

T-704-16

Sentencia T-704/16

DERECHOS DE LAS COMUNIDADES ETNICAS-Marco normativo

PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES-Beneficiarios del Convenio 169 de la OIT

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS Y GRUPOS ETNICOS-Protección constitucional

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Ámbito de aplicación y contenido

CONSULTA PREVIA-Derecho fundamental del cual son titulares las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS Y GRUPOS ETNICOS-Características del proceso

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA COMO MANIFESTACION DEL DERECHO A LA AUTODETERMINACION DE LOS PUEBLOS INDIGENAS Y DE LA PARTICIPACION EN LAS DECISIONES QUE LOS AFECTAN

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

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

El derecho fundamental a la consulta previa no se satisface a través de cualquier mecanismo. Las reuniones que se realizan en cumplimiento de esta garantía de las comunidades deben conducir a acuerdos sensatos en los que las posiciones de las comunidades se vean efectivamente reflejadas. De lo contrario, dichas reuniones se convertirían en una burla a los pueblos si sus posturas no son respetadas. Por esa razón es que el propósito de la consulta debe conducir a buscar el consentimiento libre, previo e informado y en algunos eventos, dicho consentimiento será obligatorio.

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Jurisprudencia sobre casos de consulta previa por afectación al ambiente sano, explotación de recursos naturales y/o proyectos mineros

Referencia: Expediente T-5.451.805

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo proferido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Rioacha, en primera instancia, y la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura que resolvió la acción de tutela promovida la Comunidad Indígena Media Luna Dos en contra de la Nación, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, el Ministerio del Interior y la empresa El Cerrejón.

I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda.

El 19 de octubre de 2015, Caiser Uriana, autoridad tradicional de la Comunidad Media Luna Dos, interpuso acción de tutela en procura de la protección de los derechos fundamentales a la consulta previa, ambiente sano, salud y debido proceso de dicha comunidad, los cuales estimó vulnerados por la Nación, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio del Interior, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y la empresa El Cerrejón. Lo anterior, por la expedición de la licencia ambiental N° 0428 del 7 de mayo de 2014 para la modificación del Plan de Manejo Ambiental Integral establecido mediante Resolución 2097 del 16 de diciembre de 2005, en el sentido de autorizar la ejecución y puesta en marcha del proyecto “Expansión de Puerto Bolívar”. Fundamentó su demanda en

los siguientes hechos:

1. En su escrito de tutela, presentado a través de apoderado judicial, el peticionario sostuvo que mediante Resolución 670 del 27 de julio de 1998, el entonces Ministerio de Ambiente estableció el Plan de Manejo Ambiental presentado por las empresas “Carbones de Colombia S.A.”, “International Colombia Resources Corporation (INTERCOR)” y “Carbocol”, relativo a la apertura y operación de las nuevas áreas a explotar en el Cerrejón Norte, ubicado en la jurisdicción de los municipios de Hatonuevo, Barracas y Maicao del departamento de la Guajira.
2. En el año 2001, mediante Resolución N° 650 del 16 de julio, el entonces Ministerio de Ambiente estableció el Plan de Manejo Ambiental a la empresa Carbones del Cerrejón S.A. para el proyecto de explotación integrada de las minas Oreganal y Cerrejón Central, ubicadas en el municipio de Barrancas, departamento de la Guajira.
3. Señalaron que a través de la Resolución 981 del 2 de octubre de 2000, el Ministerio decidió aclarar la Resolución 494 de 1999, indicando que el establecimiento del Plan de Manejo Ambiental también incluye las instalaciones portuarias ubicadas en Puerto Bolívar, Bahía Portete, el Municipio de Uribía, todas ellas en el departamento de la Guajira.
4. Indicó que el 19 de noviembre del año 2002 se fusionaron las sociedades INTERCOR y Carbones del Cerrejón S.A., documento en el cual consta que la sociedad sobreviviente, INTERCOR, cambió su razón social al de Carbones del Cerrejón LLC – Cerrejón.
5. Fue así como en diciembre de 2005, a través de la Resolución 2097, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial acumuló los expedientes N° 577 Cerrejón Central y Oreganal, 1110 Nuevas Áreas de Minería, 1094 y 2600 Cerrejón Zona Norte y Zona Patilla, dentro del expediente 1094. Adicionalmente, estableció un Plan de Manejo Ambiental Integral para los siguientes proyectos: explotación de carbón, transporte férreo y operación portuaria de la zona denominada el Cerrejón, la cual incluye las áreas de Cerrejón zona norte, área Patilla, Cerrejón central y Oreganal y nuevas área de minería en el departamento de la Guajira.

6. Indicó que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior recibió varias comunicaciones por medio de las cuales la empresa El Cerrejón solicitó certificación de presencia de grupos étnicos en el área de influencia del proyecto “Expansión de Puerto Bolívar”, localizado en el sector de Puerto Bolívar en el municipio de Uribí, departamento de la Guajira.

7. Manifestó que mediante Certificación N° 1544 del 27 de julio de 2012, el Ministerio constató la no presencia de grupos étnicos en la zona.

8. Fue así como, puntualizó, el señor Jorge Álvarez Posada, en calidad de representante legal de la sociedad Carbones del Cerrejón, requirió ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) la modificación del Plan de Manejo Ambiental Integral establecido mediante Resolución 2097 de 2005. Solicitó autorizar el “aumento del volumen del dragado en el canal navegable de acceso al puerto, la construcción de un nuevo muelle de remolcadores y la ampliación de la capacidad de la planta desalinizadora actual”. Junto con esa petición, el representante de la empresa también allegó la certificación 1544 de 2012 expedida por el Ministerio del Interior, en la cual no se constata presencia de grupos étnicos en la zona para “el aumento del volumen del dragado del canal navegable de acceso al puerto; construcción de un nuevo muelle de remolcadores y ampliación de la planta desalinizadora actual”.

9. Señaló que el 5 de diciembre de 2012, mediante oficio EXTMII2-0041991, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) le manifestó al Ministerio del Interior que dentro del trámite administrativo para el otorgamiento de la respectiva licencia, se encontraron inconvenientes con las comunidades indígenas Wayuu del sector de Media Luna, “especialmente con la Comunidad Kamúsúchiwo’U, porque ésta consideraba que no estaba siendo legítimamente reconocida en el acto administrativo de certificación”.

10. Por esos motivos, sostuvo, el Ministerio del Interior llevó a cabo una visita de verificación realizada entre el 13 y 17 de octubre de 2013, en la cual concluyó que “aunque hace 30 años existía una tina única comunidad que llevaba el nombre del territorio que ocupaba, hoy existen 15 comunidades que han surgido a través del tiempo. Todas estas comunidades cuentan con una autoridad tradicional que en la mayoría de casos se encuentra posesionada ante la secretaría de asuntos indígenas del municipio de Uribí”

(sic).

11. Pese a lo anterior, el 27 de noviembre de 2013, el Ministerio del Interior expidió la Resolución N° 87 de 2013 donde certifica que no existe presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto objeto de verificación. Por tal motivo, la ANLA, mediante Resolución 0428 de 2014, resuelve conceder “modificar el plan de manejo ambiental establecido a la empresa de Carbones el Cerrejón Limited – Cerrejón, mediante Resolución N° 2097 del 16 de diciembre de 2005 y sus modificaciones y actos administrativos conexos”. Esa resolución fue recurrida y aclarada por solicitud de la empresa el Cerrejón.

12. De igual forma, señaló que la comunidad solicitó a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales la verificación de la presencia de grupos étnicos en el área de influencia, pero dicha entidad le indicó que es el Ministerio del Interior y no ellos quienes deben realizar ese tipo de actividades. Por su parte, el Ministerio insistió en que no existen comunidades étnicas en el área de influencia del mencionado proyecto. En igual sentido respondió la empresa El Cerrejón.

13. El accionante sostuvo que en la zona “sí existen comunidades indígenas que se ven afectadas directamente, puesto que es su lugar e hábitat natural y no se trasladan a ningún otro lado a pesar de la escasez de agua que existe en el desierto de la Guajira”. En consecuencia, existe un deber del Estado de consultar previamente las medidas que se lleven a cabo en el sector y por tanto, solicitan la suspensión de toda actividad hasta tanto no se lleve a cabo ese procedimiento.

14. Puntualizaron que desde 1981, el Gobierno le cedió una parte del resguardo indígena a la empresa del Cerrejón para que desarrollaran el proyecto de Puerto Bolívar dentro del resguardo. Así, reconocieron que si bien no existe presencia exactamente donde se llevan a cabo las actividades del proyecto, alrededor del mismo sí es clara la presencia de estas comunidades presuntamente afectadas, además, por los daños ambientales que se producen en la zona.

15. Solicitó la protección del derecho que asiste a su comunidad de consulta previa y que, en consecuencia, se suspenda la Resolución 0428 de 2014 por medio de la cual la ANLA otorgó licencia ambiental para modificar el plan de manejo ambiental establecido a la

empresa Carbones del Cerrejón Limited-Cerrejón, específicamente las actividades de aumento del volumen del dragado del canal navegable de acceso al puerto, la construcción de un nuevo muelle de remolcadores y la ampliación de la capacidad de la planta desalinizadora actual.

Intervención de las partes demandadas.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de la Guajira ordenó notificar y vincular a la Presidencia de la República, el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, al Ministerio del Interior, a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a la Personería Municipal de la Guajira, a la Defensoría del Pueblo, a la Procuraduría Regional de la Guajira y a la empresa Carbones del Cerrejón, de la presente acción de tutela. A continuación se presentan los principales argumentos de quienes formularon sus escritos en el presente trámite.

16. Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

En su calidad de director, Álvaro Echeverry Londoño, se opuso a las pretensiones presentadas por la parte demandante. En concreto, sostuvo que en el área de influencia del proyecto de expansión de Puerto Bolívar, específicamente para las actividades de aumento del volumen del dragado del canal navegable de acceso al puerto, la construcción de un nuevo muelle de remolcadores y la ampliación de la capacidad de la planta desalinizadora actual, no se encontró presencia de comunidades étnicas.

Así, puntualizó que las visitas posteriores que se hicieron no constituían un nuevo proceso de certificación sino tan solo, tenían como “propósito confirmar los datos aportados por el solicitante de la certificación respecto a lo propio obrante en el contenido de la certificación 1544 de 2012”. Así, señalaron que si bien “los profesionales hacen una labor descriptiva en la cual reseñan la presencia de comunidades en el Sector de la Media Luna, (...) no es cierto que se firme que las mismas se encuentran dentro del área de influencia de las actividades objeto de visita”. De esa manera, indicaron que si bien es cierto que las comunidades pueden existir en la región, eso no significa que se encuentren en el área de influencia del proyecto.

17. Autoridad Nacional de Licencias Ambientales.

Yolanda María Leguizamón Malagón, abogada representante de la entidad, se opuso a las pretensiones de la acción de tutela. Indicó que es cierto que en julio de 2012 se presentó una solicitud para modificar el Plan de Manejo Ambiental establecido para el proyecto de explotación de carbón, transporte férreo y operación portuaria de la zona denominada “Cerrejón”, y que si bien dicha entidad informó a la Dirección de consulta previa del Ministerio del Interior que se encontraba en curso el procedimiento para su modificación, nunca se mencionó que “ello obedeciera al hecho de que las comunidades del sector manifestaran no estar siendo legítimamente reconocidas en la certificación que para el efecto había expedido” la dirección de consulta previa del Ministerio.

De la misma manera, aclaró que la petición que hizo al Ministerio del Interior se fundamentó en que “el polígono del área objeto de modificación que fue suministrado por la empresa al Ministerio del Interior (Grupo de Consulta Previa); corresponde a la zona de reserva minera, la cual no cubre en su totalidad el área de influencia directa para el medio socioeconómico, que es parte integral de la modificación que solicitó la empresa Cerrejón a la ANLA”.

Acorde con lo anterior, sostuvo que la visita de verificación que hizo el Ministerio del Interior se produjo con ocasión a dos circunstancias. Primero, como consecuencia del requerimiento oficial que la ANLA le hizo en el marco de la modificación al Plan de Manejo Ambiental del proyecto. Segundo, debido al auto número 907 de 2013, por medio de la cual dicha entidad solicitó a la empresa Carbones del Cerrejón la presentación de información adicional dentro del trámite señalado. Puntualizó que en ese auto, la ANLA le pidió a la empresa involucrada presentar la certificación emitida por el Ministerio del Interior sobre la presencia o no de comunidades indígenas en el que se “incluya el AID (área de influencia directa) del proyecto objeto de modificación y no sólo lo referente al área de reserva industrial”.

Ahora bien, manifestó que pese a las dudas que surgieron en el trámite de la expedición de la licencia para la modificación del Plan de Manejo Ambiental del Cerrejón, decidió expedir Resolución 428 del 7 de mayo de 2014 por medio de la cual se permitió el desarrollo del proyecto de explotación de carbón a cielo abierto denominado El Cerrejón. Sin embargo, “aclara que la decisión sobre el otorgamiento o la negación de la licencia ambiental o de la

modificación de la misma o del Plan de Manejo Ambiental para un proyecto, obra o actividad determinada, es el producto de un proceso metodológico y evaluativo tanto técnico como jurídico (...). Así, la certificación expedida por el Ministerio del Interior sobre la presencia o no de comunidades étnicas (...) goza del principio de legalidad de los actos administrativos (y es) la que determina la procedencia de efectuar o no la Consulta Previa en el marco del procedimiento de modificación del Plan de Manejo Ambiental”.

18. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Sandra Carolina Simancas Cárdenas, abogada de la entidad, respondió la acción de tutela señalando que de conformidad con el Decreto Ley 3573 de 2011, la competencia para modificar y hacer seguimiento al Plan de Manejo Ambiental establecido por la Resolución 428 de 2014, corresponde a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y no al señalado Ministerio. Por eso, solicitó ser excluido del trámite de tutela.

19. Empresa Carbones del Cerrejón Limited (Cerrejón).

Jairo Humberto Amaya Rodríguez, apoderado de la empresa en cuestión, respondió la acción de tutela de la referencia. Manifestó que no se está causando ninguna lesión a los derechos fundamentales de la comunidad tutelante por parte de la demandada, toda vez que han cumplido con cada uno de los requisitos y procedimientos establecidos para la elaboración del proyecto cuestionado.

Acorde con lo anterior, aclaró que su representada radicó ante el Ministerio del Interior unas comunicaciones con el objeto de obtener certificación sobre la presencia o no de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto “Expansión de Puerto Bolívar”, ante lo cual, la Dirección de Consulta Previa de esa entidad respondió negativamente. Es decir, que en dicha zona no existen comunidades indígenas.

Igualmente, refirió que ninguna de las tres obras adicionales del proyecto hacen parte de la Resolución 1010 de 2001, por medio de la cual se autorizaron las obras de expansión y operación de la infraestructura de Puerto Bolívar y del ferrocarril del Cerrejón Norte y se desarrolló la construcción de las obras de la Fase 1. De esta forma, argumentó que si bien la “certificación 1544 de 2012 del Ministerio del Interior hace alusión a que las tres obras adicionales atrás mencionadas hacen parte de la fase 1 de la Resolución 1010 de 2001, esta

circunstancia fue aclarada con la Resolución 87 de 2013 proferida por el Mismo Ministerio”. Eso explica que con posterioridad a la expedición de la Resolución 1010 de 2001, estudios técnicos “mostraron la necesidad de desarrollar tres obras adicionales en el Puerto Bolívar para el incremento de la capacidad portuaria hasta 40 millones de toneladas por año”, motivo por el cual, la ANLA, expidió la Resolución 428 de 2014.

Por otra parte, sostuvo que en el presente caso no es procedente la consulta previa para el desarrollo de las obras mencionadas, teniendo en cuenta que “en el área donde se pretende ampliar la planta desalinizadora de la empresa Cerrejón, la cual está instalada dentro del área donde se desarrollan las actividades de Puerto Bolívar, no hay registro de presencia de ninguna de comunidades Wayuu”. Así mismo, donde se pretende instalar el muelle de remolcadores, “no hay registro de presencia de ninguna comunidad indígena Wayuu”. Lo mismo sucede con el dragado adicional que se proyecta a desarrollar sobre el canal de acceso a Puerto Bolívar.

No obstante, indicó que “aunque a la visita se evidencia que la pesca artesanal es uno de los principales medios de subsistencia de la mayoría de comunidades, ésta se desarrolla en zonas diferentes al área del canal del puerto”. Lo anterior, debido a que, de acuerdo con la Resolución 71 de 1997, ninguna embarcación de las comunidades Wayuu puede ingresar al canal y mucho menos desarrollar actividades pesqueras.

Así pues, concluyó su intervención sosteniendo que “si bien la comunidad indígena de Media Luna es aledaña al Puerto Bolívar, esta no se encuentra asentada directamente en el área de influencia del proyecto específico de las tres obras adicionales (...), ni se verá impactada con el mismo, situación que generó la certificación de que no se identificó la presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia del proyecto, emitida por el Ministerio del Interior”. Por esas razones, solicita que se niegue la presente acción de tutela.

20. Personería Municipal de Uribí

Enrique Jesús Barros Hernández, Personero Municipal, respondió el oficio remitido por el juez de primera instancia. Señaló que es cierto que en el sector del Cabo de la Vela tiene asiento la Comunidad Indígena de Media Luna Dos, de conformidad con la certificación expedida por el secretario de Asuntos Indígenas del municipio. De igual forma, indicó que

dicha comunidad la componen 122 familias que desarrollan actividades de pesca y pastoreo pero que, según su Autoridad Tradicional y tutelante en el presente trámite, “por el polvillo los chivos no pueden permanecer por esa zona que se encuentra colindando con los predios de el Cerrejón (Puerto Bolívar) por la parte donde se encuentran los equipos que se utilizan para cargar los buques del carbón, que al depositar el cargue se expande el polvillo y llega a la comunidad”.

Del fallo de primera instancia

21. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de la Guajira, mediante fallo proferido el 6 de noviembre de 2015, tuteló los derechos fundamentales de la comunidad Media Luna y ordenó la realización del trámite de Consulta Previa con esa población.

22. Luego de hacer un recuento jurisprudencial sobre el concepto de afectación directa como criterio para determinar la procedencia o no de la consulta previa, el fallo abordó la solución del caso concreto. En relación con los requisitos formales de inmediatez y subsidiariedad, resaltó que la misma Corte Constitucional ha sostenido en reiteradas ocasiones que la acción de tutela funciona como el mecanismo más adecuado para proteger los derechos de las comunidades étnicas y en particular, su derecho a ser consultados cuando distintos proyectos amenacen sus derechos, usos y costumbres, de manera que no hizo un análisis exhaustivo sobre estos aspectos.

23. En relación con el fondo del asunto, la sentencia en cuestión señaló que si bien la autorización para la modificación del Plan de Manejo Ambiental relativo a la expansión del Puerto Bolívar recibida por la empresa el Cerrejón contó con distintos estudios técnicos que señalaban la no presencia de comunidades étnicas en la región, no era posible “desconocer la existencia de las comunidades aquí accionantes, ya que se verificó mediante el Despacho Comisorio remitido a la Personería Municipal de Uribía, que el señor Personero de esa localidad logró establecer que es cierto que en el sector del Cabo de la Vela tiene asiento la comunidad indígena de Media Luna Dos”.

24. De igual forma, puntualizó que en “cuerpo de la ya tantas veces mencionada resolución 0428 de 2014 también se logra constatar que se hace alusión expresa a que los posibles impactos que generen las obras objeto de modificación, deberán ser mitigados acorde con

las condiciones y dinámicas poblacionales del Área de Influencia Directa – AID-, y que el Plan de Gestión Social que se apruebe deberá implementarse con las comunidades denominadas Malla Norte y Malla Sur respectivamente”.

Para la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, es claro que sí se producen afectaciones directas a los derechos de las comunidades indígenas del sector ya que las obras a realizarse tienen la potencialidad de afectar en forma directa la biótica marina y las actividades socioeconómicas que se realizan en la zona por parte de las comunidades allí asentadas, como es el caso de la pesca artesanal, la agricultura y el pastoreo.

25. Por esas razones, para ese juez se vulneraron los derechos fundamentales de la comunidad. Por ello, decidió conceder el amparo de los mismos, ordenando realizar el trámite de consulta previa, así como la suspensión de la licencia o autorización otorgada por la ANLA a la empresa el Cerrejón, hasta tanto no se surtiera el mencionado mecanismo de participación. Finalmente, ordenó a la empresa demandada abstenerse de comenzar cualquier tipo de actividad relacionada con la ampliación del puerto, o suspenderla en caso de haberse iniciado.

Impugnación

26. El señor abogado de la empresa del Cerrejón, Jairo Humberto Amaya, impugnó el fallo de primera instancia por medio del cual se concedió el amparo de los derechos fundamentales de la comunidad indígena Media Luna Dos. Insistió en que la comunidad que presenta la acción de tutela no se encuentra en el área de influencia directa del proyecto en cuestión, tal y como lo señaló el Ministerio del Interior. Así, sostuvo que “si bien la comunidad indígena de Media Luna Dos es aledaña a Puerto Bolívar, esta no se encuentra asentada en el área de influencia directa del proyecto específico de las tres obras adicionales”. Por lo anterior, solicitó que se revocara la sentencia emitida por el juez de primera instancia y, en su lugar, negara las pretensiones de los accionantes.

Del fallo de segunda instancia

27. Mediante sentencia con fecha del 14 de enero de 2016, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura declaró improcedente el amparo constitucional impetrado por la comunidad Media Luna Dos. En concreto, el Consejo Superior de la Judicatura encontró que

no se cumplía con el requisito de inmediatez toda vez que la acción de tutela fue interpuesta un año y medio después de haberse causado la presunta vulneración de los derechos fundamentales, sin que dentro de las intervenciones de los demandantes se vislumbre justificación alguna para dicho mora en el uso de las acciones judiciales.

De la misma manera, sostuvo que los actos administrativos relacionados en el caso concreto pueden ser discutidos en sedes judiciales propias, por lo que la acción de tutela no es la única alternativa posible. Por tanto, concluyó, tampoco se cumple con el requisito de subsidiariedad.

Actuaciones surtidas en la Corte Constitucional

28. Con base en lo dispuesto por el artículo 57 del Reglamento de la Corte Constitucional y con el objeto de contar con mayores elementos probatorios para adoptar la decisión, el Magistrado Sustanciador, mediante auto con fecha del 23 de junio de 2016, decidió oficiar a la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior para que respondiera lo siguiente:

1. Cuál es el área de influencia del Proyecto de Expansión de Puerto Bolívar, localizado en la jurisdicción del Municipio de Uribía, Departamento de la Guajira, y, con claridad, manifieste en qué consiste dicho plan y cuáles son los efectos sobre la población aledaña.
2. Indique con precisión si en la zona existen comunidades étnicas que pueden verse afectadas con la realización de dicho proyecto.
3. Remita copia del acta de la visita de verificación desarrollada entre el 13 y 17 de octubre de 2013 por la antropóloga Juliana Esguerra, el geógrafo Luis Fernando Mora y el Ingeniero Sanitario Roger Donado, contratistas del Ministerio, documento que sirvió como fundamento de la Resolución N° 087 del 27 de noviembre de 2013.

Posteriormente y con base en el mismo fundamento constitucional y legal, y por considerar relevante la ampliación de los hechos, esta Sala procedió a decretar las siguientes pruebas:

Primero.- Por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, solicitar

concepto técnico a las siguientes personas e instituciones: (i) Héctor Julio Fierro, geólogo de la Universidad Nacional de Colombia y miembro del Grupo de Investigación Geo ambiental de la Corporación Terrae; (ii) Ana María Llorente, ingeniera ambiental y miembro del Grupo de Investigación Geo ambiental de la Corporación Terrae; (iii) Rodrigo Negrette, abogado de la Universidad Nacional de Colombia; al Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP), para que, en el término de 10 días calendario contados a partir de la notificación de esta providencia, se pronuncien sobre los hechos, pruebas y consideraciones relacionadas en esta providencia, haciendo énfasis en las siguientes preguntas:

(i) Para Ana María Llorente, Héctor Julio Fierro y el CINEP:

1. ¿Cuál es el impacto ambiental del proyecto el Cerrejón, en general, y, en particular, la ampliación del Puerto Bolívar, sobre las comunidades étnicas que habitan el sector, especialmente, de la comunidad Media Luna Dos?
2. ¿De manera clara, indique qué es el área de influencia directa e indirecta de un proyecto minero y si ello da cuenta de los verdaderos impactos ambientales y sociales que se pueden causar sobre una comunidad étnica? En ese mismo sentido, ¿Cuál es el impacto ambiental, directo o indirecto, del área de influencia directa de la ampliación del proyecto el Cerrejón en el Puerto de Bolívar, y cómo este puede afectar a la Comunidad Media Luna Dos?
3. De conformidad con la respuesta que la empresa El Cerrejón remitió a esta Corte, la ampliación del proyecto minero en el Puerto Bolívar, traerá consigo el aumento en la producción del Carbón[1]. En ese sentido, ¿Cómo puede afectar ese aumento de producción al ambiente sano en la región, pero, más específicamente, a las comunidades indígenas Wayuu que habitan el sector?
4. ¿Cuáles son las medidas para mitigar los posibles efectos de la producción de carbón, en general, y del proyecto del Cerrejón, en particular, en la región?
6. Con claridad, simpleza y de manera concreta, pronunciarse sobre los informes técnicos que las entidades accionadas aportaron al proceso.

(ii) Para Rodrigo Negrette:

1. ¿Cuál es la diferencia entre área de influencia directa e indirecta de un proyecto minero, y el concepto de afectación directa contenido en el Convenio 169 de la OIT? ¿Son equiparables?
2. ¿Cuál es la relación entre ambiente sano y consulta previa? ¿Cómo y cuándo una afectación al ambiente sano trae consigo la interferencia en derechos de comunidades étnicas?
3. ¿Cuál es la vinculatoriedad jurídica del certificado de presencia o no presencia de comunidades étnicas expedido por la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior?

Tercero.- Por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, oficiar a (i) la Gobernación de la Guajira, (ii) a la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, para que remitan un mapa en donde:

1. De manera sencilla, se evidencie con absoluta claridad la ubicación exacta de la comunidad “Media Luna Dos” y del proyecto minero del “Cerrejón”, en el cual se pueda verificar la distancia colindante, en metros, entre uno y otro.
2. Indiquen si con la comunidad Media Luna Dos se ha realizado algún proceso de consulta previa, respecto de cualquier tema, en general, y, en particular, por alguna medida relacionada con la explotación de carbón en el proyecto del Cerrejón.

Estas pruebas serán analizadas en la oportunidad correspondiente y en conjunto con aquellas recibidas por la parte demandada, demandante e intervinientes posiblemente afectados con el presente fallo.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del auto del 14 de abril de 2016 expedido por la Sala de Selección Número Cuatro de esta Corporación, que decidió seleccionar el presente

asunto para su revisión.

1. Problema jurídico y temas jurídicos a tratar

1.1. Conforme con los antecedentes del caso, la Comunidad Media Luna Dos, ubicada en el Departamento de la Guajira, solicitó la protección de su derecho fundamental a la consulta previa, por considerar que la ampliación del proyecto denominado “ampliación del Puerto Bolívar” incluido en la explotación del Cerrejón, afecta directamente sus derechos como comunidad étnica, con lo cual, surge la obligación de realizar el proceso de consulta previa en aras de garantizar el mantenimiento de sus culturas y tradiciones.

1.2. Por su parte, la empresa el Cerrejón sostiene que no existe vulneración de sus derechos fundamentales debido a que no se evidencia afectación directa por la ampliación del Puerto Bolívar, ya que en la zona de influencia directa donde se van a desarrollar las tres obras de ampliación, no se vislumbra afectación alguna, mucho más si se tiene en cuenta que el Ministerio del Interior, emitió un certificado en el que constata que allí no existe presencia de comunidades étnicas.

1.3. En ese orden de ideas, la Sala Novena de Revisión debe resolver la siguiente cuestión: como primera medida, debe determinar si existe afectación directa de los derechos étnicos y culturales de la comunidad Media Luna Dos por las actuaciones que la empresa el Cerrejón ha desarrollado en la explotación de carbón en la guajira y, en caso de que la respuesta sea afirmativa, debe resolver si existe vulneración del derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad Media Luna Dos, por la ampliación del proyecto Puerto Bolívar que se llevará a cabo por la empresa del Cerrejón, quien argumenta que, conforme a certificación emitida por la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, en el área de influencia directa no existe presencia de comunidades étnicas.

1.4. Para resolver este interrogante, la Sala adoptará la siguiente metodología: En primer lugar, (i) abordará el estudio general del marco constitucional sobre la protección a los derechos étnicos en Colombia. En segundo lugar, (ii) presentará las principales características del derecho a la consulta previa. En tercera medida, (iii) estudiará los principales pronunciamientos que en sede constitucional han resuelto tensiones constitucionales entre proyectos de exploración y explotación de recursos naturales y comunidades étnicas, haciendo énfasis en el valor normativo del certificado de presencia de

comunidades expedido por el Ministerio del Interior y el área de influencia directa. Finalmente, (iv) se resolverá el caso concreto.

2. Marco normativo de protección de derechos étnicos. Convenio 169 de la OIT y Constitución Política de Colombia.

2.1. Dentro del marco normativo de protección de derechos étnicos, existen múltiples normas que cumplen con esa función. Tanto en el plano nacional como internacional, varios instrumentos jurídicos han jugado un papel muy importante en ese fin. Tal es el caso de, por ejemplo, el Convenio 169 de la OIT y su posterior desarrollo por decisiones emitidas por tribunales internacionales, y, un sinnúmero de decisiones judiciales, en control abstracto y concreto, emitidas por la Corte Constitucional[2]. Bajo este sistema se ha logrado edificar no solo una dogmática constitucional fuerte, sino también una serie de reglas aplicables a casos concretos que posteriormente determinarán los remedios judiciales para cada uno de esos eventos. La declaración de Colombia como un país pluralista y multicultural[3], hizo que el respeto por la autonomía indígena adquiriera una dimensión diferente.

(i) Convenio 169 de la OIT. El objeto del tratado es la protección de los derechos de los pueblos étnicos.

2.2. El 7 de junio de 1989, la Conferencia Internacional del Trabajo, en Ginebra, Suiza, aprobó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Dicha norma es fruto de la revisión del Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales de 1957, tras una serie de observaciones que, incluidos los pueblos y organizaciones, se realizaron al mencionado convenio. En especial a su marcada y discutible visión integracionista y asimilacionista. La Conferencia General de la OIT decidió que eran los grupos étnicos y no la sociedad mayoritaria quienes debían determinar cuáles medidas resultaban más convenientes para el desarrollo político, social, económico y cultural de sus propios pueblos.

2.3. Este Convenio, el 169, se enmarca dentro de un contexto en el que los Estados se comprometen a garantizar la participación de las comunidades en las decisiones que las afecta. En esa medida, si bien la participación de los pueblos es la piedra angular de ese instrumento internacional, no por ello es el fin último del Tratado. La participación se trata de un presupuesto y un mecanismo para salvaguardar la subsistencia, libre determinación, autonomía, y todos aquellos demás derechos que son reconocidos, no atribuidos, por el

Convenio 169 de la OIT.

2.4. En ese orden de ideas, ese instrumento garantiza los derechos a la tierra, participación, educación, cultura y desarrollo, enmarcados dentro del contexto global de salvaguarda a su identidad, con miras a que dichos pueblos puedan gozar de los derechos fundamentales que la sociedad mayoritaria goza. De esta forma, los Estados firmantes están en la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para que puedan controlar sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico, dotándolos de mecanismos que propicien el fortalecimiento de su identidad y cultura.

2.5. Por ejemplo, desde el preámbulo, los Estados reconocen en el Convenio 169 “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”. De la misma forma, aceptan que “que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión”.

2.6. Por esas razones, entonces, los Estados no solamente se enfocaron en permitir la participación de las comunidades en las medidas que les afecta, sino también desplegar todo un marco de protección tendiente a garantizar la promoción, protección, reconocimiento y satisfacción de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Así, el tratado es un instrumento que procura imponer medidas a los Estados no solamente dirigidas a aumentar el nivel de participación, sino los estándares de protección de la identidad, tradiciones y autonomía de los pueblos.

El artículo 4º establece que deberán “adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”. El artículo 5º también señala que deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente, al igual que respetar la integridad de los valores y prácticas de los pueblos.

2.7. Más adelante, el artículo 7º indica que “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”, mientras que “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”.

2.8. Como se puede apreciar, el Convenio 169 trata una serie de temas que sirven como fundamento para el posterior desarrollo normativo que instancias internacionales y nacionales han realizado en el marco de sus competencias. Tal es el caso de, por ejemplo, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o, internamente, la Corte Constitucional.

2.9. Ahora bien, en este Convenio existe un especial interés en que las decisiones que puedan afectar los derechos indígenas, les sean, cuando menos, consultadas. Se trata de la materialización de su derecho a la participación consagrado desde el preámbulo del Convenio 169 de la OIT y especificado en el artículo 6º de dicho tratado. Esa institución fue denominada por ese instrumento como el derecho a la consulta previa. Sin embargo, como se señaló, el Convenio no solamente se refiere a este derecho pues la consulta tan solo opera como el instrumento que garantiza que sus tradiciones, identidad y autonomía como pueblo no sean cooptadas por la sociedad mayoritaria.

(ii) La Constitución de 1991 es una Carta pluricultural respetuosa de los pueblos étnicos[4].

2.10. Desde sus primeras disposiciones, la Constitución de 1991 reconoció la diversidad étnica en su doble dimensión de principio y valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico. Es así como el artículo 1º establece que Colombia es un Estado Social de Derecho “organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista”. Ello implica que el Constituyente haya decidido proteger a pueblos, grupos, culturas, individuos, tradicionalmente excluidos de la toma de decisiones, entre otros, con el firme propósito de permitir y proteger la diferencia cultural. De ahí que el artículo 2º establezca como fin del

Estado “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan”. Igualmente, en aras de garantizar ese pluralismo, “reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación”.

Sobre este punto, esta Corporación ha resaltado que “[l]a diversidad en cuanto a la raza y a la cultura, es decir, la no coincidencia en el origen, color de piel, lenguaje, modo de vida, tradiciones, costumbres, conocimientos y concepciones, con los caracteres de la mayoría de los colombianos, es reconocida en la Constitución de 1991, al declarar la estructura pluralista del Estado Colombiano, reconocer y proteger “la diversidad étnica y cultural de su población” y las “riquezas culturales y naturales de la nación””[5]. Eso significa que nuestra Constitución propugna por un modelo de Estado en el que se acepta que en Colombia no existe una cultura homogénea, aspecto que, adquiere mayor relevancia cuando de comunidades afro e indígenas se trata[6].

Precisamente, en aras de garantizar dicha heterogeneidad, la Constitución se interesa “en la preservación de esas comunidades diferenciadas, a través de la implementación de herramientas jurídicas que garanticen su identidad como minoría étnica y cultural, organizadas y reguladas mediante sus prácticas tradicionales”[7].

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

intelectual relacionada con obras, creaciones culturales y de otra índole” [8].

2.12. El Constituyente del 91 también estableció herramientas específicas para dar cumplimiento al mandato de reconocimiento y protección de las comunidades étnicas. Así, a lo largo de la Constitución introdujo diversos espacios de participación y reconocimiento que permiten respetar la diferencia de esas comunidades, y que, además, ha sido tradicionalmente rechazada por la cultura dominante[9]. Prueba de ello es, por ejemplo, la elección de congresistas bajo la modalidad de circunscripción nacional especial; el hecho de que la conformación y delimitación de las entidades territoriales se haga con la inclusión de sus representantes; que la explotación de los recursos naturales que se encuentran en los territorios étnicos se haga sin desmedro de su identidad cultural y con la participación de sus respectivas autoridades[10], etc.

2.13. A través de estas disposiciones, entre otras, la Constitución garantizó que la inclusión de las comunidades étnicas[11] no estuviera sujeta a la voluntad del gobernante de turno, ni a la disposición de la cultura hegemónica y dominante. Esas instituciones fueron fijadas por el Constituyente para que el derecho a la participación de pueblos tradicionalmente discriminados no se convierta en una norma de papel, y cuente con mecanismos reales de incidencia en las decisiones del Estado, especialmente, aquellas que les afecten. Precisamente, el derecho a la participación democrática de sectores excluidos funge como base del Estado constitucional y el reconocimiento de su identidad, implica obligaciones. Obligaciones que a su vez son derechos fundamentales de estas poblaciones[12].

3. Derecho fundamental a la Consulta Previa. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. Una manifestación del constitucionalismo pluralista concebido por la Constitución de 1991, es el derecho fundamental con el que cuentan las comunidades étnicas a ser consultadas sobre todas aquellas medidas que las afecten directamente. Este mecanismo ha sido reconocido como el derecho a la consulta previa[13]. A continuación, esta Sala reiterará la jurisprudencia más relevante sobre la materia, haciendo énfasis en el concepto de afectación directa. Para ello, además, estudiarán algunos conceptos del Convenio 169 de la OIT aplicables al caso concreto.

3.2. El concepto de consulta previa fue incorporado en nuestro ordenamiento jurídico[14] a través de distintos pronunciamientos constitucionales que la Corte hizo de la interpretación

de los artículos 40 y 330 de la Constitución y el ya mencionado Convenio 169 de la OIT. De acuerdo con esas normas, la obligación de consultar a los pueblos étnicos es a su vez un derecho de dichas comunidades cuando quiera que se vayan a realizar proyectos, obras, actividades, o en general, se tomen o vayan a tomar decisiones que incidan directamente sobre ellos. La garantía consiste en la necesidad de realizar un trámite de consulta complejo y previo a la adopción de cualquier medida que afecte directamente los derechos de los pueblos étnicos. Sin surtirlo, se estará, por un lado, violando un derecho fundamental y, por otro, viciando los actos (de cualquier naturaleza) que se dieron con ocasión de esos procesos[15].

3.3. En otros términos, de conformidad con el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, instrumento que hace parte del bloque de constitucionalidad[16], la consulta previa consiste en el deber de, valga la redundancia, “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”.

3.4. Mediante sentencia SU-039 de 1997, la Corte estableció que “el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”[17]. Ello significa que la consulta previa no solo es un fin en sí mismo, sino también es un instrumento de protección y salvaguarda de otros derechos. Esta garantía materializa otras prerrogativas, pero, en particular, la prevalencia y salvaguarda de la integridad étnica.

A continuación, la Sala Novena de Revisión Constitucional procederá a desarrollar los elementos más importantes del derecho a la consulta previa, para, posteriormente, definir las subreglas más importantes al respecto.

(i) Cuándo procede la consulta previa. Ámbito de aplicación.

3.5. Ni el Convenio 169 de la OIT ni la jurisprudencia constitucional, han definido taxativamente las causales de procedencia de la consulta. Eso se explica en tanto la consulta previa no es un trámite rígido sino que depende y varía según las circunstancias de cada caso y las condiciones particulares de los pueblos. Entre más restricciones a la consulta, mayores serán las implicaciones negativas para los pueblos. No obstante, tanto el Convenio como esta Corporación, han señalado una serie de criterios tendientes a verificar la procedencia o ámbito de aplicación de la consulta. El concepto relevante en ese análisis es el de “afectación directa”.

3.6. Así las cosas, el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT señala que las comunidades étnicas deben ser consultadas “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. En el mismo sentido, el artículo 7 establece que los Estados tienen el deber de asegurar que los pueblos participen en las decisiones que sean “susceptibles de afectarles directamente”. Como se puede advertir, el criterio de afectación directa es el eje central del análisis acerca de si deben consultar proyectos o medidas con los pueblos.

3.7. El mismo Convenio puntualizó algunas hipótesis en las que ineludiblemente los Estados se comprometieron a realizar la consulta. Así, es obligación de realizarla sobre (i) aquellas medidas que involucren la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales[18]; (ii) las medidas que impliquen trasladar o reubicar a esas colectividades de las tierras que ocupan[19]; (iii) las decisiones relativas a su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir, de otra forma, sus derechos sobre estas fuera de su comunidad[20]; (iv) las medidas relacionadas organización y al funcionamiento de programas especiales de formación profesional[21]; (v) la determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno[22] y (vi) las medidas relacionadas con la enseñanza y la conservación de su lengua[23]. En algunos casos se requerirá, además, el consentimiento previo, libre e informado. Sobre el punto se volverá más adelante.

3.8. La Corte, en reiterada jurisprudencia, ha manifestado que dichos elementos no constituyen un listado taxativo sobre cuándo procede la consulta. Por el contrario, este

Tribunal ha señalado que el “hecho de que el Convenio 169 vincule el deber de consulta al criterio de afectación directa supone, por el contrario, que las autoridades competentes deban verificar, en cada caso, si determinada decisión, proyecto o medida puede repercutir de alguna manera en los intereses de determinada comunidad étnica. Con ese objeto, deben valorar los criterios de interpretación previstos por el propio Convenio, por otros instrumentos internacionales de protección de los derechos de las minorías étnicas, por la doctrina autorizada y la jurisprudencia”.

3.9. Así las cosas, esta Corporación, en sentencia T-576 de 2014, ratificada por la sentencia T-197 de 2016, trazó algunas directrices que deben tenerse en cuenta a la hora de evaluar la procedencia o no de la consulta: (i) verificar si la medida hace parte de los eventos concretos de afectación directa del Convenio; (ii) analizar si la actuación comporta algún tipo de riesgo de afectación directa o; (iii) afecta sus intereses, independientemente de que estos cuenten o no con un reconocimiento formal del Estado.

3.10. Ahora bien, es un error considerar que el concepto de afectación directa se restringe a algunos derechos de las comunidades. Por ejemplo, se suele pensar que porque la afectación al territorio es fácilmente palpable, solamente procederá la consulta cuando quiera que se amenace o lesione ese derecho. La Corte ha sido enfática en señalar que “afectación directa” es un concepto amplio y complejo que involucra visiones metodológicas que varían dependiendo de cada caso, y que, no se reduce al derecho al territorio. Incluso, ni siquiera ha asimilado el territorio al espacio físico donde se desenvuelve la tensión. La afectación es directa respecto de cualquier tipo de medida y frente a cualquier derecho. Precisamente, esa es la razón por la que no existe un catálogo de hipótesis de afectación.

3.11. Acorde con lo anterior, por ejemplo, la Corte ha indicado que la afectación directa se debe entender como toda medida que “altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”[24]. En otros términos, la afectación directa se da sin importar que sea favorable o desfavorable, ya que es precisamente dicho aspecto el que deberá resolverse al consultar a los pueblos indígenas afectados.

3.12. Igualmente, en otra providencia, manifestó que[25]:

“(i) Se debe consultar cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos. (ii) Para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas comunidades indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana’. (iii) Aquellas políticas que en razón de su contenido o implicaciones interfieran directamente con los intereses de las comunidades diferenciadas’.”

3.13. Adicionalmente, cuando se trata de medidas legislativas, la Corte, en sentencia C-063 de 2010, explicó que la afectación directa se produce cuando “una norma tiene como objeto principal de regulación una o varias comunidades indígenas; o cuando la regulación planteada tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que aquellos que tiene el resto de la población”, y en la cual se concluye que “no queda lugar a duda que únicamente en ocasiones de afectación directa será obligatoria la práctica de la consulta previa a la o las comunidades indígenas que soportan las consecuencias de una medida legal o administrativa”.

3.14. La sentencia T-576 de 2014, por otra parte, sostuvo que “el deber de celebrar consultas se activa siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos interesados en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad, lo cual puede ocurrir cuando la respectiva decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de estas comunidades diversas (...) reconociendo además que el impacto que se genera para los pueblos indígenas o tribales es distinto del que produce respecto del resto de la sociedad”.

3.15. Como se puede apreciar, lejos de ser una contradicción, lo que la Corte ha hecho es evitar enumerar las hipótesis de procedencia, privilegiando los análisis según la complejidad y características del proyecto, la medida, la norma, y, por supuesto, las comunidades en tensión.

Ahora bien, sobre lo que sí ha sido enfática la jurisprudencia constitucional es que afectación directa no es sinónimo de afectación al territorio[26]ni que territorio es igual a espacio físico. Esta última se trata, tan solo, de una de las muchas hipótesis de procedencia de la consulta en casos concretos.

(ii) Titulares del derecho a la consulta previa

3.16. La consulta previa radica en favor de las comunidades étnicas; esto es, pueblos indígenas y/o afro descendientes. Sin embargo, el Convenio 169 de la OIT introdujo una serie de criterios que deben ser tenidos en cuenta para determinar cuándo una comunidad reviste tales características y por tanto, se convierte en titular de ese derecho. Pese a ello, preliminarmente, es importante señalar que ningún tratado de derechos humanos define con exactitud qué es un pueblo indígena o tribal. Por eso, los intentos que la jurisprudencia constitucional e internacional han realizado, buscan sistematizar algunos criterios que de ninguna manera son taxativos ni mucho menos estrictos, por cuanto es difícil abarcar grupos tan disímiles en definiciones cerradas[27]. Y es así como se deben leer los siguientes párrafos.

3.17. El artículo 6º del Convenio 169 de la OIT consagra la obligación de consultar a los pueblos interesados sobre las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarlos directamente. Esa disposición, entonces, es clara en señalar que solamente deben ser los “pueblos interesados”, respecto de quienes procede la consulta.

3.18. El mismo Convenio establece que para constatar su ámbito de aplicación, la comunidad tradicional debe reunir ciertas características materialmente verificables que revelen una “conciencia colectiva acerca de su identidad étnica”. Esos elementos han sido caracterizados como (i) objetivos y; (ii) subjetivos. Los elementos objetivos son aquellos asociados a la condición de indígena. El Convenio mencionó (i.i) la continuidad histórica, (i.ii) la conexión territorial y (i.iii) el hecho de conservar sus instituciones sociales, culturales, económicas y políticas, total o parcialmente[28]. Por su parte, los subjetivos exigen que exista un autoreconocimiento o identificación como comunidad étnica tradicional.

3.19. Esta Corporación ha destacado la complejidad en la verificación de estos criterios, insistiendo en que estos son apenas parámetros enunciativos que si bien tienen enorme

trascendencia en la definición del ámbito de aplicación del tratado, no son excluyentes de otras dinámicas y particularidades de los pueblos y de cada caso en concreto. Precisamente, ha señalado que “este tipo de dilemas debe abordarse desde una perspectiva que reconozca el dinamismo propio de los procesos de construcción identitaria y que valore la forma en que distintos fenómenos institucionales, sociales, políticos y culturales pueden moldear la manera en que dichas colectividades se reconocen a sí mismas”[29].

3.20. En palabras de la Corte, “lo expuesto hasta acá confirma que la caracterización de cierto grupo como titular del derecho a la consulta previa depende, necesariamente, de que reivindique cierta especificidad, que puede estar vinculada a una historia compartida, a su relación con la tierra o a la presencia de ciertos rasgos comunes, como su fisiología, su lengua, tradiciones, prácticas de producción, organización social, instituciones políticas, etc., lo cual, en todo caso, no implica que la existencia de la comunidad indígena o tribal pueda descartarse, solamente, sobre la base de la ausencia de alguno de esos factores”[30].

3.21. Según esta Corporación,

“-Ni el Convenio 169 de 1989 ni la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas formulan una definición de lo que debe entenderse por pueblo indígena o por pueblo tribal.[31] En lugar de ello, los instrumentos internacionales de protección optaron por proporcionar unos criterios descriptivos de los pueblos a los que pretenden proteger, vinculados, como aquí se ha dicho, a su identidad diversa, la cual debe ser determinada por los propios pueblos de acuerdo con sus costumbres y tradiciones.

-El criterio más relevante para determinar si determinado pueblo o individuo puede ser considerado indígena o tribal es el criterio de autoidentificación.[32]

-Los pueblos tribales y sus miembros son titulares de los mismos derechos que los pueblos indígenas y sus integrantes.

-En tanto colectividades humanas, los pueblos indígenas y tribales tienen una trayectoria social propia que se adapta a los cambios históricos y se reconfigura continuamente.

-Aunque la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales es compartida por sus integrantes, es inevitable que algunos de ellos vivan con menos apego a las tradiciones culturales que otros. Esto no significa que pierdan su identidad ni las prerrogativas que les confiere el marco normativo internacional de protección de sus derechos”.

(iii) Características del proceso de consulta.

3.22. Tanto el Convenio 169 de la OIT como la jurisprudencia de esta Corporación, han llenado de contenido el trámite de consulta, en aras de garantizar su efectividad y eficacia en la protección de la integridad de las comunidades. La Corte ha sostenido que la consulta no es un trámite limitado a la simple información o realización de reuniones aisladas, pues es y debe ser uno de los mecanismos más eficientes para la protección de los derechos étnicos de las comunidades colombianas. Así, este proceso “no puede agotarse a través de una simple reunión informativa”[33] sin que la opinión de las comunidades tenga trascendencia alguna sobre la medida cuestionada.

3.23. De la misma manera, la participación de las comunidades étnicas se protege siempre que “la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución”[34]. Y estar informados “sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar a una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política (...)”. Dándoles la oportunidad “libremente y sin interferencias extrañas pueda (...) valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto de la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente (...)”.

3.24. La sentencia T-576 de 2014 recogió algunas de esas características. Según la Corte, conforme al artículo 6º del Convenio, las consultas deben (i) llevarse a cabo a través de procedimientos apropiados, (ii) mediante las instituciones representativas de las comunidades, (iii) de buena fe y, (iv) con el firme propósito de lograr un acuerdo y consentimiento de las medidas discutidas.

3.25. En relación con el primer punto, es importante reiterar que la consulta de medidas administrativas o legislativas que afecten directamente a las comunidades, deben ser serias

y no simplemente reuniones que no conduzcan a ningún tipo de acuerdo o a obviar la opinión de las comunidades. Así, a pesar de que no existe un procedimiento único tendiente a determinar la idoneidad y eficacia de las consultas, este trámite debe garantizar la plena participación de las comunidades en el proceso, de manera que se logren confrontar, adoptar y adecuar las medidas según las posiciones de los participantes. Todo ello en aras de un consenso.

3.26. En segundo lugar, el artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas consagra, en los mismos términos del Convenio 169, que los Estados deben celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados, por medio de sus instituciones representativas, antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado. Eso significa que es deber del Estado indagar no solo por la representatividad de las comunidades, sino por las comunidades mismas. Puede suceder que en un mismo escenario confluyan diversos pueblos que pueden verse afectados, caso en el cual, es obligación estatal procurar la mayor representatividad de dichos pueblos.

2.27. Como este tipo de reuniones y consultas muchas veces conllevan consigo la erogación de recursos económicos por parte de los líderes de los pueblos, el Estado debe proveer recursos para tal efecto cuando ello resulte necesario[35]. Igualmente, debe apoyar con el previo suministro de la información completa y detallada que dé cuenta con exactitud qué tipo de medidas se van a realizar y que pueden afectar los derechos de las comunidades.

2.28. De la misma manera, en tercer lugar, las consultas deben llevarse a cabo de buena fe y conforme a las circunstancias particulares de cada caso. Así, en dicho trámite deben propiciarse espacios de confianza y coherencia con las tradiciones y prácticas de las comunidades.

2.29. Finalmente, la consulta no debe realizarse por cumplir con un procedimiento y seguir adelante con la medida. Su propósito, como se señaló desde el principio, se funda en la idea de llegar a un acuerdo entre las partes u obtener el consentimiento de las comunidades sobre las medidas propuestas. Conforme con el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, “1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan; 2. Cuando excepcionalmente el

traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. 3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir la causa que motivaron su traslado y reubicación; (...)”

(iv) El derecho a la consulta no es un derecho al veto pero tampoco a la imposición de medidas que puedan afectar directamente.

2.30. Es importante señalar que el derecho fundamental a la consulta previa es un medio y un fin en sí mismo. Su garantía no se cumple única y exclusivamente con la realización de un trámite. Los acuerdos, e incluso desacuerdos, que se produzcan en las reuniones deben generar algún tipo de efecto. Por eso la consulta no debe ser considerada como un derecho procesal que se satisface cumpliendo con ciertas formas. En otras palabras, no basta con hacer “buenas reuniones”, si lo que las comunidades señalan no tiene incidencia alguna sobre la decisión final.

Sobre este aspecto, esta Corporación ha señalado en reiterada y abundante jurisprudencia que la consulta no constituye un derecho al veto[36]. Eso significa que esa garantía no puede convertirse en una barrera arbitraria (carente de razones), para impedir la implementación de medidas administrativas o legislativas. No obstante, esta misma Corporación también ha señalado que a pesar de que la consulta no es un derecho al veto, tampoco, las medidas a implementar, son un derecho a la imposición en cabeza del Gobierno o Congreso o cualquiera que sea el sector. Como se mencionó en párrafos anteriores, por una parte, el objeto y fin del Convenio 169 de la OIT es garantizar los derechos de las comunidades, siendo la consulta un mecanismo de participación. Por otra, el propósito de la consulta no es otro que el de llegar a consensos en los que la opinión de las comunidades tenga incidencia en las medidas que se adelantaran y que les afecten directamente.

2.31. En la sentencia T-376 de 2012, la Corte recogió algunas reglas generales y específicas

en materia de consulta previa, reiterando lo mencionado en el párrafo anterior. Dichas subreglas serían reiteradas más adelante por esta Corporación, en varias sentencias más[37].

“(i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales. No constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (v) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes”.

2.32. Sobre las subreglas de aplicación, señaló la misma providencia[38]:

“(i) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (ii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta); (iii) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida; y, (iv) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (v) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social”.

2.33. Acorde con lo anterior, la consulta no es una mera indagación o cuestionamiento a las comunidades acerca de si están o no de acuerdo con la medida que van a desarrollar y que afecta directamente sus derechos. De lo que se trata es de buscar el consentimiento de la comunidad. La consulta es el móvil, el consentimiento el fin. Aun así, en algunas ocasiones

dicho consentimiento no es posible de obtener, caso en el cual, la implementación de las medidas consultadas deben estar desprovistas de arbitrariedades. En todo caso, la Corte ha manifestado que en algunas circunstancias, no taxativas, es indispensable la obtención del consentimiento libre, expreso e informado como condición para la procedencia de la medida.

2.34. Recientemente, la sentencia T-197 de 2016 recogió algunos criterios relevantes para determinar la exigibilidad del consentimiento. Ello, a partir de una reconstrucción jurisprudencial de esta Corporación. A continuación se reiterarán dichas reglas citándolas en extenso, dada la importancia para la construcción del caso concreto. Preliminarmente, esta Sala advierte que no se trata de una lista taxativa, sino de una recopilación jurisprudencial. Por ende, la identificación de estas reglas no obsta para que en cada caso concreto deba estudiarse por parte del juez de tutela la procedencia o no del consentimiento previo, libre e informado:

1. Cuando la gravedad de la medida amenace la existencia de la comunidad: “La necesidad de que las consultas terminen con un acuerdo o con el consentimiento de las comunidades afectadas debe establecerse a partir de la gravedad de las posibles consecuencias que la medida objeto de consulta pueda traerles. Una medida que amenace la subsistencia de una comunidad indígena o tribal no podría implementarse, en consecuencia, sin haber obtenido su consentimiento. (Sentencia T-576 de 2014)”

2. Cuando se almacenen o no se eliminen materiales peligrosos en territorio étnico o el traslado del mismo a la comunidad de su territorio: “Conforme a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas el proceso consultivo debe culminar con la obtención del consentimiento en dos circunstancias. El artículo 29 les impone a los Estados el deber de adoptar medidas eficaces para asegurar que “no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado””.

3. Cuando se trate de planes de desarrollo a gran escala: “Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus

costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea. (Sentencia T-129 de 2011)”

En síntesis, el derecho fundamental a la consulta previa no se satisface a través de cualquier mecanismo. Las reuniones que se realizan en cumplimiento de esta garantía de las comunidades deben conducir a acuerdos sensatos en los que las posiciones de las comunidades se vean efectivamente reflejadas. De lo contrario, dichas reuniones se convertirían en una burla a los pueblos si sus posturas no son respetadas. Por esa razón es que el propósito de la consulta debe conducir a buscar el consentimiento libre, previo e informado y en algunos eventos, dicho consentimiento será obligatorio.

4. Jurisprudencia constitucional relevante sobre casos de consulta previa por afectación al ambiente sano, explotación de recursos naturales y/o proyectos mineros.

4.1. Desde la expedición de la Constitución de 1991, los conflictos ambientales, sociales y culturales originados por la extracción de recursos naturales han sido cada vez más frecuentes. Esa situación no ha sido ajena al constitucionalismo contemporáneo. La Corte Constitucional ha tenido que buscar fórmulas para la protección de intereses relevantes así como para la garantía de los derechos fundamentales.

4.2. Como se pudo apreciar en la primera parte de esta providencia, la jurisprudencia constitucional, en un primer momento, desarrolló una dogmática fuerte en materia de consulta previa definiendo con claridad no solo los sujetos titulares del derecho y el contenido de la obligación, sino también algunas hipótesis relativamente claras en lo que tiene que ver con la procedencia de dichas medidas. El concepto que más importancia adquirió fue el de afectación directa. Lejos de enumerar taxativamente causales específicas del deber de consulta, lo que hizo la Corte fue identificar algunos criterios para cumplir con ese propósito.

4.3. La complejidad de los casos fue llevando a la Corte a resolver asuntos en donde si bien

no era palmaria la afectación directa de los derechos étnicos, en todo caso podía comprobarse que los mismos resultaban interferidos en un grado tal que resultaba necesario garantizar el derecho a la consulta previa. Esto sucede, en especial, cuando no se afectaba el territorio de una comunidad ubicada en el área de influencia de un proyecto extractivo, sobre todo en conflictos por la explotación de recursos naturales y afectación al medio ambiente.

4.4. Como se mostrará en el siguiente barrido jurisprudencial, existió un consenso erróneo pero generalizado en considerar que afectación directa era igual o sinónimo de afectación al territorio lo que justificó la intervención de la Corte para definir la situación. Conforme con lo anterior, en algunos casos, bastaba con solicitar un certificado de no presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto extractivo para evadir la responsabilidad de consulta, o, en otros eventos, se pensaba que solo si existía traslape sobre el territorio se debía cumplir con dicha carga. En otras palabras, afectación se redujo al espacio físico donde se encontraban las comunidades; aspecto que fue controvertido por la jurisprudencia.

4.5. Lo que la Corte señaló en sus decisiones era que la afectación al territorio, entendido como espacio físico, es tan solo una de las hipótesis del deber de consulta. De esta manera, el ambiente también podía constituir una de ellas, y que, en todo caso, la existencia o no de una comunidad en cierta zona, y por tanto, del deber de consulta, no podía depender del certificado emitido por el ahora Ministerio del Interior, en su Dirección Nacional de Consulta Previa. A continuación se resaltaré la jurisprudencia más relevante sobre estos casos.

(i) El certificado de presencia o no de comunidades étnicas expedido por el Ministerio del Interior no tiene carácter dirimente y exclusivo.

4.6. Territorio ancestral no es sinónimo del espacio físico en donde se ubican los resguardos indígenas. Por el contrario, el territorio indígena es un concepto cultural mucho más amplio en el cual se desenvuelven las prácticas tradicionales, sociales, económicas, culturales, espirituales, entre otras, de esos pueblos. Así lo ha señalado esta Corte en reiteradas ocasiones[39].

4.7. Sobre el particular, vale la pena destacar que recientemente, en sentencia C-389 de 2016 (M.P. María Victoria Calle Correa), esta Corporación reiteró la importancia y dimensión

diferencial del territorio étnico.

4.8. Según la Sala Plena de esta Corporación,

“En la misma dirección, ha sostenido esta Corte que el concepto de territorio colectivo no se agota en conceptos propios del derecho civil: el reconocimiento estatal de los territorios y la delimitación de su área constituyen mecanismos de protección relevantes de las tierras indígenas. Sin embargo, el territorio colectivo no es un concepto espacial, sino uno cultural (el ámbito de vida de la comunidad). Y, en consecuencia, puede tener un efecto expansivo, destinado a la inclusión de los espacios de relevancia social, cultural y religiosa para las comunidades”[40]

4.9. Pese a esta dimensión del territorio reconocida por la Corte, la práctica evidenció que la situación no era fácilmente definible. En efecto, los nuevos casos que fue conociendo la Corte mostraron que, en la práctica jurídica, la procedencia de la consulta se redujo, por una parte, a la afectación que se diera sobre los asentamientos de las comunidades, siempre y cuando el Ministerio del Interior así lo certificara. Esa situación, hizo que la Corte tuviera que intervenir para fijar subreglas específicas sobre el asunto.

4.10. De conformidad con el Decreto 1320 de 1998, el Ministerio del Interior tiene el deber de certificar la presencia o no de comunidades étnicas en el área de influencia directa del sector en el que se va a desarrollar el proyecto. Cuando un particular solicita dicha constancia, lo que en fondo pretende es verificar que en la zona en la que va a realizar sus labores debe, o no, implementar procesos de consulta previa con los pueblos que la habitan. Lo anterior, pues dicho documento constituye uno de los requisitos exigidos por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales para emitir sus respectivas autorizaciones.

4.11. Como se manifestó, la Corte Constitucional comenzó a estudiar una serie de casos que tenían en común el hecho de que la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior indicaba que en la zona de influencia directa no existían comunidades étnicas, a pesar que las mismas sí estaban ubicadas en el respectivo territorio. Esa situación, entonces, no solo generaba lesión a los derechos fundamentales de las comunidades, sino también inestabilidad jurídica y económica para las empresas pues luego de haber iniciado la exploración y/o explotación de recursos, se encontraban con que en efecto en la zona sí habitaban comunidades. La Corte, en reiteradas ocasiones, haciendo frente a esas

circunstancias, estableció que no es posible descartar la existencia de comunidades étnicas y por tanto la realización de la consulta, por el hecho de que así lo haya manifestado el Ministerio del Interior a través del citado certificado.

4.12. Una de las primeras providencias en pronunciarse sobre el tema fue la T-880 de 2006 (M.P. Álvaro Tafur Galvis). En ese fallo, la Corte tuvo que resolver la presunta vulneración del derecho fundamental a la consulta previa porque la entonces Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia emitió una certificación en la que negaba la presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia del denominado “Pozo Alamo 1” y, con fundamento en ella, el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial le concedió a ECOPETROL S.A. licencia ambiental para realizar obras civiles, levantar construcciones y en general adelantar trabajos exploratorios de petróleo en la vereda El Progreso, corregimiento de La Gabarra, municipio de Tibú.

4.13. En ese caso, la Corte restó eficacia jurídica a la certificación que había expedido el Ministerio del Interior y Justicia, encontrando que evidentemente en la zona sí existían comunidades étnicas y que era extraño que pese a que se habían adelantado reuniones con algunos miembros de esos pueblos, el Ministerio haya considerado la posibilidad de que en esa zona no podía existir afectaciones directas sobre derechos étnicos. Por lo anterior, decidió tutelar los derechos fundamentales de la comunidad Motilón Barí y ordenar realizar la respectiva consulta con las autoridades representativas de ese pueblo. De acuerdo con lo anterior, si bien el análisis jurídico que hizo la Corte no fue sobre la certificación, sí restó eficacia a esa decisión y por tanto, a la licencia ambiental expedida por el entonces Ministerio del Ambiente.

4.14. Algunos años después, la Corte expidió la sentencia T-547 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) o más conocido como el caso la “Dibulla”. La Dibulla es un sector del occidente de la Guajira que se ha visto afectado, como en general el Departamento, por la industria minera. En esa ocasión, los pueblos Kogi, Arhuaco, Kankuamo y Wiwa, ubicados en la Sierra Nevada de Santa Marta, interpusieron acción de tutela en contra de la Resolución 1298 de 30 de junio de 2006, mediante la cual el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial otorgó licencia ambiental a la empresa Brisa S.A. para el proyecto denominado “Construcción y Operación de la Fase 1 del ‘Puerto Multipropósito de Brisa’, localizado en jurisdicción del Municipio de Dibulla,

Corregimiento de Mingueo, Departamento de la Guajira”, en área que, afirmaron, forma parte del territorio ancestral de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.

4.15. Según la Corte,

“en el proceso preliminar de expedición de la licencia ambiental, existieron dudas sobre la presencia o no de comunidades en el sector. Así, en el trámite de expedición se dieron contactos con algunos voceros con las comunidades ese proceso preliminar no se cumplió, pese a que desde el principio se plantearon interrogantes sobre el particular, al punto que, en el intercambio de criterios entre las autoridades competentes, fue preciso que en nueve oportunidades se certificara acerca de la no presencia de comunidades indígenas en el área del proyecto para el cual se había solicitado la licencia ambiental.

Observa la Sala que aunque en el trámite de las certificaciones se hicieron contactos aislados con voceros de las comunidades indígenas, ellos no satisfacen los requerimientos jurisprudenciales en torno a la consulta formal con autoridades representativas. La decisión se adoptó a partir de los criterios legales y reglamentarios según los cuales la consulta sólo procedía si se trataba de adelantar proyectos en resguardos o zonas con asentamientos permanentes y a partir de la constatación de que el área del proyecto no hacía parte de un territorio indígena jurídicamente establecido, no había en ella asentamientos permanentes de comunidades indígenas, ni existían allí sitios de pago formalmente reconocidos. Se dejó a salvo la posibilidad de que, de acuerdo con lo manifestado por las autoridades indígenas que participaron en las consultas informales realizadas, existiesen en la zona del proyecto prácticas culturales por parte de las comunidades indígenas, lo que dio lugar a disponer un proceso de concertación”

En este caso, la Corte puntualizó que si bien era cierto que en la zona en la que se iban a implementar las actividades del proyecto de explotación minero no existían asentamientos indígenas, en él sí se hallaba un lugar sagrado que tenía la potencialidad de verse afectado por las obras a realizar. Con ello era obligatorio realizar la consulta y que si bien se celebraron algunos acercamientos con la comunidad, ellos no cumplían con los estándares contenidos en el Convenio 169 de la OIT. De nuevo, la Corte no solamente sostuvo que la afectación directa no podía restringirse al concepto físico del territorio y/o asentamiento,

sino que abarcaba aspectos mucho más amplios. De igual forma, y conforme con lo anterior, restó eficacia jurídica constitutiva de consulta al certificado expedido por el Ministerio del Interior sobre la presencia o no de comunidades en el área de influencia directa del proyecto.

4.16. Posteriormente, esta Corporación expidió la sentencia T-693 de 2011. En este caso se trataba de un proyecto para la construcción del oleoducto Rubiales en el Departamento del Meta, Municipio de Puerto López. En aquella ocasión, la Corte tuvo que resolver si existieron vulneraciones a los derechos fundamentales de la comunidad Achagua Piapoco, en particular su derecho a la consulta previa, presuntamente vulnerado por los Ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, la empresa Meta Petroleum Limited y la empresa Oleoducto de los Llanos Orientales 'ODL'. Esto debido a la omisión de certificar la presencia de la comunidad en el área de influencia del proyecto Oleoducto de los Llanos y no disponer la realización de una consulta previa a su ejecución y por conceder licencia ambiental al proyecto sin verificar que la comunidad fuera consultada.

Para la Corte, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al momento de otorgar la licencia ambiental, tenía pleno conocimiento de la presencia de la comunidad demandante en el área donde se llevaría a cabo el proyecto. Además, tenía presente que la comunidad Achagua allí asentada podía verse perjudicada con el desarrollo de las actividades autorizadas a la empresa Meta Petroleum para la construcción del oleoducto, especialmente en lo relacionado con las vías de acceso al oleoducto y a la ocupación de las aguas cercanas al resguardo. Así las cosas, a pesar de que el Ministerio de Justicia y del Interior había certificado la ausencia de comunidades, este concepto no fue tenido en cuenta por la Sala, pues las condiciones fácticas del caso y, en particular, de la comunidad, dieron mayores elementos de juicio para estimar que sí procedía la consulta. En esta decisión, la Corte, nuevamente, encontraría intrascendente jurídicamente el certificado, para efectos de determinar la procedencia de la consulta.

4.17. En el año 2012, la Corte profirió la sentencia T-993 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa). En esa oportunidad, a pesar de que la Corte no estudió un conflicto socioambiental por la extracción de recursos naturales en territorios étnicos, reiteró el valor de la regla fijada por este Tribunal según la cual la existencia de una comunidad en un territorio no

depende de la certificación que el Ministerio haya realizado. En ese caso reiteró la sentencia T-693 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa).

En palabras de esta Corporación,

“De lo anterior, aunado, como lo ha manifestado esta Corporación en la sentencia T-693 de 2012, a que la existencia de una comunidad étnica no surge a partir de una resolución que formalice su conformación como resguardo o parcialidad indígena, sino del cumplimiento de condiciones materiales, referidas a factores etnoculturales que no están basados exclusivamente en una identidad racial; que la obligación de realizar consulta previa se predica tanto de comunidades étnicas ubicadas en zonas tituladas como no tituladas pero habitadas de manera permanente por las mismas; que es la presencia física de las comunidades étnicas 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 que aún en el evento en que no se haya certificado la presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia de un proyecto, si durante la realización del estudio se constata la presencia de las mismas, debe garantizarse su derecho a ser consultadas, la Sala concluye que el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad indígena La Luisa del Pueblo Pijao ha sido vulnerado por las accionadas”

4.18. Como se indicó y es factible apreciar en estas dos últimas decisiones, la Corte, técnicamente, no estudió un conflicto por la explotación de recursos naturales. Pese a ello, la subregla que en providencias precedentes se había sentado en el sentido de que el certificado de presencia o no de comunidades étnicas en la zona de influencia directa de un proyecto, no es constitutivo del derecho a la consulta ni determinante para verificación de pueblos étnicos, no solamente fue ratificada sino que adquirió aplicabilidad para casos relativamente diferentes.

4.19. Más recientemente, la sentencia T-849 de 2014 (M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez) estudió el conflicto presentado por un proyecto sobre la denominada “Línea Negra” de las comunidades étnicas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta. En este caso, la Corporación Autónoma Regional del Cesar, mediante Resolución 1646 del trece (13) de diciembre de 2010, otorgó a Agregados del Cesar EU, una licencia ambiental global para la explotación de un yacimiento de materiales de construcción, en jurisdicción del municipio

de Valledupar, departamento del Cesar, en desarrollo de un contrato de concesión minera, al interior de la línea negra sin haberse consultado previamente dichas medidas, toda vez que el Ministerio del Interior informó que en el área en la cual se desarrolló el proyecto de explotación no hay presencia de comunidades indígenas.

Pese a ello, el Gobernador del cabildo, Rogelio Mejía Izquierdo actuando en nombre y representación del Resguardo Indígena Arhuaco de la Sierra Nevada de Santa Marta, manifestó que las acciones afectan de manera grave los derechos fundamentales de los indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta a la protección de las minorías raciales y culturales, porque no reconoce un estatus de especial protección a las comunidades étnicas para que bajo sus usos y costumbres hagan parte de la nación.

En esa providencia, la Corte, obvió la existencia del certificado del Ministerio del Interior en el que se señalaba que en el territorio donde se iban a ejecutar las obras para realizar el proyecto de explotación, no existían comunidades étnicas que pudieran verse afectadas. Para este Tribunal, lo que determina la procedencia de la consulta no es el concepto del Ministerio sobre la identificación de los pueblos étnicos, sino la posible lesión sobre los derechos de las comunidades. De igual manera, sostuvo que el concepto de territorio indígena es de carácter amplio, por lo que no se puede restringir a la simple delimitación geográfica o física de una zona determinada. Por el contrario, es un concepto cultural que incluye áreas sagradas o de especial importancia para las comunidades, aun cuando no estén geográficamente dentro de los resguardos. Por tanto, en esos casos, el concepto del Ministerio del Interior es relevante, pero no determinante para justificar la consulta de los pueblos.

“La Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han pronunciado sobre la importancia que tiene la protección de los territorios ancestrales de las comunidades indígenas en el marco del respeto y la garantía de sus derechos humanos. Como prerrequisito para lograr la eficacia de esa protección al interior de los Estados, es necesario comprender la noción distinta que tienen los indígenas y el resto de la población que en países como el nuestro, se ciñen a parámetros occidentales de propiedad privada.

3.2 Es por eso, que resulta imperativo reconocer la estrecha relación que tienen las comunidades indígenas con la tierra y comprenderla “como la base fundamental de sus

culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para tales pueblos, su nexo comunal con el territorio ancestral no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”. (Subrayado fuera del texto)”

4.20. Posteriormente, la Corte expidió la sentencia T-359 de 2015 (M.P. Alberto Rojas Ríos). Allí, esta Corporación tuvo que estudiar el caso denominado “El Naranjito”. La acción de tutela fue instaurada por el Gobernador del Cabildo de la Comunidad Awá del Alto Temblón, quien solicitaba realizar el proceso de consulta previa con su comunidad, con el fin de garantizar el derecho a la participación en las decisiones que afectan a la comunidad indígena Awá del Alto Temblón que habita la vereda El Naranjito del municipio de Orito (Putumayo). Lo anterior, conforme al reinicio de actividades de extracción en los Pozos O-196 y O-197, ubicados en el sitio conocido como “El 70”, que se encuentra a 33 y 40 metros de la línea más alta del cauce del río Orito; por su parte, las familias que habitan la vereda El Naranjito están a una distancia aproximada de 1600 metros abajo del referido punto de explotación.

Por su parte, Ecopetrol, el Ministerio del Interior, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA y Petrominerales Colombia Ltd. se opusieron a las pretensiones del accionante, indicando que desde el año 2001 existe un Plan de Manejo Ambiental, que autoriza las operaciones de exploración y explotación que conjuntamente realizan Ecopetrol S.A. y Petrominerales Colombia Ltd., en el municipio de Orito (Putumayo), entre otros, en el punto conocido como “El 70”. Adicionalmente, la resolución No. 379 de 2011, en la que se certificó por parte de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior lo siguiente: “...no se registra presencia de comunidades indígenas, de resguardos o parcialidades indígenas, en la zona de influencia directa, identificada con las coordenadas mencionadas, en la parte considerativa de la presente Resolución, para el proyecto ‘CAMPO DE PRODUCCIÓN ORITO ÁREA 3’, localizado en el municipio de Orito, departamento del Putumayo, de acuerdo con la visita de verificación a terreno practicada el 3 de septiembre de 2011, por la ingeniera topográfica Beatriz Leguizamón” .

La Sala Octava de Revisión Constitucional, tuteló los derechos fundamentales de la comunidad accionante, por, entre otras razones, considerar que documentos formales no

justifican el desconocimiento de derechos fundamentales de los pueblos tradicionales. Así,

“Del acervo probatorio que obra en el expediente, en especial del concepto rendido por el ICANH y a la luz del principio constitucional de diversidad étnica y cultural, la Sala encuentra que: (i) los habitantes de la vereda El Naranjito que pertenecen a la Comunidad Awá del Alto Temblón son una comunidad étnicamente diferenciada; (ii) su diversidad debe ser tomada en cuenta cuando se desarrollen actividades que tengan influencia directa en su forma de vida; (iii) dicha afectación no puede ser obviada con fundamento en argumentos formales, como resoluciones que niegan la existencia de comunidades en el área de influencia del proyecto (cuando se ha comprobado que esta comunidad habita veredas que se sufren las consecuencias de la explotación de hidrocarburos) o la inexistencia de requisitos que las tuvieran en cuenta al momento de autorizar la explotación de recursos naturales en el entorno que habitan, y (iv) el principio de solidaridad (Artículo 1º de la Constitución) obliga a que en desarrollo de las actividades que implican un interés público, se tenga en cuenta el concepto plural de Nación, el cual protege todas las manifestaciones étnicas y culturales”.

4.21. Recientemente, la Corte profirió la sentencia T-313 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado). En esta decisión la Sala Quinta de Revisión Constitucional, negó el amparo de los derechos fundamentales del resguardo indígena Santa Marta Palmar integrado por miembros de la comunidad étnica Pijao, asentados en el municipio de Coyaima (Tolima). Lo anterior, debido a que mediante certificación 1172 del 4 de abril de 2014, el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior informó que en el área de influencia del proyecto están ubicados los resguardos indígenas Palermo, Cacique Yaima, La Unión, Cajón de Maculé, Quintín Lame Los Colorados, Espinalito, Chenche Asoleados y Chenche Asoleados El Vergel, pero no se hizo referencia alguna al resguardo Santa Marta Palmar.

En esta decisión aislada, la Sala Quinta de Revisión Constitucional, con salvamento de voto del Magistrado Jorge Iván Palacio[41], sostuvo que la procedencia de la acción de tutela para reclamar el derecho fundamental a la consulta previa, estaba justificada siempre y cuando, de los hechos del caso concreto, se desprendiera que existe traslape con el territorio étnico de la comunidad presuntamente afectada.

Según esta sentencia,

“El derecho fundamental a la consulta previa debe garantizarse cuando el área de influencia de un proyecto, obra o actividad, se traslape con el área en la que haya asentamientos de comunidades étnicas, por cuanto se entiende que puede afectar directamente la integridad cultural, la autonomía política y organizativa, y en general el goce efectivo de sus derechos. En el caso objeto de análisis, ni la DCP ni Oleoducto al Pacífico S.A.S. vulneraron el derecho a la consulta previa de la comunidad indígena Santa Marta Palmar porque, no hay traslape entre el área de este resguardo y el área de influencia directa del oleoducto del Pacífico, como se constató con las pruebas recaudadas en sede de revisión”.

4.22. Esta providencia, entonces, constituye una decisión aislada pues tal y como se puede apreciar en el recuento decisonal que se ha elaborado en esta providencia, la jurisprudencia constitucional ha sido clara, pacífica y uniforme en señalar que el derecho fundamental a la consulta previa obliga a los Estados y empresas, entre otros, a consultar a los pueblos por todas aquellas medidas que sean susceptibles de afectarles directamente. En ese orden, afectación directa no es sinónimo de territorio y territorio no es igual al espacio físico, geográfico o cartográfico de los resguardos pues bajo dicho concepto (territorio) se envuelven otros derechos como cultura, tradición, autonomía, identidad. Y es por esa razón que la Corte ha indicado que el territorio indígena es un concepto amplio que no se puede reducir a la zona o espacio físico donde se encuentran ubicados los pueblos. Precisamente por eso es que no es aceptable constitucionalmente admitir que la obligación de consulta solo nazca cuando exista traslape con el territorio indígena.

Si eso es así, no es viable excluir otras hipótesis (medio ambiente, salud, integridad, salubridad, dinámicas económicas, etc.) en las que el territorio físico o geográfico donde se encuentran las comunidades, no necesariamente es el indicado para establecer la procedencia de la consulta. Por ese motivo, si bien el certificado que emite el Ministerio del Interior puede constituirse como una fuente importante que ayuda a determinar cuándo las instancias encargadas de efectuar los acercamientos con las comunidades deben realizar la consulta, dicho documento no debe ser considerado de ninguna manera como un certificado vinculante o determinante para la satisfacción de este derecho pues en él solo se puede verificar, eventualmente, un traslape con el territorio de las comunidades. Como se pudo apreciar, los jueces están vinculados al Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia

constitucional y no al certificado que emite el Ministerio.

4.23. En síntesis, (i) la consulta previa es obligatoria cuando se pretendan implementar medidas que sean susceptibles de afectar directamente a las comunidades. Esta afectación (ii) se puede dar por muchas razones, de manera que la lesión al territorio entendido como espacio físico en el que se asientan las comunidades, es tan solo una de las hipótesis definidas por la Corte. Entre otras razones, (iii) porque el concepto del territorio no es geográfico sino cultural. Por tanto y a partir de lo anterior, (iv) el certificado que emite la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior es un documento que ayuda, pero no define cuándo debe hacerse la consulta pues el análisis se debe hacer conforme al Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de esta Corte.

4.24. Uno de los temas que más relevancia ha adquirido en los últimos tiempos, es la protección al ambiente sano. Cada vez con mayor frecuencia, esta Corte debe resolver conflictos sociales, ambientales y culturales que presentan tensiones que en la mayoría de eventos son difíciles de solucionar. No obstante, a medida que nuevos casos han sido resueltos también ha desarrollado una serie de reglas en aras de proteger derechos e intereses constitucionalmente relevantes.

4.25. Su posición ha variado. Cuando en una primera etapa la Corte declaraba la improcedencia de la acción de tutela por existir otros mecanismos (acciones populares) apropiados para resolver esas controversias, recientemente, no solo ha señalado que bajo ciertas circunstancias la tutela sí es procedente para solucionar estos conflictos, sino que, además, le ha otorgado al derecho de participación de la población afectada una relevancia jurídica especial[42], como garantía del concepto de “justicia ambiental”. Para el caso de las comunidades étnicas, ha considerado que la vía de participación adecuada es la consulta previa, siendo esta el conducto más apropiado y respetuoso de las tradiciones diferenciadas. De esta forma, en un mismo evento, no solamente se protege la integridad de los pueblos indígenas (y comunidades afectadas) sino también del derecho al ambiente sano y el desarrollo económico.

4.26. Recientemente, este Tribunal profirió la sentencia T - 294 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa). En dicha providencia, la Corte tuvo que decidir sobre un conflicto ambiental que se produjo en el municipio de Ciénaga de Oro, en el departamento de Córdoba. En

concreto, se trató de la construcción de un relleno sanitario ubicado a siete kilómetros del municipio y que, por su contaminación, afectaba algunas comunidades étnicas ubicadas en corregimientos cercanos al municipio.

4.27. Los accionantes, integrantes de la comunidad indígena Venado, perteneciente al pueblo Zenú, interpusieron acción de tutela por considerar que las entidades demandadas vulneraron sus derechos fundamentales a la dignidad humana, la igualdad, la participación y la consulta previa, la propiedad colectiva y el derecho a no ser desplazados de sus territorios, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación, la salud y el ambiente sano, todos ellos en conexidad con el derecho a la vida, como consecuencia de la omisión de consultarlos antes de iniciar la construcción del relleno sanitario de Cantagallo y de los impactos ambientales y sociales que se han generado a raíz de la ejecución de dicho proyecto.

4.28. Pues bien, en este caso la Corte ordenó tutelar los derechos de la comunidad del Venado, ordenando realizar la consulta previa de ese pueblo sobre la evaluación de los impactos ambientales, sociales, culturales y económicos, así como sobre el diseño de medidas de prevención, mitigación y compensación correspondientes. Igualmente, ordenó revisar el otorgamiento de la licencia ambiental aprobada por la ANLA pues las evidencias del caso mostraban que la construcción del relleno producía niveles de contaminación demasiado altos. Tanto a la comunidad indígena como campesina del sector, les abrió canales de participación en todo ese proceso.

4.29. Para llegar a esta conclusión, la Corte hizo referencia al concepto de justicia ambiental. Según la definición adoptada por la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos, la justicia ambiental designa “el tratamiento justo y la participación significativa” de todas las personas, independientemente de su raza, color o ingreso económico con respecto al desarrollo, leyes, reglamentos y políticas ambientales. Como se puede apreciar, la idea de justicia ambiental involucra dos aspectos muy importantes: tratamiento justo y participación de la comunidad.

4.30. En relación con el tratamiento justo, en aquella ocasión, la Corte indicó que dicho concepto supone que “ningún grupo de personas, incluyendo los grupos raciales, étnicos o socioeconómicos, debe sobrellevar desproporcionadamente la carga de las consecuencias

ambientales negativas como resultado de operaciones industriales, municipales y comerciales o la ejecución de programas ambientales y políticas a nivel federal, estatal, local y tribal”. Según la Corte, el origen de esta tesis se remonta o encuentra justificación en lo que denominó “racismo medioambiental”, según el cual, los principales efectos tóxicos de los proyectos extractivos los soportaba, o soporta, la población más vulnerable[43]. Por ello, indicó que no es posible que ninguna población se afecte desproporcionadamente ni se le impongan estas cargas. Si bien el ambiente es de todos, algunos, los más vulnerables, no pueden correr con el daño que nos perjudica a todos.

4.31. Por su parte, la participación de la comunidad es significativa cuando: “(i) los residentes comunitarios potencialmente afectados tienen una oportunidad apropiada para participar en las decisiones sobre una actividad propuesta que afectará su ambiente y/o salud; (ii) la contribución del público y las preocupaciones de todos los participantes son efectivamente tenidas en cuenta y susceptibles de influir la toma de decisiones; (iii) los responsables de decidir promueven y facilitan la participación de aquellas personas y/o grupos potencialmente afectados.[44]”

4.32. Según esta Corporación, la justicia ambiental, entonces, se integra de una demanda de justicia distributiva en la que las cargas y beneficios ambientales sean soportadas por igual, eliminando aquellas medidas que obligan a una población especialmente vulnerable soportar daños sin recibir beneficios como otras, pero, a su vez, un llamado a garantizar que los ciudadanos, especialmente quienes se ven afectados, puedan participar en espacios para la toma de decisiones sobre la realización, evaluación, ejecución, desarrollo de los proyectos, en donde sus propias experiencias (no necesariamente estudios técnicos) sean tenidas en cuenta a la hora de tomar decisiones.

En palabras de la Corte,

“Este recorrido por la génesis del concepto de justicia ambiental da cuenta de los dos principales elementos que lo integran. El primero, es una demanda de justicia distributiva que aboga por el reparto equitativo de las cargas y beneficios ambientales entre los sujetos de una comunidad, ya sea nacional o internacional, eliminando aquellos factores de discriminación fundados ya sea en la raza, el género o el origen étnico (injusticias de reconocimiento), o bien en la condición socioeconómica o en la pertenencia a países del

Norte o del Sur global (injusticias de redistribución).[45] Esta exigencia fundamenta (i) un principio de equidad ambiental prima facie, conforme al cual todo reparto inequitativo de tales bienes y cargas en el diseño, implementación y aplicación de una política ambiental o en la realización de un programa, obra o actividad que comporte impactos ambientales debe ser justificado, correspondiendo la carga de la prueba a quien defiende el establecimiento de un trato desigual.[46] Asimismo, de este primer componente se deriva (ii) un principio de efectiva retribución y compensación para aquellos individuos o grupos de población a los que les corresponde asumir las cargas o pasivos ambientales asociados a la ejecución de un proyecto, obra o actividad que resulta necesaria desde la perspectiva del interés general.

En segundo lugar, la justicia ambiental incorpora una demanda de justicia participativa, esto es, un reclamo de participación significativa de los ciudadanos, en particular de quienes resultarán efectiva o potencialmente afectados por la ejecución de determinada actividad. Esta dimensión comporta la apertura de espacios en donde los afectados puedan participar en la toma de decisiones relativas a la realización del proyecto, la evaluación de sus impactos, permitiendo que al lado del conocimiento técnico experto que suele ser el único tenido en cuenta para orientar la toma de decisiones en materia ambiental, también haya un espacio significativo para el conocimiento local, que se expresa en la evaluación nativa de los impactos y en la definición de las medidas de prevención, mitigación y compensación correspondientes”.

4.33. Pues bien, lejos de ser discusiones académicas, la Corte dotó de fuerza vinculante esa idea de justicia ambiental. En primer lugar, porque de la Constitución se desprenden estos dos componentes de ese principio, y además porque, en segundo lugar, ya en otras ocasiones se había referido a casos con características similares en las que utilizó ese principio para resolver casos concretos. Para este Tribunal, “además de corresponder a demandas éticas, los dos componentes de la justicia ambiental objeto de análisis cuentan con soporte constitucional expreso y quedan comprendidas dentro del mandato constitucional que ordena asegurar la vigencia de un orden justo (art. 2 CP)”.

4.34. En ese orden de ideas, por ejemplo, el artículo 79 de la Constitución establece que todas las personas, independientemente de su color, raza, sexo, condición socioeconómica – artículo 13 de la Constitución – tienen derecho a gozar de un ambiente sano; disposiciones

que “fundamenta un derecho fundamental de acceso equitativo a los bienes ambientales y un reparto igualmente equitativo de las cargas contaminantes, al igual que un mandato de especial protección para los grupos sociales discriminados o marginados”. Por su parte, la compensación y distribución de las cargas ambientales se fundamenta en el principio constitucional de la igualdad en las cargas públicas; principio que ha sido reiterado por esta y otras altas Cortes en múltiples ocasiones.

4.35. El componente de justicia participativa, asimismo, se encuentra asegurado por el artículo 2 de la Constitución pues en él se consagra que uno de los fines del Estado es el “de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”, sin mencionar que el derecho a la participación está consagrado expresamente en el artículo 40 de la Carta y en materia ambiental, el artículo 79 Superior establece que “todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo”.

4.36. Como se señaló anteriormente, esta tesis de la justicia ambiental ha sido utilizada por la Corte en anteriores ocasiones. Principalmente, en casos en donde se presentaron daños ambientales que causaron lesiones no solamente a ese derecho, sino también a las dinámicas sociales, económicas y culturales de ciertas comunidades. Por ejemplo, en la sentencia T-574 de 1996 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) la Corte tuteló los derechos al ambiente y libertad de oficio de los integrantes de una comunidad de pescadores de Tumaco por el vertimiento de crudo donde desarrollaban sus actividades. Allí, ordenó la participación de las comunidades en una “comisión de control” que haría seguimiento a las órdenes de esa providencia.

4.37. En el mismo sentido, la sentencia T-194 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) también tuteló los derechos fundamentales a la participación y ambiente de otra comunidad de pescadores que reclamaron la disminución de peces en el río Sinú. La Corte señaló que su derecho a la participación había sido “vulnerado en tanto las entidades responsables del proyecto hidroeléctrico incumplieron algunos de los compromisos acordados dentro del proceso de consulta y concertación adelantado con las comunidades afectadas y les impusieron exigencias técnicas que entorpecían su derecho a la participación”.

4.38. En igual sentido, la sentencia T-348 de 2012 se pronunció sobre el derecho al ambiente sano y participación de una asociación de pescadores quienes se veían afectados por la construcción de una carretera que les impedía su libre acceso a la playa para desarrollar sus actividades. Concluyó la Corte que debía ordenar “a las entidades responsables del proyecto garantizar a los accionantes espacios de participación y concertación, “y no mera información y socialización”, en los que se acuerden medidas de compensación acordes con las características socioculturales de las comunidades que se dedican a la pesca como actividad tradicional y de sustento económico”.

4.39. Pues bien, conforme con lo expuesto hasta el momento, el concepto de justicia ambiental se compone de dos elementos: distribución de las cargas y participación efectiva de las comunidades afectadas. Esta tesis encuentra fundamento en varios artículos de la Constitución, pero, además, ha sido aplicado por esta Corporación en varias de sus providencias. En consecuencia, es un concepto jurídico vinculante que debe ser utilizado por los operadores jurídicos en casos concretos.

4.40. Ahora bien, ¿qué sucede cuando por la lesión al ambiente los sujetos afectados son comunidades étnicas? ¿Los canales de participación deben ser los mismos a la de otras poblaciones? Pues bien, es aquí en donde la consulta previa adquiere una relevancia especial. En estos precisos casos, la idea de justicia ambiental, debe ser diferencial en atención al artículo 13 de la Constitución Política de Colombia.

4.41. Así pues, esta Sala ha mostrado cómo y de qué manera existe un deber del Estado, y derecho de las comunidades, de consultar a los pueblos indígenas y afrodescendientes cuando quiera que alguna medida sea susceptible de afectarles directamente. Se ha podido observar que afectación directa ocurre siempre que se interviene un derecho de estas comunidades, y no exclusivamente cuando la medida interviene sus tierras y territorios; y se ha señalado también que, en todo caso, el territorio no es únicamente el espacio físico en el que los pueblos se ubican geográficamente.

4.42. Pues bien, una de las hipótesis de afectación directa a las comunidades es la afectación al ambiente sano. Se ha visto cómo megaproyectos, proyectos, o industrias, pueden erosionar la tierra al punto de causar daños al ambiente y con ello, erosionar culturas, tradiciones, organizaciones económicas y sociales de poblaciones enteras. En esos

eventos, las comunidades pueden ser étnicas, caso en el cual, la justicia ambiental adquiere una dimensión diferente, pues su aplicación no puede ser la misma a la que se realiza con el común de la sociedad.

Por una parte, la distribución de cargas debe ser equitativa en relación con sus condiciones sociales, culturales, económicas y políticas como pueblo. Así, es deber del Estado verificar cuáles cargas pueden soportar, pues lo que para el común de la sociedad es razonable, para estas comunidades no necesariamente. Conforme con lo anterior, cada afectación al ambiente puede causar daños diferentes según la comunidad. Esos daños no solo pueden ser ambientales sino también sociales, caso en el cual, el Estado debe diseñar alternativas que impidan desproporcionalidad en esas cargas.

Pero además de lo anterior, el derecho a la participación es diferencial. Así, cuando existan efectos nocivos sobre el derecho al ambiente que lleven consigo la lesión o susceptible/potencial afectación de derechos étnicos, es la consulta previa el mecanismo adecuado para garantizar el derecho a la participación de estos pueblos. Consulta que, en todo caso, deberá seguir las reglas definidas por esta Corporación a lo largo de su jurisprudencia.

4.43. Por ende, cuando se trata de afectaciones ambientales a las comunidades diferenciadas, la jurisprudencia constitucional ha identificado reglas precisas para la protección de los derechos de dichos pueblos étnicos. En efecto, cuando se explota la tierra, por definición, dicha actividad puede producir efectos nocivos sobre el ambiente. Pero esos efectos pueden no solamente afectar al ambiente como derecho autónomo y sobre el cual todos y todas somos titulares, sino, lesionar particularmente a algunas comunidades, generando cargas desproporcionadas en su modo de vida. Esas poblaciones, como se vio, algunas veces son las más vulnerables y otras, no solamente tienen esa condición, sino que además son comunidades ancestrales. En ese caso, la justicia ambiental adquiere una dimensión diferente pues su aplicación no puede ser la misma a la que se realiza con el común de la sociedad. En estos eventos, cuando se causan daños al ambiente que afectan a los pueblos indígenas o afrodescendientes, el mecanismo para participar no es otro diferente al de la consulta previa o, según el caso, consentimiento libre, previo e informado.

5. Solución del caso concreto.

5.1. Conforme a los hechos del caso, Caiser Uriana, autoridad tradicional de la Comunidad de Media Luna Dos, interpuso acción de tutela en procura de la protección de los derechos fundamentales a la consulta previa, ambiente sano, salud y debido proceso de la suscrita comunidad, los cuales estimó vulnerados por la Nación, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio del Interior, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y la empresa El Cerrejón, por la expedición de la licencia ambiental N° 0428 del 7 de mayo de 2014 para la modificación del Plan de Manejo Ambiental Integral establecido mediante Resolución 2097 del 16 de diciembre de 2005, en el sentido de autorizar la ejecución y puesta en marcha del proyecto “Expansión de Puerto Bolívar”.

Por su parte, las entidades accionadas coincidieron en oponerse a las pretensiones de la comunidad, indicando que no han vulnerado sus derechos fundamentales pues el proyecto de “Expansión del Puerto Bolívar” no es una medida que afecte directamente a la comunidad Media Luna Dos. Lo anterior, debido a que en el área de influencia directa del proyecto no existe presencia de pueblos indígenas, tal y como lo certificó la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior. Para ello, aportaron como pruebas varios mapas en el que evidencian que no existe traslape con el territorio de la comunidad y que la ejecución de la ampliación es completamente independiente de las zonas en que habitan comunidades.

La Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura revocó la sentencia del juez de primera instancia, para, en su lugar, declarar la improcedencia de la acción de tutela por no cumplir con el requisito de inmediatez. En criterio de esa Sala, pasó más de un año desde que se emitió la resolución acusada sin que la comunidad haya desplegado algún tipo de actividad para proteger sus derechos.

5.2. Bajo este panorama, esta Sala debe resolver si se vulneraron los derechos fundamentales de la Comunidad Media Luna Dos, especialmente, el de consulta previa, por la expedición de la Resolución 0428 de 2014 que modifica el Plan de Manejo Ambiental contenido en la Resolución 2097 de 2005, ambas normas expedidas por la Agencia Nacional de Licencias Ambientales (ANLA). Para resolver este caso, a continuación se hará una síntesis y delimitación de los hechos y aspectos fácticos más relevantes en el caso, para

así, posteriormente, verificar si existe algún tipo de afectación directa que justifique a la Sala Novena de Revisión Constitucional ordenar la realización de la Consulta Previa con esa comunidad.

Con todo, antes de iniciar el estudio de fondo, la Sala considera necesario precisar que la presente acción de tutela cumple con el requisito de inmediatez fijado por la jurisprudencia constitucional.

5.3. En las decisiones de instancia los jueces señalaron que transcurrió un año entre la expedición de la licencia que aprueba la ampliación del Puerto Bolívar, en lo que tiene que ver con sus tres obras adicionales. Pese a ello, esta Corporación evidencia que dentro del expediente existen múltiples pruebas que dan cuenta de la actividad desplegada por la comunidad durante ese año. En concreto, la comunidad elevó aproximadamente cinco peticiones a las entidades demandadas en donde les ponía de presente que en la zona donde se desarrollaría la ampliación autorizada por la Resolución 0428 de 2014 existía presencia de su comunidad.

5.4. El 7 de septiembre de 2015, el señor Eduardo Liñan Pana, abogado de la comunidad, radicó ante la empresa El Cerrejón, una solicitud de verificación de comunidades étnicas. Es decir, tan solo transcurrieron 20 días aproximadamente desde que se realizó el último intento por concertar algún tipo de consulta y la fecha en que se interpuso la acción de tutela; tiempo que a todas luces es razonable constitucionalmente. De otro lado, no puede perderse de vista que diferentes pruebas en el proceso demuestran la permanencia de la afectación ambiental, así como la permanencia de la comunidad étnica en la zona en donde se verifica dicha afectación. Por esta razón, la Sala concluye que se está ante una afectación actual, respecto de la cual la comunidad mencionada ha ejercido continuas acciones para la protección de sus derechos. En consecuencia, el requisito de inmediatez se encuentra cumplido en el caso analizado.

Por esos motivos y al encontrar satisfechos los supuestos previstos por la Corte sobre el principio o requisito de subsidiariedad, procederá a estudiar de fondo el asunto.

(i) Proyecto minero de explotación de carbón en la Guajira y caracterización de la región: “El Cerrejón”.

5.5. La explotación de carbón del Cerrejón ha sido considerada una de las minas a cielo abierto más grandes del mundo. Según cifras oficiales de la empresa encargada de dichas actividades, esa mina cuenta con una capacidad extractiva de 30 a 32 millones de toneladas de carbón anual. Eso, en aproximadamente 30 años de funcionamiento ha significado un total de 500 millones de toneladas de carbón, lo cual equivale al 40.5% de las exportaciones colombianas[47].

5.6. Aunque inicialmente el proyecto extractivo del Cerrejón era administrado por el Estado colombiano, actualmente, el Gobierno Nacional no hace parte de la estructura de ninguna de las compañías que lo conforman. La participación del Estado fue hasta el año 2001, cuando el 50% de la compañía pertenecía a Carbocol, entidad que posteriormente sería vendida a la Sociedad Cerrejón Zona Norte S.A. Actualmente, el Cerrejón se compone de “Carbones del Cerrejón Limited” y “Cerrejón Zona Norte S.A”, ambas empresas pertenecientes a las multinacionales BHP Billinton, Anglo American y Xtrata.

5.7. La explotación de Carbón a gran escala se inició durante la década de los años setenta, luego de que, años atrás, se realizaron varias exploraciones para calcular la cantidad de recursos que se podía explotar[48]. Estas actividades se dividieron en tres áreas: Zona Norte, Zona Central y Zona Sur. Las dos primeras en el departamento de la Guajira y la tercera desde el sur hasta el departamento del Cesar. Al día de hoy, en la zona central se desarrollan tres proyectos: Depósito Central de la Comunidad del Cerrejón, la Patilla y Oreganal. En la zona sur, se localizan tres áreas carboníferas: Cesarito, Guaimaral y El Descanso.

5.8. Como se puede apreciar, dicha explotación de carbón en la Guajira representa no solamente una de las minas más grandes en Colombia, sino también una fuente de recursos para el mundo. Según estudios del Cinep, “es una operación integrada de minería, transporte y embarque que, para el año 2011, ya estaba extrayendo 33.35 millones de toneladas anuales. Del carbón exportado, un 58 % es comprado por países europeos, un 9 % por Norte América, 12 % por Centro y Suramérica y, desde 2010, el 21 % de las exportaciones se dirigen hacia Asia”[49].

5.9. Paralelamente, el escenario social muestra una población mayoritariamente rural, indígena, afrodescendiente y colona, que se ubica en las zonas en las que se implantó el

proyecto minero. De conformidad con el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), entre el año 2000 y 2010, la población wayuu estaba compuesta por 270.413 personas, lo que la hace la etnia más numerosa del país con el 19,42% del total de la población indígena en el territorio colombiano.

5.10. Para el año 2015, en la Guajira existían 27 resguardos legalmente constituidos. Es decir, que cuentan con un título colectivo[50]. Así, “las comunidades consideradas y autorreconocidas como afrodescendientes son menores en cantidad comparadas con las comunidades wayuu; sin embargo, se han visto afectadas de igual o peor manera por la presencia de la minería en sus territorios ancestrales, debido a no poseer las herramientas jurídicas que les permitirían constituir figuras como los resguardos indígenas”[51].

5.11. Estas circunstancias han causado no solo la mutación del espacio físico en donde se desenvuelven las actividades, sino también la transformación de ciertas comunidades que han soportado en mayor medida los efectos de la explotación de carbón. Así, dentro de los pueblos más afectados se pueden encontrar a las poblaciones del Tabaco, Albania, Los Remedios, Roche, Chancleta, Patilla, Papayal, Oreganal, Carretalito, San Pedro, Zaraita, Palmarito, El Descanso, Caracolí, Nuevo Espinal, Sojoi, Cabeza de Perro, Quebrachal, Punto Claro, Potrerito, Conejo, Las Casitas y Cañaverales.

5.12. Por su parte, con respecto a los indígenas Wayuu, “han sido afectados once resguardos y catorce asentamientos, así como comunidades sin tierra como Manantial y Media Luna”[52]. Varios conflictos ambientales, económicos, culturales, territoriales, entre otros, han sido conocidos y resueltos por esta Corte[53]. Ese panorama evidencia una tensión muy fuerte entre dos proyectos o visiones de desarrollo.

5.13. En este contexto, es claro que los conflictos que se presentan en la Guajira por la extracción de carbón son primordialmente con comunidades étnicas pues se trata del territorio colombiano en donde más pueblos ancestrales existen. Eso, por sí mismo, debería ser un indicio para que las autoridades encargadas de garantizar y proteger derechos étnicos, pudieran tomar sus decisiones con mayor facilidad y en procura de la protección de los pueblos. De la misma manera, es claro que estos problemas se vienen presentando no solamente con la población denominada Media Luna Dos, sino en general con los habitantes de la zona que, como se dijo, incorporan en su mayoría comunidades étnicas. Ese será un

aspecto relevante para la toma de la decisión en tanto este caso no resuelve cualquier tipo de conflicto, sino que en él se envuelven sujetos de especial protección constitucional.

(ii) Proyecto de expansión del Puerto Bolívar. Área de influencia directa y afectación de derechos étnicos.

5.14. Tal y como relató la empresa el Cerrejón, el Ministerio del Interior, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y demás intervinientes, el proyecto de expansión del Puerto Bolívar se compone por tres actividades principales: aumento del volumen del dragado del canal navegable de acceso al puerto; la construcción de un nuevo muelle de remolcadores; y la ampliación de la capacidad de la planta desalinizadora actual. Estas labores se desarrollarían en el Puerto Bolívar que se ubica, dependiendo de la ampliación, aproximadamente a dos kilómetros rectos del caserío de la comunidad Media Luna Dos.

5.15. La primera obra[54], esto es, la construcción del muelle de remolcadores, tiene como propósito disponer de un sitio “exclusivo e independiente en el que se puedan acoderar en el lado interior del actual muelle de suministros; por tanto, la finalidad del mismo es liberar dicho espacio y permitir que el muelle de suministros cumpla de manera más segura y eficiente con las funciones requeridas[55]”. En otros términos, el muelle busca aumentar el espacio para que remolcadores, embarcaciones, etc. puedan parquear al interior de la bahía.

Fuente: imagen aportada por “El Cerrejón” al expediente de tutela.

Según las entidades demandadas, el área de influencia directa de esa obra no afecta en ninguna medida a las comunidades indígenas del sector. Conforme con la gráfica, sostienen, la ampliación del muelle se realizará en promedio a cinco kilómetros del caserío de la comunidad demandante. Eso significa que si se tiene en cuenta que el área de influencia directa de esa ampliación no traslapa con el territorio étnico, no es admisible la procedencia de la consulta previa en el caso concreto; sostuvieron.

Fuente: imagen aportada por “El Cerrejón” al expediente de tutela.

5.17. Finalmente, en relación con la ampliación de la planta desalinizadora, dicha actividad

tiene como objetivo “el incremento de la capacidad de la planta desalinizadora actualmente en operación, con miras a obtener un mayor volumen de agua para el proceso de control de emisiones del material particulado en las pilas de almacenamiento de carbón, con respecto al volumen que actualmente se produce para satisfacer las necesidades del Puerto”[56]. Sobre este punto, al igual que en las dos obras anteriores, las entidades accionadas sostienen que no existen comunidades étnicas en el área de influencia directa del proyecto de ampliación. Lo anterior con base en la siguiente gráfica.

Fuente: imagen aportada por “El Cerrejón” al expediente de tutela.

Al igual que en el razonamiento anterior y conforme con las pruebas que fueron decretadas en sede de revisión, la ANLA y el Ministerio del Interior respondieron que en la zona o área de influencia directa no existen comunidades étnicas que se vean afectadas directamente por las tres obras del proyecto de expansión del Puerto Bolívar. Para justificar dicha afirmación, aportaron un mapa conjunto de las tres actividades en la que se observa que no existe traslape con el territorio étnico, tal y como se puede apreciar a continuación.

AID

Fuente: imagen aportada por el Ministerio del Interior.

5.18. Una visión como la que proponen los demandados del concepto de afectación directa llevaría a la Sala a admitir que porque el asentamiento indígena tutelante no se encuentra en el área de influencia directa del proyecto y, por tanto, no existe traslape con el territorio de la comunidad Media Luna Dos, es razonable constitucionalmente negar el amparo deprecado. No obstante, esa postura estaría en contravía de la jurisprudencia constitucional vigente pues asimilaría dos términos diferentes como lo son afectación directa y área de influencia directa; conceptos que, como se mostrará a continuación, no son sinónimos.

5.19. El área de influencia directa está definida por el Decreto 1076 del 26 de mayo de 2015 “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y

Desarrollo Sostenible”, el cual, en su acápite de definiciones, establece que es la zona “en la cual se manifiestan de manera objetiva y en lo posible cuantificable, los impactos ambientales significativos ocasionados por la ejecución de un proyecto, obra o actividad, sobre los medios abiótico, biótico y socioeconómico, en cada uno de los componentes de dichos medios. Debido a que las áreas de los impactos pueden variar dependiendo del componente que se analice, el área de influencia podrá corresponder a varios polígonos distintos que se entrecrucen entre sí”.

5.20. Por su parte, afectación directa es un concepto mucho más amplio. Surge de lo establecido en el Convenio 169 de la OIT y de la jurisprudencia constitucional colombiana. Como se reseñó en la parte motiva de esta providencia, afectación directa admite muchos supuestos que, a su vez, contemplan múltiples hipótesis de daños o potenciales lesiones a los derechos de una comunidad. Dependerá de cada caso la verificación de estas lesiones – o potenciales lesiones- para determinar si en un evento en específico procede la realización de la consulta. En todo caso, la jurisprudencia ha señalado que la afectación debe analizarse conforme al posible daño que se produzca en el conjunto de derechos étnicos, y no solamente respecto de hipótesis limitadas como lo es el territorio físico en el que se asientan los pueblos.

5.21. Como se puede apreciar, área de influencia directa y afectación directa no son equiparables. Eventualmente, el área de influencia directa podrá ayudar a determinar cuándo en una zona físicamente establecida existen comunidades étnicas, pero no es la norma o el concepto que fundamenta la procedibilidad de la consulta. Lo anterior ya que el área de influencia directa es un concepto restringido del territorio, mientras que afectación directa incluye muchas más hipótesis de lesión a los derechos étnicos.

5.21. Adicionalmente, esta Corte tampoco comparte la postura propuesta por las entidades demandadas por dos razones adicionales. Luego de analizar los conceptos técnicos que fueron aportados al proceso y que fueron puestos a disposición de las partes, es viable concluir que el área de influencia directa e indirecta se determina por una delimitación geográfica específica en donde se evidenciarán los impactos negativos y positivos del proyecto[57]. Es decir, la influencia de una medida en términos físicos, cartográficos, geográficos, espaciales, que, como se puede advertir, no necesariamente da cuenta de los impactos o afectaciones que se puedan generar sobre una comunidad.

5.22. A ello debe añadirse que esa área es determinada por la persona interesada en el otorgamiento de la licencia ambiental. Si la Corte permitiera la asimilación de estos dos conceptos, en la práctica, es el particular quien estaría definiendo cuándo y dónde se está, por una parte, en presencia de comunidades étnicas y, por otra, en qué escenarios es viable garantizar el derecho a la consulta previa. Ese es un panorama constitucional que esta Corte no comparte. Reiterando lo dicho hasta el momento, el parámetro para la procedencia de la consulta es el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de esta Corporación y no la propuesta que los particulares presentan en el licenciamiento ambiental.

Así, es deber de las autoridades que intervienen en el proceso, especialmente de la ANLA y de la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, y de los particulares, verificar la procedencia de la consulta basándose no exclusivamente en el espacio físico en el que se desarrollará el proyecto, ampliación, etc. que fue aportado por el particular interesado, sino, conforme a las normas vinculantes en la materia y la garantía de derechos étnicos, para así determinar la existencia o no de comunidades en el sector que deban ser consultadas.

5.23. Ahora bien, es importante señalar que, para esta Sala, las ampliaciones de proyectos extractivos no pueden evaluarse fraccionadamente pues en abstracto, ninguna de ellas produce los efectos negativos que en realidad soportan las comunidades. En el caso del proyecto de El Cerrejón, debe recordarse que el Plan de Manejo Ambiental Integral establecido por la Resolución 2097 de 16 de diciembre de 2005 contempla la explotación de Carbón, Transporte Férreo y Operación Portuaria de la zona denominada Cerrejón y cubre las antiguas áreas Cerrejón Zona Norte, área Patilla, Cerrejón Central y Oreganal, Nuevas Áreas de Minería en el departamento de la Guajira. Por eso, no es constitucionalmente admisible entender y estudiar la constitucionalidad de una medida ni las lesiones a los derechos fundamentales de manera separada o fragmentada pues la explotación de carbón es una sola, y con base en esa perspectiva es que se debe solucionar el caso concreto.

Pues bien, como se mostrará a continuación, la Sala considera que, en el caso concreto y por la omisión relativa a la realización de la consulta previa de la comunidad Media Luna Dos, sí existió vulneración de los derechos fundamentales de esa población. Lo anterior, pues de acuerdo con las pruebas aportadas al expediente y los conceptos científicos

remitidos por Rodrigo Negrete, Julio Fierro, el Cinep, Ana María Llorente, entre otros, es claro que las ampliaciones del Puerto Bolívar sí afectan directamente a la comunidad accionante. La empresa accionada no logró desvirtuar las lesiones al medio ambiente que tienen implicaciones directas sobre dicha población.

5.24. En concreto, la entidad tan solo se centró en demostrar que en el área de influencia directa no existían comunidades y que por tanto, no debía realizarse la consulta, sin demostrar por qué otros efectos tanto de la ampliación como de la explotación en general (por ejemplo, la contaminación producida por la explotación de carbón), no afectan directamente a la comunidad Media Luna Dos. Tal y como se mostrará a continuación, los impactos ambientales están generando efectos perversos sobre las comunidades que se ubican alrededor.

5.25. Pero además y luego de valorar los informes técnicos recibidos en este proceso, esta Corte concluye que la explotación de carbón en el Cerrejón no solo ha producido secuelas negativas en el ambiente, sino también en distintos ámbitos de las comunidades étnicas de la Guajira. En relación con la comunidad Media Luna Dos, las pruebas evidencian que del Puerto Bolívar se producen emisiones de carbón que contaminan el aire y al estar tan cerca (aproximadamente 2 kilómetros del caserío) de este puerto, los habitantes han venido padeciendo afectaciones en su salud, actividades económicas y contaminación al ambiente de su zona como se puede comprobar por la Resolución 01749 de 2016 expedida por Corpoguajira.

5.26. Para esta Sala toda la actividad minera está trayendo efectos perjudiciales en la región. El potencial aumento en la producción, transporte, almacenamiento, que traerá consigo la ampliación del puerto y que fue corroborado por la Sala a partir de la apreciación técnica realizada por los informes, ocasiona que dicha medida deba ser consultada. Mucho más si se tiene en cuenta que dicha ampliación no puede analizarse aisladamente sino en conjunto con toda la explotación de carbón en la zona y las implicaciones que ello tiene. Por ejemplo, en ese proceso de explotación se han podido percibir cambios[58] en el ecosistema de la región, al punto de causar trasgresiones y lesiones significativas al derecho al agua de los habitantes sin que hasta la fecha hayan sido mitigados.

“Los impactos ambientales y sociales serán profundizados con la expansión del Puerto y en

general la expansión del proyecto El Cerrejón con la aprobación del P40. Este proyecto supone un aumento en la explotación de carbón extraído por Cerrejón, incremento que se logrará mediante la aceleración de la explotación de los tajos que actualmente se encuentran en operación garantizando así un aumento de 35 a 41 millones de toneladas por año. El consumo de agua estimado para el proyecto de acuerdo al documento “Modificación del Plan de Manejo Ambiental Integral por el Proyecto P40” (Cerrejón - Ingetec, 2014) y teniendo en cuenta las concesiones correspondientes a fuentes superficiales (río Ranchería, arroyo Bruno y Tabaco), pozos acuífero río Ranchería y pozos de despresurización sería del orden de 307,5 l/sg (valor proyectado), es decir un valor dos veces superior al consumo registrado para el año 2012 que fue de 142, 4 l/sg con la extracción de 31 millones de toneladas

Además, en términos de área intervenida, todas las operaciones del proyecto P40 se realizarán dentro de los contratos mineros vigentes que se encuentran en etapa de explotación, de modo que con el avance minero que se propone, la operación intervendría un total de 21.587 ha lo que corresponde a una variación del 17% respecto a la intervención anunciada para la explotación de 35 Mtpa (18.507 ha).

Finalmente y como elemento primordial en el análisis del proyecto P40 que originó la necesidad de ampliar las operaciones en el puerto y por tanto suscitar las denuncias y el apoyo técnico que nos ocupa en este documento, es preciso informar a esta corte que el área de influencia directa del proyecto P40, fue definida con base en los resultados de la modelación de aire de partículas PST con valores de 100 $\mu\text{g}/\text{m}^3$, que determinó una isopleta de aire. Sin embargo, dado que el área fue definida considerando el componente atmosférico, esta delimitación no garantiza que no exista afectación de otra naturaleza como por ejemplo la contaminación por aguas de minería proveniente de procesos de escorrentía superficial principalmente en el sector central, tajo 100 y Oreganal, y sector Patilla, que evidentemente se incrementarán con el aumento de explotación en los tajos. Además, en materia socioeconómica no se tuvo en cuenta el acceso a fuentes superficiales para abastecimiento como el río Palomino y el arroyo Mapurito, fuente de abastecimiento de comunidades como Nuevo Espinal, Campo Alegre y Las Casitas. Por tanto, se pide a este Corte indagar a profundidad el porqué del criterio utilizado por Cerrejón y aprobado por la ANLA para la determinación del área de influencia del proyecto P40.

Además, el proyecto P40 requiere además de obras de modificación y desviación de cuerpos de agua. Será desviado el cauce del arroyo Cerrejón para 2020, el arroyo Tabaco, el arroyo Bruno para el 2016-2020 y finalmente la desviación del río Palomino para 2025

De todo lo anterior y con base en los planteamientos expuestos en las respuestas a la pregunta 1., el ambiente sano se verá afectado de una manera que no ha sido evaluada en términos de efectos acumulativos, sinérgicos y residuales. Existirá una profundización en los impactos, muchos de los cuales no han sido detectados, con la eventual configuración de pasivos y daños ambientales por desconocimiento, negligencia o por la imposibilidad de gestionar un impacto como los que se dan sobre objetos geológicos como los acuíferos, las aguas subterráneas o el componente geomorfológico de los paisajes”[59].

5.27. De la misma manera, la Sala encuentra que “los datos permiten ver como el requerimiento de agua por parte de Cerrejón tiende a incrementar por lo menos en el periodo de tiempo evaluado (2006 – 2014). En el 2006 sus fuentes de captación se restringían al río Ranchería y a los arroyos Bruno y tabaco para las aguas superficiales, y el acuífero aluvial (acuífero Fonseca) para las aguas subterráneas. Desde el 2007-2008 iniciaron las captaciones desde pozos de despresurización y otros cuerpos de agua superficial”[60].

5.28. Estas circunstancias (el consumo de agua del proyecto del Cerrejón que además es un derecho individual), “genera aún más presión sobre la región, el territorio y el sistema hidrológico, teniendo en cuenta que las fuentes de agua para consumo humano son limitadas y escasas. De manera adicional, en el marco de la ejecución del proyecto P40 (ampliación del puerto), el aumento del consumo de agua se incrementa aún más, intensificando la problemática por fuentes hídricas que actualmente se vive en la región”[61].

Tabla 2[62]. Captación de aguas superficiales y subterráneas del año 2006 a 2012.

FUENTE

2006

2008

2009

2010

2011

2012

Superficial

Río Ranchería y arroyos Bruno y Tabaco (l/s)

94,8

61,6

35,2

52,5

52,5

54,2

33,2

Escorrentía, lagunas y sumideros (l/s)

35

35

59,4

87,4

Subterránea

Acuífero Aluvial (l/s)

25,5

21,7

30,6

31,5

31,5

14,7

8,6

Pozos de despresurización (l/s) (aguas acuífero rocoso)

36,2

91,3

96

96

85

100,6

TOTAL

120,3

120

192

215

215

213

229,8

5.30. En relación con los impactos sobre el aire, la contaminación se da por varias vías: por el proceso mismo de explotación (utilización de explosiones para remover el suelo), por el transporte del producto, por el embarque y acopio. Llama la atención a esta Sala que la línea vial por la que se transporta el carbón desde la mina hasta el puerto, está muy cerca (menos de 50 metros) de la comunidad Media Luna Dos, tal y como se puede verificar en el siguiente cuadro[63]:

5.31. Para esta Sala, la contaminación del aire y su consecuente se extrae de las labores que realizaron Julio Fierro y Ana María Llorente en su informe presentado a esta Corte. En concreto, la Sala encuentra que las partículas suspendidas en el aire originadas por la explotación de carbón, pueden tener efectos negativos sobre las comunidades del sector, incluida la demandante. Lo anterior, ya que la emisión sobrepasa los límites establecidos por la OMS y existe una exposición permanente de las comunidades que puede terminar con enfermedades respiratorias o cardiovasculares.

“El análisis de la serie de datos diarios (24 horas) y anual de PM10, evidenció que si bien el proyecto cumple con los límites establecidos por la Resolución 610 de 2010, existe un claro incumplimiento de los estándares internacionales enunciados por la OMS para ambos periodos de exposición (línea azul en la Figura 47 y línea roja en la Figura 48). Los sitios más

críticos se localizan en el sector central (tajos Oreganal, T100 y Comuneros) y sector Patilla, zona donde se localizan los Resguardos indígenas de San Francisco, Provincial, Lomamoto, Cerro de Hatonuevo, Las Casitas ancestral, Campo Alegre y Nuevo Espinal. Las concentraciones de partículas suspendidas menores a diez micras en el aire han llegado a superar hasta dos veces los límites establecidos por la OMS en periodos de exposición diarios y anuales, lo que evidencia el riesgo a la salud de la población indígena expuesta permanentemente a este material. Mientras que los límites permisibles por la Resolución 610 de 2010 exigen un promedio de $100 \mu\text{g}/\text{m}^3$ para periodos de exposición diarios y $50 \mu\text{g}/\text{m}^3$ para periodos de exposición anual, la OMS (2005) ha establecido para PM₁₀ un valor anual de $20 \mu\text{g}/\text{m}^3$, y $50 \mu\text{g}/\text{m}^3$ como promedio en un periodo de exposición de 24 horas. La importancia de esto radica en que las pruebas relativas al material particulado suspendido en el aire y sus efectos en la salud pública coinciden en poner de manifiesto efectos adversos para la salud con la exposición que experimenta actualmente la población. El abanico de los efectos en la salud es amplio, pero se producen en particular en los sistemas respiratorio y cardiovascular. Se ha demostrado que el riesgo de diversos efectos aumenta con la exposición y hay pocas pruebas que indiquen un umbral por debajo del cual no quepa prever efectos adversos en la salud (OMS, 2005 en Llorente A., 2015b). Asimismo, estudios como los de Pope et al., (2002), demostraron que el aumento en $10 \mu\text{g}/\text{m}^3$ representan un incremento del riesgo del 6 y 8% de muertes por enfermedad cardiorrespiratoria y cáncer de pulmón.

5.32. Es importante recordar que mediante sentencia T-154 de 2013, esta Corte estableció que el estándar de protección a la salud de los habitantes de sectores extractivos por la contaminación del aire, debía ser aquel establecido por la Organización Mundial de Salud. En aquella oportunidad, la Corte decidió “ordenar al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, por conducto del respectivo Ministro o de quien al respecto haga sus veces, que con base en las guías recomendadas por la OMS y lo dispuesto por los demás organismos internacionales concernientes, promueva un plan de acción con actividades coordinadas de todas las instituciones que integran el Sistema Nacional Ambiental, con el objetivo de erigir una política nacional integral para optimizar y hacer cumplir prioritariamente la prevención y el control contra la contaminación del aire y del agua causada por la explotación y transporte de carbón.”

5.33. Como se puede advertir, los efectos del carbón sobre la región y en especial, sobre la

comunidad Media Luna Dos, desbordan el área de influencia directa de las tres obras que se pretenden realizar para la implementación de la expansión del proyecto Puerto Bolívar. Mal haría esta Sala en analizar este caso de manera aislada pues como se indicó previamente, la ampliación de los Planes de Manejo Ambiental son un conjunto y una medida de protección al ambiente sano en general y no solamente respecto de una zona específica.

5.34. Así, es evidente para la Corte que la comunidad Media Luna, al igual que la región de La Guajira en general, está soportando cargas ambientales desproporcionadas por causa de la explotación de carbón en general y no solo por las obras de ampliación en particular. Así, la afectación ambiental se da más allá de la zona de explotación y ampliación del Puerto, pero además, las comunidades dan cuenta de dicho fenómeno dado su carácter desproporcionado.

5.35. Por ejemplo, recientemente, la Corporación Autónoma Regional de la Guajira[64], en agosto de este año, advirtió lo siguiente por causa de denuncias que algunas comunidades (entre ellas la demandante) le presentaron:

“Durante el recorrido de la vía en el momento de la llegada de la comisión que realizaba la visita de inspección, se logró observar una gran cantidad de carbón esparcida a lado y lado de la vía paralela por donde transita el tren a una distancia aproximada de unos 60 m de donde está la vía férrea, además se logran apreciar varias acumulaciones (montañas) de este material (carbón) por un largo tramo de la vía férrea, desde donde está el desvío para ir al Cabo de la Vela o dirigirse al internado de Kamusuchiwou o ir a Malla Norte, entre otras”

Al terminar la entrevista con los señores MARÍN y efectuado el recorrido por el sector de Malla Norte y Media Luna, nos dirigimos a la Institución Educativa Internado Indígena de KAMUSUCHIWOU, pues es de suma importancia visitarla por lo que sus estudiantes en un 98% son niños menores de edad de la etnia Wayuu, y los cuales al preguntarles dijeron verse afectados por el polvillo del carbón provenientes de Puerto Bolívar; los docentes y estudiantes están de acuerdo en que todas las mañanas encuentran los salones con una estela o mantillo negro en el suelo, debido a que el viento fuerte de la zona traslada partículas de carbón hasta el colegio y que por lo menos dos (2) veces al día deben de estar

haciendo aseo para no dar clases en esas condiciones. Algo que es inexplicable es que cerca de esta institución educativa se encuentra una estación de monitoreo de la calidad del aire (PM10 y PST) y ésta registra resultados normales o muy bajos y que están cumpliendo con la normatividad legal vigente en Colombia (Resolución 610 de 2010), cuando la realidad es otra y lo cual siempre ha sido lo argumentado por la empresa para esconder la realidad de lo que allí está sucediendo”.

En consecuencia, la autoridad concluyó lo siguiente:

“1. Durante la visita de campo se comprobó la acumulación de material particulado fino y grueso de carbón proveniente de la actividad de Puerto Bolívar, sobre el territorio de las comunidades de Malla Norte y Sarrusirra en el corregimiento de Media Luna jurisdicción del Municipio de Uribia-La guajira.

2. Es evidente la afectación por contaminación debido a las partículas de carbón a la que están siendo sometidas las personas, la fauna, la flora, el agua, el suelo y el recurso aire, hacia el área que habitan las comunidades que se encuentran en la zona de Malla Norte y Media Luna, por parte de la empresa Carbones del Cerrejón Limited- Cerrejón por emisiones provenientes de Puerto Bolívar” (...)

5.36. Este informe lleva a la Corte a concluir que la contaminación producida por la explotación de carbón la está soportando, principalmente, las comunidades ubicadas en la zona de Malla Norte y Media Luna, entre las cuales se encuentra el pueblo étnico tutelante. Como se indicó anteriormente, la ampliación de proyectos extractivos no se puede analizar separadamente de un conjunto de acontecimientos, pues eso llevaría a desconocer las dimensiones reales de un problema constitucional complejo. En este evento se puede apreciar que aun cuando las obras de expansión no se han iniciado, la explotación que se ha realizado hasta el momento, comprueba un grado de afectación alto a los derechos de la comunidad Media Luna Dos.

5.37. Esta Sala estima que las pruebas de la afectación son suficientes y que logran comprobar la afectación que la producción de Carbón está teniendo sobre las comunidades étnicas asentadas en el sector. Como se señaló, mal haría la Corte en analizar el caso concreto exclusivamente con base en el área de influencia directa y las tres obras adicionales que se pretenden realizar. Para esta Sala, la contaminación que la empresa del

Cerrejón está causando en la Guajira es identificable, razón por la cual se hacen visibles circunstancias que justifican la revisión del Plan de Manejo Ambiental aprobado por la autoridad ambiental competente, y en consecuencia, de la vigencia o no de la licencia ambiental para la explotación de Carbón por parte del Cerrejón.

5.38. Lo anterior, es indispensable que tanto las autoridades ambientales, la empresa del Cerrejón, la población en general y, en particular, las comunidades étnicas, diseñen e implementen medidas que atiendan con prontitud a los problemas ambientales, sociales, culturales, económicos y otros, que actualmente se están presentando. Pero adicionalmente y como algunos daños ambientales ya se provocaron, la empresa Cerrejón deberá, consultando previamente con las comunidades afectadas, diseñar e implementar un plan de compensación de daños para mitigar los efectos negativos que se causaron por la extracción de carbón realizada por esa empresa.

5.39. Ahora bien, tal y como se indicó en la solución de este caso, la modificación del Plan de Manejo Ambiental también vulnera derechos fundamentales de la comunidad Media Luna Dos, razón por la cual deberá ser consultada. En concreto, y conforme a la integralidad de la evaluación realizada por esta Sala, la expansión del Puerto Bolívar, trae consigo el aumento significativo de extracción de carbón que, como ya se evidenció, ha generado efectos sobre comunidades aledañas. En particular, sobre la comunidad Media Luna Dos.

5.40. Por todo lo anterior, existe una estrecha relación entre la explotación de carbón que está causando problemas ambientales en la región y la expansión del Puerto Bolívar. En concreto, para una mayor y mejor producción del material son necesarias estas obras. Conforme con lo anterior, a esta Sala no le cabe duda que efectivamente la comunidad Media Luna Dos puede verse afectada directamente por la ampliación del Puerto. Con estas tres obras, como se mostró en párrafos anteriores, especialmente los 5.26, 5.27, 5.31 y 5.35, la emisión de carbón puede aumentar y, con ello, potencialmente, la contaminación que ha venido afectando a las comunidades, también lo hará. Ello sumado a la cercanía de la comunidad con el proyecto.

5.40. Esta situación obliga a la Corte a tomar medidas que garanticen el derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, así como sus derechos de participación. Como se señaló en la parte motiva de esta providencia, especialmente en el capítulo sobre participación

ambiental[65], cuando se presentan esta clase de tensiones, las autoridades estatales están en el deber de mitigar los daños producidos por las industrias extractivas, pero, ellas, a su vez, están en la obligación, al igual que el Estado, de garantizar la participación de toda la comunidad en estos procesos. En todo caso, cuando se trata de comunidades étnicas el mecanismo de participación por excelencia es la consulta previa dadas las características propias de ese proceso.

5.41. Por lo expuesto, esta Sala (i) concederá el amparo constitucional y tutelaré el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad Media Luna Dos, razón por la cual (ii) se ordenará realizar la consulta de la licencia ambiental N° 0428 del 7 de mayo de 2014 que modifica el Plan de Manejo Ambiental Integral establecido mediante Resolución 2097 del 16 de diciembre de 2005, en el sentido de autorizar la ejecución y puesta en marcha del proyecto “Expansión de Puerto Bolívar”.

5.42. Adicionalmente, ordenaré a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (iii) revisar la Resolución 2097 de 2005 por medio de la cual se establece y aprueba el Plan de Manejo Ambiental Integral del proyecto minero “El Cerrejón” y sus consecuentes resoluciones. En esa revisión deberá analizar si el Plan de Manejo Ambiental vigente es suficiente para hacer frente a la contaminación que se produce por la explotación de carbón y, de haber lugar, modificar, suspender o revocar la licencia ambiental otorgada[66].

Lo anterior de conformidad con el artículo 62 de la ley 99 de 1993, el cual establece que la autoridad ambiental tiene la competencia para revisar, y por ello, conceder, suspender o revocar las licencias ambientales “cuando quiera que las condiciones y exigencias por ella establecidas no se estén cumpliendo conforme a los términos definidos en el acto de su expedición”, el cual incluye, el Plan de Manejo Ambiental Integral. Así mismo, cumpliendo lo consagrado en el artículo 3 del Decreto Ley 3573 de 2011, el cual le entrega a ANLA la competencia para “otorgar o negar las licencias, permisos y trámites ambientales de competencia del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de conformidad con la ley y los reglamentos. (...)”.

Para ello, deberá garantizar los derechos de participación de la población afectada por la contaminación al ambiente, al margen de si tiene o no condición étnica. Esto con el fin de dotar de eficacia a sus derechos generales de participación ante las decisiones que los

afectan, en los términos anteriormente analizados. Del mismo modo, en caso de que existan comunidades étnicas que puedan verse afectadas directamente con ese plan de manejo ambiental, la ANLA, la empresa El Cerrejón y el Ministerio del Interior, en conjunto con las entidades estatales competentes, deberá realizar la respectiva consulta.

5.43. Finalmente, (iv) la Corte ordenará a la empresa el Cerrejón realizar e implementar un plan inmediato de mitigación de daños ambientales, sociales, culturales. Por tanto, deberá crear mecanismos para compensar los daños causados por la explotación de carbón a las comunidades afectadas. En caso de proceder la consulta por afectación directa de algún derecho de comunidades étnicas, deberá realizarse.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: LEVANTAR la suspensión de términos decretados mediante auto de fecha del ocho (8) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

SEGUNDO: REVOCAR las sentencias proferidas por el Consejo Seccional de la Judicatura de Rioacha, en primera instancia, y la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura, en segunda, que resolvieron negar la acción de tutela promovida la Comunidad Indígena Media Luna Dos en contra de la Nación, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, el Ministerio del Interior y la empresa El Cerrejón.

TERCERO: TUTELAR el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad Media Luna Dos. En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS la Resolución N° 0428 del 7 de mayo de 2014 que modifica el Plan de Manejo Ambiental Integral establecido mediante Resolución 2097 del 16 de diciembre de 2005, en el sentido de autorizar la ejecución y puesta en marcha del proyecto “Expansión de Puerto Bolívar”, hasta que se realice el trámite consultivo.

En cumplimiento de esta orden, en el marco de sus competencias, la empresa El Cerrejón, el Ministerio del Interior y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, deberán proponer

a las comunidades una reunión para la concertación de las condiciones del proceso consultivo (preconsulta) en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo. Luego de ello, deberá efectuar la consulta previa a las comunidades afectadas, de acuerdo con las reglas identificadas en esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales REVISAR, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 3 del Decreto Ley 3573 de 2011 y el artículo 62 de la Ley 99 de 1993, la Resolución 2097 de 2005 por medio del cual se establece y aprueba el Plan de Manejo Ambiental Integral de todo el proyecto minero “El Cerrejón” y sus consecuentes resoluciones, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. En esa revisión deberá analizar si el Plan de Manejo Ambiental Vigente es suficiente para hacer frente a la contaminación que se produce por la explotación de carbón y, de haber lugar, modificar, suspender o cancelar la licencia ambiental otorgada al proyecto. En este trámite deberá GARANTIZAR los derechos de participación de toda la población que pueda verse comprometida por dicha revisión, y, en todo caso, cuando se afecten directamente derechos de comunidades indígenas, el mecanismo de participación que deberá implementar será la consulta previa.

QUINTO: ORDENAR a la empresa El Cerrejón implementar un plan inmediato de mitigación de daños ambientales, sociales, culturales, en la zona, para lo cual, deberá compensar los daños causados por la explotación de carbón al ambiente y a los derechos de las comunidades afectadas. En caso de proceder la consulta para estas compensaciones, deberá realizarse con las comunidades afectadas.

La empresa El Cerrejón deberá enviar informes periódicos, en plazos no mayores a tres meses cada uno, con destino al Consejo Seccional de la Judicatura de Riohacha. Esto con el fin que se efectúe el monitoreo sobre el cumplimiento del presente fallo, conforme lo previsto por el artículo 27 del Decreto Ley 2591 de 1991.

SEXTO: Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

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

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretario General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

A LA SENTENCIA T-704/16

Referencia: Expediente T-5.451.805

Acción de tutela instaurada por la Comunidad Indígena Media Luna Dos en contra de la Nación, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), el Ministerio del Interior y la empresa El Cerrejón.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

1. Comparto la decisión adoptada por la Sala Novena de Revisión de esta Corporación, en el sentido de conceder la protección por vía jurisdiccional del derecho a la consulta previa de la comunidad Media Luna Dos.

2. Sin embargo, me aparto de las órdenes contenidas en los numerales Cuarto[67] y Quinto[68] de la parte resolutive de la sentencia, relacionadas con la revisión del Plan de Manejo Integral de todo el proyecto minero “El Cerrejón” y con la implementación de un plan de mitigación de daños ambientales, sociales y culturales en toda su zona de influencia. Considero que el alcance de estas disposiciones desbordó el marco funcional del juez constitucional propuesto por los mismos accionantes, conclusión que, como explicaré, no niega ni desconoce las facultades que son propias del juez de tutela como el empleo de órdenes *ultra o extra petita* ni mucho menos su deber de aplicar principios generales del derecho como el de *iura novit curia*[69].

2.1. En esta oportunidad, la acción de tutela que motivó el pronunciamiento de la Corte tenía como objeto cuestionar la Resolución 428 de 2014 por medio de la cual la ANLA, entre otras determinaciones, modificó el Plan Integral de Manejo Ambiental para el Proyecto carbonífero Cerrejón contenido, a su vez, en la Resolución 2097 de 2005. Específicamente, aquella resolución autorizó el aumento del volumen de dragado del canal navegable de acceso al “Puerto Bolívar” y la construcción de un nuevo muelle de remolcadores, así como la ampliación de la capacidad de una planta desalinizadora en el municipio de Uribia. Estas tres obras se autorizaron para atender la correcta implementación del denominado Proyecto P40, que implica el incremento escalonado de la producción anual de la empresa de 35 a 41 millones de toneladas de carbón.[70]

En consonancia con ello, luego de un estudio sobre los conceptos de afectación directa y justicia ambiental, la Sala consideró que la realización de aquellas obras, por su lesividad potencial a los derechos de los accionantes -Comunidad de Media Luna Dos-, debía ser objeto de consulta, en el marco del principio de participación constitucional.

En efecto, convengo con aquella protección precisamente por su correspondencia con la demanda de tutela y por la afectación al medio ambiente, a los recursos naturales y a la salud humana de las comunidades indígenas de Malla Norte, Media Luna y Lechemana, acreditada por Corpoguajira, como entidad competente a través de la Resolución 1749 de 2016[71].

Es claro que por su naturaleza pública y su cometido constitucional, una de las columnas vertebrales de la acción de tutela es su informalidad, cuestión que explica las amplias

facultades que el juez posee para contribuir a la realización efectiva y material de los derechos fundamentales en este tipo de procesos aun cuando no se hubieren invocado expresamente por quien acciona. Asimismo, principios como el de prevalencia del derecho sustancial,[72] demandan del funcionario judicial actitudes más activas y oficiosas, lo que genera espacios más apropiados para la aplicación de mandatos generales del derecho como el de iura novit curia o de facultades que de alguna manera flexibilizan la congruencia procesal entre lo demandado y lo amparado.

2.2.1. Empleando los conceptos propuestos por la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, en virtud del principio iura novit curia, “(...) el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aún cuando las partes no las [hubiesen invocado] expresamente”[73]. En el escenario procesal de la acción de tutela, lo anterior implica que el juez no pueda limitarse simplemente a verificar el estado de los derechos solo desde la fórmula jurídica como se invocan. De encontrarse soportada probatoriamente una amenaza o violación de un derecho no alegado en forma expresa, el análisis judicial debe proporcionar una solución jurídica congruente con el examen procesal de los hechos y de las pretensiones que, sin importar su imprecisa formulación, responda al deber judicial de conocer el derecho.[74] En todo caso, la aplicación del mencionado principio supone adecuaciones jurídicas, más no la modificación de lo solicitado o del objeto de la acción.

2.2.2. Sin embargo, este último contexto procesal también existe y aunque es más restringido debido a sus implicaciones en materia de contradicción, ha tenido sus más destacados desarrollos a través de la acción de tutela, por tratarse esta última de una herramienta informal de carácter judicial que pretende el amparo de derechos de alta sensibilidad constitucional, en virtud de los cuales el funcionario judicial puede conceder el amparo no sólo a partir de derechos no alegados sino además de situaciones o pretensiones no expuestas. Estas facultades se manifiestan en los fallos ultra o extra petita, y suponen pronunciamientos (i) sobre cuestiones que no fueron materia de la controversia o (ii) que si bien están centrados en aspectos que integran el debate litigioso, exceden los límites propuestos por las partes.

El valor de estas facultades judiciales ha sido reconocido ampliamente por la jurisprudencia de este Tribunal a lo largo de su existencia. Desde sentencias como la T- 310 de 1995, ya se

subrayaba su importancia: “Dada la naturaleza de la presente acción, la labor del juez no debe circunscribirse únicamente a las pretensiones que cualquier persona exponga en la respectiva demanda, sino que su labor debe estar encaminada a garantizar la vigencia y la efectividad de los preceptos constitucionales relativos al amparo inmediato y necesario de los derechos fundamentales. En otras palabras, en materia de tutela no sólo resulta procedente sino que en algunas ocasiones se torna indispensable que los fallos sean extra o ultra petita. Argumentar lo contrario significaría que si, por ejemplo, el juez advierte una evidente violación, o amenaza de violación de un derecho fundamental como el derecho a la vida, no podría ordenar su protección, toda vez que el peticionario no lo adujo expresamente en la debida oportunidad procesal. Ello equivaldría a que la administración de justicia tendría que desconocer el mandato contenido en el artículo 2º superior y el espíritu mismo de la Constitución Política, pues -se reitera- la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales es el cimiento mismo del Estado social de derecho.” (Destacado no original)

Así pues, este tipo de facultades permiten al juez de tutela resolver aspectos que, sin ser expuestos como fundamento del amparo solicitado, han de ser objeto de pronunciamiento, por estar vulnerando o impidiendo la efectividad de derechos de rango constitucional fundamental.[75] Esto, sin duda, sugiere que el juez reivindique su labor de impulso procesal, así como de indagación “(...) no sólo [sobre] todos los hechos determinantes, sino [además sobre] los derechos cuya afectación resulte demostrada en cada caso (...)”[76]. (Destacado no original)

Y es precisamente en el marco de su labor procesal que, al emplear estas facultades, el juez tiene el deber de que su indagación probatoria sea aun más seria y escrupulosa, pues si se trata de aspectos que no han sido materia de la controversia o exceden los límites de la misma, con mayor razón debe cuidar la solidez demostrativa de su decisión, para no afectar derechos como el de contradicción de otros sujetos procesales.

Concedido esto, es claro entonces que la flexibilización del principio de congruencia se justifica siempre que se haga un uso correcto de las facultades ultra y extra petita o, en otras palabras, que los pronunciamientos judiciales externos a la pretensión tengan un sólido fundamento probatorio.

2.3. Este último punto es precisamente la razón que sustenta mi desacuerdo con los numerales resolutivos Cuarto y Quinto de la Sentencia T-704 de 2016. Aunque la entidad competente, en este caso Corpoguajira, a través de la Resolución 1749 de 2016 sí certificó una afectación al medio ambiente, a los recursos naturales y a la salud humana, ello sólo se verificó en relación con los territorios de las comunidades indígenas de Malla Norte, Media Luna y Lechemana, más no frente a otros asentamientos u otras zonas de influencia del proyecto. Y si bien el otro soporte probatorio de la decisión fue un concepto técnico solicitado en sede de revisión “sobre el impacto ambiental del Proyecto Cerrejón [en su totalidad”][77], tal solicitud ni siquiera se efectuó a las entidades estatales competentes para el efecto (e.j. Agencia Nacional de Licencias Ambientales), únicamente a dos profesionales externos (geólogo e ingeniera ambiental), cuyas opiniones, sin desmerecer su rigor, no fueron contrastadas dentro del proceso y se tomaron como absolutamente idóneas y suficientes para adoptar decisiones de un impacto considerable sobre toda el área de influencia del proyecto.

Tal y como la jurisprudencia lo ha sostenido, convengo con el empleo de las facultades ultra y extra petita del juez constitucional, sin embargo, mi desacuerdo con los mencionados numerales resolutivos de la sentencia radica precisamente en el uso inadecuado de estos poderes judiciales. El fundamento probatorio de aquellas órdenes se enmarcó en un debate técnico estrecho, restringido y sin una convocatoria institucional amplia de quienes fueren legalmente competentes lo que implicó, en últimas, que el juez de tutela interviniera en asuntos que desbordaban el alcance del debate constitucional propuesto, a partir de elementos científicos limitados, de bajo contraste y que, por sí sola, desde su funcionalidad natural, la administración de justicia no logra escrutar.

Fecha ut supra,

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

[1] Ver: respuesta del Cerrejón. Cuaderno principal.

[2] Pese a que antes de la Constitución de 1991, en Colombia, existieron algunas normas regulatorias de derechos étnicos, ellas respondían a esquemas mayoritarios que propendían

por la integración de dichas comunidades al común de la sociedad.

[3] Ver, por ejemplo, artículos 8 y 72 de la Constitución de 1991.

[4] Fundamentos reiterados de la sentencia T-576 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[5] Sentencia T-342 de 1994 M.P Antonio Barrera Carbonell.

[6] Cita tomada de la Sentencia T-376 de 2012 M.P María Victoria Calle Correa: “Desde la sentencia T-380 de 1993 la Corte Constitucional señaló que el reconocimiento de sus derechos es imprescindible para garantizar la supervivencia de grupos humanos poseedores de una cultura diferente a la mayoritaria y que se encuentran en situación de vulnerabilidad desde el punto de vista constitucional, debido, entre otras razones, a (i) la existencia de patrones históricos de discriminación que les impiden el pleno ejercicio de sus derechos y su cultura; (ii) la presión ejercida sobre sus territorios, su forma de ver el mundo, su organización social, sus modos de producción y su concepción sobre el desarrollo, originada en la explotación de los recursos naturales y la formulación de proyectos de desarrollo de diversa naturaleza en sus territorios ancestrales; (iii) el grave impacto que el conflicto armado ha generado en su modo de vida, reflejado en desplazamiento forzado y afectaciones de especial gravedad a sus territorios ancestrales, usados como corredores estratégicos o escenarios directos del conflicto; y (iv) la marginación económica, política, geográfica y social que, por regla general, enfrentan como grupos minoritarios”.

[7] Sentencia C-175 de 2009 M.P Luis Ernesto Vargas Silva. Tomado de la Sentencia T-116 de 2011 M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

[8] Sentencia T-485 de 2015. M.P. Myriam Ávila Roldán (E).

[9] Sentencia T-605 de 1992 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz. “En términos constitucionales, la diversidad cultural hace relación a formas de vida y concepciones del mundo no totalmente coincidentes con las costumbres de la mayoría de la población en aspectos de raza, religión, lengua, economía y organización política. Los grupos humanos que por sus características culturales no encuadran dentro del orden económico, político y social establecido para la mayoría tienen derecho al reconocimiento de sus diferencias con

fundamento en los principios de dignidad humana, pluralismo (CP art. 1) y protección de las minorías (CP arts.13, 176 y 265). En términos constitucionales, la diversidad cultural hace relación a formas de vida y concepciones del mundo no totalmente coincidentes con las costumbres de la mayoría de la población en aspectos de raza, religión, lengua, economía y organización política. Los grupos humanos que por sus características culturales no encuadran dentro del orden económico, político y social establecido para la mayoría tienen derecho al reconocimiento de sus diferencias con fundamento en los principios de dignidad humana, pluralismo (CP art. 1) y protección de las minorías (CP arts.13, 176 y 265)".

[10] Sentencia T-116 de 2011 M.P Humberto Antonio Sierra Porto. Igualmente ver: Sentencia T-973 de 2009 M.P Mauricio González Cuervo "En el ámbito externo, el respeto por la autonomía de las comunidades indígenas exige reconocer el derecho de tales grupos, a participar en las decisiones que los afectan. Ese reconocimiento supone que en las relaciones entre estos pueblos y el Estado, la consulta previa a las comunidades indígenas juega un rol necesario en los términos previamente enunciados, para asegurar que las aspiraciones culturales, espirituales y políticas de los pueblos indígenas sean consideradas en el ejercicio de las demás atribuciones y competencias de la Administración. Por lo tanto, estos pueblos tienen el derecho a ser consultados previamente con relación a las decisiones que los afecten, en los términos que determine la Constitución y la ley. Un segundo ámbito de protección, también externo, tiene que ver con la participación política de estas comunidades, en la esfera de representación nacional en el Congreso. Así, las comunidades indígenas tienen el derecho de participar en la circunscripción especial electoral prevista para ellas, de acuerdo con la Constitución. (...) Finalmente, existe un tercer ámbito de reconocimiento a la autonomía de estas comunidades que es de orden interno, y que está relacionado con las formas de autogobierno y de autodeterminación de las reglas jurídicas al interior de los pueblos indígenas. Ello supone el derecho de las comunidades, (i) a decidir su forma de gobierno (CP art. 330); (ii) el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (C.P. art. 246) y (iii) el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios, con los límites que señale la Constitución y la ley. La autonomía política y jurídica, relacionada de este modo con una autogestión territorial, actúa así como un instrumento de reafirmación de la identidad de las comunidades indígenas, las cuales, mediante el ejercicio de sus prácticas tradicionales, avanzan en el fortalecimiento de sus autoridades internas y en el auto-reconocimiento de sus espacios de expresión colectiva". (negrilla incluida en el texto).

[11] Esta Corte entiende que el término comunidades o pueblos étnicos incluye tanto a población afro como indígena.

[12] Sentencias SU-039 de 1997 Antonio Barrera Carbonell, T-652 de 1998 M.P Carlos Gaviria Díaz, SU- 383 de 2003 M.P Álvaro Tafúr Galvis, T-382 de 2006 Clara Inés Vargas y T-769 de 2009 M.P Nilson Elías Pinilla Pinilla, entre otras.

[13] Sobre su carácter de fundamental, ver: Sentencias SU-039 de 1997 Antonio Barrera Carbonell, T-652 de 1998 M.P Carlos Gaviria Díaz, SU- 383 de 2003 M.P Álvaro Tafúr Galvis, T-382 de 2006 Clara Inés Vargas y T-769 de 2009 M.P Nilson Elías Pinilla Pinilla, entre otras.

[14] Artículos 40, 330 entre otros de la Constitución de Colombia.

[16] Sentencia SU-039 de 1997 M.P Antonio Barrera Carbonell.

[17] Cita en texto.

[18] Convenio 169, Artículo 15: 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener 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.

[19] Convenio 169, Artículo 16. 1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno

conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. 3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir la causa que motivaron su traslado y reubicación. 4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización con las garantías apropiadas. 5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan como consecuencia de su desplazamiento.

[20] Convenio 169, Artículo 17. 1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos. 2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad. 3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

[21] Convenio 169. Artículo 22. 1. Deberán tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general. 2. Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación. 3. Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados

sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden.

[22] Convenio 169, Artículo 27. 1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales. 2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar. 3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.

[23] Convenio 169. Artículo 28. 1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo. 2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país. 3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

[24] Sentencia C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[25] Sentencia C-175 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[26] Es más, el territorio no solo es el espacio físico sino que se trata de un concepto cultural. Ver, por ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Comunidad Moiwana vs. Surinam: “El daño espiritual, es una forma agravada del daño moral que tiene una implicancia directa en la parte más íntima del género humano, a saber, su ser interior,

sus creencias en el destino de la humanidad y sus relaciones con los muertos...La evidencia testimonial presentada ante esta Corte en el caso d'espèce indica que, según la cosmovisión de los N'djuka, en circunstancias como las del presente caso, los vivos y los muertos sufren juntos y eso tiene una proyección intergeneracional. A diferencia del daño moral, desde mi punto de vista, el daño espiritual no es susceptible de "cuantificar" y sólo puede ser resarcido, de manera segura, por medio de obligaciones de hacer en la forma de satisfacción (por ejemplo, honrando a los muertos en las personas de los vivos)...El destino de los restos mortales de las víctimas directas, la falta de cumplimiento de los ritos fúnebres y de las ceremonias y la falta de una adecuada sepultura, desorganizó enormemente las antiguas relaciones armoniosas que tenían los N'djuka con sus muertos. El daño de las tumbas que se le causó fue, a mi ver, no sólo un problema psicológico, sino que también: un verdadero daño espiritual que afectó, gravemente, desde su comisión, no sólo a los vivos sino que a los vivos con sus muertos".

[27] De ahí que, en lugar de vincular la condición de pueblo indígena o tribal a una definición concreta, la comunidad internacional haya optado por asociarla a que el respectivo grupo posea ciertas características particulares que lo distingan del resto de la sociedad, y a que reivindique esa diferencia, en ejercicio de su derecho a determinar su propia identidad o pertenencia, de conformidad con sus propias costumbres y tradiciones

[28] La Guía de Aplicación del Convenio 169 de la OIT resalta, precisamente, el hecho de que los criterios contemplados en el artículo 1 (1) b del Convenio hayan sido aplicados para identificar a los pueblos indígenas en distintos procesos políticos y legales internacionales y nacionales, incluso, más allá del grupo de Estados que lo ratificaron. Indica el documento que los elementos subjetivo y objetivo contemplados por el Convenio han sido utilizados para identificar a los pueblos indígenas y han servido de base para la elaboración de las definiciones operativas del término pueblos indígenas por parte de varios organismos especializados de la ONU, entre ellos el Banco Mundial y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT. Programa para promover el Convenio núm. 169, Ginebra, 2009).

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

[30] *Ibíd.*

[31] Como se advirtió antes, la resistencia de la comunidad internacional a formular una definición de pueblo indígena o tribal parte de la convicción de que su diversidad es inabarcable y del reconocimiento de los distintos factores que pueden impactar en los procesos de construcción identitaria. Eso explica que, en todos los casos, sea la autoidentificación el factor que más pese a la hora de caracterizar a determinada colectividad como titular de los derechos contemplados en el marco internacional de protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. En un informe de 1996, Erica-Irene A. Daes, Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de Naciones Unidas, llamó la atención sobre lo inconveniente que resultaría pretender definir a los pueblos indígenas cuando, de hecho, la comunidad internacional consideró inoportuno e innecesario tratar de definir la palabra “pueblos” que figura en la Carta de Naciones Unidas y en los pactos internacionales de derechos humanos y la expresión “minorías” que consta en la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas. Daes advirtió que no hay una única definición que pueda abarcar la diversidad de los pueblos indígenas de todo el mundo y que, de hecho, todos los intentos de hallar una definición habían producido una ambigüedad aún mayor. Concluyó, entonces, que no era conveniente ni posible llegar a una definición universal. A su juicio, la condición de pueblo indígena debía verificarse a partir de ciertos factores relevantes como el lenguaje, la organización, social, la religión y los valores espirituales, la autoidentificación y experiencias de marginalización, desposesión o exclusión, los cuales, en todo caso, no constituyen una definición inclusiva o comprehensiva, ya que pueden estar presentes en mayor o en menor grado en distintas regiones y contextos nacionales y locales. La misma discusión fue abordada por un grupo de trabajo de la Comisión Africana sobre los derechos del Hombre y de los Pueblos que, en 2001, sostuvo que una definición estricta de los pueblos indígenas no era necesaria ni deseable, pues correría el riesgo de excluir a ciertos grupos. En su informe sobre las poblaciones y las comunidades indígenas de África, el grupo de trabajo recomendó un enfoque para identificar a los pueblos indígenas sobre la base de un conjunto de criterios, entre los que se incluían el hecho de que sus culturas y estilos de vida difirieran considerablemente de los de la sociedad dominante, que sus culturas se encontraran amenazadas, y el que fueran víctimas de marginación social y política, entre otros. (En ONU, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención

de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 47o periodo de sesiones, Tema 15 del Programa provisional, Discriminación contra las poblaciones indígenas. Protección del patrimonio de los pueblos indígenas. Informe definitivo de la relatora especial, Sra. Erica-Irene Daes, presentado en virtud de la Resolución 1993/4 y de la Decisión 1994/105 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1995/26, 1995 y Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica, una guía sobre la aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009).

[32] Los informes rendidos por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT al monitorear la aplicación del Convenio 169 por parte de los Estados signatarios han sido especialmente enfáticos acerca de la importancia de incluir el criterio de autoidentificación en las legislaciones nacionales. Recomendaciones en ese sentido se les han hecho a los gobiernos de Paraguay, México y a Colombia.

[33] Sentencia T-698 de 2011 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

[34] Sentencia SU-039 de 1997 M.P Antonio Barrera Carbonell.

[35] Sentencia T-576 de 2014.

[36] Sobre el punto ver: Sentencia C-175 de 2009 y sentencia SU-383/03. Previamente, cabe precisar que en esas decisiones se verificaba la consulta previa sobre medidas legislativas y administrativas de carácter general, de manera que el punto de análisis de la Corte solamente versó sobre ese aspecto: “Cabe precisar que el derecho a la consulta previa, previsto en el Convenio 169, no conlleva el derecho de los pueblos indígenas y tribales a vetar las medidas legislativas y administrativas que los afectan, sino que se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo.|| Las consultas que se ordenan, entonces, no pueden ser utilizada para imponer una decisión, como tampoco para eludir el cumplimiento de una obligación, sino que deberán ser tenidas como una ocasión propicia y no desperdiable para que las entidades gubernamentales encargadas de autorizar, ejecutar y vigilar la política estatal de erradicación de cultivos ilícitos consideren el derecho de los pueblos indígenas y tribales a exponer los condicionamientos que dicha política debe incluir, con miras a respetar su derecho a la integridad cultural, y la

autonomía de sus autoridades en sus territorios. || Oportunidad que debe ser utilizada para que dichos pueblos y autoridades conozcan la posición de las mayorías nacionales, en torno de las medidas consultadas, y participen activamente en ellas, usando canales apropiados y, en consecuencia, propiciando un acercamiento.”

[37] Ver, por ejemplo, T-256 de 2015 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; T-550 de 2015 M.P. Myriam Ávila Roldán; T-764 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza; T-661 de 2015 M.P. María Victoria Calle Correa; T-197 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[38] Dichas reglas no son un listado taxativo. Como se indicará más adelante, la Corte les ha dado un contenido específico al aplicarlas a casos concretos con supuestos fácticos diferentes.

[39] Para un recuento jurisprudencial, ver sentencia T-197 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[40] Consideraciones similares han sido reiteradas por la Corte en un amplio número de decisiones, relativas al derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas, las comunidades afrocolombianas, palenqueras o raizales. Así, en la sentencia SU-039 de 1997, la Corporación protegió el derecho a la consulta previa de la comunidad u’wa, frente a la exploración petrolera que adelantaba la corporación Oxy de Colombia; En la sentencia T-514 de 2009 la Corporación abordó el estudio de un conflicto suscitado en el resguardo chenche buenos aires, de Coyaíma, por el reparto de recursos del Sistema General de Participaciones (SGP), y destinados a la implementación de proyectos productivos por parte de los residentes del resguardo. La Corporación destacó una vez más la naturaleza cultural del territorio, como espacio donde la comunidad desenvuelve su vida social y decide sus prioridades. Fue, precisamente, la importancia que la jurisprudencia ha reconocido a la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios el elemento central de la decisión.

En efecto, el peticionario hacía parte de la comunidad, pero residía hacía muchos años en Bogotá, razón por la cual el resguardo de chenche buenos aires lo excluyó de los recursos mencionados. La Corporación encontró que esa decisión era razonable, debido a que los recursos del SGP se reparten en proporción al número de habitantes en cada resguardo, y a que los proyectos que desarrollaba la comunidad tenían por objeto alcanzar fines propios de la vida comunitaria, dentro del resguardo. En la sentencia T-652 de 1998 la Corte se

pronunció acerca de la violación a los derechos fundamentales de la comunidad indígena embera-katía, que habitaba un territorio al margen del río Sinú, ante la construcción de una represa, sin haber asegurado su participación, mediante el trámite de la consulta previa. La Corporación recordó importancia del territorio para los pueblos originarios, y la especial relación entre estos, sus tierras y los recursos naturales que se encuentran en ellas. En las sentencias T-693 y 698 de 2011, ambas dictadas en el escenario de la consulta previa, la Corporación resaltó la importancia de que la consulta previa se adelante no sólo cuando una medida afecte el territorio colectivo, sino también cuando la medida afecta lugares adyacentes al territorio, y de importancia cultural para las comunidades. En la sentencia T-376 de 2012 se protegió el derecho a la consulta previa de la comunidad negra de la Boquilla, afectada por concesiones turísticas en la playa adyacente a su territorio; en la providencia T-652 de 1998, relativa a la construcción de una represa en territorio colectivo del pueblo indígena emberá - katío, ubicada al margen del río Sinú, la Corporación defendió el derecho a la consulta y declaró la violación al derecho al territorio colectivo de la comunidad, debido a que la construcción de la represa supuso el desvío del cauce del río, con trascendentales consecuencias en el modo de vida de la comunidad accionante. En ese marco, expresó la Corte: ““Siendo este el caso de la mayoría de las comunidades indígenas en el país, la Corte Constitucional ha reiterado el carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios, no sólo por lo que significa para la supervivencia de los pueblos indígenas y raizales el derecho de dominio sobre el territorio que habitan, sino porque él hace parte de las cosmogonías amerindias y es substrato material necesario para el desarrollo de sus formas culturales características”. de 2012, relacionada con la protección de los derechos territoriales de una comunidad residente en las Islas del Rosario, la Corporación recordó la titularidad de los derechos previstos en el Convenio 169 de la OIT por parte de las comunidades étnicamente diferenciales y ordenó al Incoder ponderar, al momento de decidir sobre la viabilidad de adjudicaciones de terrenos fiscales de la Nación, los principios constitucionales en conflicto y, de hallarlo necesario para asegurar el goce efectivo de los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, inaplicar la ley. Estas providencias constituyen un ejemplo de la manera en que la Corte ha relacionado los derechos de los pueblos indígenas a la

[41] “Considero que la función de la Corte, más allá de verificar si el proyecto se “solapaba” con el territorio de la comunidad demandante, consistía es establecer si efectivamente,

aunque por fuera de las tierras de la comunidad del accionante, tenía la virtualidad de afectar a dicho pueblo: es ese el verdadero sentido de la afectación directa establecida en el artículo 6 del convenio mencionado. (...) Considero que en el caso concreto sí existía afectación directa y que la posición mayoritaria erró al limitar su interpretación del artículo 6 del Convenio a un asunto meramente de “solapamiento” territorial. Por esa vía se restringe un derecho que era fundamental para la comunidad interesada en este caso y, de manera general, para todas las comunidades étnicas”.

[42] Sentencia T-445 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[43] Entre estos estudios se destacan el realizado en 1983 por la U.S. General Accounting Office, titulado “Siting of Hazardous Waste Landfills and their Correlation with Racial and Economic Status of Surrounding Communities” (“Localización de vertederos de desechos peligrosos y su correlación con el estatus racial y económico de las comunidades circundantes”, disponible en: <http://archive.gao.gov/d48t13/121648.pdf>). En 1987 se publicó el informe “Toxic Waste and Race in the United States: A National Report on the Racial and Socioeconomic Characteristics of Communities with Hazardous Waste Sites” (“Residuos tóxicos y raza en Estados Unidos: Informe Nacional sobre las características raciales y socioeconómicas de las comunidades próximas a instalaciones de residuos peligrosos”, disponible en: <http://www.ucc.org/about-us/archives/pdfs/toxwrace87.pdf>), patrocinado por la Comisión de Justicia Racial de la Iglesia Unidad de Cristo (UCC-CRJ, por sus siglas en inglés), coordinado por el reverendo Benjamin F. Chavis, uno de los arrestados en las protestas de Afton y quien acuñó el concepto de “racismo ambiental”. Finalmente, en 1992 la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (EPA, por sus siglas en inglés), publicó el estudio “Environmental Equity: Reducing Risk for all Communities” (“Equidad Ambiental: Reduciendo riesgo para todas las comunidades”, disponible en: http://www.epa.gov/environmentaljustice/resources/reports/annual-project-reports/reducing_risk_com_vol1.pdf). Todos los documentos aquí citados fueron recuperados el 5 de diciembre de 2013

[44] Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (EPA, por sus siglas en inglés), “Justicia Ambiental y Participación Comunitaria”, en <http://www.epa.gov/espanol/saludhispana/justicia.html> (recuperado el 5 de diciembre de 2013). Sobre el origen y evolución de este concepto vid., entre otros, Bellver Capella,

Vicente. “El movimiento por la justicia ambiental: entre el ecologismo y los derechos humanos”, Anuario de Filosofía del Derecho, XIII, 1996, p.p. 327-347; Dobson, Andrew. Justice and the Environment. Conceptions of Environmental Sustainability and Dimensions of Social Justice, New York, Oxford University Press, 1998; Shrader – Frechette, Kristin. Environmental Justice. Creating Equality, reclaiming Democracy, New York, Oxford University Press, 2002; Crawford, Colin. “Derechos culturales y justicia ambiental: lecciones del modelo colombiano”, en Justicia Colectiva, Medio Ambiente y Democracia Participativa, D. Bonilla Maldonado (coordinador), Bogotá, Universidad de los Andes, 2009, p.p. 10-68; Hervé Espejo, Dominique. “Noción y elementos de la Justicia Ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica”, Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 23, No. 1, julio 2010, p.p. 9-36; Espinosa González, Adriana. “La Justicia Ambiental, hacia la igualdad en el disfrute del derecho a un medio ambiente sano”, Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, No. 16, julio 2012, ISSN 1698-7950, p.p. 51-77; Bellmont, Yary Saidy. “El concepto de justicia ambiental”, en Elementos para una teoría de la Justicia Ambiental y el Estado Ambiental de Derecho, Grupo de Investigación en Derechos Colectivos y Ambientales – GIDC, G. Mesa Cuadros (editor), Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2012, p.p. 63-86.

[45] Hervé Espejo, Dominique. “Noción y elementos de la Justicia Ambiental...”, citado, p. 17.

[46] En tal sentido ver Shrader – Frechette, Kristin. Environmental Justice..., citado, p.p. 23 y ss.

[47] Cerrejón. (2011). Informe de sostenibilidad 2011. Recuperado de http://www.cerrejon.com/site/Portals/0/Documents/pdf/informes_sostenibilidad/Cerrejon_Informe_Sostenibilidad_2011.pdf

[48] Para un análisis detallado de la historia del proyecto del Cerrejón, ver: Archila, Mauricio (2015). “Hasta cuando soñemos”. Extractivismo e interculturalidad en el Sur de la Guajira. CINEP/programa para la paz.

[49] CINEP/PPP. (2014). Minería y conflictos en el Caribe colombiano. Hacia una ecología política de la minería del carbón. Bogotá, D.C.: CINEP/PPP, Impresol Ediciones.

[50] Como lo ha señalado esta Corte en reiterada jurisprudencia, la titulación de un territorio no determina la existencia del mismo. Se trata de una protección jurídica no constitutiva del derecho indígena.

[51] CINEP, Ibíd.

[52] CINEP, Ibíd.

[53] Ver: Sentencia T-256 de 2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

[54] Todas las entidades accionadas enviaron a la Corte

[55] Respuesta de la empresa de “El Cerrejón” en el trámite de tutela. Folios 272 a 315 del Cuaderno 1.

[56] Ibíd.

[57] Al respecto, ver intervención del profesor Rodrigo Negrette en la que señala que: “la determinación del Área de Influencia, tanto Directa, como Indirecta se determina en términos físicos, es decir, producto de una delimitación de un área geográfica específica donde se prevé que evidenciaran los impactos positivos y negativos del proyecto”.

[58] Ver: Respuesta al oficio OPT – A- 1667 de 2016. Expediente T-5451808 presentada por Julio fierro Morales y Ana María Llorente.

[59] Julio Fierro y Ana María Llorente.

[60] Ibíd.

[61] Ibíd.

[62] Julio Fierro y Ana María Llorente. Ibíd.

[63] Respuesta al oficio OPT – A- 1667 de 2016. Expediente T-5451808 presentada por Rodrigo Negrete.

[64] Resolución 01749 de 2016. Disponible en: <http://corpoguajira.gov.co/wp/wp-content/uploads/2016/08/RESOLUCION-01749-CERREJON.pdf>

[65] Numerales 4.1. y siguientes.

[67] “CUARTO: ORDENAR a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales REVISAR, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 3 del Decreto Ley 3573 de 2011 y el artículo 62 de la Ley 99 de 1993, la Resolución 2097 de 2005 por medio del cual se establece y aprueba el Plan de Manejo Ambiental Integral de todo el proyecto minero “El Cerrejón” y sus consecuentes resoluciones, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. En esa revisión deberá analizar si el Plan de Manejo Ambiental Vigente es suficiente para hacer frente a la contaminación que se produce por la explotación de carbón y, de haber lugar, modificar, suspender o cancelar la licencia ambiental otorgada al proyecto. En este trámite deberá GARANTIZAR los derechos de participación de toda la población que pueda verse comprometida por dicha revisión, y, en todo caso, cuando se afecten directamente derechos de comunidades indígenas, el mecanismo de participación que deberá implementar será la consulta previa.”

[68] “QUINTO: ORDENAR a la empresa El Cerrejón implementar un plan inmediato de mitigación de daños ambientales, sociales, culturales, en la zona, para lo cual, deberá compensar los daños causados por la explotación de carbón al ambiente y a los derechos de las comunidades afectadas. En caso de proceder la consulta para estas compensaciones, deberá realizarse con las comunidades afectadas.”

[69] “El juez conoce el derecho”.

[70] Resolución 1386 del 18 de noviembre de 2014, “Por la cual la ANLA modifica un Plan de Manejo Ambiental”

[71] De acuerdo con las conclusiones de la Resolución 1749 de 2016 “Por la cual se impone una medida preventiva”, Corpoguajira: (...)“ “[I]uego de escuchar a los miembros de la comunidad indígena de SARRUTSIRRA, MALLA NORIE y a los docentes y estudiante de la institución educativa KAMUSUCHTWOU y de acuerdo a lo observado en la visita practicada, el Grupo de Evaluación, Control y Monitoreo Ambiental; considera: Durante la visita de campo se comprobó la acumulación de material particulado fino y grueso de carbón proveniente de la actividad de Puerto Bolívar, sobre el territorio de las comunidades Malla

Norte y Sarrutsirra en el corregimiento de Media Luna jurisdicción del Municipio de Uribia – La Guajira. Es evidente la afectación por contaminación debido a partículas de carbón a las que están siendo sometidas las personas, la fauna, la flora, el agua, el suelo y el recurso aire, hacia el área que habitan las comunidades que se encuentran en la zona de Malla Norte y Media Luna, por parte de la EMPRESA CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED-CERREJÓN provenientes de Puerto Bolívar. Después de realizar la visita de inspección ocular y ambiental en el corregimiento de MEDIA LUNA en el Municipio de Uribia – La Guajira, por la contaminación atmosférica ocasionada por el transporte, disposición y manejo de carbón que realiza en esa zona la empresa CERRELÓN y en virtud de que se trata de una situación de tipo ambiental y de salubridad, como lo corroboró nuestro funcionario en la visita practicada y según los registros fotográficos presentados, CORPOGUAJIRA, como la entidad encargada de del cuidado y preservación del ambiente y de los recursos naturales, tiene el deber el salvaguardar los recursos de su jurisdicción, debido a ello se considera pertinente tomar las acciones jurídicas y proceder conforme a la situación encontrada, ya que hay una evidente afectación de los recursos aire, agua, suelo, flora y fauna y además puede estar afectando progresivamente la salud de las personas que allí residen.”

[72] Decreto 2591 de 1991: “Artículo 3o. Principios. El trámite de la acción de tutela se desarrollará con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia.”

[73] La jurisprudencia interamericana se ha referido a este principio en varias ocasiones, entre otras ver por ejemplo: Caso de la Masacre de Mapiripán. Excepciones Preliminares y Reconocimiento de Responsabilidad, Sentencia del 7 de marzo de 2005, Serie C, N° 122, párr. 28; Caso Tibi, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, Serie C, N° 114, parr 87; Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri, Sentencia del 8 de julio de 2004, Serie CN° 110, párr. 126.

[74]En sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, referencia expediente No 17001-3103-005-2003-00318-01, M.P. William Namén Vargas: “[P]ara ‘no sacrificar el derecho material en aras de un culto vano al formalismo procesal’ (CCXXXIV, 234), está obligado [el juez] a interpretarla [la demanda] en busca de su sentido genuino sin alterarlo ni sustituirlo, consultando la prevalencia del derecho sustancial, el acceso a la administración de justicia y la solución real de los conflictos. A este respecto, la Sala de

tiempo atrás, acentúa la labor del juez en la interpretación de la demanda ‘para que los derechos de las partes que se discuten en el proceso alcancen en la práctica la certeza que legalmente les corresponde. Más si ello es así, tampoco hay lugar a perder de vista que dicho poder encuéntrase de todos modos, supeditado a los términos y conceptos de los que el demandante se hubiere valido para exponer tanto la pretensión como la causa petendi de la misma. Por mejor decirlo, el juez, en la búsqueda del real sentido de la demanda, tiene que averiguar es por lo que su autor quería expresar por medio de ella y no por lo que él, el juez, desee ver en ese escrito (...).”

[75] Sentencia T-886 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[76] Sentencia SU-195 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[77] Ver el cuestionario enviado a los expertos consultados (Capítulo “Actuaciones surtidas en la Corte Constitucional” de la Sentencia T-704 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).