerdo con lo previsto en el parágrafo 1o. del artículo transitorio 55 de la Constitución Política, esta ley se aplicará también en las zonas baldías, rurales y ribereñas que han venido siendo ocupadas por comunidades negras que tengan prácticas tradicionales de producción en otras zonas del país y cumplan con los requisitos establecidos en esta ley” -artículo 1°-.

“El Estado adjudicará a las comunidades negras de que trata esta ley la propiedad colectiva sobre las áreas que de conformidad con las definiciones contenidas en el artículo segundo, comprenden las tierras baldías de las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico y aquellas ubicadas en las áreas de que trata el artículo 1° de la presente ley que vienen ocupando de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción”.³³

Entre muchas otras garantías, la Ley 70 de 1993 reconoce la propiedad colectiva de las comunidades negras (arts. 3 a 18), contempla mecanismos para asegurar los usos sobre la tierra y la protección de los recursos naturales sobre las áreas a las que se refiere la Ley (Arts. 19 a 25), así como la protección y participación de las comunidades negras frente a la explotación y expropiación de recursos naturales no renovables (art. 26 a 31).

Igualmente establece diferentes mecanismos para el desarrollo de la identidad cultural de dichas comunidades, entre otros, “el derecho a un proceso educativo acorde con sus necesidades y aspiraciones etnoculturales” (art. 32); la obligación del Estado de sancionar y evitar “todo acto de intimidación, segregación, discriminación o racismo contra las comunidades negras (...)” (art. 33); la exigencia de que se adopten “medidas que permitan a las comunidades negras conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe

al trabajo, a las posibilidades económicas, a la educación y la salud, a los servicios sociales y a los derechos que surjan de la Constitución y las Leyes” (art. 37); el derecho de disponer de “medios de formación técnica, tecnológica y profesional que los ubiquen en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos”, los cuales “deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de las comunidades negras” (art. 38); el deber del Estado de apoyar “mediante la destinación de los recursos necesarios, los procesos organizativos de las comunidades negras con el fin de recuperar, preservar y desarrollar su identidad cultural.” (art. 41).

En la sentencia T-955 de 2003,³⁴ esta Corporación señaló que la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana no puede existir sin el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de las comunidades afrodescendientes y el consecuente amparo integral de sus territorios colectivos. Si bien no puede “atribuirse a la Ley 70 de 1993, como tampoco a la labor de titulación confiada al INCORA (hoy INCODER), en los términos del Capítulo III de la misma Ley el reconocimiento, la comprensión y el alcance del derecho de las comunidades negras al territorio que tradicionalmente ocupan, como quiera que éste se generó dentro del marco de las Leyes 31 de 1967 y 21 de 1969”, el derecho al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de las comunidades afrodescendientes “fue definitivamente acogido por el ordenamiento constitucional como sustrato de la diversidad étnica nacional”.

En cuanto al derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas, la Corte ha sostenido de manera reiterada que la participación de las comunidades étnicas en las decisiones que las afectan resulta esencial para garantizar la protección efectiva de su identidad cultural, de su autonomía y de sus territorios y para garantizar la legitimidad de las medidas adoptadas.

En este sentido, nuestro ordenamiento constitucional abre a las comunidades étnicas espacios concretos de participación,³⁵ entre otros, “se pueden identificar (i) la elección de dos senadores en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas, (ii) la posibilidad, ya desarrollada por la ley, de establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes, (iii) la obligación de que la conformación y delimitación de las entidades territoriales indígenas se lleve a cabo con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial -artículo 329-, (iv) el mandato de

propiciar la participación de los representantes de las comunidades indígenas en las decisiones respecto de la explotación de los recursos naturales en sus territorios -artículo 330- y (v) la consulta previa sobre las medidas que afectan directamente a la comunidades étnicas".³⁶

De conformidad con el Convenio 169 de la OIT, los pueblos indígenas y tribales deben ser consultados en relación con los temas que los afectan y debe garantizarse que puedan participar de manera informada, previa y libre en los procesos de desarrollo y de formulación de políticas que los afectan. Así lo establece en sus artículos 6 y 7 que dicen:

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

(a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

(b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

(c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.

Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

3. Los gobiernos deberán 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 puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

En lo concerniente al ámbito temático de la consulta previa ha precisado la Corte³⁷ que ésta se debe llevar a cabo respecto de cualquier aspecto que afecte directamente a la comunidad étnica, como quiera que el Convenio 169 de OIT amplió el espectro de la consulta previa a toda medida susceptible de afectar directamente a las comunidades étnicas. La jurisprudencia constitucional también ha sido enfática en afirmar que la obligación de adelantar la consulta previa no surge frente a toda medida administrativa o legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades étnicas, sino sólo frente a aquellas que puedan afectarlas directamente.³⁸

En lo que respecta a medidas de carácter general que deben ser consultadas previamente con las comunidades étnicas, la Corte ha acudido nuevamente al texto del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT para señalar que son no solamente las medidas administrativas³⁹ sino también las legislativas,⁴⁰ y dentro de estas últimas ha incluido las leyes aprobatorias de los tratados internacionales⁴¹ e incluso las reformas constitucionales.⁴²

En cuanto a la forma como se debe adelantar la consulta previa, si bien el Convenio 169 no establece un procedimiento específico, sino que otorga cierta flexibilidad, en todo caso “el procedimiento de consulta no queda (...) librado por entero a la discrecionalidad de las autoridades gubernamentales”⁴³. Sobre este punto la Corte ha señalado que “en la medida en que el Convenio 169 no establece unas reglas de procedimiento y en tanto que las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra el Convenio y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la

consulta se somete al principio de la buena fe, lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto”.⁴⁴

En cuanto a la consulta previa frente a medidas específicas que afecten a las comunidades étnicas, en la sentencia T-129 de 2011 la Corte recordó la línea jurisprudencial en la materia y sintetizó las siguientes reglas:

En síntesis, todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidad étnicas, sin importar la escala de afectación, deberá desde el inicio observar las siguientes reglas: 45

(i) La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.

(ii) No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.

(iii) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.

(iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.

(v) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.

(vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

(vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.

(viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine.⁴⁶

(ix) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.⁴⁷

(x) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

(xi) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos

internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.

Si se tienen en cuenta los presupuestos y factores señalados anteriormente, se espera que el proceso de consulta previa y participación de los grupos étnicos respete de forma integral los derechos en juego en estos tipos de casos, como la subsistencia e integridad cultural de los pueblos étnicos. No obstante, es necesario tener en cuenta que efectuar la consulta previa y buscar el consentimiento informado no justifica la violación material futura de los derechos fundamentales de los grupos afectados por una actuación u autorización administrativa de entidades del Estado o particulares. Circunstancia en la que habrá lugar a la responsabilidad del Estado o de los concesionarios conforme a la normativa interna e internacional.

Como quiera que en el caso bajo revisión, el asunto de la consulta previa a las comunidades negras en la zona de influencia del proyecto vía, surge en el contexto de la expedición de las licencias ambientales, pasa la Sala a examinar cómo funciona este mecanismo de protección de los derechos de estas comunidades para garantizar su participación en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en un área geográfica específica.

1. La expedición de licencias ambientales y el derecho a la consulta previa

“La licencia ambiental consiste en la autorización que la autoridad ambiental concede para la ejecución de una obra o actividad que potencialmente puede afectar los recursos naturales renovables o el ambiente. ... De este modo, la licencia ambiental tiene indudablemente 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.”⁴⁸

Al tratarse de un mecanismo de intervención del Estado en la economía, la Corte ha reconocido que sólo pueden exigirse aquellos requisitos expresamente consagrados por el legislador, como quiera que (i) el artículo 333 de la Constitución establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres y que nadie podrá exigir requisitos sin

autorización de la ley. Por consiguiente, ni las corporaciones autónomas, ni las entidades territoriales, pueden imponer un nivel de exigencia más alto que el consagrado explícitamente por el legislador; (ii) el artículo 334 dispone que la intervención en la explotación de recursos naturales, para preservar un ambiente sano se hará por mandato de la ley; y (iii) el artículo 84 prohíbe imponer requisitos adicionales al ejercicio de una actividad, cuando ésta haya sido reglamentada de manera general.

Sin embargo, también ha reconocido la Corte que “las garantías constitucionales de la libertad económica no impiden que las entidades descentralizadas competentes establezcan de manera autónoma requisitos para la preservación del ambiente. Así lo establece el principio de rigor subsidiario, que fue avalado por esta misma Corporación,⁴⁹ según el cual las entidades con ámbitos de competencia territorial más reducidos no pueden disminuir el nivel de protección del medio ambiente establecido por las autoridades que tengan una competencia territorial mayor. Sin embargo, sí pueden imponer estándares más exigentes para la protección del medio ambiente en sus respectivos territorios.” En esa medida, el otorgamiento de licencias ambientales es una función en la que concurren las competencias del legislador, de la administración central, y descentralizada territorialmente y por servicios.

De conformidad con lo que establece la Ley 99 de 1993, las licencias ambientales son permisos que otorga una autoridad competente, para ejecutar una obra o actividad que pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente, o modificar de manera notoria o considerable el paisaje.⁵⁰ Estas licencias se conceden previa solicitud del interesado, quien presentará con ella un estudio de impacto ambiental. Una vez presentada la solicitud, la autoridad que otorga la licencia puede solicitar al interesado información adicional. Aportada la información, si es del caso, esta autoridad podrá solicitar conceptos a otras entidades o a particulares. Recibido el concepto, la autoridad debe pronunciarse sobre la licencia dentro de un plazo determinado. Al hacerlo, puede negar la licencia, otorgarla, o condicionarla al cumplimiento de una serie de requisitos para evitar, minimizar, restablecer o compensar los daños causados por la respectiva obra o actividad.⁵¹

Por otra parte, dentro del término de factibilidad del proyecto, el interesado debe preguntar a la autoridad que otorga la licencia, si adicionalmente es necesario presentar un diagnóstico

ambiental de alternativas.⁵² Esto es, una declaración que presente diversas opciones de manejo ambiental, para racionalizar el uso y manejo de los recursos ambientales y prevenir impactos negativos o compensarlos, comparando los efectos y riesgos inherentes a cada una de las opciones. Presentado el diagnóstico, la autoridad ambiental escogerá una de las opciones, de manera discrecional pero razonable. Seguidamente, el interesado presentará el respectivo estudio de impacto ambiental en relación con la opción escogida. Sobre esta base entonces, se otorgará o negará la licencia, cuando haya lugar a presentar un diagnóstico ambiental de alternativas.

La Ley 99 de 1993 también señala en su artículo 76,⁵³ una protección especial para las comunidades étnicas a fin de evitar que la explotación de los recursos naturales se haga en desmedro de su integridad cultural, social y económica.

En consonancia con esta disposición, el Decreto 1320 de 1998, por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio, establece el deber de realizar consulta previa no sólo cuando la obra, proyecto o actividad se vaya a adelantar en zonas de resguardo indígena o de propiedad colectiva titulada a comunidades negras, sino también sobre zonas no tituladas pero habitadas de manera regular y permanente por comunidades étnicas.⁵⁴

Lo anterior resulta particularmente relevante en el caso de las comunidades negras, quienes a pesar de su reconocimiento como sujetos de especial protección constitucional aún hoy en día no se han apropiado completamente de la protección legal que surge de la Ley 70 de 1993 y muchas de ellas aún no se han constituido como consejos comunitarios, a pesar de que materialmente cumplen con los requisitos para ser reconocidas como comunidades étnicas. Pasa la Sala a resolver el asunto de la referencia.

1. El caso concreto

En el asunto bajo estudio se enfrenta el derecho de la empresa demandante al debido proceso administrativo, con los derechos de las comunidades negras ubicadas en la zona de influencia del proyecto vial.

Según la empresa accionante, es contrario al debido proceso administrativo solicitarle una actualización de certificaciones, no prevista en la ley, sobre presencia de comunidades negras en la zona de influencia del proyecto vial porque presentó oportunamente las certificaciones expedidas por el Ministerio del Interior y por el Incoder en el año 2008, según las cuales, en la zona del proyecto no se registraba la presencia de tales comunidades. Por su parte, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible señala que dichas actualizaciones son necesarias porque en el año 2010 se constituyeron varios consejos comunitarios en la zona de influencia del proyecto.

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, el Ministerio del Interior certificó en el año 2008 que en la zona del proyecto no se registraba la presencia de comunidades negras, a pesar de que en el estudio realizado por el sociólogo del Ministerio que visitó la zona, se lee claramente que no existían consejos comunitarios reconocidos o territorios titulados (según certificó el UNAT), pero sí existían comunidades negras en la zona, que reunían las condiciones de la Ley 70 de 1993, cuyas reivindicaciones se habían formalizado de manera más clara a partir del anuncio del proyecto. También obran en el expediente pruebas de que la constitución como consejos comunitarios se produjo formalmente con posterioridad a la expedición de las certificaciones por parte del Ministerio del Interior.

En la sentencia C-169 de 2001, la Corte resaltó el carácter de grupo étnico de las comunidades negras:

“(…)el reconocimiento de derechos especiales a las comunidades negras no se hace en función de su “raza”, puesto que ello implicaría presuponer que, en un país con un grado tan alto de mestizaje como lo es Colombia, existen aún “razas puras”, lo cual es a todas luces inaceptable, y llevaría a efectuar futuras distinciones (odiosas) entre quiénes se deben considerar de “raza negra” y quiénes no, para efectos de acceder a los beneficios que otorga esta ley; con ello, se retrotraería al Estado colombiano a la época de las grandes clasificaciones coloniales basadas en los distintos grados de mezcla de sangres, que sustentaban un verdadero sistema de castas excluyentes, algo frontalmente incompatible con una democracia constitucional. Lo que es más, no sólo es un hecho reconocido que la categoría “raza” ha sido fundamentalmente revaluada por las ciencias sociales, sino que una clasificación semejante de los ciudadanos colombianos no podría ser objeto de una

circunscripción electoral como la que se examina, ya que el artículo 176 de la Carta sólo hace referencia a grupos étnicos, y no a grupos “raciales”. Por ese motivo, debe quedar claro que los derechos colectivos de las comunidades negras en Colombia son una función de su status en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realzada, y no del color de la piel de sus integrantes.” (subrayas agregadas al texto)⁵⁵

En el Auto 005 de 2009⁵⁶ la Corte resaltó que “la definición de los miembros de las comunidades afrodescendientes, no puede fundarse exclusivamente en criterios tales como el ‘color’ de la piel, o la ubicación de los miembros en un lugar específico del territorio, sino en ‘(i) un elemento ‘objetivo’, a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento ‘subjetivo’, esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión’.”

Estos elementos materiales también fueron recogidos en el Decreto 1320 de 1998 al establecer la obligatoriedad de la consulta previa con las comunidades negras o indígenas presentes en la zona de influencia de un proyecto, independientemente de su estatus legal. Ello también se evidencia en el procedimiento definido para determinar la presencia de dichas comunidades en el área de influencia de un proyecto obra o actividad, cuando la realidad pone en evidencia la presencia de dichas comunidades. El artículo 3 del decreto mencionado dice lo siguiente:

Artículo 3o. Identificación de Comunidades Indígenas y Negras. Cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda realizar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por comunidades indígenas o negras susceptibles de ser afectadas con el proyecto, le corresponde al Ministerio del Interior certificar la presencia de dichas comunidades, el pueblo al que pertenecen, su representación y ubicación geográfica. El Instituto Colombiano para la Reforma Agraria - Incora,⁵⁷ certificará sobre la existencia de territorio legalmente constituido.

Las anteriores entidades, expedirán dicha certificación dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud que para el efecto haga el interesado en el proyecto obra o actividad, la cual contendrá:

A Identificación del interesado:

a) Fecha de la solicitud;

b) Breve descripción del proyecto, obra o actividad;

c) Identificación del área de influencia directa del proyecto, obra o actividad, acompañada de un mapa que precise su localización con coordenadas geográficas o con sistemas Gauss.

PARAGRAFO 1o. De no expedirse las certificaciones por parte de las entidades previstas en este artículo, en el término señalado, podrán iniciarse los estudios respectivos. No obstante, si durante la realización del estudio el interesado verifica la presencia de tales comunidades indígenas o negras dentro del área de influencia directa de su proyecto, obra o actividad, deberá integrarlas a los estudios correspondientes, en la forma y para los efectos previstos en este decreto e informará al Ministerio del Interior para garantizar la participación de tales comunidades en la elaboración de los respectivos estudios.

PARAGRAFO 2o. En caso de existir discrepancia en torno a la identificación del área de influencia directa del proyecto, obra o actividad, serán las autoridades ambientales competentes quienes lo determinen.

PARAGRAFO 3o. Las certificaciones de que trata el presente artículo se expedirán transitoriamente, mientras el Ministerio del Interior en coordinación con el Instituto Geográfico Agustín Codazzi-IGAG y el Instituto Colombiano para la Reforma Agraria Incora, elaboran una cartografía georeferenciada a escala apropiada respecto de las áreas donde existan comunidades indígenas o negras de las que trata la Ley 70 de 1993, en los términos de ocupación territorial de que tratan los artículos 2o. y 3o. del presente Decreto. Para este efecto, dichas entidades dispondrán de un término de seis (6) meses contados a partir de la expedición del presente decreto. La cartografía de que trata este parágrafo deberá ser actualizada cada seis (6) meses. (Resaltado agregado al texto)

De lo anterior surge 1) que le corresponde al Ministerio del Interior certificar la presencia de dichas comunidades en un área específica; 2) que es competencia del Incora (ahora INCODER) certificar la existencia de territorios legalmente constituidos, si los hay; 3) que la obligación de realizar consulta previa surge tanto frente comunidades étnicas ubicadas en zonas tituladas como no tituladas pero habitadas de manera permanente por las mismas; 4) que es la presencia física de las comunidades étnicas, negras o indígenas en la zona de

influencia, y no su constitución formal como resguardo o consejo comunitario o su inscripción mediante resolución, la que determina la obligación de la consulta previa; y 5) que aún en el evento en que no se haya certificado la presencia de comunidades negras o 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.

En el asunto bajo revisión, las certificaciones requeridas para la licencia ambiental fueron expedidas en los años 2007 y 2008 por el Ministerio del Interior afirmando que no se registraba la presencia de comunidades negras en la zona. No obstante, el informe del sociólogo que visitó la zona a principios del año 2009, como ya se mencionó, evidencia que tales comunidades sí estaban presentes en la zona de influencia del proyecto muchos años antes de que éste fuera anunciado, de manera muy similar a otras comunidades negras reconocidas legalmente en otras zonas, esto es, con prácticas etnoculturales propias de comunidades negras, con auto reconocimiento como comunidad negra a pesar de la existencia de un alto mestizaje, de la aceptación “utilitarista” de la figura de la junta directiva del consejo comunitario como autoridad propia⁵⁸ y del retraso en la constitución formal como consejo comunitario. Y tan presentes estaban que fueron registradas como consejos comunitarios en el año 2009.

En esa medida, el cumplimiento formal alegado por la empresa no puede ser empleado para exonerarla de sus obligaciones frente a las comunidades negras, como quiera que el mismo Decreto 1320 de 1998 prevé la obligación de vincular a las comunidades negras que se encuentren en la zona de influencia del proyecto para la realización del estudio de impacto ambiental, cuando no se cuenta con las certificaciones exigidas.

Por lo anterior, considera esta Sala de Revisión que el Ministerio del Ambiente y el Desarrollo Sostenible no vulneró el derecho al debido proceso administrativo de la empresa accionante, como quiera que no estableció un requisito adicional al previsto en el Decreto 1320 de 1998, sino que teniendo en cuenta la presencia física y permanencia de comunidades negras en la zona de influencia del proyecto y su reconocimiento formal como consejo comunitario, dio aplicación a la Constitución y a la ley, así como al mismo decreto reglamentario para que se vinculara al Ministerio del Interior a través de la Oficina de Consulta Previa, para que confirmara la presencia de dichas comunidades y garantizara la protección de su derecho a la consulta previa, de tal forma que el estudio de impacto ambiental se realice con la

participación de estas comunidades. En esa medida, revocará el fallo proferido el 19 de enero de 2012 por la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y en su lugar confirmará la sentencia dictada el 6 de octubre de 2011, por la Sección Primera del Tribunal Administrativa de Cundinamarca, que negó el amparo del derecho al debido proceso administrativo dentro de la acción de tutela promovida por la Unión Temporal de Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca contra el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible.

No obstante, como están también en juego los derechos de las comunidades negras asentadas en la zona de influencia del proyecto vial, ordenará a la empresa accionante vincular dentro de las 48 horas siguientes a la comunicación de esta providencia a dichas comunidades de conformidad con lo que establece el parágrafo 1º del artículo 3 del Decreto 1320 de 1998, para la realización del estudio de impacto ambiental y comunicará por intermedio de la Secretaría de la Corporación, al Ministerio del Interior - Oficina de Consulta Previa la presente providencia, a fin de que disponga dentro de las 48 horas siguientes a la comunicación de la misma, el acompañamiento del proceso de consulta previa de las comunidades negras ubicadas en la zona de influencia del proyecto vial, con el fin de garantizar sus derechos.

I. DECISIÓN

La Sala Primera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido el 19 de enero de 2012 por la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y en su lugar CONFIRMAR la sentencia dictada el 6 de octubre de 2011, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativa de Cundinamarca, dentro de la acción de tutela promovida por la Unión Temporal de Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca contra el Ministerio del Medio

Ambiente y Desarrollo Sostenible, mediante las cuales se negó el amparo del derecho al debido proceso administrativo.

Segundo.- ORDENAR a Unión Temporal de Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, dentro de las 48 horas siguientes a la comunicación de esta providencia, vincular a las comunidades negras ubicadas en la zona de influencia del proyecto vial “Construcción de la segunda calzada Loboguerrero - Mediacanoa Tramo 07 Sector 1”, kilómetro 63+300 hasta el 81+00, localizado en los municipios de Dagua y Restrepo, de conformidad con lo que establece el parágrafo 1º del artículo 3 del Decreto 1320 de 1998.

Cuarto.- Por Secretaría General de la Corte, LÍBRENSE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ADRIANA MARIA GUILLÉN ARANGO

Magistrada (E)

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

2 Folio 108 Cuaderno principal.

3 Folios 109 a 114 Cuaderno principal.

4 Folio 121, Cuaderno Principal.

5 Folios 121 a 130, Cuaderno Principal.

6 Folio 121, Cuaderno Principal.

7 El estudio presentado iba desde el kilómetro 63+300 y la certificación desde el kilómetro 64.

8 Folios 145 a 148, Cuaderno principal.

9 Folios 187-188 Cuaderno principal

10 Ley 393 de 1997, Artículo 9o. Improcedibilidad. La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela.

11 Folio 207, Cuaderno principal.

12 Folios 246 a 279, Cuaderno principal.

13 Entre muchas ver las sentencias T-731 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto); T-434 de 2008 (MP. Jaime Córdoba Triviño); T-408 de 2008 (MP. Mauricio González Cuervo); T-359 de 2006 (MP. Jaime Araújo Rentería); T-1085 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett).

15 Sentencia T-982 de 2004, MP. Rodrigo Escobar Gil. Ver también la sentencia T-1083 de 2004, MP. Jaime Córdoba Triviño.

16 Sentencia C-983 de 2010 MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

17 Decreto 01 de 1984, "Artículo 36. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa." (Norma derogada a partir del dos (2) de julio del año 2012 por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011).

18 Sentencia T-982 de 2004, MP. Rodrigo Escobar Gil.

19 Sentencia T-359 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería.

20 Ver sentencia C-1189 de 2005, M.P. Humberto Sierra Porto.

21 Artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984). Sobre la materia, esta Corporación ha sostenido: “(...) tratándose de procesos policivos, la Corte ha sostenido que la mera existencia de recursos en el desarrollo de su trámite no garantiza la posibilidad de acudir a otro medio de defensa judicial idóneo, pues de manera expresa, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, consagra que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo “...no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley...” , razón por la cual, ante la inexistencia de un medio judicial idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales alrededor de los procesos policivos, resulta admisible la tutela, incluso de manera directa y plena”. Sentencia T-061 de 2002. (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

22 Artículo 238 de la Constitución Política y artículo 152 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).

23 Sentencia T-033 de 2002. (MP. Rodrigo Escobar Gil).

24 Véase, entre otras, las sentencias SU-961 de 1999, MP. Vladimiro Naranjo Mesa; T-468 de 1999 (MP. José Gregorio Hernández Galindo) y T-033 de 2002. (MP. Rodrigo Escobar Gil).

25 Sentencia T-955 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis).

26 “El hecho de ser afrocolombiano implica el reconocimiento de una ascendencia africana , pero al mismo tiempo somos nativos puesto que nacimos aquí en Colombia, al igual que nuestros padres, los indígenas y mestizos, lo que supone los mismos derechos para todos (...) la diferencia en los diversos pueblos de asentamiento negro se debe a los diversos medios en que se han conformado; no obstante hay rasgos culturales propios de las comunidades negras que permiten diferenciarlas de otras culturas (..) debido al racismo la antropología colombiana desconoce la existencia de esos elementos culturales diferenciales (..)” -Comisión Especial para las Comunidades Negras, Subcomisión de Entidades Estatales y Comisionados de las Organizaciones Populares, Comisionado Trifilo Viveros, 29 de marzo de 1993.

27 Convenio 169 de la OIT (artículo 1, numeral a). El Convenio en mención se refiere a las comunidades cuyas “condiciones sociales, culturales y económicas las distinguen de otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”, así no descendan de “poblaciones que habitaban en el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales”, sin establecer distinciones ni privilegios. Convenio 169 de la OIT, Guía para su Aplicación. Elaborado por el Servicio de Políticas para el Desarrollo (POLIDEV), en cooperación con el Servicio de Igualdad y Coordinación de los Derechos Humanos (EGALITE), al respecto consultar la sentencia SU-320 de 2003.

28 Convenio 169 de la OIT (Artículo 13).

29 Convenio 169 de la OIT (Artículo 14).

30 Respecto de la consulta previa para la delimitación de las zonas mineras indígenas se puede consultar la sentencia C- 418 de 2002 (MP. Álvaro Tafur Galvis).

31 Convenio 169 de la OIT (Artículo 18).

32 El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, fue incorporado a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 121 de 1991.

33 No obstante, algunos académicos han criticado la Ley 70 de 1993 porque no contempló explícitamente algunas de las comunidades negras que existen en el país. Por ejemplo, Odile Hoffman afirma lo siguiente: “[...] la ley no beneficia a la totalidad de las poblaciones negras de Colombia y las restricciones son considerables: [...] Quedan excluidas las poblaciones urbanas, las del interior y las de la costa atlántica que históricamente son la más desarrolladas y las más integradas a la sociedad nacional.” Hoffman, Odile (2007). Comunidades negras en el pacífico colombiano.

35 Sentencia SU-383 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis, SVP: Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández, SV: Jaime Araujo Rentería)

36 Sentencia T-116 de 2011 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto)

37 Sentencia SU-383 de 2003 (MP: Álvaro Tafur Galvis).

38 Ver sentencias C-175 de 2009 (M.P. Luís Ernesto Vargas Silva), C-063 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), C-030 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y C-461 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

39 Sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998, SU-383 de 2003, T-955 de 2003, T-880 de 2006 y T-769 de 2009, entre otras.

40 Sentencia T-382 de 2006.

41 Sentencias C-750 de 2008, C-615 de 2009 y C-608 de 2010.

42 En la sentencia C-702 de 2010 esta Corte declaró inexecutable el Acto Legislativo 1 de 2009 que modificaba el artículo 108 de la Constitución sobre el aval de candidatos por parte de los partidos y movimientos políticos que gocen de personería jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías étnicas por no haber surtido el proceso de consulta previa con las comunidades étnicas. El Magistrado Humberto Sierra Porto salvó su voto por las siguientes razones: (1) En primer lugar, considera que la posición de la mayoría constituye una clara muestra de que el ejercicio de la competencia del control de constitucionalidad sobre los actos legislativos carece de parámetros normativos, pues el texto constitucional definitivamente ha perdido tal función y prima el entendimiento que tengan las mayorías momentáneas al interior de la Corporación sobre qué es Constitución, es decir, el control de las reformas constitucionales se ha transformado en un control político y ha dejado de ser un control jurídico. (2) Esta decisión crea una nueva categoría de vicios en materia de control de las reformas constitucionales, es decir, además de los vicios formales y de los vicios de sustitución a la Constitución, a partir de esta decisión puede entenderse que en el trámite de los actos legislativos pueden presentarse vicios formales de entidad sustancial, es decir, lo que en materia del control de procedimiento legislativo se ha denominado precisamente vicios de competencia, categoría que a su vez plantea importantes problemas conceptuales. (3) Esta nueva categoría conlleva a que se pueda extender a las reformas constitucionales la tesis sentada en materia del control de las leyes según la cual esta modalidad de vicios es insaneable y por lo tanto la acción pública no tiene un término de caducidad.

43 *Ibidem*.

44 Sentencia C-030 de 2008 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

45 Respecto del contenido del derecho fundamental a la consulta previa y las reglas jurisprudenciales que serán enunciadas, se recomiendan especialmente los desarrollos efectuados por la Corte en las Sentencias C-461 de 2008 y C-175 de 2009. En virtud de ello la Sala procederá a transcribirlos y reiterarlos en lo que concierne especialmente a la consulta previa criterios plasmados igualmente en la línea jurisprudencial elaborada en esta providencia; de otra parte se anexan los nuevos ámbitos de protección estudiados.

46 Sobre el particular pueden confrontarse los capítulos (5) y (7) de esta providencia, concernientes a la tensión entre las distintas visiones de desarrollo y a la importancia de lograr el consentimiento libre, previo e informado ante las medidas de intervención en territorios étnicos.

47 Capítulo (4) de esta sentencia relativo a la obligación del Estado y de las personas de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, así como de la obligatoriedad de la licencia ambiental y del Plan de Manejo Arqueológico (4.3).

48 Sentencia C-035 de 1999 (M.P. Antonio Barrera Carbonell)

49 Sentencia C-535 de 1996 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

50 Ley 99 de 1993, "Artículo 50.- De la Licencia Ambiental. Se entiende por Licencia Ambiental 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 establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada".

51 Ley 99 de 1993, Artículo 58º. Del Procedimiento para el Otorgamiento de Licencias Ambientales. El interesado en una Licencia Ambiental presentará ante la autoridad ambiental competente la solicitud acompañada del Estudio de Impacto Ambiental correspondiente para su evaluación. La autoridad competente dispondrá de treinta (30) días hábiles para solicitar al interesado información adicional en caso de requerirse. Allegada la información requerida, la autoridad ambiental dispondrá de quince (15) días hábiles adicionales para solicitar a otras entidades o autoridades los conceptos técnicos o informaciones pertinentes que deberán

serle remitidos en un plazo no mayor de 60 días hábiles. Recibida la información o vencido el término del requerimiento de informaciones adicionales, la autoridad ambiental decidirá mediante resolución motivada sobre la viabilidad ambiental del proyecto o actividad y otorgará o negará la respectiva licencia ambiental en un término que no podrá exceder de sesenta (60) días hábiles.

En anterior artículo fue modificado por la Ley 1450 de 2011. "Artículo 224. Del procedimiento para otorgamiento de licencias ambientales. Modifíquese el artículo 58 de la Ley 99 de 1993, el cual quedará así:

"Artículo 58. Del Procedimiento para Otorgamiento de Licencias Ambientales. El interesado en el otorgamiento de una licencia ambiental presentará ante la autoridad ambiental competente la solicitud acompañada del estudio de impacto ambiental correspondiente para su evaluación. La autoridad competente dispondrá de treinta (30) días hábiles para solicitar al interesado información adicional en caso de requerirse. Allegada la información requerida, la autoridad ambiental dispondrá de diez (10) días hábiles adicionales para solicitar a otras entidades o autoridades los conceptos técnicos o informaciones pertinentes, que deberán serle remitidos en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles. El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, o quien haga sus veces, dispondrá hasta noventa (90) días hábiles para decidir sobre la licencia ambiental, contados a partir del acto administrativo de trámite que reconozca que ha sido reunida toda la información requerida, según el procedimiento previsto en este artículo.

Parágrafo 1°. En caso de que el procedimiento se demore más de los noventa (90) días hábiles establecido en este artículo contados a partir del acto administrativo de trámite que reconozca que ha sido reunida toda la información requerida, se convocará a un comité quien en un plazo menor a diez (10) días hábiles establecerá un plan de acción obligatorio para que en un plazo menor a treinta (30) días hábiles la autoridad ambiental esté en posibilidad de decidir sobre la licencia ambiental.

El Comité estará integrado por:

a) El Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, o quien haga sus veces, o su delegado;

b) El Director del Departamento Nacional de Planeación, o su delegado;

c) El Ministro cabeza del sector al que corresponde el proyecto del caso, o su delegado.

Parágrafo 2°. El comité podrá invitar a las Corporaciones Autónomas Regionales o de Desarrollo Sostenible, los Grandes Centros Urbanos o los Establecimientos Públicos Ambientales de la respectiva jurisdicción a participar con voz y sin voto en el Comité.

Parágrafo 3°. Contra las decisiones del comité no procede ningún recurso administrativo.

Parágrafo 4°. Para todos los efectos de este artículo se entiende que la cabeza del sector al que corresponda el proyecto del caso, o su delegado, desempeña función administrativa.”

52 Ley 99 de 1993, Artículo 56º.- “Del Diagnóstico Ambiental de Alternativas. En los proyectos que requieran de Licencia Ambiental, el interesado deberá solicitar en la etapa de factibilidad a la autoridad ambiental competente que esta se pronuncie sobre la necesidad de presentar o no un Diagnostico Ambiental de Alternativas. Con base en la información suministrada, la autoridad ambiental decidirá sobre la necesidad o no del mismo y definirá sus términos de referencia en un plazo no mayor de 30 días hábiles.

El Diagnóstico Ambiental de Alternativas incluirá información sobre la localización y características del entorno geográfico, ambiental y social de las alternativas del proyecto, además de un análisis comparativo de los efectos y riesgos inherentes a la obra o actividad y de las posibles soluciones y medidas de control y mitigación para cada una de las alternativas.

Con base en el Diagnóstico Ambiental de Alternativas presentado, la autoridad elegirá, en un plazo no mayor a treinta (30) días, la alternativa o las alternativas sobre las cuales deberá elaborarse el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental, antes de otorgarse la respectiva licencia. En el evento que la información o documentos que proporcione el interesado no sean suficientes para decidir, la autoridad ambiental le requerirá, por una sola vez, el aporte de lo que haga falta. Este requerimiento interrumpirá el término con que cuenta la autoridad para la elección de la alternativa.” (Artículo 56 declarado exequible Sentencia C-035 de 1999. Reglamentado Decreto 1753 de 1994)

54 Decreto 1320 de 1998, “Artículo 2o. Determinación de territorio. La consulta previa se

realizará cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras. Igualmente, se realizará consulta previa cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras, de conformidad con lo establecido en el siguiente artículo.”

55 Sentencia C-169 de 2001 (MP. Carlos Gaviria Díaz)

56 Auto 005 de 2009 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa)

57 Hoy esta competencia corresponde al INCODER

58 Este problema es común a la mayoría de las comunidades negras, como quiera que la Ley 70 de 1993 no recogió la totalidad de las figuras de autoridad propias de las comunidades negras, tal como lo han señalado distintos estudios antropológicos. Por ejemplo, Jaime Arocha en un estudio reciente presentado a la Corte Constitucional señala lo siguiente: “urge que desde la institucionalidad estatal esos albaceas figuren entre los líderes ancestrales que no fueron tenidos en cuenta de manera explícita por la Ley 70 de 1993, la cual instituyó unos consejos comunitarios, sin que necesariamente quedaran incluidos médicos raiceros, parteras, cantaoras de alabaos y arrullos, entre otras personas iniciadas en la sabiduría ancestral y, por lo tanto, competentes en la cultura e historia locales, así como en los ejercicios de la territorialidad tradicional. Esta omisión también estaría relacionada con la invisibilidad propia del ejercicio de la discriminación racial en Colombia y explicaría el reiterado hallazgo acerca de la debilidad de los consejos comunitarios para convocar a los miembros de sus comunidades. (...) El que esa figura ancestral no haya quedado representada en el respectivo consejo comunitario, en parte, explicaría el desinterés de la comunidad por las actividades del consejo y su falta de compromiso con los proyectos que propone o desarrolla. La Ley 70 de 1993 dio lugar al protagonismo de los líderes letrados y competentes en el diálogo con las agencias del Estado, apartando a quienes no obstante sus carencias de educación formal son competentes en la territorialidad y sistemas de producción ancestrales. Transcurridos 15 años desde que el presidente Gaviria firmara esa ley, persiste el hiato entre estos dos bloques de dirigentes, con perjuicios para ambas partes y debilitamiento de la cohesión comunitaria. A esta limitación estructural se le suma la ya

mencionada de las penurias financieras a las cuales el Estado dejó sometidos a los Consejos Comunitarios de comunidades negras, con consecuencias negativas y evidentes para la promoción y consolidación de los sistemas polimorfos de producción.” En “La persistencia del racismo contra los afrocolombianos como estado de cosas inconstitucional. Ensayo preparado dentro del proyecto de apoyo al Cumplimiento del Auto 005 de 2009 referente a la Protección de derechos fundamentales de la población afrodescendiente víctima del desplazamiento forzado en el marco de superación del estado de cosas inconstitucional declarado en sentencia T-025/04” Universidad de los Andes, 2012.