

T-969-14

Sentencia T-969/14

CONSULTA PREVIA-Caso de comunidad negra que manifiesta no habersele realizado consulta previa de un proyecto de disposición de aguas residuales cuyo trayecto pasa por sus territorios causándoles perjuicios y también manifiestan no contar con el servicio de alcantarillado

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD E INMEDIATEZ EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos de procedibilidad

DERECHO AL AMBIENTE SANO-Procedencia excepcional de la acción de tutela para la protección de derechos de naturaleza colectiva

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

La Corte ha reconocido que éste es un derecho fundamental innominado, de carácter colectivo, cuyos titulares son las comunidades indígenas, negras, raizales, palenqueras y afrocolombianas. Más aun, ha dicho que es un derecho susceptible de protección por vía de la acción de tutela, a partir de la regla establecida en la Sentencia SU-037 de 1997.

CONVENIO 169 DE LA OIT Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Fundamento del derecho a la consulta previa

El derecho a la consulta previa está consagrado en el Convenio 169 de la OIT, suscrito Ginebra en 1989. Este Convenio surge como respuesta a las críticas hechas a otro Convenio anterior de la OIT, el Convenio 107 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1957. Aun cuando el objetivo del Convenio 107 era el de proteger a las personas pertenecientes a las comunidades étnicas, su enfoque era asimilacionista, en el sentido de que pretendía integrar a las comunidades indígenas y tribales a las sociedades mayoritarias y vincularlas a la fuerza de trabajo, a partir de una noción hegemónica de desarrollo.

CONSULTA PREVIA-Contenido y alcance

CONSULTA PREVIA-Principios rectores

Principio de Prevención de las Afectaciones: la Corte Constitucional ha sostenido que la Consulta debe ser previa a la realización de la obra, proyecto o actividad. De tal modo, no resulta aceptable que los responsables de los proyectos, obras o actividades realicen la consulta durante la ejecución de los mismos, o con posterioridad a ellos. La razón de ser de ello es que el objetivo de la consulta es precisamente evitar al máximo causar afectaciones no deseadas a las comunidades. El Principio de Información Adecuada y Suficiente: consiste en que las comunidades tengan la información necesaria, adecuada y suficiente para adoptar una posición en relación con la obra, proyecto o actividad, y puedan participar activamente en el diseño de las medidas de manejo para la prevención y/o corrección de los impactos negativos que pueda llegar a tener. El Principio de Buena Fe: dispone que las consultas que se lleven a cabo deban efectuarse de buena fe. Tanto el Estado, cuando las dirige, como los ejecutores de los proyectos, obras o actividades, como las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas, negras, raizales y palenqueras deben actuar de buena fe antes, durante y después de las consultas previas. Este principio se concreta en deberes y comportamientos específicos en cada una de las etapas de la consulta, incluyendo las actuaciones preliminares y posteriores a las que están obligadas las partes. Principio de Participación Efectiva: va dirigido a permitir que las comunidades potencialmente afectadas por una obra, proyecto o actividad puedan incidir en su ejecución, de tal modo que puedan prevenirse todos aquellos impactos que puedan ir en detrimento de su integridad cultural, de su autonomía política y organizativa, y del goce efectivo de sus derechos territoriales.

CONSULTA PREVIA-Etapas y deberes en el proceso

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES NEGRAS-Orden a Empresa de Servicios Públicos realizar consulta previa

DERECHO AL SERVICIO DE ALCANTARILLADO-Orden a Alcalde conectar el servicio de alcantarillado a comunidad negra

Referencia: expediente T-3783191

Asunto: Acción de tutela instaurada por Agustina Carmona de Manrique y Henry Guyzamano

Vivas, actuando como representantes legales de los Consejos Comunitarios de Tierra Baja y Puerto Rey, respectivamente, contra la Empresa Aguas de Cartagena S.A. E.S.P.

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil catorce (2014).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y las Magistradas Martha Victoria Sáchica Méndez y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de la dictada en segunda instancia, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena, dentro de la acción de tutela instaurada por Agustina Carmona de Manrique y Henry Guzman Vivas, actuando como representantes legales de los Consejos Comunitarios de Tierra Baja y Puerto Rey, contra la Empresa Aguas de Cartagena S.A. E.S.P.

El asunto llegó a esta Corporación por remisión que hizo el referido Juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. La Sala Segunda de Selección de la Corte lo escogió para revisión, el 28 de febrero de 2013.

I. ANTECEDENTES.

El 30 de agosto de 2012, Agustina Carmona de Manrique y Henry Guzman Vivas, actuando como representantes legales de los Consejos Comunitarios de Tierra Baja y Puerto Rey, respectivamente, interpusieron acción de tutela contra la Empresa Aguas de Cartagena S.A. E.S.P., al considerar que se vulneraron los derechos a la igualdad, al debido proceso, al respeto por la dignidad humana, y a la consulta previa, y por violación de los derechos consagrados en la Ley 70 de 1993, el Convenio 169 de la OIT, el Decreto 1320 de 1998, y de la Ley 99 de 1993. En consecuencia solicita que se ordene mitigar los perjuicios causados y se indemnice a las comunidades afectadas.

Hechos según la demanda de tutela

1. Las comunidades de Tierra Baja y Puerto Rey se reconocen a sí mismas como afrodescendientes. Además, mediante Resoluciones 2754 de junio 29 de 2010 (fl. 59) y 2737 de diciembre 18 de 2009 (fl. 55), la Secretaría del Interior y Convivencia Ciudadana de la Alcaldía de Cartagena, reconoció Consejos Comunitarios en los caseríos de Tierra Baja y Puerto Rey, lugares históricamente ocupados por esas comunidades.
2. Según el censo de 2013, en la comunidad de Tierra Baja viven 426 niños entre 0 y 15 años, y en la de Puerto Rey la población en dicho rango de edad es de 374 personas (fls. 169-171).
3. Dichas comunidades carecen, entre otras, de servicio de alcantarillado, y las aguas residuales corren por enfrente de las residencias, conforme consta en el registro fotográfico aportado al expediente por los demandantes (fls. 40-51).
4. Se han presentado inundaciones de las vías de acceso y de las viviendas de dichas comunidades, conforme consta en el registro fotográfico aportado por los demandantes (fls. 52-55). Según la versión de los demandantes estas inundaciones de los caseríos de Tierra Baja y Puerto Rey son consecuencia de las obras del proyecto de aguas residuales que sirve a la ciudad de Cartagena denominado “Emisario Submarino”, ejecutado por la empresa demandada.
5. Aunado a lo anterior, se han presentado epidemias y enfermedades entre la población, entre otras razones por la falta de alcantarillado. Para corroborar este hecho aportan al expediente un documento con el sello de la enfermera Merly P. Gómez Manrique (RUN No. 18286). En dicho documento se afirma que las diez principales causas de morbilidad UPA en Puerto Rey son rinofaringitis aguda, hipertensión arterial primaria, infecciones de vías urinarias, parasitosis, lumbalgia, anemia, vulvovaginitis, enfermedades de la piel, e infecciones agudas de las vías respiratorias (faringoamigdalitis agudas, otitis media aguda y sinusitis aguda) (fls. 172-173).
6. El 14 de mayo de 2012, los demandantes solicitaron a la entidad demandada explicar las razones por las cuales no se había realizado la consulta previa de la obra que estaban ejecutando, conocida como “Emisario Submarino”. Agregan que el trayecto

terrestre del Emisario atraviesa la carretera de Puerto Rey, y pasa por el centro del territorio de Tierra Baja. Por otra parte dicen que las comunidades desconocen el plan de manejo ambiental respectivo, y que la obra le está causando diversos perjuicios, pues impide el flujo de aguas lluvias y residuales, lo cual produce inundaciones y estancamiento de las aguas (fls. 17-30).

7. El 14 de junio de 2012, Aguas de Cartagena responde que sí se hizo consulta previa con las comunidades ubicadas en el área de influencia del proyecto y se realizaron algunas obras y actividades como parte de la responsabilidad social de la empresa. Continúa diciendo que se citó a consulta con un aviso en el periódico El Tiempo, de julio 9 de 2000, y se publicó en el boletín oficial y en las carteleras de las inspecciones de policía de los corregimientos de Punta Canoa, Arroyo de Piedra, Manzanillo del Mar y la Boquilla (fl 30). Sin embargo, en la respuesta de la empresa no se menciona específicamente cuándo se llevaron a cabo las consultas con las dos comunidades demandantes. Sólo menciona las consultas con las comunidades de Arroyo de Piedra, Manzanillo del Mar, La Boquilla, Zona Sur Oriental Las Palmeras, y Punta Canoa (fl. 29).

II. ACTUACIÓN PROCESAL

1. Mediante Auto del 3 de septiembre de 2012, el Juzgado 12 Civil Municipal de Cartagena decidió admitir la acción de tutela, notificar a la empresa demandada, vincular y notificar a la Alcaldía de Cartagena y decretar la práctica de una inspección judicial a los caseríos de Tierra Baja y Puerto Rey, por petición de los accionantes.

A. Inspección Judicial Realizada por la Juez de Primera Instancia

2. El 10 de septiembre de 2012, la juez de primera instancia practicó una diligencia de inspección judicial en los caseríos de Tierra Baja y Puerto Rey. Durante la diligencia observó aguas corrientes por diversas partes de los caseríos, al igual que aguas estancadas de color verde oscuro, y que salía agua residual de al lado del sanitario de una de las casas.

3. Dentro de la diligencia de inspección judicial, la juez decidió tomar declaración de Yaraceli Manrique Henríquez, una residente de Tierra Baja, por solicitud del representante de las comunidades. La declarante le dijo que la empresa demandada les

había informado que no se realizaría consulta previa porque el tubo no pasaría por su territorio sino por la Ciénaga de la Virgen. Cuando decidieron que el tubo pasaría por Tierra Baja reunieron a la Junta de Acción Comunal para comentarles, pero no les informaron de los impactos que la obra tendría. Agrega que se han causado daños a las vías de los caseríos, y a las casas, y que ella no puede sentarse frente a su casa por los olores que expiden las aguas residuales. Además de ello dice que en la comunidad se han presentado enfermedades que antes no ocurrían. Relata que el terraplén construido por la empresa impide que el agua lluvia fluya, y lleva a que se inunde el caserío (fls. 79-81).

4. Dentro de la diligencia de inspección judicial también participó una ingeniera que trabaja en la empresa demandada, quien dijo que sí se había llevado a cabo la consulta previa con las comunidades en el área de influencia del proyecto, y que el mismo cuenta con una licencia ambiental.

5. Por otra parte la ingeniera aceptó que la empresa había construido un sistema temporal de manejo de aguas residuales como medida de mitigación.

6. También dijo en su declaración que por solicitud de las comunidades, la empresa hizo un diseño y un presupuesto de lo que costaría hacer el alcantarillado (fl. 81). El diseño del proyecto de alcantarillado fue entregado a la Alcaldía de Cartagena, como consta en la carta remisoría que envía la empresa demandada a la entonces alcaldesa de Cartagena, Judith Pinedo, con fecha de recibo de la alcaldía de 22 de octubre de 2009 (fls. 174-175).

7. Así mismo, la ingeniera de la empresa dijo que el “Emisario Submarino” todavía no estaba en funcionamiento, y por lo tanto mal podría haber causado los efectos contaminantes que los demandantes le endilgan. Para el momento de la diligencia la tubería subterránea que se había instalado todavía se encontraba en etapa de pruebas, y estaba llena de “agua cruda” y no de aguas residuales.

8. En relación con las afectaciones de las vías, dijo que durante la ejecución de la obra se había tratado de permitir el ingreso de las personas a sus residencias en la medida de lo posible, que se había hecho una adecuación de las vías y que se había hecho entrega de las mismas a la comunidad a mediados de 2010.

9. En relación con las quejas por una presunta humedad, aduce que la comunidad le impidió a la empresa hacer la inspección. Por lo tanto, la empresa la realizó por dentro del tubo y verificó que se encontraba en buen estado (fl. 81).

B. Contestación de la demanda por parte de Aguas de Cartagena S.A. E.S.P.

Mediante escrito presentado el 7 de septiembre de 2012, el apoderado de la empresa demandada contestó a la demanda de tutela. En su escrito aduce que conforme a la cláusula 20 del contrato suscrito entre la empresa y el Distrito de Cartagena, le corresponde a éste, no a aquella, el deber de planear y construir las obras necesarias para la expansión y mejoría del servicio público de acueducto y alcantarillado. Agrega que esta obligación es también de carácter constitucional y legal, puesto que el artículo 311 de la Constitución dispone que corresponde a los municipios prestar los servicios públicos que determine la ley, y que según el artículo 5º de la Ley 142 de 1994, les corresponde a los municipios asegurar que los servicios públicos domiciliarios, incluido el de alcantarillado y saneamiento básico.

En relación con los perjuicios alegados por los demandantes agrega que la construcción del Emisario Submarino no ocasionó ningún daño a la comunidad, y que por el contrario su “finalización y puesta en marcha significa la solución definitiva al saneamiento básico de la ciudad de Cartagena y permitirá en un mediano plazo la conexión al sistema de alcantarillado de los caseríos de Tierra Baja y Puerto Rey”.

En cuanto a la no realización de la consulta previa dice de manera genérica que “la consulta previa con la población afrocolombiana asentada en la zona de influencia del proyecto Emisario Submarino si (sic) fue realizada”. Para probar dicha afirmación dice que este punto ya fue analizado por la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique (CARDIQUE) en la Resolución 345 de 5 de junio de 2001, y por el Ministerio de Ambiente en la Resolución 323 de 2002, en la que deniega el recurso de apelación contra la licencia ambiental. Cita algunos apartes de la resolución expedida por el Ministerio de Ambiente en que se afirma que la consulta previa fue llevada a cabo. En particular cita algunos apartes en los que el Ministerio concluye que la consulta previa se llevó a cabo debidamente, de conformidad con lo dicho por el consultivo Dionisio Miranda y por el representante de la Dirección de Comunidades Negras de ese tiempo. Sin embargo, en los apartes transcritos

sólo mencionan la consulta previa llevada a cabo con “los asentamientos de Arroyo de Piedra, Manzanillo del Mar, La Boquilla y Punta Canoa”, pero no hacen referencia específica de las comunidades de Tierra Baja y Puerto Rey.

En relación con las inundaciones ocurridas en los caseríos de las comunidades demandantes dice que si bien ocurrieron, no hay prueba de que hayan sido causadas por las obras del proyecto del Emisario Submarino. Agrega que como el Emisario Submarino todavía no ha entrado en operación y el tubo está lleno de agua cruda, y no de aguas residuales, por lo que es imposible que los malos olores sean consecuencia de una filtración de aguas residuales a los caseríos. Por el contrario, afirma, la comunidad ha obstaculizado la realización de inspecciones a la tubería.

El representante argumenta que la empresa demandada no ha vulnerado los derechos de las comunidades demandantes, puesto que de una parte sí se llevó a cabo la consulta previa y, de otra, la obra del emisario submarino no ha causado los perjuicios que han sufrido los demandantes. Según su concepto “[e]l trasfondo de todo, y nos toca dilucidarlo a nosotros pues el accionante (sic) lo toca apenas de soslayo, es la falta de alcantarillado.” Posteriormente reitera que el deber de instalar dicho alcantarillado no le corresponde a la empresa sino al distrito de Cartagena, razón por la cual considera hay una falta de legitimación por pasiva que le impide al juez condenar a la entidad demandada. Finaliza dicho argumento al manifestar que “[n]uestra empresa cumplió con su deber de proporcionar al Distrito los diseños y presupuesto para esta obra –la expansión del alcantarillado sanitario para dotarlo en Tierra Baja y Puerto Rey-. Compete al ente territorial definir los recursos y su realización.”

Así mismo, dice que la tutela en este caso es improcedente por existir otros medios de defensa judicial. Sin embargo, no identifica cuáles son los medios judiciales que tienen los demandantes, ni por qué son aptos para proteger los derechos invocados por ellos. Finalmente, también considera que la tutela es improcedente por falta de inmediatez, toda vez que la consulta previa del emisario submarino se realizó hace doce años.

C. Contestación de la demanda por parte del Distrito de Cartagena

Mediante escrito de septiembre 13 de 2012, la Oficina Asesora Jurídica del Distrito de Cartagena solicitó denegar la protección reclamada por los demandantes. Su solicitud se

basa en tres argumentos principales.

En primer lugar, considera que hay una falta de legitimación por pasiva, pues el Distrito de Cartagena no es la entidad demandada y no vulneró los derechos de los demandantes. Según tal argumento, el distrito no causó los perjuicios aducidos por los demandantes como consecuencia de la construcción del emisario submarino. El ejecutor de dicha obra fue Aguas de Cartagena, y en esa medida le corresponde a dicha empresa responder por sus acciones.

En segundo lugar, retoma los argumentos de Aguas de Cartagena S.A. en el sentido de que la empresa sí realizó una consulta previa con las comunidades del área de influencia del proyecto, pero sin identificar específicamente cuándo, cómo y dónde se llevó a cabo con las comunidades de Tierra Baja y Puerto Rey.

En tercer lugar, si lo que pretenden los demandantes es que se instale el alcantarillado, considera que la tutela se debe denegar por improcedente. Por un lado porque los derechos invocados son derechos colectivos que no ostentan el carácter de fundamentales. Por el otro, porque existen otros medios judiciales para su protección, como puede serlo la acción popular.

D. Sentencia de Primera Instancia

Mediante Sentencia del 14 de septiembre de 2012, el Juzgado Doce Civil Municipal de Cartagena decidió denegar la acción de tutela por improcedente ya que los demandantes pueden recurrir a la acción popular para proteger sus derechos. Después de hacer un recuento de la jurisprudencia constitucional en torno a la subsidiariedad de la acción de tutela, y de los casos en que esta acción procede para proteger derechos colectivos, hace una comparación entre las acciones de tutela y popular.

A partir de dicha comparación concluye que la acción popular es un medio idóneo para proteger los derechos invocados en el presente caso. El a quo llega a esta conclusión, pues considera que en el presente caso no se dan los presupuestos necesarios para que proceda la acción de tutela para proteger derechos de carácter colectivo. En particular, concluye que en este caso no se demostró que hubiera una relación de conexidad entre los derechos colectivos presuntamente vulnerados y la amenaza o afectación de un derecho

fundamental. Por otra parte, dice que no hay una afectación a un derecho fundamental expresamente probada en el expediente. En esa medida mal podría el juez dar una orden encaminada a proteger expresamente el derecho fundamental afectado.

Así mismo también sostiene que tampoco es procedente conceder la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues “si bien es cierto que la falta de servicio público de alcantarillado es necesario (sic) para lograr un ambiente mínimo para las personas, no es menos cierto que es una situación que ha padecido la población desde mucho tiempo atrás” (fl. 302)

Finalmente, acoge lo dicho por la empresa de servicios públicos demandada en el sentido de que si se llevó a cabo una consulta previa. Sin embargo, no indaga específicamente si las comunidades demandantes fueron consultadas en el presente caso, o si fueron otras comunidades las consultadas.

E. Impugnación

Marlon Mariño Yañez Camargo, actuando como apoderado judicial de demandante Henry Guizamano Vivas impugnó en forma verbal el fallo de primera instancia, aun cuando no expuso los argumentos de su inconformidad con la decisión (reverso del fl. 303). El juzgado de primera instancia concedió la apelación mediante Auto del 21 de septiembre de 2012, y remitió el expediente para que se diera trámite a la segunda instancia.

F. Sentencia de Segunda Instancia

Mediante Sentencia del 30 de octubre de 2012, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena decidió confirmar en su integridad la sentencia de primera instancia. De conformidad con los argumentos del ad quem, la tutela no es procedente en el presente caso, pues no se dan los presupuestos necesarios para que puedan protegerse derechos colectivos. En particular, para el juez de segunda instancia no existe conexidad entre el derecho a gozar de un medio ambiente sano y un derecho fundamental. Por otra parte, tampoco encuentra que se haya vulnerado el derecho a la consulta previa. Para sustentar dicha afirmación se fundamenta en el hecho de que CARDIQUE otorgó la licencia ambiental respectiva y el Ministerio del Interior confirmó la decisión porque, entre otras cosas, sí se llevó a cabo la consulta previa. Finalmente, reafirma la improcedencia de la acción la falta

de inmediatez, toda vez que el demandante interpuso la acción de tutela muchos años después.

G. Pruebas aportadas, solicitadas y/o decretadas en sede de Revisión

1. El apoderado judicial de los demandantes envió un memorial recibido en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 13 de abril de 2013. En él le informa a esta Sala que existe una inconsistencia entre la versión de la empresa demandada y la Alcaldía de Cartagena, y la respuesta que le dio a sus poderdantes la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior respecto de la realización de la consulta previa. Mientras la empresa y la alcaldía sostienen que la consulta se llevó a cabo, el Ministerio afirma no tener registro de la consulta realizada al proyecto de Emisario Submarino. Así mismo, el apoderado de los demandantes aporta copia de la respuesta de la Dirección de Consulta Previa, recibida el 26 de noviembre de 2012. Sin embargo, en dicha respuesta, la Dirección le aclara a los solicitantes que la competencia para la aprobación de las licencias ambientales es de las corporaciones autónomas regionales y de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. Por lo tanto, a juicio de la dirección, debe dirigirse a estas entidades para elevar su solicitud.

2. Mediante Auto del 3 de julio de 2013, la Sala Sexta ordenó vincular a los Ministerios del Interior y de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y a la Corporación Autónoma del Canal del Dique, CARDIQUE, y se les solicitó informar acerca de los presupuestos para otorgar la licencia ambiental, si se había tenido en cuenta la probabilidad de que el Emisario Submarino alterara la forma de vida de las comunidades, las razones por las cuales se consideró que no hay riesgo de diáspora en el área de vertimiento, y si se tuvieron en cuenta los informes sobre eventuales impactos sociales y ambientales.

A su vez, mediante escrito del 23 de julio de 2013, el Director General de la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique, CARDIQUE, envió a la Secretaría General de esta Corporación un escrito en el que hace una descripción de los principales elementos tenidos en cuenta para otorgar la licencia ambiental al Emisario Submarino. Dice que se hicieron unos modelos matemáticos para establecer cuál de las alternativas era menos riesgosa, y se refiere también al componente socio-económico y cultural de la licencia. En particular, afirma que se llevó a cabo una consulta previa “con las comunidades negras ubicadas en el

área de influencia del proyecto, como lo fueron la zona Sur Oriental de Cartagena, los corregimientos Arroyo de Piedra, Manzanillo del Mar, Punta Canoa y La Boquilla”, pero no menciona específicamente a las comunidades demandantes. Dice además que los demandantes no fueron escogidos como representantes del corregimiento de La Boquilla. Finalmente, tras citar jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el tema de derechos colectivos, solicita denegar la protección de los derechos invocados.

3. En el mismo Auto de 3 de julio de 2013, la Sala Sexta comisionó al Tribunal Administrativo de Cartagena para realizar una inspección judicial en los caseríos de Tierra Baja y Puerto Rey, y acopiar toda la información pertinente para adoptar una decisión en el caso. Fue así como ese tribunal llevó a cabo la respectiva diligencia el 24 de julio de 2013, con presencia de los representantes de la empresa demandada, de CARDIQUE, de la Procuraduría, pero sin la presencia de la alcaldía distrital, a pesar de habersele notificado. Dentro de los apartes de la diligencia resulta pertinente resaltar que los reclamos de los miembros de la comunidad giran en torno a tres elementos principales. En primer lugar, en relación con los daños causados por las obras tendientes a instalar la tubería del Emisario. En segundo lugar, los reclamos van dirigidos a la falta de consulta previa, y finalmente, a la falta de alcantarillado.

En relación con las obras es necesario destacar que la parte terrestre del tubo del Emisario pasa por el área poblada de Tierra Baja, y a una distancia de un kilómetro del área poblada de Puerto Rey. Por lo tanto, los reclamos de los miembros de estas dos comunidades son parcialmente distintos. Los habitantes de Tierra Baja reclaman que durante la obra se impidió el acceso de las personas a sus casas, que el paso de los vehículos y de la maquinaria causó daños a las vías de acceso y a las viviendas, y que el agua servida se filtra del tubo causando olores nauseabundos, enfermedades y afectación a la pesca. En Puerto Rey hay algunas quejas de filtración de aguas residuales. Estas quejas de filtraciones no pudieron ser corroboradas durante la diligencia más allá de las quejas de la comunidad, y fueron refutadas tanto por los representantes de la empresa, como por la enfermera del centro de salud.

No obstante las diferencias, los reclamos en Puerto Rey y en Tierra Baja coinciden en torno a que, como parte de las obras llevadas a cabo para la instalación del tubo, se construyó un terraplén que obstruyó el paso del agua lluvia y de las aguas residuales provenientes de las

viviendas de la comunidad. Esto causó una serie de inundaciones que afectaron las viviendas, la salud de las personas, produjo olores nauseabundos, e impidió el cultivo del arroz en el área del caserío dedicada a la agricultura. Reconocen, sin embargo, que cuando la empresa fue a instalar la tubería para permitir el desagüe, la comunidad, y en particular los mototaxistas, no los dejaron instalar hasta tanto no arreglaran la vía que la empresa había dejado en mal estado.

En relación con la falta de consulta previa, es de anotar que dos de las declarantes dijeron que el diseño inicial del submarino no iba a pasar por los territorios de las comunidades sino por la Ciénaga de la Virgen. La primera de ellas, Yadira María Blanquicett Díaz, miembro de la comunidad de Tierra Baja, dijo haber estado en la Oficina de Planeación de Cartagena, donde le informaron que ya el diseño no iba a pasar por la Ciénaga de la Virgen pero no le informaron por dónde iba a pasar. Le hizo la pregunta a la empresa demandada, la cual le informó que no iba a pasar por Tierra Baja (cd. Despacho Comisorio fl. 105). La segunda declarante, que es la demandante, Agustina Carmona, representante legal del Consejo Comunitario de Puerto Rey, dijo haber asistido a unas capacitaciones hechas por la empresa hace cuatro o cinco años, en las cuales “en ningún momento nos dijeron que el emisario submarino iba a cruzar por la mitad de la población de Puerto Rey, siempre tuvimos el conocimiento que iba a cruzar la Ciénaga de la Virgen hasta Punta Canoa.” (cd. Despacho Comisorio fl. 118). Esta versión coincide con la de otro declarante, Tomás Román Moreno Torres, quien era el presidente de la Junta de Acción Comunal de Tierra Baja en 2009, dijo que supieron que la obra pasaría por su territorio cuando ya estaban instalando los tubos “No hubo consulta previa aquí para determinar, socializar con la comunidad de Tierra Baja los daños ambientales y todo lo que viene de ahí en adelante, en su momento, porque cuando nos dimos cuenta el tubo ya lo teníamos en la comunidad, y ahí, a su manera, le dijeron a la gente que qué quería. Ahí medio se concertó con ellos, prácticamente a las peleas, y pudimos llegar a unos pequeños acuerdos con los cuales no estamos conforme (sic)” (cd. Despacho Comisorio fl. 101).

Finalmente, es de destacar que cuando el representante legal del Consejo Comunitario de Tierra Baja preguntó al apoderado de la empresa demandada cuándo se había hecho la consulta con las comunidades negras de Tierra Baja y Puerto Rey, su respuesta fue “Con la venia del despacho, la primera aclaración, Tierra Baja es una vereda adscrita al corregimiento de La Boquilla, por lo tanto, y en desarrollo de las consultas previas se

convocó a toda la zona norte de la ciudad de Cartagena de Indias. Por auto No. 0249 de fecha del 19 de mayo de 2000, Cardique [convocó] a la reunión de consulta previa a las comunidades negras ubicadas en la zona del proyecto, edicto que fue fijado en Cardique y en las carteleras de aviso de las inspecciones de policía de los corregimientos de Punta canoa, Arroyo de Piedra, Manzanillo del mar, y la Boquilla, inspección de policía que tiene jurisdicción sobre la vereda de Tierra Baja.” (cd. Despacho Comisorio, fls. 109-10)

En cuanto a la falta de alcantarillado es de destacar que, la inspección del lugar indica que, tanto las inundaciones, como los malos olores, las aguas estancadas parecen ser consecuencia de la falta de alcantarillado en los territorios de Tierra Baja y Puerto Rey, y no de las filtraciones provenientes del Emisario. De conformidad con la descripción del magistrado comisionado, el agua residual corre por todas las calles de los territorios de las comunidades. Más aun, cuando preguntó en las dos comunidades de dónde provenía el agua que veía correr, le respondían que venía de las cocinas, las lavadoras y los baños de las viviendas. Agregaron los declarantes que esto había causado conflictos entre los miembros de las comunidades, pues ninguno quería tener el agua residual de sus vecinos corriendo por enfrente a su casa.

4. Así mismo, la Sala solicitó al Instituto de Investigaciones Marinas y Costeras José Benito Vives de Andréis, INVEMAR, que realizara una visita técnica a la zona y le informara a la Corte si el funcionamiento del Emisario era adecuado, qué impactos puede tener la obra y su operación, y en tal caso, cómo mitigarlos. También se le preguntó si existen estudios que corroboren la probabilidad de que se presente diapirosis. La entidad respondió que no cuenta con los recursos para ello y envió un presupuesto de cuánto costaría efectuar la investigación.

5. Solicitó al Instituto Medicina Legal y Ciencias Forenses que informe los niveles de riesgo de enfermedades que corren las comunidades de Tierra Baja y Puerto Rey. La Corte no recibió respuesta alguna del Instituto.

6. También se solicitó a la Alcaldía de Cartagena que informara el estado actual del Emisario, si las comunidades demandantes cuentan con servicio de alcantarillado, y con un sistema de canales para controlar las inundaciones, y si existen riesgos de epidemias. La Corte no recibió respuesta alguna de la alcaldía.

7. Se solicitó a la Defensoría del Pueblo informar a la Corte sobre el estado de vulnerabilidad y de riesgo en que se encuentra la población de las comunidades demandantes, y las condiciones de habitabilidad de los caseríos de Tierra Baja y Puerto Rey.

La Defensora Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas aportó el informe realizado por la Defensoría del Pueblo. Dicho informe se fundamenta en visitas domiciliarias realizadas a 25 viviendas de los caseríos, cuyas fichas se aportaron al expediente de tutela. Según el informe “En el contenido de éstas se expresa una alta demanda de parte de los miembros de las familias visitadas, frente a la urgente resolución del problema que tienen con las aguas servidas, por lo tanto solicitan de las autoridades competentes la adecuación prioritaria de la red de alcantarillado, en orden a superar las afectaciones que padecen por su carencia.” Así mismo, el informe se refiere a las repercusiones que tiene la falta de alcantarillado para la salud de las personas de las comunidades de la siguiente manera: “De acuerdo con los testimonios rendidos ante los profesionales de la Defensoría (ver videos anexos) es innegable para esta Institución que, el derecho a la salud se encuentra significativamente vulnerado, en particular en la población infantil y los jóvenes de la comunidad.” Y posteriormente agrega: “resulta de primer orden la atención a la delicada situación de salud de los niños, niñas, jóvenes que están afectados no sólo por la afectación de este derecho (la salud), sino también en el de educación”.

8. Se solicitó a la Contraloría General de la República que le informara a la Corte si ha efectuado auditorías, informes, u otros en relación con el Emisario Submarino. La Contraloría respondió que inició una investigación en respuesta a una denuncia formulada por un ciudadano, quien anexó una carta enviada por la Sociedad de Ingenieros y Arquitectos de Bolívar a la entonces alcaldesa de Cartagena advirtiéndole de algunos riesgos del proyecto de Emisario Submarino. En particular, la carta, cuyos apartes transcribe el informe de la Contraloría, menciona la falta de tratamiento biológico previo a la disposición de las aguas residuales, el diápirismo en el trazado inicial del proyecto, la falta de estudios de alternativas, la modificación de la profundidad del vertimiento, y los sobrecostos del aumento de la longitud del tubo para evitar ese fenómeno.

Con fundamento en dicha denuncia la Contraloría Delegada para el Medio Ambiente inició una actuación especial de atención de denuncia que arrojó siete hallazgos, tres de los

cuales tienen alcances disciplinarios y uno con presunto alcance fiscal.

El primer hallazgo consiste en que el proyecto fue modificado en relación con el diseño inicial con base en el cual se solicitó la licencia ambiental. El Emisario fue diseñado inicialmente con una longitud de 2.885 metros, y la licencia ambiental fue otorgada con base en dicho diseño. Sin embargo, posteriormente fue modificado el diseño inicial, y la obra fue contratada y construida con una longitud de 4.320 metros, con la misma licencia ambiental. Según el informe de la Contraloría, la modificación muestra que el diseño careció de los estudios geológicos previos que pusieran en evidencia la presencia del fenómeno de diapirismo en el área donde iban a salir los vertimientos. A pesar de ello, CARDIQUE expidió la licencia y el Ministerio de Ambiente negó la apelación presentada contra ella. Sólo posteriormente la empresa fue consciente de la presencia de este fenómeno en la bahía y modificó el proyecto, sin solicitar nuevamente la licencia ni solicitar nuevos permisos de la DIMAR.

Los otros hallazgos se relacionan con deficiencias en la evaluación del impacto ambiental, relacionados con la caracterización de la contaminación del agua por deficiencias en el procedimiento de muestreo. En primer lugar, las muestras de presencia de metales pesados se tomaron en la Ciénaga de Tesca en 1996, es decir, en un contexto distinto de aquel en el cual serían vertidos los desechos del Emisario Submarino. Por otra parte, aunque el informe del Estudio de Impacto Ambiental afirma que “aunque las concentraciones de metales pesados son bajas, las muestras posiblemente no fueron tomadas en las cercanías de las descargas donde podrían ser más altas” (fl. 107). Así mismo, continúa el informe diciendo que:

“[t]ampoco se cuenta con información sobre la presencia, en las aguas residuales de Cartagena, de contaminantes tipo IV (químicos tóxicos o compuestos orgánicos sintéticos). De 6 químicos evaluados en la ciénaga de Tesca (Dieldrin, Aldrin, DDT, PCB, y HAPN, tres (PCB) y los insecticidas Dieldrin y DDT) exceden los límites establecidos en Holanda (Carinsa y Haskoning, 1996). Sin embargo, estas sustancias pueden ingresar a la Ciénaga de Tesca vía escorrentía de zonas agrícolas y no vía aguas servidas de Cartagena”.

Así mismo, el informe dice que:

“[s]e evidencia que en el diseño los contaminantes tipos III y IV, solo fueron mencionados

como estudios presentados con anterioridad al Estudio de Impacto Ambiental y no fueron tenidos en cuenta para el diseño del Emisario Submarino de Cartagena – ESC– lo que presuntamente podría ocasionar y exponer a un daño ambiental al sector de Punta Canoas. Lo mismo ocurre para los vertimientos referentes a combustibles y tóxicos peligrosos.”

10. Finalmente, se solicitó a los demandantes que le informen a la Corte los datos demográficos en relación con la población infantil en las dos comunidades. Mediante escrito recibido en Secretaría General el 23 de julio de 2013, los demandantes afirmaron que según los datos del censo de 2013, la población entre los 0 y 15 años, en Tierra Baja es de 426, y en Puerto Rey es de 374. Así mismo, informaron que los principales ingresos que se registran en la UPA de Tierra Baja son por parasitosis, cefalea, infección de vías urinarias y respiratorias superiores, y enfermedades de la piel. Los principales ingresos en la UPA de Puerto Rey se deben a infecciones de vías urinarias, parasitosis, cefalea, varicela e infecciones agudas de las vías respiratorias superiores. Finalmente afirman que los menores sufren estas enfermedades por la falta de alcantarillado y por la presencia de aguas residuales en todas las calles, lo cual les limita la posibilidad de disfrutar de la recreación.

11. El representante de la empresa demandada, por su parte, envió un memorial que fue recibido en Secretaría General de esta Corporación el 21 de marzo de 2014. En dicho memorial solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela y aportó la información que consideró pertinente. Dicho memorial comienza señalando que la consulta previa se llevó a cabo en debida forma, y que resultaba improcedente cuestionarla trece años después. También dice el memorial que, de acuerdo con el contrato suscrito entre la empresa y el distrito, la ampliación de la red de alcantarillado es responsabilidad de éste último. Hace una descripción del problema de alcantarillado de Cartagena, y de la manera como el Emisario contribuye a solucionarlo.

Por otra parte, la empresa demandada afirma que la consulta previa fue debidamente publicitada, y aporta comunicados de prensa y publicaciones de los años 2001 y 2002. Adicionalmente, en un acápite denominado “trámite de la consulta previa” dice que ellos mismos decidieron acogerse al régimen de transición del Decreto 1320 de 1998, y que por solicitud de más de 100 personas se llevó a cabo una audiencia pública ambiental como parte del proceso de licenciamiento, y que en febrero de 1999, se llevaron a cabo los

respectivos talleres de consulta en el que “participaron las comunidades de la zona de influencia del proyecto”. Agrega que en dichos talleres participaron Tomás Moreno, quien según él es residente y el actual presidente del Consejo de Comunidades de Tierra Baja, y Leonardo Ortiz, quien actualmente preside la Junta de Acción Comunal de Puerto Rey. Así mismo, sostiene que las convocatorias tanto para el proceso de “audiencia pública ambiental” como para el de consulta previa contaron con la suficiente difusión previa para garantizar la participación de las comunidades, incluyendo carteleras en el corregimiento de La Boquilla, donde están ubicadas las comunidades de Tierra Baja y Puerto Rey. Posteriormente el memorial hace un recuento de las actividades llevadas a cabo durante la consulta previa, y hace algunas consideraciones sobre los alcances de este derecho, sobre el Emisario y el derecho al medio ambiente, y sobre los resultados de la operación del mismo. Finalmente advierte que si la Corte considera necesaria una audiencia, la empresa está dispuesta a participar en ella.

Así mismo, entregó a la Sala una serie de pruebas documentales. Entre éstas se destacan la certificación de presencia de comunidades negras No. 1103 de agosto 18 de 1999, expedida por la Dirección de Comunidades Negras del Ministerio del Interior, en la que certifica que en el área de influencia del proyecto sí hay presencia de comunidades negras, y certifica la presencia de las comunidades de Arroyo de Piedra, Manzanillo del Mar, La Boquilla y Punta Canoa, pero no certifica la presencia de las dos comunidades demandantes, Tierra Baja y Puerto Rey (cd. Anexos, fl. 58). Así mismo, anexó una certificación del 23 de agosto de 1999, expedida por la gerente de la regional Bolívar del extinto Instituto Colombiano de Reforma Agraria, INCORA, en la que certifica que no hay títulos colectivos en el área de influencia del proyecto (cd. Anexos, fl. 55).

Por otra parte, se anexan una propuesta de consultoría, el contrato y tres informes de la Corporación para el Desarrollo de las Comunidades Afrocaribeñas “Jorge Artel”, quien fue el contratista para la identificación de los impactos que tendría el Emisario en las comunidades. En los informes la Corporación hace un recuento detallado de las visitas domiciliarias, talleres, y demás actividades llevadas a cabo con las comunidades de Arroyo de Piedra, Manzanillo del Mar, La Boquilla y Punta Canoa. Sin embargo, en ninguno de dichos informes se mencionan actividades con las comunidades de Tierra Baja y Puerto Rey (cd. Anexos, fls. 1-14, 80-128, 149-183, 187-241).

Así mismo, entregó la Resolución (número y fecha ilegibles) mediante la cual la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique CARDIQUE, lleva a cabo la Convocatoria a la Consulta Previa del Emisario Submarino (cd. Anexos, fl. 263-7). En dicha convocatoria se cita a las comunidades de Arroyo de Piedra, Manzanillo del Mar, La Boquilla, y Punta Canoa, de acuerdo con la certificación emitida por la Dirección de Comunidades Negras del ministerio del Interior.

También se aportó copia del Orden del Día de la reunión de Consulta Previa, según el cual estaban agendados para intervenir en el punto siete de dicho orden las comunidades de Arroyo de Piedra, Manzanillo del Mar, La Boquilla y Punta Canoa, pero no las comunidades de Tierra Baja y Puerto Rey (cd. Anexos, fl. 244). Así mismo, se anexó el reglamento de dicha consulta expedido por CARDIQUE, en cuyo punto 2.b, afirma que tres consultivos hablarán por las cuatro comunidades antes mencionadas, y por las comunidades negras de la zona suroriental de Cartagena, pero no se menciona a las dos comunidades demandantes.

Sólo en los listados de asistencia a la reunión llevada a cabo el 9 de febrero de 1999, en el Centro Cultural Las Palmeras, y en otro listado a una reunión no identificada aparecen los nombres y las firmas de tres personas pertenecientes a las comunidades demandantes: Roberto Manrique, Enrique Caneo y Leonardo Ortiz (cd. Anexos, fls. 19-22).

12. Finalmente, mediante Auto del 12 de noviembre del presente año, la Sala solicitó a CARDIQUE que le informara si había realizado consultas previas con las comunidades negras de Tierra Baja y Puerto Rey. En caso negativo le solicitó que informara cuál era la razón para no llevarlas a cabo. En caso afirmativo, le solicitó copia del acta de protocolización.

A la empresa demandada la Sala le solicitó que le informara si el proyecto del Emisario Submarino había cambiado su trazado y/o su área de influencia después del otorgamiento de la licencia ambiental por parte de CARDIQUE, y que aportara las coordenadas planas de la misma, tanto las iniciales como las definitivas, si es del caso.

Finalmente, se requirió al Alcalde de Cartagena para que informara si las comunidades de Tierra Baja y Puerto Rey tienen servicio de alcantarillado y en caso negativo, informara por qué. Así mismo, se le solicitó informar si se ha hecho algo para evitar las inundaciones, y si

encuentran en riesgo de epidemia.

Ni la Alcaldía ni CARDIQUE enviaron información alguna a la Corte. El gerente general de la empresa demandada, por su parte, informó mediante escrito recibido en la Secretaría General de esta Corporación el 14 de noviembre de 2014, que no se había alterado ni modificado el área de influencia del proyecto con posterioridad a la consulta previa, y aportó las coordenadas planas de la misma.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

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

2. Asunto objeto de revisión y problema jurídico

2. Los demandantes solicitan la protección de sus derechos a la igualdad, al debido proceso, al respeto a la dignidad humana y a la consulta previa, como consecuencia de un conjunto de acciones y omisiones de diversas entidades que están relacionadas con dos problemas fundamentales. En primer lugar, que no se realizó una consulta previa del proyecto de disposición de aguas residuales realizado en Cartagena, conocido como el Emisario Submarino, cuyo trayecto terrestre pasa por sus territorios. En segunda medida, consideran vulnerados sus derechos por la falta de alcantarillado en dichos territorios.

3. El primer punto está relacionado con la falta de consulta previa. A partir de las pruebas que obran en el expediente, la Sala concluye que la empresa demandada solicitó la certificación de presencia de comunidades negras al INCORA y al Ministerio del Interior sobre la base de las coordenadas del área de influencia del diseño inicial del proyecto del Emisario Submarino. El Ministerio certificó la presencia de las comunidades negras de Arroyo de Piedra, Manzanillo del Mar, La Boquilla y Punta Canoa y la empresa llevó a cabo la consulta con dichas comunidades. Sin embargo, de la información que reposa en el expediente, no es claro si la falta de certificación se debió a que la empresa posteriormente cambió el trazado del trayecto terrestre del Emisario y, por consiguiente, se cambiaron las

comunidades que se veían afectadas, pero lo cierto es que no se solicitó una nueva licencia ambiental, ni una modificación de la existente. De ser éste el caso, habría que preguntarse si era necesario presentar una nueva certificación de presencia de comunidades étnicas sobre las coordenadas del nuevo trazado a la autoridad ambiental (CARDIQUE) y realizar una consulta previa con ellas.

La empresa aduce, en todo caso, que la consulta previa se llevó a cabo en debida forma, pues efectuó una convocatoria en el corregimiento de La Boquilla. Por lo tanto, tuvieron oportunidad de participar todas las comunidades negras cuyo territorio está ubicado en dicho corregimiento. Más aun, dice que como hubo tres miembros de las comunidades demandantes que participaron en las reuniones de consulta, dichas comunidades sí fueron consultadas.

Por otra parte, se puede constatar del expediente que las comunidades negras demandantes no fueron certificadas por la entidad competente, ni convocadas específicamente, ni sus representantes legítimos asistieron a las reuniones de consulta.

En esa medida, el primer problema jurídico que corresponde a la Sala resolver es:

¿Se vulneran los derechos a la consulta previa y al debido proceso cuando el ejecutor de un proyecto no convoca específicamente a todas las comunidades potencialmente afectadas sino que informa de manera genérica a las comunidades presentes en un determinado corregimiento?

4. El segundo punto que debe abordar la Sala se refiere a la falta de alcantarillado en las comunidades demandantes. Como se pudo constatar de las dos inspecciones judiciales realizadas durante el proceso, y de los varios documentos que reposan en el expediente, ninguna de estas dos comunidades cuenta con servicio de alcantarillado, aun cuando la empresa demandada recientemente instaló el servicio de acueducto. Por el contrario, las comunidades deben botar las aguas residuales a las calles o a pozos sépticos. Por otra parte, el agua lluvia se mezcla con las aguas residuales de las residencias y se apoza en su territorio. Esta falta de alcantarillado, en conjunto con algunas de las obras del Emisario, ha ocasionado una serie de impactos en las comunidades, como inundaciones, epidemias, daños a las vías de acceso, malos olores, enfermedades a los niños y niñas, entre otros.

5. Sin embargo, a pesar de no contar con el servicio de alcantarillado, el distrito de Cartagena decidió que el tubo con las aguas residuales de toda la ciudad pasara por los territorios de dichas comunidades negras con todos los riesgos y las afectaciones que dicho proyecto conlleva para ellas. Más aun, a pesar de que la empresa demandada le entregó a la Alcaldía de Cartagena un diseño y un presupuesto de lo que costaría la instalación del servicio de alcantarillado, el distrito no lo ha instalado, y cuando fue cuestionado por qué no ha sido instalado el alcantarillado por parte de esta Corporación, no dio explicación alguna. En otras palabras, las comunidades negras demandantes están asumiendo los riesgos y las cargas públicas del servicio de alcantarillado de Cartagena, sin recibir los beneficios de dicho servicio.

6. Por lo tanto, el problema jurídico que debe resolver esta Sala en torno a este segundo punto es el siguiente:

¿Se vulnera el derecho a la igualdad de trato por parte del Estado cuando el distrito decide imponer a dos comunidades negras las cargas públicas y los riesgos inherentes a la prestación del servicio de alcantarillado sin otorgarles el beneficio de conectarlas a dicho servicio?

Con todo, antes de resolver estos dos problemas jurídicos en relación con el fondo del asunto, es necesario resolver los problemas planteados por la empresa demandada, por el distrito de Cartagena y por CARDIQUE en torno a la procedencia de la presente acción de tutela.

3. Procedencia de la Acción de Tutela

A) Análisis de la Improcedencia por violación del Principio de Subsidiariedad, y de la Naturaleza de los Derechos Presuntamente Vulnerados

7. En su intervención frente al juez de instancia, el Distrito de Cartagena sostuvo que la presente acción de tutela resulta improcedente porque los demandantes pretenden proteger derechos colectivos como el derecho al medio ambiente sano. De ahí concluye que la tutela no resulta procedente, pues para el efecto los demandantes tienen otro medio de defensa como los son las acciones populares (fl. 287). No es claro si el argumento de la Alcaldía va dirigido a alegar que la presente tutela es improcedente por el principio de

subsidiariedad, o porque los derechos involucrados no son fundamentales, y por lo tanto, no son susceptibles de protección por vía de tutela. Por lo tanto, la Sala se referirá tanto al carácter subsidiario de la acción, como a la naturaleza fundamental de los derechos involucrados.

8. El argumento según el cual la tutela no es procedente porque busca proteger derechos colectivos no fundamentales, y que adicionalmente son susceptibles de protección a través de otro medio de defensa judicial, no es de recibo en el presente caso por dos razones principales. Es cierto que los demandantes aducen afectaciones al medio ambiente en el que viven, y el derecho al medio ambiente sano es un derecho colectivo. Sin embargo, en el presente caso la vulneración del derecho a gozar de un medio ambiente sano tiene repercusiones sobre otros derechos y principios constitucionales que, tanto el texto de la Constitución como la jurisprudencia de la Corte, reconocen como fundamentales. Tales son los derechos a la salud, tanto de los niños como de los mayores, y el principio de dignidad humana, reconocido como un principio fundamental en el artículo 1º de la Constitución. Es así como el artículo 44 de la Constitución Política reconoce el carácter fundamental del derecho a la salud y a la integridad física de los niños, mientras que a partir de las Sentencias T-060 de 2007, T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) se reconoció el carácter fundamental del derecho a la salud.

9. Por otra parte, debe recordarse que los demandantes son comunidades negras, debidamente reconocidas, que vienen ocupando históricamente bienes baldíos susceptibles de titulación colectiva de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, conforme lo establece el artículo 1º de la Ley 70 de 1993. En esa medida, la protección del medio ambiente sano del que son titulares estas comunidades está estrechamente ligada con la protección del territorio, pues el medio ambiente sano va más allá de la diversidad biológica: es una condición necesaria para el goce efectivo del derecho al territorio. Más aun, contar con un medio ambiente sano es una condición necesaria también para garantizar otros dos derechos fundamentales de las comunidades étnicas, en particular la identidad colectiva y la integridad cultural. Cuando las condiciones de deterioro ambiental del territorio no permiten a los miembros de una comunidad étnica contar con bienes individuales básicos como la salud y la integridad personal, estos se ven forzados a migrar a otras partes del territorio nacional donde dichos derechos sí estén garantizados. Estos

fenómenos migratorios no sólo afectan las vidas de los individuos que migran. Destruyen el tejido social que mantiene unidas a las comunidades, aquel que permite mantener las tradiciones culturales y los diferentes modos de vida que son, en últimas, los que mantienen la vigencia del carácter pluralista del Estado colombiano, principio fundamental consagrado en el artículo 1º de la Carta. Por lo tanto, la protección de un medio ambiente sano de las comunidades negras adquiere especial importancia desde el punto de vista constitucional, dado que es una condición necesaria para garantizar la vigencia del principio de pluralismo.

10. El argumento de la improcedencia de la presente acción de tutela por existir otros medios de defensa judicial tampoco resulta de recibo, pues los demandantes solicitan también la protección de otros derechos no susceptibles de protección a través de la acción popular. En efecto, por un lado, los demandantes solicitan la protección del derecho de sus comunidades a la consulta previa. La Corte ha reconocido que éste es un derecho fundamental innominado, de carácter colectivo, cuyos titulares son las comunidades indígenas, negras, raizales, palenqueras y afrocolombianas. Más aun, ha dicho que es un derecho susceptible de protección por vía de la acción de tutela, a partir de la regla establecida en la Sentencia SU-037 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

Por otra parte, los demandantes solicitan la protección de su derecho a la igualdad, consagrado como derecho fundamental en el artículo 13 de la Carta. Este derecho también es susceptible de protección directa por vía de la acción de tutela. Adicionalmente, también ha dicho la Corte que, en ocasiones como ésta, la protección del derecho a la igualdad implica un análisis relacional complejo, que difícilmente se puede alanzar a través de las acciones populares, o de otras acciones de raigambre legal.[1] En particular, cuando el juicio de igualdad se refiere a un trato discriminatorio por los criterios considerados sospechosos por el artículo 13 de la Carta. Al respecto, el Fundamento Jurídico 8 de la Sentencia T-500 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), sostuvo:

“Pues bien, en aquellos casos donde se debate la violación a la igualdad por criterios expresamente prohibidos, es decir, cuando pueda configurarse una discriminación por “razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”, y teniendo en cuenta que el Constituyente encomendó al Estado (a través de todas sus instituciones) un deber de especial protección en esta materia, la Corte considera

que la acción de tutela constituye el mecanismo idóneo para debatir el asunto, sin perjuicio de que la persona pueda utilizar otras vías judiciales. Lo anterior cobra aún más relevancia cuando es una entidad del Estado la presunta violadora de los derechos fundamentales, pues no resultaría admisible que fuera el propio Estado el encargado de perpetuar situaciones histórica y culturalmente discriminatorias, o de permitir, e incluso promover, conductas de esta naturaleza.”

11. A su vez, en una oportunidad más reciente, en la Sentencia T-770 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) la Corte estableció que la acción de tutela era procedente para proteger el derecho a la igualdad, pues lo que se pretendía en aquella ocasión no era cuestionar un acto administrativo específico sino efectuar una comparación que mostraba que la entidad demandada, el Ministerio de Defensa, había tratado de manera diferente dos situaciones de hecho similares, sin justificación alguna. Al respecto sostuvo:

“En el trámite de la presente tutela los jueces de instancia consideraron que el requisito de la subsidiariedad no se cumplía, por cuanto el accionante no acudió a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para controvertir el acto administrativo que lo destituyó de su cargo.

“Sin embargo, tal argumento no puede ser admitido, pues deja de lado la realidad fáctica del caso, e ignora que los mecanismos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados. Debe anotarse que una acción contencioso administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho no es apta para garantizar los derechos a la igualdad y al trabajo del accionante, pues lo que el demandante cuestiona en este caso no es la legalidad del despido, sino la aplicación de los principios de igualdad de oportunidades e integración laboral de las personas con discapacidad.

“Es así como, el accionante no cuestiona el procedimiento administrativo que dio origen a la decisión, ni tampoco las razones que motivaron su expedición, sino que afirma estar viendo vulnerados sus derechos fundamentales como resultado de la aplicación de una norma que trae como consecuencia el retiro del cargo que desempeñaba. Por tanto, el problema jurídico se relaciona con la duda sobre la aplicación de la norma que consagra el retiro forzoso del suboficial, desde el punto de vista de la protección de sus derechos

constitucionales fundamentales.”

12. Por lo tanto, en la medida en que la protección del derecho a un ambiente sano se solicitó en conexidad con otros derechos de carácter fundamental, y que, adicionalmente los demandantes solicitan la protección de otros derechos de carácter fundamental, que no son susceptibles de protección mediante otros medios de defensa judicial, la Sala concluye que la presente acción de tutela sí resulta procedente desde el punto de vista del principio de subsidiariedad.

B) Análisis de la Improcedencia por vulneración del Principio de Inmediatez

13. Por otra parte, el gerente general de la empresa demandada alega que la tutela no es procedente para proteger su derecho a la consulta previa, entre otras razones, porque los demandantes alegan su vulneración más de diez años después de ocurrida la consulta con las demás comunidades ubicadas en el área de influencia del proyecto. Es decir, desde la perspectiva de la empresa, la tutela sería improcedente por no cumplir con el principio de inmediatez (cd. Revisión, fl. 112). Efectivamente, como lo sostiene la empresa demandada, la consulta previa llevada a cabo con las comunidades negras de Arroyo de Piedra, Manzanillo del Mar, la Boquilla y Punta Canoa se protocolizó hacia finales de julio de 2000. Es decir, pasaron más de doce años antes de que las comunidades de Puerto Rey y Tierra Baja interpusieran la acción de tutela.

14. En efecto, a partir de una lectura superficial del precedente establecido en la Sentencia C-253 de 2013 (M.P. Mauricio González Cuervo), podría sostenerse que el paso del tiempo impide poner en tela de juicio por falta de consulta previa situaciones que ya se han consolidado por el paso del tiempo. Sin embargo, existen múltiples diferencias entre la situación abordada por la Corte en aquella ocasión, y la que ahora le compete resolver. Tales diferencias hacen que el precedente establecido en aquella oportunidad no sea aplicable a las consultas previas de obras, proyectos o actividades que se realicen en los territorios de las comunidades étnicas.

En primer lugar, en dicha oportunidad la Corte no analizaba un caso de falta de consulta previa de un proyecto, obra o actividad a desarrollar en el territorio ocupado o utilizado por una comunidad étnica, conforme al artículo 7.1 del Convenio 169 de la OIT. Se trataba de analizar la falta de consulta previa de una medida legislativa, conforme lo establece el

artículo 6.1 a) del mismo Convenio. Esta diferencia es importante, pues un proyecto, obra, o actividad es susceptible de afectar de manera directa, y en muchos casos irreversible, el territorio de una comunidad. Esto plantea una situación diferente a la de la consulta de una norma jurídica, pues las comunidades étnicas deben convivir de manera permanente con cualquier daño a su territorio, ya que conforme al artículo 63 de la Constitución Política los territorios de dichas comunidades son inalienables, inembargables e imprescriptibles. Entretanto, una ley no proyecta sus efectos sobre la realidad de manera tan permanente y directa. Por un lado, la producción de normas jurídicas es dinámica, es decir, está sujeta a modificaciones, derogatorias, etc. Por el otro lado, los efectos de las normas jurídicas se concretan mediante la acción humana que las implementa y ejecuta. En esa medida, aun cuando la ley pueda no ser objeto de reproche desde el punto de vista abstracto, sus efectos y la manera concreta como se implementa, sí pueden ser objeto de reproche en el caso concreto. Tal diferencia les otorga a las personas y comunidades afectadas por una ley una protección adicional a la que tienen en los casos de la ejecución de obras, proyectos y actividades.

Otra razón por la cual la Sentencia C-253 de 2013 no incide sobre el alcance del principio de inmediatez consiste en que la decisión de no declarar la inconstitucionalidad de la Ley 70 de 1993 a pesar de no haber sido objeto de consulta previa, no obedeció a un simple paso del tiempo. Obedeció, más bien, a que “las reglas de procedimiento en materia de consulta para la expedición de medidas legislativas fueron desarrolladas por vía jurisprudencial con posterioridad al trámite de la Ley 70 de 1993 y del Decreto 2374 de 1993, razón por la cual, no resultaban exigibles en ese momento para el Legislador.” Por lo tanto, exigir tal requisito a una ley expedida antes de la Sentencia que lo impuso equivaldría a aplicarle retroactivamente una regla de procedimiento inexistente en el momento de su promulgación. Por lo tanto, no es el paso del tiempo, sino la necesidad de mantener la seguridad jurídica frente a un cambio en la jurisprudencia, lo que justificó la decisión de la Corte en aquella ocasión.

15. De igual manera, el solo paso del tiempo, por sí mismo, no justifica la improcedencia de la acción por falta de inmediatez en el presente caso, al menos por dos motivos diferentes. En primer lugar, porque si bien la consulta fue realizada en 2000, sólo hasta 2008, cuando la población observó la ejecución de la obra fue que se percató de su existencia. En esa medida, a las comunidades demandantes no les era exigible un estándar

de diligencia procesal para proteger sus derechos hasta 2008, cuando vieron la ejecución de la obra en su territorio.

16. Con todo, podría alegarse que de todos modos las comunidades tuvieron entre 2008 y 2012 para interponer la demanda de tutela invocando la falta de consulta previa. Sin embargo, éste no es el caso. En primer lugar, porque el ejercicio del derecho a la consulta previa supone que la comunidad étnica respectiva tenga conciencia de sus propios derechos, entre ellos, el de consulta previa.

17. En el caso de la costa Caribe colombiana, el proceso de concientización de los derechos por parte de las comunidades negras ha sido, en términos generales, mucho más lento que en las comunidades del Pacífico. Muestra de ello es que tanto el artículo 55 transitorio de la Constitución Política, como la Ley 70 de 1993 que lo desarrolla, se refieren explícitamente a su aplicabilidad en las distintas regiones y cuencas del Pacífico, pero sólo genéricamente a las comunidades en el resto del país. Así, el artículo 55 se refiere a comunidades negras de “otras zonas del país que presenten similares condiciones”. Entre tanto, el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 70 de 1993, dispone que “De acuerdo con lo previsto en el Parágrafo 1o. del artículo transitorio 55 de la Constitución Política, esta ley se aplicará también en las zonas baldías, rurales y ribereñas que han venido siendo ocupadas por comunidades negras que tengan prácticas tradicionales de producción en otras zonas del país y cumplan con los requisitos establecidos en esta ley.” Esta invisibilización de las comunidades negras del caribe retrasó también el reconocimiento de los derechos colectivos de dichas comunidades.

Así lo reconoció esta Corporación en la Sentencia T-680 de 2012 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), al proteger el derecho al debido proceso del Consejo Comunitario de Orika en las Islas del Rosario frente a las demoras en el proceso de titulación colectiva por parte de INCODER. Por tal razón, mientras los procesos de organización en consejos comunitarios y de titulación colectiva en el Pacífico colombiano se vienen llevando a cabo desde hace prácticamente veinte años, en el caribe las primeras tierras fueron tituladas colectivamente a las comunidades negras en 2012. Más aun, en el Caribe existen sólo tres títulos colectivos: el del Palenque San Basilio, el de La Boquilla, y más recientemente, el de Orika en Islas del Rosario.

18. Los consejos comunitarios demandantes en el presente caso no son la excepción a este patrón de reconocimiento tardío de la identidad como categoría jurídicamente relevante. Como consta en el expediente, la Secretaría del Interior y Convivencia Ciudadana reconoció el Consejo Comunitario de Puerto Rey el 18 de diciembre de 2009 (fl. 55), y el de Tierra Baja el 29 de junio de 2010 (fl. 59). Antes de ello, dichas comunidades tenían un reconocimiento estatal como organización típicamente campesina, a través de las juntas de acción comunal. Por lo tanto, aun cuando estas comunidades han conservado de manera ininterrumpida sus tradiciones, y han mantenido formas de organización colectiva, la conciencia de ser sujetos de especial protección por su condición de comunidades étnicamente diferenciadas sólo ha surgido recientemente.

19. En un contexto en que una comunidad étnica no es consciente de sus derechos, es de esperarse que se sintiera satisfecha con recibir cualquier beneficio de la obra del Emisario Submarino, sin siquiera aspirar a que les hicieran consulta previa de una obra que ya estaba en ejecución. Así consta en la declaración – transcrita en esta sentencia en el acápite de pruebas recogidas en sede de revisión – hecha por Tomás Román Moreno Torres, quien para la época en que se ejecutó la obra era Presidente de la junta de acción comunal de Tierra Baja durante la inspección judicial llevada a cabo por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cartagena, en el curso del presente proceso.

20. En conclusión, la conciencia de ser sujeto del derecho fundamental a la consulta previa depende de un proceso de identificación colectiva como comunidad étnicamente diferenciada que, en el Caribe colombiano, y específicamente en las comunidades de Tierra Baja y Puerto Rey, sólo ha ocurrido recientemente. Por lo tanto, en la medida en que el ejercicio de ese derecho depende de la conciencia de ser sujeto de un tipo particular de derechos, y ésta sólo ha ocurrido recientemente, interponer la acción de tutela en el momento en que se estaba ejecutando la obra del Emisario Submarino en 2009, no resultaba exigible ni a la comunidad, ni a sus representantes. En estos casos, el principio de inmediatez debe flexibilizarse para permitir que las comunidades se apropien de sus derechos y puedan ejercerlos adecuadamente, sin imponer exigencias de tiempo más allá de lo que se puede esperar de un proceso de identificación colectiva como éste. Por lo tanto, tampoco resulta improcedente la presente tutela desde el punto de vista de la falta de inmediatez.

Así las cosas, pasa la Sala a analizar el fondo del asunto sometido a su revisión.

4. La Presunta Vulneración del Derecho a la Consulta Previa

21. Los demandantes solicitan la protección de su derecho a la consulta previa, pues argumentan que no se realizó una consulta previa del proyecto de disposición de aguas residuales conocido como el Emisario Submarino, cuyo trayecto terrestre pasa por sus territorios. La empresa demandada solicitó la certificación de presencia de comunidades negras al INCORA y al Ministerio del Interior, quienes las expidieron sobre la base de las coordenadas del área de influencia del diseño inicial del proyecto, y estas entidades certificaron a las comunidades negras de Arroyo de Piedra, Punta Canoa, La Boquilla, y Manzanillo del Mar, pero no certificaron a las comunidades demandantes de Tierra Baja y Puerto Rey.

22. La empresa aduce que en todo caso no se vulneró el derecho a la consulta previa, pues efectuó una convocatoria en el corregimiento de La Boquilla, en el cual están ubicadas las comunidades demandantes. Por otra parte, aduce que como hubo tres miembros de las comunidades demandantes que participaron en dos reuniones de consulta, dichas comunidades sí fueron consultadas. Sin embargo, las comunidades negras demandantes no fueron certificadas por la entidad competente, ni convocadas específicamente, ni sus representantes legítimos asistieron a las reuniones de consulta.

23. En esa medida, tal como se planteó en el Fundamento Jurídico No. 3 de la presente sentencia, a la Sala le corresponde resolver si se vulneran los derechos a la consulta previa y al debido proceso cuando el ejecutor de un proyecto no convoca específicamente a las comunidades potencialmente afectadas sino que informa de manera genérica a las comunidades presentes en el corregimiento.

Para resolver el anterior problema jurídico, la Sala debe abordar los siguientes temas: A) el fundamento objetivo, la estructura del derecho a la consulta previa, B) los principios que la rigen, y C) Posteriormente, pasará a hacer una descripción de la manera como se concretan dichos principios en deberes exigibles en relación con algunas de las etapas de la consulta previa, estableciendo en qué medida la empresa y/o las entidades del Estado vulneraron los principios e incumplieron los deberes respectivos.

A) Fundamento, Estructura y Alcances del Derecho a la Consulta Previa

24. El derecho a la consulta previa está consagrado en el Convenio 169 de la OIT, suscrito Ginebra en 1989. Este Convenio surge como respuesta a las críticas hechas a otro Convenio anterior de la OIT, el Convenio 107 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1957. Aun cuando el objetivo del Convenio 107 era el de proteger a las personas pertenecientes a las comunidades étnicas, su enfoque era asimilacionista, en el sentido de que pretendía integrar a las comunidades indígenas y tribales a las sociedades mayoritarias y vincularlas a la fuerza de trabajo, a partir de una noción hegemónica de desarrollo. A partir de la década de 1970, sin embargo, surgen una serie de cuestionamientos al Convenio, que llevan a que el Consejo de Administración tripartita de la OIT convocara a un comité de expertos en 1986 para que rindieran un concepto en relación con el Convenio. Este comité concluye que la visión que pretendía asimilar a los pueblos indígenas y tribales a la cultura mayoritaria estaba obsoleto y era perjudicial. Después de una revisión integral del Convenio, el comité presentó un proyecto de articulado con base en el cual la OIT citó a una Conferencia de sus miembros en Ginebra en 1989 para discutir el proyecto. Al finalizar dicha conferencia los miembros suscriben el Convenio 169, que posteriormente es ratificado por Colombia en 1991, e incorporado al ordenamiento interno mediante la Ley 21 de ese año.

25. Esta breve reseña histórica de la génesis del Convenio 169 de la OIT resulta relevante, pues ayuda a entender la finalidad y estructura del derecho a la consulta previa. En efecto, como se observa de la breve reseña, el Convenio surge como una reacción a la visión tradicional que enfatiza únicamente los derechos liberales individuales. Por el contrario, el Convenio 169 de la OIT busca conservar las tradiciones de los pueblos indígenas y tribales, que habían sido consideradas atávicas y contrarias al desarrollo económico y político de los Estados nación.

26. En esa medida, el derecho a la consulta previa, como aporte del Convenio 169 de la OIT al desarrollo de un modelo de entendimiento intercultural, no puede entenderse en los mismos términos en que se conceptualiza un típico derecho individual de libertad. A los derechos individuales les es inherente un ejercicio negativo que es protegido por el Estado. Esto significa que el Estado debe proteger tanto la potestad que los individuos tienen para ejercer tales derechos como para no hacerlo. Esta potestad concierne únicamente al fuero interno de cada individuo, y ni el Estado ni los particulares pueden interferir ni en el

ejercicio positivo ni negativo del derecho.

27. Por el contrario, conforme al literal a) del numeral 1º del artículo 6º del Convenio 169, el derecho a la consulta previa lo ejercen las “instituciones representativas” de los pueblos y comunidades interesadas. Sin embargo, es un derecho de carácter colectivo, cuyos titulares son, precisamente, estos pueblos y comunidades, y no sus autoridades o instituciones representativas. Es decir, contrario a lo que ocurre con los derechos de libertad, en la consulta previa el derecho no lo ejerce directamente el titular, sino el representante de dicha comunidad. Es decir, el ejercicio del derecho a la consulta previa supone una representación del titular, que es una colectividad, por parte de sus autoridades o instituciones representativas.

28. En la medida en que las instituciones o autoridades del respectivo pueblo o comunidad están ejerciendo una representación del titular del derecho, que es la comunidad, el mandato que reciben es limitado. Sin duda las autoridades de estas comunidades cuentan con un amplio margen de autonomía en la toma de decisiones en lo que atañe a su comunidad. Así lo ha reconocido en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional[2]. Sin embargo, la autonomía que otorga la Constitución a las autoridades de las comunidades indígenas, negras, raizales y palenqueras tiene como propósito garantizar los derechos colectivos de dichas comunidades, como pueden ser su integridad cultural, su territorio y su fortaleza organizativa y política. El propósito de la autonomía marca también los límites constitucionales del ejercicio de la misma. Por lo tanto, las actuaciones y las decisiones de las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas, negras, raizales y palenqueras deben estar encaminadas a proteger los derechos y valores que les son propios.

29. El ejercicio del derecho a la consulta implica una serie de deberes correlativos, como pueden serlo el velar por los derechos de los pueblos y comunidades respectivas, y en consecuencia, entre otros, el de asistir y participar en las consultas. Por lo tanto, como regla general, no pueden las autoridades de un pueblo o comunidad dejar de asistir a una consulta, o desatender una convocatoria, so pretexto de representar con ello los intereses de la comunidad. Esto implicaría desatender los deberes que tienen como representantes válidos de su comunidad. Desde la primera sentencia que abordó el tema,[3] la jurisprudencia ha dicho que en tales casos, el Estado y el ejecutor del proyecto, deben

garantizar que ninguna de las decisiones pueda adoptarse de manera arbitraria, y que en todo caso deben consultarse los intereses de las comunidades potencialmente afectadas. Sin embargo, en la práctica esta subregla constitucional resulta muy difícil de implementar si no existen canales de comunicación entre el gobierno, las demás instituciones del Estado, los ejecutores de los proyectos y las autoridades o instituciones representativas de la comunidad.

30. Aun cuando los representantes de la comunidad no estén de acuerdo con un proyecto, obra o actividad que se pretenda llevar a cabo dentro del territorio que ocupan o utilizan de alguna manera, tienen el deber de participar representando a su comunidad.[4] En estos casos, es necesario tener en cuenta que ellos representan tanto a la comunidad presente como a la futura, la cual habitará sus territorios en la posteridad. Así, por ejemplo, cuando las autoridades consideran que la obra, proyecto o actividad puede afectar su cultura o su territorio, tienen el deber de manifestar su desacuerdo dentro del proceso de consulta. La consulta previa es el mecanismo de participación a través del cual las autoridades pueden y deben exigir todas las medidas de mitigación y las garantías que sean necesarias y pertinentes para evitar o minimizar las afectaciones. En esa medida, a menos de que existan razones suficientes de orden constitucional para no atender la convocatoria a una consulta previa, es indispensable que las autoridades o “instituciones” representativas asistan.

31. Ahora bien, el derecho a la consulta previa presupone que los pueblos y comunidades indígenas y tribales se encuentran en un contexto en el cual son minoritarios, y por lo tanto, están marginados de la discusión y decisión pública. En esa medida, la consulta previa tiene como objeto ampliar la voz de las comunidades, para garantizar su participación efectiva en las decisiones que los afectan. Estas decisiones se concretan en dos contextos distintos. Por un lado, conforme al literal a) del numeral 1º del artículo 6º del Convenio 169, en la creación de normas generales, tanto leyes como actos administrativos, que los afecten de manera directa, bien sean éstas de carácter nacional, departamental, regional o municipal. Por el otro, conforme al numeral 1º del artículo 7º, antes de la ejecución de obras, proyectos y actividades, planes, programas y proyectos que se desarrollen en los territorios que estas comunidades y pueblos “ocupan o utilizan de alguna manera”. En esta medida, la consulta previa constituye un derecho de participación política, entendida en sentido amplio, que busca ampliar la voz de dichos pueblos y comunidades en

la toma de decisiones que los afectan.

32. Pese a que el Convenio 169 dice que las consultas deben llevarse a cabo con el propósito de lograr un acuerdo, éste no siempre es posible. Por lo tanto, en principio, las instituciones del Estado que dirigen las consultas, y los particulares o las entidades del Estado que ejecutan los proyectos, obras o actividades, no tienen una obligación de llegar a un resultado específico. Su obligación es desarrollar la consulta conforme a los parámetros establecidos en el Convenio y en la jurisprudencia constitucional sobre la materia. Esto significa que el derecho a la consulta previa exige que el procedimiento se lleve a cabo adecuadamente, no que a través del mismo las partes lleguen a determinado resultado. Por supuesto, la excepción son aquellos casos en que, conforme a la jurisprudencia constitucional, sea necesario que los pueblos den su consentimiento previo, libre e informado en relación con una obra, proyecto o actividad que se vaya a ejecutar dentro de su territorio. En tales casos sí es necesario que, como resultado del procedimiento de consulta, las partes lleguen a un resultado concreto, es decir a un acuerdo. Sin embargo, en todos los casos, el proceso de consulta previa debe llevarse a cabo de conformidad con los principios, reglas y deberes establecidos en las normas jurídicas aplicables y en la jurisprudencia constitucional pertinente.

33. De lo anterior se puede concluir, entonces, que la consulta previa es un derecho de participación, que como regla general tiene el alcance de garantizar la adecuada conducción del procedimiento de consulta, y cuyos titulares son las comunidades indígenas y tribales, quienes lo ejercen a través de sus autoridades o instituciones representativas. Sin embargo, esta caracterización del fundamento, estructura y alcance del derecho a la consulta previa no es suficiente para comprender cuál es la adecuada conducción del procedimiento. Para ello es necesario, además, que la Sala se refiera a los principios que rigen la consulta, y a la manera como estos se concretan en las diversas etapas del procedimiento. Por ello, la Sala entra a describir dichos principios y su concreción en deberes y garantías específicas exigibles en algunas de las etapas del proceso de consulta, en aquellos aspectos que resultan pertinentes para resolver el presente caso.

B) Los Principios Rectores de la Consulta Previa

- La Consulta debe ser Previa (Principio de Prevención de las Afectaciones)

35. Como este deber supone además un respeto por la identidad cultural específica de las comunidades potencialmente afectadas, lo que se considera un impacto negativo o positivo no puede quedar al arbitrio del ejecutor o del Estado. Por el contrario, corresponde precisamente al objeto de la discusión dentro de la consulta con las comunidades. Por esta razón, tanto la identificación de los impactos del proyecto, obra o actividad, como el diseño y la adopción de las medidas de manejo, deben ser el resultado de una construcción conjunta entre las comunidades, el Estado, y los ejecutores del proyecto, obra o actividad. De lo que se trata, entonces, es que las partes lleguen a acuerdos en relación con todos los aspectos en que ello sea posible.

En todo caso, este acuerdo debe estar dirigido a prevenir, en la mayor medida posible, los impactos no deseados por las comunidades. La adecuada protección de los derechos de las comunidades supone el deber correlativo de prevenir, en primera medida, y sólo excepcionalmente compensar aquellos impactos que no se puedan prevenir. De tal modo, la consulta no puede convertirse simplemente en un mecanismo de compensación e indemnización de daños ya causados, pues ello desnaturalizaría por completo el propósito de este derecho fundamental.

En ese mismo orden de ideas, la Corte debe anotar que el principio de prevención implica un deber correlativo por parte de las instituciones legítimas y autoridades de las comunidades étnicas. En virtud de la representación que ejercen de los derechos colectivos de sus respectivas comunidades sobre sus territorios, estas autoridades tienen el deber de contribuir con los ejecutores para prevenir, mitigar, y corregir las afectaciones que se presenten como consecuencia de la respectiva obra, proyecto o actividad. El hecho de que la empresa haya incumplido algunas de sus obligaciones para con la comunidad no constituye una excusa válida para que las autoridades del pueblo o comunidad étnica impidan que se lleven a cabo las obras de prevención, mitigación o corrección de las afectaciones.

En el presente caso, como lo reconoce la demandante y representante legal del consejo comunitario de Puerto Rey, algunos miembros de la comunidad les impidieron a los funcionarios de la empresa llevar a cabo las obras necesarias para arreglar el desagüe y corregir la inundación por agua lluvia que padecía la comunidad (fl. 81 y cd. Despacho Comisorio fl. 119). La razón aducida por la comunidad era que hasta ese momento la

empresa no había arreglado las vías de acceso que había dañado con ocasión de la obra y ello perjudicaba a los moto-taxistas y a otros miembros de la comunidad. Al margen de que haya o no un incumplimiento de las obligaciones de la empresa por un eventual daño a las vías, impedir las obras de desagüe de las aguas lluvias no sólo es un medio de presión inaceptable, sino también una acción que mantiene la afectación de derechos fundamentales, pues el único efecto previsible es mantener la inundación, impidiendo el disfrute del derecho al territorio y otros derechos fundamentales de los miembros de la comunidad. Así, se tiene que, si bien las autoridades de las comunidades étnicas tienen derecho a protestar, ni ellas, ni los demás integrantes de la comunidad pueden utilizar medidas de facto que afecten el goce efectivo del derecho al territorio de la comunidad a la que pertenecen.

36. Para finalizar, sin embargo, es necesario reconocer que hay situaciones en las cuales la consulta no se lleva a cabo de manera previa. En tales casos, puede ocurrir que el proyecto, obra o actividad, ya haya causado daños e impactos. Lo dicho anteriormente respecto del carácter eminentemente preventivo de la consulta previa no significa que no se deba realizar la consulta una vez ha sido ejecutado el proyecto respectivo. Por el contrario, en múltiples ocasiones la Corte ha ordenado realizar consultas con comunidades indígenas y negras, a pesar de haberse ejecutado los proyectos respectivos. Un ejemplo de ello es la Sentencia T-652 de 1998 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), que ordenó llevar a cabo una consulta con las comunidades Embera Chamí a pesar de que el proyecto hidroeléctrico de Urrá ya se había realizado sin haberse consultado previamente. Sin embargo, dichas consultas no pueden desnaturalizarse convirtiéndose únicamente en mecanismos de compensación e indemnización de los daños causados a los miembros de la comunidad individualmente considerados. Esto debilitaría la autoridad de las instituciones y las formas organizativas propias de dichas comunidades. Las consultas en tales casos deben ir encaminadas, principalmente, a corregir los impactos debidamente identificados, que hayan sido causados a los derechos colectivos de la comunidad.

- El Principio de Información Adecuada y Suficiente

37. El segundo es el principio según el cual la consulta previa debe ser informada. Consiste en que las comunidades tengan la información necesaria, adecuada y suficiente para adoptar una posición en relación con la obra, proyecto o actividad, y que - como se

analizará más adelante – puedan participar activamente en el diseño de las medidas de manejo para la prevención y/o corrección de los impactos negativos que pueda llegar a tener.

Con respecto a la necesidad de proveer información en relación con las medidas que se adoptan en territorio de las comunidades étnicas potencialmente afectadas, la Corte en un caso en que se estudiaban las fumigaciones aéreas sobre cultivos ilícitos, estableció la relación que existe entre el deber o principio de información y la garantía de la participación. Al respecto, dijo:

“Siguiendo los lineamientos del Convenio 169 de la OIT, entonces, las consultas que se ordenan no podrán tomarse como un mero formalismo, puesto que su ejecución de buena fe comporta que sean informados del contenido del Programa que se adelantará en sus territorios, con el fin de procurar su consentimiento, sobre el impacto de las medidas en su hábitat, y en sus estructuras cognitivas y espirituales”[5].

Posteriormente, esa misma providencia, agregó:

“Y que también conozcan las medidas actualmente en ejecución, con todas sus implicaciones, con miras a que estos pueblos consientan en la delimitación y continuación del Programa, y estén en capacidad de discutir diferentes propuestas atinentes al mismo y también a formular alternativas.”

38. El deber de información significa que es responsabilidad de los ejecutores de la obra, bien se trate de particulares o de entidades del Estado, acopiar y suministrar toda la información sobre los riesgos involucrados en todas las fases del proyecto, obra o actividad. Con todo, surgen diversas cuestiones asociadas a los deberes específicos en relación con el acopio y suministro de la información a la comunidad.

39. La primera cuestión se relaciona con la identificación de los riesgos inherentes a la obra, proyecto o actividad. Si bien la consulta es un proceso participativo en el que las comunidades contribuyen a la identificación de los riesgos de afectaciones, como se verá más adelante al analizar el principio de participación, no por esto se les puede trasladar a ellas la responsabilidad por la inadecuada identificación de los riesgos, o por las deficiencias en el diseño e implementación de las medidas de manejo. Corresponde a la entidad

encargada de ejecutar la obra, proyecto o actividad identificar correctamente los riesgos y diseñar medidas de manejo que sean adecuadas a las circunstancias. Así mismo, corresponde a las entidades estatales competentes efectuar la respectiva regulación, autorización, inspección, vigilancia, monitoreo y seguimiento del proyecto, obra o actividad. Tanto los ejecutores como las entidades del Estado son responsables por el incumplimiento de estos deberes.

40. Sin embargo, ¿cuál es el estándar aplicable a tales actividades? ¿Hasta dónde llega la responsabilidad por la indebida identificación de las afectaciones o por el inadecuado manejo de los riesgos? Sin duda existen riesgos que, por más diligentes que sean los responsables, resultan imprevisibles. La previsibilidad de los riesgos, tanto ambientales, como sociales y culturales, depende de la disponibilidad de la información y de la tecnología necesaria para analizarlos. En el contexto globalizado actual, la disponibilidad de información y tecnología imponen un estándar cada vez más alto a los ejecutores de obras, proyectos y actividades que supongan riesgos. El cúmulo de experiencias a nivel global en una determinada industria o actividad resulta un parámetro clave para determinar cuál es el alcance del deber de los ejecutores de proyectos y de las entidades estatales responsables de regularlos, vigilarlos, autorizar, monitorear y hacer seguimiento de sus actividades. En el contexto actual, los ejecutores de proyectos como el Emisario Submarino que nos ocupa en este caso, son responsables de conocer las experiencias en proyectos con estructuras de riesgo similares en otros países, y de prevenirlos y manejarlos conforme a los parámetros internacionales utilizados por la respectiva industria o actividad.

41. Este conocimiento deben transmitirlo a las comunidades negras, indígenas, raizales y palenqueras en riesgo de verse afectadas, de manera adecuada a sus particularidades culturales. En esa medida, las entidades encargadas de ejecutar la respectiva obra, proyecto o actividad deben diseñar una estrategia de comunicación intercultural. Dicha estrategia debe dar cuenta de las principales actividades que se van a llevar a cabo, su duración, magnitud y ubicación tentativas. Por otra parte, los ejecutores del proyecto deben identificar y estimar la magnitud, probabilidad, reversibilidad, duración y frecuencia los riesgos asociados al proyecto. Deben también describir y localizar las posibles alteraciones del medio biótico, abiótico, y del contexto social, económico y cultural en el que viven las comunidades potencialmente afectadas. Finalmente, les corresponde dar cuenta de las proyecciones de los recursos necesarios para la preparación, ejecución, operación y cierre

de la obra, proyecto o actividad, las fuentes de donde los van a extraer, y la manera cómo van a disponer de los desechos resultantes en cada una de las fases del proyecto.

42. Todo ello parecería suponer que el ejecutor siempre tiene la capacidad de presentar a consulta previa proyectos, obras y actividades perfectamente estructurados, cuando ello en la realidad no suele ser así. Por lo tanto, la imposición de dichos deberes en una fase preliminar resultaría contraria a la dinámica propia de diferentes tipos de proyectos. Sin duda, en la gran mayoría de proyectos, obras y actividades se presentan cambios y modificaciones, bien sea durante su diseño o durante su ejecución. Por lo tanto, sería imposible que el ejecutor tuviera o transmitiera con plena certeza todas las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se van a ejecutar dichos proyectos. Es perfectamente posible que la certeza sólo la tenga con posterioridad a que se realice la consulta previa.

43. Más aun, como se verá en detalle al analizar el principio de participación, es necesario que las comunidades puedan incidir en el diseño para hacer modificaciones que les permitan mitigar los impactos que han identificado. Sin embargo, es necesario también que tengan una idea clara de los distintos escenarios o alternativas de diseño, y operación del proyecto, actividad u obra respectivos para poder adoptar una posición con respecto a ellos. Por lo tanto, aun cuando es perfectamente posible que se presenten modificaciones en el diseño u operación de una obra o proyecto con posterioridad a la consulta previa, dichas modificaciones deben haber sido consultadas con las comunidades potencialmente afectadas por ellas.

Sin embargo, en un gran número de casos las autoridades ambientales no pueden hacer un análisis de fondo de las potenciales afectaciones. Para ello es necesario que las comunidades indígenas, negras, raizales y palenqueras cuenten con asesores que puedan hacer un análisis serio y en profundidad de las potenciales afectaciones. Por lo tanto, en aras de garantizar la transparencia y la confianza entre las partes en aquellas obras, proyectos o actividades de gran complejidad, las comunidades potencialmente afectadas tienen derecho a que se les suministren asesores externos e imparciales que les den garantías suficientes de experticia, experiencia y solubilidad moral.

45. Dichos asesores suelen ser una práctica común en procesos de consulta previa de proyectos complejos como el que se estudia en el presente caso. Sin embargo, la forma

como se han venido llevando a cabo tales asesorías representa un problema desde el punto de vista constitucional. Por una parte, resultaría inequitativo exigirles a las comunidades que sufraguen el valor de las asesorías, pues no son ellas quienes tienen un interés en la realización de los respectivos proyectos, obras o actividades. Por otra parte, si las asesorías son sufragadas por cuenta de los ejecutores de los proyectos, son estos quienes contratan a los asesores. Por lo tanto, existe un conflicto de intereses en relación con el manejo de la información sobre los impactos subsiste.

46. En el presente caso, por ejemplo, los asesores que habían sido contratados para identificar los impactos con las comunidades estaban sujetos a un régimen contractual que deja entrever este problema. A manera de ejemplo, la cláusula 3.1 del Contrato, que se refiere a las obligaciones del consultor, y lo obliga a actuar como asesor leal y a proteger sus intereses, al respecto dice:

“En toda cuestión relacionada con este Contrato o con los Servicios, el Consultor actuará siempre como asesor leal del Contratante y en todo momento deberá proteger y defender los intereses legítimos del Contratante en los acuerdos a que llegue con un Subconsultor o con terceros.” (resaltado fuera de texto- cd. Anexos fl. 69)

Más adelante, en la cláusula 3.3 sobre la confidencialidad, el contrato le impide al consultor, quien en principio está contratado para colaborarles a las comunidades negras a identificar los impactos del proyecto, revelar información confidencial. Dice:

“Ni el Consultor ni ningún Subconsultor, ni tampoco el Personal de ninguno de ellos, podrán revelar, durante la vigencia de este Contrato o dentro de los dos (2) años siguientes a su expiración, ninguna información confidencial o de propiedad del Contratante relacionada con el Proyecto, los Servicios, este Contrato o las actividades u operaciones del Contratante sin el previo consentimiento por escrito de este último” (resalta la Sala- ibíd.)

Posteriormente en la cláusula 3.6 dispone que la obligación de presentar informes no es exigible en favor de las comunidades, sino del Contratante. Es decir, los deberes de información de su gestión se dirigen hacia el contratante y no hacia la comunidad. Al respecto, dispone:

“El Consultor presentará al Contratante los informes y documentos que se especifican en el Apéndice B, en la forma, cantidad y el plazo que se establezcan en dicho apéndice.” (Cd. Anexos, fl. 70)

Y en relación con la propiedad de los documentos preparados por el Consultor, dispone que son propiedad del contratante y que podrá estar sujeto a restricciones con respecto a su uso. Dice:

“Todos los estudios técnicos, informes y demás documentos preparados por el Consultor para el Contratante de conformidad con la Cláusula 3.6 pasarán a ser propiedad del Contratante, a quien el Consultor los entregará a más tardar al término o expiración del Contrato, junto con un inventario pormenorizado de todos ellos. El Consultor podrá conservar una copia de dichos documentos y programas de computación. En las CE se indicará cualquier restricción acerca el uso de documentos y programas de computación en el futuro.” (resalta la Sala- *ibid.*)

47. Como se puede observar, estas cláusulas significan que el contratista se encontraba obligado a guardar lealtad y defender los intereses del contratante, a mantener la reserva de información sobre el proyecto, a rendir informes al contratante, y a que sus documentos fueran de propiedad del contratante. Estas cláusulas que señalan la potestad de contratar consultorías para el contratante, aun cuando pueden resultar perfectamente aceptables en otros tipos de contratos de consultoría, no resultan aceptables constitucionalmente como asesoría prestada para ayudar a una comunidad étnica a identificar las afectaciones o impactos de una obra, proyecto o actividad. Para resultar aceptables, las obligaciones contractuales deben ser para con las comunidades sujeto de consulta, no para con el ejecutor, o para quien pague los honorarios.

48. Para superar los problemas de desconfianza entre ejecutores y comunidades es frecuente que los primeros contraten a personas o entidades que sean “de confianza de la comunidad” para efectos de ayudarles a éstas a identificar los impactos y a diseñar las medidas de manejo. Esta práctica, sin embargo, tampoco resulta aceptable para la Corte, pues no ofrece garantías objetivas y suficientes para la comunidad. La confianza de la comunidad, entendida como un atributo subjetivo, no constituye por sí misma una garantía de imparcialidad, ni de que el asesor tiene el conocimiento técnico, ni los medios, para

identificar los impactos de un proyecto, ni para evaluar las medidas de manejo propuestas.

49. En dichos casos es necesario que el asesor acredite el conocimiento, la experiencia, experticia, los medios técnicos y financieros, y la solvencia moral necesaria para garantizar su imparcialidad. Sin embargo, es necesario que la acreditación de estas características sea de carácter institucional. Más aun, el conocimiento técnico y la experiencia son necesarias pero tampoco constituyen garantías suficientes. La desconfianza en estos casos surge, entre otras razones, por el carácter asimétrico de las relaciones entre las partes dentro del proceso de consulta. Por lo tanto, es necesario que el asesor pueda, no sólo responder por la calidad de su trabajo, y que su idoneidad técnica esté debidamente acreditada, sino que esté en un plano de igualdad frente al ejecutor del proyecto para que pueda garantizar su imparcialidad. De tal modo se garantiza que, al margen de que sea el ejecutor quien pague sus honorarios, el asesor no dependa económicamente de ello. Esta combinación entre conocimiento técnico, experiencia, disponibilidad de medios técnicos e independencia económica sólo se puede garantizar si quienes prestan asesorías a las comunidades son instituciones de investigación especializadas o universidades con programas pertinentes debidamente acreditados. Por lo tanto, en virtud del carácter informado que deben tener las consultas previas, en aquellas obras, proyectos y actividades que supongan un nivel alto de complejidad, las comunidades tienen derecho a recibir una asesoría imparcial sufragada por los ejecutores, siempre y cuando los asesores sean institutos de investigación especializados en el tema, o universidades con programas debidamente acreditados.

- El Principio de Buena Fe

50. El tercer principio que rige el proceso de consulta previa es el de la buena fe, consagrado en el numeral 2º del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT. Este dispone que las consultas que se lleven a cabo en aplicación de dicho convenio deban efectuarse de buena fe. Ahora bien, ¿en qué consiste la buena fe? Este principio ha sido definido por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

51. Este principio de comportamiento resulta exigible en todas aquellas relaciones que tengan repercusiones jurídicas entre particulares, y entre estos y el Estado. En particular

en relación con la consulta, la Corte, refiriéndose al principio de buena fe ha dicho:

“La realización de la consulta de buena fe implica que ésta no se debe abordar como un mero procedimiento formal a cumplir, ni como un trámite, sino como un proceso de raigambre constitucional, con un contenido sustantivo que le es propio y orientado a preservar los derechos fundamentales de los pueblos afectados.”[9]

La buena fe ha sido considerada un principio general del derecho dentro de la tradición romano-germánica. Sin embargo, adquirió relevancia constitucional por virtud de su consagración explícita en el artículo 83 de la Constitución. Dicho principio resulta exigible tanto de los particulares como de las autoridades. Al respecto, la Corte ha sostenido:

“En armonía con el anterior recuento sobre las orientaciones del Constituyente, plasmadas en los antecedentes del Artículo 83, los pronunciamientos de esta Corporación cabe reiterar entonces que la incorporación explícita del principio de la buena fe en el texto constitucional significa, que las actuaciones de los particulares en sus relaciones con otros particulares así como las que ellos sostengan con las autoridades hayan de estar presididas por los dictados del dicho principio.”[10]

52. En virtud de la interpretación de la Corte, entonces, cabe precisar que todas las partes que participan en la Consulta Previa deben sujetar sus actuaciones al principio de la buena fe. Tanto el Estado, cuando las dirige, como los ejecutores de los proyectos, obras o actividades, como las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas, negras, raizales y palenqueras deben actuar de buena fe antes, durante y después de las consultas previas. Como se establecerá más adelante, este principio se concreta en deberes y comportamientos específicos en cada una de las etapas de la consulta, incluyendo las actuaciones preliminares y posteriores a las que están obligadas las partes. Con respecto a la aplicabilidad del proceso de consulta a todas las partes, la Corte en Sentencia T-547 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), advirtió:

“5.2. Advierte la Corte que un elemento esencial del proceso de consulta definido en la jurisprudencia es el hecho de que el mismo debe cumplirse de acuerdo con el postulado de la buena fe.

Ello quiere decir, desde la perspectiva de las autoridades del Estado y de los particulares

interesados en la medida susceptible de afectar a las comunidades indígenas:

La disposición para adelantar la consulta, acudir a los escenarios de participación que resulten pertinentes, suministrar la información necesaria para que las comunidades puedan evaluar el impacto de la medida, ser receptivos a las inquietudes que surjan en el trámite de la consulta, valorarlas y obrar en consecuencia. Por el contrario, se opone al postulado de la buena fe, la reticencia en participar en los escenarios de consulta, o la obstaculización a los mismos, retener o demorar información relevante, actuar con actitud refractaria hacia las inquietudes de las comunidades indígenas y en plan de confrontación con ellas”.

Teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia sobre el derecho y el deber de participación en las consultas, pasa la Sala a referirse al siguiente principio, el de participación efectiva.

- El Principio de Participación Efectiva

53. El cuarto principio rector de la consulta previa es el de participación efectiva. La Corte ha dicho en innumerables ocasiones que la consulta previa no consiste únicamente en que el ejecutor o el Estado transmitan a las comunidades potencialmente afectadas la información acerca de un proyecto, obra o actividad que pretenden llevar a cabo. Como se mencionó al describir la estructura del derecho a la consulta previa, éste busca potenciar la participación de las comunidades negras, indígenas, raizales y palenqueras para que participen en las decisiones que los afectan. En armonía con el principio de prevención, esta participación va dirigida a permitir que las comunidades potencialmente afectadas por una obra, proyecto o actividad puedan incidir en su ejecución, de tal modo que puedan prevenirse todos aquellos impactos que puedan ir en detrimento de su integridad cultural, de su autonomía política y organizativa, y del goce efectivo de sus derechos territoriales. Al respecto la Corte ha sostenido:

“16.4. Los procesos de consulta se deben llevar a cabo mediante relaciones de comunicación efectiva, basadas en el principio de buena fe. Por ende, dicho procedimiento estará dirigido a proteger los derechos fundamentales de las comunidades étnicas, mediante instrumentos de participación que, amén de su disposición y diseño, puedan incidir en la definición del contenido y alcance de la medida legislativa o administrativa.”

(resaltado fuera de texto original)[11]

54. Como también se vio al analizar el principio de prevención, entre más adelantada esté la ejecución de un proyecto, obra o actividad, menor será la posibilidad de que una comunidad incida sobre su ejecución u operación. Sin embargo, aun en los casos en que la consulta es previa a la ejecución del respectivo proyecto, puede ocurrir que éste se encuentre definido con tal nivel de precisión que las comunidades no puedan incidir de manera efectiva sugiriendo modificaciones y alternativas para mitigar los impactos que el proyecto pueda llegar a tener sobre la integridad cultural o territorial de la comunidad, o sobre su autonomía política u organizativa. En tales casos se violaría el principio de participación. Para resolver las tensiones entre el principio de información adecuada y suficiente y el de participación efectiva, sin hacer nugatorio uno u otro, es necesario armonizarlos en el caso concreto. En esa medida, los ejecutores de los proyectos deben presentar a la comunidad diferentes alternativas que sean viables técnica y financieramente, y que sean susceptibles de modificaciones para permitir que se mitiguen los impactos identificados en el proceso de consulta.

55. Sin embargo, hay otra acepción de la participación como principio rector de la consulta previa. El numeral 2º del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT se refiere a situaciones en las que el Estado es dueño de los recursos minerales del subsuelo, y a aquellas otras en las que tiene algún otro derecho a utilizar otros recursos existentes en las tierras de las comunidades. Al respecto dice que “[l]os 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” (resalta la Sala).

56. En lo que se refiere a la distribución de los beneficios de la extracción de recursos minerales, esta norma está justificada a partir de dos argumentos distintos. El primero es un argumento de justicia histórica. En nuestro país, como en muchos otros de América Latina, las comunidades negras fueron esclavizadas y llevadas a las cuencas de los ríos para trabajar en la minería. Por su parte, desde la época de la conquista, las comunidades indígenas fueron sometidas al sistema de “reducciones de indios”, de resguardos y otras similares, para garantizar la producción agropecuaria que abasteciera las necesidades de la industria minera. El segundo argumento, que resulta aplicable tanto a la explotación de

recursos como a otro tipo de proyectos, obras y actividades, consiste en que su ejecución y operación puede significar cargas para quienes ocupan o utilizan las áreas donde se van a llevar a cabo. En esa medida, un principio de justicia retributiva supone que quienes deben soportar dichas cargas, deban también ser partícipes de los beneficios.

C. Etapas y Deberes en el Proceso de Consulta Previa

57. El Convenio 169 de la OIT establece que los pueblos y comunidades indígenas y tribales son sujetos del derecho a la consulta previa, independientemente de que hayan sido objeto de reconocimiento formal por parte del Estado. Por tal motivo, el Convenio no deja al arbitrio de cada Estado miembro, la decisión de los sujetos a los cuales se aplica. Por el contrario, el artículo 1º del Convenio establece directamente los criterios subjetivos y objetivos que determinan la población a la cual resultan aplicables sus normas. Así mismo, en relación específicamente con las consultas de obras, proyectos y actividades, tampoco es necesario que las tierras de dichos pueblos y comunidades hayan sido tituladas a ellas para efectos de hacerlos titulares del derecho a la consulta. Por el contrario, el numeral 1º del artículo 13 de ese Convenio dispone que los Estados, al aplicar sus disposiciones, deben respetar las tierras que estos pueblos ocupan o utilizan. Dicho numeral dispone:

“Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.”
(resalta la Sala)

58. Ello se debe, entre otras razones, a que exigir este requisito puede constituir un incentivo perverso para no reconocer a estos pueblos y comunidades, ni otorgarles títulos de propiedad para evitar llevar a cabo procesos de consulta previa con ellas. Con ello se verían frustradas dos de los propósitos explícitos del Convenio, que son el de garantizar el derecho a la consulta, y el reconocimiento de la propiedad sobre las tierras que estos pueblos y comunidades ocupan y utilizan.

59. El alcance de dicho Convenio ha sido reconocido por esta Corporación en múltiples ocasiones. En sus sentencias, la Corte ha dicho que no es necesario que el Estado haya titulado formalmente su territorio a las comunidades para reconocerlas como sujetos de

consulta previa. Así lo sostuvo, entre otras, en la Sentencia T-693 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), en la cual la Corte tuteló los derechos de una comunidad indígena a que se les hiciera una consulta previa de la construcción de un oleoducto, a pesar de que su territorio no había sido titulado formalmente. Al respecto dijo:

“De ahí, la importancia de ampliar el concepto de territorio de las comunidades étnicas a nivel jurídico, para que comprenda no sólo las áreas tituladas, habitadas y explotadas por una comunidad –por ejemplo bajo la figura del resguardo, sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades culturales y económicas.” (resaltado fuera de texto original)

60. Por tal motivo, la reglamentación de la Ley 21 de 1991, por medio de la cual se adopta en el ordenamiento interno el Convenio 169, dispone que las empresas y entidades interesadas en ejecutar una obra, proyecto o actividad deben solicitar una certificación de presencia de comunidades étnicas para determinar si es necesario que efectúen una consulta previa. Anteriormente, estas certificaciones se solicitaban a la Dirección de Asuntos Indígenas y a la de Comunidades Negras del Ministerio del Interior, y al INCORA. Es por ello que en el expediente de la presente acción de tutela reposan certificaciones de estas entidades. Las dos direcciones del Ministerio del Interior certificaban la presencia de comunidades en el área de influencia del proyecto, obra o actividad, mientras que el INCORA, y posteriormente el INCODER, certificaban la existencia de resguardos y reservas indígenas, así como de tierras de comunidades negras. Actualmente, conforme al numeral 5º del artículo 16 del Decreto Ley 2893 de 2011 y al artículo 5º del Decreto Reglamentario 2613 de 2013, los interesados en la ejecución de una obra, proyecto o actividad deben solicitar una certificación única de presencia de comunidades y territorios titulados a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

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

campo y la recopilación de las pruebas necesarias, si hay presencia tradicional de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto, y establecer cuál es el área que ocupan.

62. Sin embargo, a pesar de ello, puede ocurrir que el Estado no sepa que una comunidad étnica viene haciendo presencia tradicionalmente en un área de influencia de una obra, proyecto o actividad. Este es el caso especialmente de los pueblos y comunidades nómadas, en contacto inicial, o con patrones migratorios, aunque también se debe a que las comunidades indígenas y negras suelen vivir en zonas apartadas y olvidadas de la geografía nacional, y a que el Estado no ha considerado como prioridad establecer qué territorios ocupan o utilizan. En todo caso, es responsabilidad de los ejecutores de dichos proyectos establecer si en el área de influencia de las obras, proyectos y actividades que pretenden realizar existen comunidades étnicas. Por tal motivo, si identifican a una de estas comunidades deben informar a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, y solicitarle que verifique in situ esta información para determinar si deben iniciar una consulta previa con ellas.

63. Si efectivamente hay presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto, la entidad encargada de dirigir la consulta previa debe convocar a todas las comunidades respectivas. Esto supone un problema cuando la entidad encargada de certificar la presencia de comunidades no es la misma que dirige todo el proceso de consulta previa, como ocurría anteriormente. Al fin y al cabo, la entidad que certifica es la que tiene más información acerca de cuáles son las comunidades en el área, y cuál es su ubicación. Por lo tanto, resulta razonable que la entidad encargada de expedir la certificación de presencia de comunidades étnicas sea la misma que convoca a la consulta previa y dirige todo el proceso.

64. En el presente caso se puede observar que las comunidades de Tierra Baja y Puerto Rey no fueron certificadas por parte de la Dirección de Comunidades Negras del Ministerio del Interior, ni del INCORA. No es claro de la información que reposa en el expediente si esto se debe a que las dimensiones y el trazado del trayecto terrestre del proyecto de Emisario Submarino fueron objeto de modificaciones con respecto del diseño original, como lo afirma la Contraloría General de la República en su informe y lo reafirman algunas declaraciones, tanto en la primera inspección judicial como en la segunda. De ser así, ello

podría implicar una grave violación de las normas ambientales, y probablemente de otras disposiciones. Sin embargo, el gerente de la empresa demandada afirma en su respuesta al Auto de noviembre 12 del presente año, que el trazado del proyecto y su área de influencia no han sido alteradas respecto de aquella con base en la cual se solicitó la licencia ambiental a CARDIQUE. En la medida en que hay información contradictoria, y que el esclarecimiento de estos hechos puede tener repercusiones fiscales, disciplinarias y penales, la Sala compulsará copias a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su competencia.

65. En todo caso, lo que resulta claro de las dos inspecciones judiciales realizadas durante el transcurso del proceso es que estas dos comunidades están ocupando y/o utilizando territorios que se traslapan con la obra. Es decir, la obra del Emisario Submarino fue ejecutada dentro de los territorios ocupados por dos comunidades consideradas tribales a la luz de lo establecido en el artículo 1º, en concordancia con el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT. Por lo tanto, su presencia debió ser certificada por parte del Ministerio del Interior. Sin embargo, más allá del desconocimiento de la identidad étnica y de los consiguientes derechos de las comunidades étnicas de Tierra Baja y Puerto Rey por parte del Ministerio del Interior, la empresa demandada también desconoció tales derechos. Una vez constatada la presencia de estas dos comunidades en el área de influencia del proyecto, la empresa debió haber solicitado una visita de campo para que el Ministerio certificara a las comunidades presentes en el área, y se procediera a realizar una consulta previa con ellas. No resulta razonable exigir que sean estas comunidades las que interpongan acciones de tutela para reclamar su derecho a la consulta previa una vez se alertan de la presencia de la obras de construcción en su territorio, cuando es la empresa la que tiene el interés en desarrollar el proyecto y la responsabilidad de llevar a cabo dicha consulta previa para mitigar sus posibles impactos.

66. Ahora bien, la empresa argumenta que CARDIQUE hizo la convocatoria y la publicó en diversos lugares, incluyendo la inspección de policía del corregimiento de La Boquilla. Adicionalmente dice que la publicó en el periódico El Tiempo. La Sala reconoce que no era responsabilidad de la empresa efectuar la convocatoria. Sin embargo, esta forma de convocar a las comunidades negras no cumple con los mínimos estándares constitucionalmente aceptables que supone el reconocimiento de la identidad étnica y de la

autonomía de los sujetos colectivos. Si bien las comunidades negras de Tierra Baja y Puerto Rey se encuentran ubicadas dentro del corregimiento de La Boquilla, no hacen parte de la comunidad negra de La Boquilla. En efecto, se trata de comunidades negras que, aun cuando viven en el mismo corregimiento, son diferentes, tienen territorios, estructuras organizativas y de gobierno distintos. De la misma manera en que dentro del territorio nacional existen resguardos indígenas cuyas comunidades hacen parte de un mismo pueblo y viven en un mismo corregimiento, pero que tienen estructuras de gobierno independientes, existen comunidades negras en la misma situación. De aceptarse que la convocatoria a una de tales comunidades resulta extensible a las demás por el solo hecho de tratarse de comunidades negras sin reconocer la identidad de cada una de ellas se estaría desconociendo la identidad de los sujetos colectivos de derechos. Claramente esta opción no resulta aceptable dentro de nuestro ordenamiento constitucional, pues implicaría negar el derecho que tiene cada una a que se reconozca su estructura colectiva, su identidad específica y su calidad de sujetos colectivos de derechos.

70. Con todo, ello no quiere decir que las comunidades étnicas convocadas a una consulta previa puedan desatender la convocatoria. Deben hacerlo siempre y cuando sean convocadas en debida forma. Es decir, siempre que las autoridades o representantes de las comunidades específicas que ocupan o utilizan los territorios dentro del área de influencia de un proyecto, obra o actividad hayan sido enterados de la convocatoria, tienen el deber de asistir, o de dar las razones por las cuales no pueden asistir a la convocatoria. En este último caso, deben dar fechas en las cuales podrían asistir a la convocatoria a la consulta previa respectiva.

72. Podría alegarse que comopara ese entonces dichas comunidades no se habían constituido como consejos comunitarios no era claro quiénes eran sus “instituciones representativas”. Sin embargo, este argumento no es aceptable, pues la falta de una asamblea, de una junta directiva o de un representante legal no son obstáculos insuperables para que las comunidades elijan quiénes los deben representar en una consulta previa. En todo caso, no fueron obstáculos para que la empresa realizara la consulta con representantes elegidos en las comunidades negras de La Boquilla, Punta Canoa, Arroyo de Piedra y Manzanillo del Mar. Como consta en el expediente, la Corporación “Jorge Artel”, contratada como consultora para la consulta previa se reunió con todas las comunidades negras que fueron certificadas, y cada una de ellas eligió sus respectivos

representantes en el proceso de consulta previa. Por lo tanto, la presencia de los tres miembros de estas dos comunidades en dos reuniones tampoco prueba que las comunidades demandantes, quienes son los titulares del derecho, hubieran participado en la consulta previa.

73. Por todo lo anterior, la Sala concederá la tutela en relación con el derecho a la consulta de las comunidades negras de Tierra Baja y Puerto Rey, y ordenará a la empresa demandada y a la dirección de consulta previa que, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la presente Sentencia convoquen a los consejos comunitarios de Tierra Baja y Puerto Rey. Como parte de dicha consulta, las comunidades tendrán la posibilidad de solicitar una asesoría para la identificación de las afectaciones que se han producido o se pueden llegar a producir como consecuencia de la construcción del Emisario Submarino, y para el diseño de medidas de manejo, según los términos establecidos en la presente Sentencia. El análisis de las afectaciones y medidas de manejo debe incluir, entre otras, aquellas posibles afectaciones que se produzcan sobre el ecosistema de la Ciénaga de la Virgen, en los términos establecidos en la parte motiva de esta Sentencia.

74. Las partes tendrán un término máximo de cinco meses para protocolizar dicha consulta. Con posterioridad a dicha protocolización, se debe conformar un comité que no sólo lleve a cabo el seguimiento al cumplimiento de los acuerdos de la consulta previa, sino que les permita a las comunidades negras de Tierra Baja y Puerto Rey, y a las demás potencialmente afectadas por el Emisario Submarino, conocer los resultados del monitoreo de los efectos del Emisario Submarino. La Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República intervendrán activamente en el proceso de consulta y en el monitoreo de los efectos sociales, culturales y ambientales de la operación del Emisario Submarino, y mantendrán informada a esta Corporación de los resultados de su gestión.

75. Así mismo, la Sala nota que la falta de certificación de comunidades negras en procesos de consulta previa constituye un patrón recurrente en el distrito de Cartagena. Ello se debe en una medida importante a las demoras en los procesos de titulación colectiva que lleva a cabo el INCODER bajo la recomendación técnica de la Comisión Técnica de la Ley 70 de 1993. Por lo tanto, adicionalmente se ordenará al INCODER, al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, y al Ministerio de Ambiente que, como miembros de la

Comisión Técnica de la Ley 70 de 1993, le presenten a la Sala de Revisión de tutelas presidida por la magistrada sustanciadora, un cronograma de los procesos de titulación colectiva en el distrito de Cartagena, y la mantengan informada sobre los avances y obstáculos en estos procesos, hasta su culminación.

5. El Derecho a la Igualdad frente a Patrones de Discriminación Estructural

76. El segundo punto que debe abordar la Sala se refiere a la falta de alcantarillado en las comunidades demandantes. Esta falta de alcantarillado, en conjunto con algunas de las obras del Emisario, ha ocasionado una serie de impactos en las comunidades, como inundaciones, epidemias, daños a las vías de acceso, malos olores, etc.

Por lo tanto, el problema jurídico que debe resolver esta Sala en torno a este segundo punto se circunscribe a determinar si se vulnera el derecho a la igualdad de trato por parte del Estado cuando el distrito decide imponer a dos comunidades negras las cargas públicas y los riesgos inherentes a la prestación del servicio de alcantarillado para toda la ciudad sin otorgarles el beneficio de conectarlas a dicho servicio.

A) La Insuficiencia del Test Estricto de Igualdad frente a Patrones de Discriminación Estructural

77. La Corte Constitucional ha desarrollado un importante corpus de jurisprudencia en torno al derecho a la igualdad. Ha dicho que la igualdad es un concepto relacional según el cual el Estado, y en ciertos casos también los particulares están en la obligación de tratar de la misma manera a quienes se encuentran en igualdad de condiciones. De otra parte, el derecho a la igualdad también tiene otra cara, según la cual el Estado debe tratar de manera diferente a quienes se encuentran en situaciones distintas. Sin embargo, ello no significa que todo tratamiento diferencial implique una violación del derecho a la igualdad. Para ello es necesario establecer, además, la importancia que tiene el bien o servicio distribuido de manera diferente entre los respectivos individuos o grupos sociales.

78. Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte no sólo ha considerado las diferencias de trato en sí mismas, sino que ha establecido qué parámetros de comparación y de distinción entre individuos y grupo sociales son válidos, y cuáles no lo son. De tal modo, de conformidad con el texto del artículo 13 de la Carta, ha definido que existen algunos

criterios de diferenciación que son prima facie admisibles, mientras que otros resultan prima facie inadmisibles. Distinciones basadas en “razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”, entre otras, resultan a simple vista sospechosas. En relación con la aceptación de estos en diversos sistemas jurídicos, y a su razón de ser y alcance, la Corte, en Sentencia C-481 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), dijo:

“En efecto, la teoría de los “criterios sospechosos” o las categorías prohibidas de clasificación, hoy aceptada por la mayoría de los tribunales constitucionales y de derechos humanos del mundo, se funda en la constatación de que determinados grupos sociales “han sufrido en el pasado un trato vejatorio y han sido objeto de permanente expoliación y persecución”, lo cual explica “su postración actual.” Esta teoría se origina en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y en la doctrina constitucional de ese país, que si bien no han sido siempre unívocas en la materia, han decantado algunos rasgos que son importantes para determinar si un criterio de diferenciación es sospechoso y si se debe considerar prohibido, por ser potencialmente discriminatorio. Así, no son en principio admisibles diferenciaciones fundadas en un rasgo inmutable de la constitución física o psicológica de una persona, o cuando se constata que tradicionalmente ha sido utilizada para estigmatizar a un cierto grupo de individuos, o cuando no se relaciona en forma alguna con las habilidades o méritos de una persona para desarrollar cierta labor o cuando el grupo que resulta afectado por ella carece de poder político.

“Una aproximación sistemática a lo anterior permitiría afirmar que, en el derecho constitucional contemporáneo, se consideran como “criterios sospechosos” de clasificación, aquellas categorías que (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales. Si admitimos la tesis de la determinación biológica de la homosexualidad, una aplicación de esos criterios permite concluir que la diferencia de trato por razón de la orientación sexual en principio se encuentra prohibida, por cuanto se funda en un rasgo determinado por un accidente de nacimiento, denota patrones históricos de segregación y

no es útil para repartir bienes o cargas.”

79. En la medida en que estas razones son constitucionalmente sospechosas, el tipo de juicio de constitucionalidad sobre ellas debe ser más estricto. La respectiva medida no sólo debe perseguir una finalidad válida, sino que los medios utilizados por las autoridades para lograrla deben ser necesarios. Es decir, para que se justifique una medida que distingue en función de tales criterios, la finalidad perseguida debe ser imposible de lograr de otra manera. En relación con la aplicabilidad y alcances de dicho test, la Corte sostuvo en la Sentencia T-629 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), lo siguiente:

“19. Por ello, se puede señalar que cuando entren en juego los derechos de grupos de especial protección, dentro de los que se incluyen los grupos tradicionalmente discriminados, y sean introducidas normas jurídicas que supongan para ellos afectación o disminución de sus derechos, opera prima facie una presunción de discriminación, basada en los criterios sospechosos que su trato desigual plantea. Dicho de otro modo, para preservar la validez y vigencia de tal Derecho, resulta necesario desvirtuar este supuesto de hecho discriminatorio del que se parte.

“20. En tales circunstancias se emplea el mencionado escrutinio judicial estricto, conforme al cual se debe demostrar que la actuación y las reglas dispuestas, a pesar de generar un efecto adverso en un grupo marginado o discriminado, obedece i) a una finalidad imperiosa, ii) es necesaria para lograr dicha finalidad y iii) es proporcionada, en el sentido de no sacrificar en exceso otros intereses constitucionalmente específicos en aras de promover la finalidad.

“Lo anterior quiere decir que con referencia a grupos marginados o discriminados, no está proscrita de la Constitución cualquier medida que genere un impacto adverso o diferenciador con los mismos. Lo que ocurre es que los operadores jurídicos deben justificar las medidas discriminatorias que adoptan.

“21. Hay empero que apuntar, que aunque esta pieza de análisis suele formularse en especial con respecto al legislador, cabe también considerar su impacto respecto de la Administración, de los jueces y también de los particulares, por supuesto en el marco de sus competencias y facultades.”

80. Esta forma de análisis de igualdad resulta propicia cuando el objeto del mismo es una medida concreta, cuya finalidad y cuyos medios, son explícitos o fácilmente deducibles, bien provenga del legislador, de un ente administrativo o de un juez. Sin embargo, este tipo de análisis resulta menos efectivo cuando se trata de analizar patrones estructurales de discriminación que no se concretan en una medida específica, sino en un conjunto de medidas y omisiones que resultan en una distribución inequitativa de bienes y servicios al interior de la sociedad. Estos patrones de discriminación estructural carecen de una intencionalidad susceptible de un “test estricto” de igualdad. Obedecen, más bien, a inercias institucionales que hacen parte de una economía política que tiende a imponer cargas desproporcionadas sobre grupos sociales o sectores que han sido históricamente marginados, al mismo tiempo que los margina en mayor o menor medida de los bienes y servicios que provee el Estado. La dificultad de reconocer patrones discriminatorios de este tipo ha sido por la Corte desde sus comienzos. La Sentencia T-098 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), dijo:

“Los actos discriminatorios suelen ser de difícil prueba. De ahí que sea apropiado que la carga de probar la inexistencia de discriminación recaiga en cabeza de la autoridad que expide o aplica una disposición jurídica, no así en quien alega la violación de su derecho a la igualdad, especialmente cuando la clasificación que se hace de una persona es sospechosa por tener relación con los elementos expresamente señalados como discriminatorios a la luz del derecho constitucional.”

Así mismo, en un caso más reciente, la Sentencia T-691 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa), retomó la misma línea diciendo:

“Uno de los retos más complejos que plantea la protección frente a actos de discriminación, es su prueba. La jurisprudencia ha resaltado, también desde su inicio, que una de las principales garantías en los casos en los que se produce un acto de discriminación, consiste precisamente en que se invierta la carga de la prueba, en especial cuando se trata de personas que alegan haber sido sometidas a tal trato, con base en una categoría sospechosa de discriminación o cuando se trata de personas en situación de sujeción o indefensión.”

En la Sentencia C-671 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez) la Corte estudió los

artículos 3º y 4º de la Ley 1482 de 2011, que tipifican los actos de racismo y de discriminación, y el hostigamiento por razones de por motivos de raza, religión, ideología política, u origen nacional, étnico o cultural. En dicha oportunidad, la Corte se refirió a las características que adopta la discriminación estructural, y al hacerlo, enfatizó la importancia de que cualquier política pública que pretenda afrontar este problema parta de una adecuada caracterización del mismo. Al respecto dijo:

“Un déficit en la comprensión del problema (de la discriminación), bien sea cuantitativo o cualitativo, podría afectar negativamente el diseño y ejecución de las estrategias para combatirlo. Si el mismo se invisibiliza o se subestima, se podría generar una suerte de inactividad o pasividad por parte de los agentes a los que corresponde su eliminación. Si, por el contrario, se sobredimensiona el problema, se descontextualizan las prácticas de diferenciación entre grupos, o si se atribuyen al fenómeno rasgos que no corresponden a su realidad, se pierden de vista los puntos clave del asunto y las estrategias de acción podrían fallar” (resaltado fuera de texto original)

La Corte agregó que es innegable que en nuestro país existe un fenómeno más grave y profundo que la discriminación aislada que se concreta en actos o comportamientos puntuales. Existe, además una discriminación que tiene un carácter estructural. Con respecto a esta forma de discriminación, la Corte retomó el sentido de algunas de las intervenciones en la audiencia pública que se celebró como parte del proceso, y afirmó:

Por el contrario, para la Corte esta forma de discriminación se ve representada en patrones que están arraigados en el funcionamiento de las instituciones.

“Ahora bien. Esta connotación estructural de la discriminación tiene varias repercusiones.

“En primer lugar, ésta tiene no solo una dimensión individual, sino también un origen institucional. En ocasiones, incluso, la discriminación más nociva, o la que tiene un efecto más devastador en el goce efectivo de los derechos, proviene fundamentalmente de la organización y el funcionamiento de las instituciones privadas y públicas, más que de actuaciones particulares de sujetos específicos: ‘El fenómeno de la discriminación no puede circunscribirse al ámbito de lo meramente subjetivo pues implica procesos institucionalizados tanto en la vida cotidiana (si por institución entendemos ‘pautas recurrentes’, ‘regularidades’), como en la inscripción de la discriminación en discursos

mediáticos, políticos y jurídicos”

81. En el presente caso la dificultad para identificar la discriminación es significativa, pues no se trata de someter a juicio un único acto discriminatorio, sino un patrón de discriminación, compuesto por un conjunto de actos y omisiones. En particular, no se trata de establecer si el Emisario Submarino persigue una finalidad válida, y si su paso por los territorios de las comunidades negras es o no una medida necesaria. De hecho, el objeto del análisis no es el Emisario Submarino en sí mismo. Lo que se analiza es si resulta admisible pasar este proyecto por los territorios de las comunidades negras sin conectarlas al sistema. Es decir, no se trata de analizar una medida de la alcaldía o de la empresa demandada, sino un conjunto de decisiones y omisiones de diversos actores y entidades que terminan discriminando a unas comunidades específicas.

82. Estos casos de discriminación estructural suelen ser más visibles cuando existen datos estadísticos, que permiten vislumbrar patrones de discriminación carentes de justificación, bien sea a través de estudios longitudinales o transversales. Sería supremamente útil para efectos de determinar estos patrones de discriminación saber cuál es el porcentaje de la población de Cartagena que hace parte de las comunidades negras y cuál de la mestiza, sin acceso a alcantarillado. Desafortunadamente, sin embargo, no existen en nuestro país datos que utilicen marcadores demográficos que permitan identificar y visibilizar estos patrones de injusticia al interior de la sociedad. En esa medida, resulta más difícil establecer de manera sistemática cuándo existe una discriminación estructural o institucional por “razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.” Sin embargo, en un Estado Social de Derecho, la falta de disponibilidad de herramientas metodológicas para efectuar estos análisis no puede resultar en la ineficacia del derecho a la igualdad en situaciones de discriminación estructural. Por lo tanto, corresponde al juez constitucional diseñar los mecanismos necesarios para evaluar las diferencias de trato frente a patrones de este estilo.

Uno de los campos donde quizás resulta más evidente y más útil el desarrollo de dichas herramientas de análisis es el del derecho ambiental. En particular en lo que se refiere a la distribución de cargas, riesgos y beneficios de los proyectos en materia ambiental. En lo que sigue, la Sala analizará un fenómeno común, pero patológico de discriminación en materia ambiental.

B) El Racismo Ambiental como forma de Discriminación Estructural

83. En el derecho comparado el racismo ambiental es considerado una forma de discriminación en la cual la distribución de cargas y riesgos ambientales obedece a patrones raciales. Algunos de los casos más renombrados de racismo ambiental provienen de los Estados Unidos. Así, por ejemplo, uno de los primeros casos en llegar a las cortes fue el del Relleno del condado de Warren, en Carolina del Norte. En este caso el gobierno federal y el estatal eligieron un área del condado como sitio para depositar desechos tóxicos, cuya población era mayoritariamente afroamericana. La comunidad, en conjunto con la Asociación Nacional para el Avance de la Gente de Color (NAACP) interpusieron una demanda para impedir que las autoridades depositaran los desechos tóxicos en la zona. Aun cuando perdieron el caso, veinte años después el gobierno contrató a una empresa para retirar los desechos tóxicos que había depositado.[12] Otro caso es el de Altgeld Gardens, un proyecto de vivienda creado para veteranos afroamericanos en la ciudad de Chicago sobre un relleno sanitario. Su población es 90% afroamericana, y según un estudio del sector de Salud Pública del estado de Illinois realizado entre sus residentes hay una incidencia alta de cáncer de vejiga, próstata y pulmón. Así mismo, a partir de un estudio de las historias clínicas de los residentes se han encontrado índices altos de infantes con tumores cerebrales, abortos espontáneos por malformaciones craneanas graves, altos índices de asma, parásitos, entre otras.[13] Más allá de los Estados Unidos están el de los indígenas Ashuar, Chuar, Cofán y otros, en contra de Chevron-Texaco. La Corte Suprema ecuatoriana recientemente ordenó pagarles a dichas comunidades por la contaminación llevada a cabo por estas empresas. Así mismo suelen citarse el caso de la fuga química de la planta de Union Carbide en Bhopal, India, y el de los Ogoni de Nigeria en contra de Shell, entre otros.[14]

84. Para algunos tratadistas es importante que exista una intención de discriminar o marginalizar a grupos determinados de la sociedad, identificados por sus características étnicas o raciales. Para otros, la discriminación no siempre es producto de una intención en cabeza de un individuo artífice de la misma. Por el contrario, tratándose de un fenómeno extendido al interior de la sociedad y del cual hacen parte instituciones y estructuras sociales, algunos individuos participan en él con la intención de discriminar, mientras que otros lo hacen porque ven factible que ciertos grupos étnicos o raciales, que han sido tradicionalmente marginados, acepten las cargas y los riesgos sin oponer mayor resistencia.

Otros, por su parte, pueden ser partícipes por un fenómeno de naturalización de un determinado estado de cosas. Así, nadie se sorprende de que la pobreza y la marginalidad estén distribuidas estadísticamente de manera que afecten de manera desproporcionada a un grupo étnico o racial determinado. La Corte se ha referido a este fenómeno de la normalización o naturalización de patrones discriminatorios, así:

“Para la jurisprudencia constitucional, la ‘normalización’ o la ‘naturalización’ de un acto que es discriminatorio a la luz del orden jurídico establecido a partir de la Constitución Política de 1991, no justifica actos discriminatorios. Una autoridad ni siquiera puede ampararse de cometer un acto discriminatorio en el cumplimiento literal de una ley formal –expedida por el Congreso de la República”[15]

Por su parte, la Sentencia C-671 de 2014, previamente citada se refirió al elemento de conciencia en el comportamiento discriminatorio de la siguiente manera:

“Asimismo, existen otras formas de discriminación que no responden al ánimo consciente y deliberado de excluir o atacar en función de la pertenencia a un grupo estructurado en función de un criterio prohibido, sino a manifestaciones inconscientes, o actitudes, ademanes, modales que son el resultado de costumbres o de rutinas interiorizadas y arraigadas social y culturalmente, y cuya connotación discriminatoria, por consiguiente, no es visibilizada o reconocida como tal, ni tampoco verbalizada o sacada a la luz a través del discurso.” (resaltado fuera de texto original).

En la medida en que estos patrones de comportamiento discriminatorio no son conscientes, no necesariamente existe la intención de discriminar. Más aun, perfectamente puede ocurrir que la discriminación no esté dirigida explícitamente contra un determinado grupo – en este caso étnico o racial – sino la afectación del mismo sea producto del desconocimiento de su condición de particular vulnerabilidad dentro de la sociedad. Así, la Corte sostuvo:

“En cuanto a la intencionalidad subyacente a la discriminación, ésta puede asumir distintas modalidades. En algunos casos, tal vez excepcionales, la expresión o la actuación responde, de manera clara e inequívoca, a un criterio sospechoso o prohibido, como la raza, la etnia, el origen nacional, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, la condición migratoria, la filiación política, o la situación de discapacidad. Así, cuando se prohíbe el ingreso de una persona a un lugar de acceso público en razón de la orientación

sexual o de la raza o cuando se opta por no contratar laboralmente a mujeres en edad reproductiva, nos encontramos frente esta primera modalidad.

“En otras ocasiones, sin embargo, la discriminación carece de este componente intencional, cuando responde, por ejemplo, a actos inconscientes o a prácticas rutinarias de la vida cotidiana que se ejecutan mecánicamente, pero que se encuentran fuertemente arraigadas en la sociedad. Las costumbres en la conformación de círculos, grupos y redes sociales tiene en algunos casos esta connotación discriminatoria inconsciente, como ocurre en contextos como el colegio, las universidades o el lugar de trabajo, en donde factores como la apariencia física, la condición económica, el origen nacional o la orientación sexual, juegan un papel determinante.

“Por otro lado, además de la discriminación directa, estructurada en función de estos criterios sospechosos o prohibidos de discriminación, se encuentra la discriminación indirecta, en la que el acceso a los bienes y oportunidades sociales se encuentra condicionado a la evaluación de criterios neutros e imparciales, pero que por prescindir del análisis las desventajas de algunos grupos en el juego social, termina por perjudicar aquellos que atraviesan dificultades estructurales o que se encuentran en una situación de inferioridad en la vida social. En este último caso, el resultado de un curso de acción es la afectación de un grupo discriminado, aunque la actuación no se encuentre amparada en este criterio en un factor determinante.”

85. De cualquier manera, al margen de las dificultades probatorias, como lo afirmó la Sala, el papel del juez constitucional no consiste únicamente en identificar y juzgar aquellos casos de discriminación en los que existe una intención explícita o fácilmente deducible. Le corresponde juzgar, entre otras, las posibles violaciones al derecho a la igualdad de trato por parte de las autoridades, y en algunos casos también de los particulares, al margen de que ésta se concrete en una medida específica, o en un patrón más amplio de comportamiento institucional. En los dos casos, sin embargo, debe existir un grupo o comunidad étnica o racial identificable que soporta cargas y riesgos que no se les han impuesto a otros grupos. Es decir, para que pueda hablarse de racismo ambiental es necesario que se presenten las siguientes condiciones:

1) Una comunidad claramente identificable que comparta una identidad étnica o racial

minoritaria que haya sido oprimida o marginada del proceso de toma de decisiones,

2) Que dicha comunidad deba soportar una serie de cargas y/o riesgos en materia ambiental que signifiquen un detrimento para sus derechos, bienes, valores, o intereses de relevancia constitucional,

3) Que tales cargas y/o riesgos ambientales resulten desproporcionados en relación con aquellos que deben soportar otros grupos étnicos a los que pertenecen las personas que adoptan las decisiones con respecto de la distribución de tales cargas considerada discriminatoria,

86. En el presente caso se presentan todas las anteriores condiciones, y otra adicional. Los demandantes son dos comunidades negras que han sido tradicionalmente marginadas del proceso de toma de decisiones y de la distribución de recursos y servicios.[16] La discriminación estructural contra las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras ha sido reconocida por esta Corporación. Refiriéndose al Relator sobre los Derechos de los Afrodescendientes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Sentencia T-909 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo) dijo:

“En este lugar es preciso recordar que en mayo de 2009 tuvo lugar la visita a Colombia del Relator sobre los Derechos de los Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial. El Relator mencionó tres amenazas principales que deben enfrentar las Comunidades Afrodescendientes en Colombia. De una parte, el problema de la pobreza, de la marginalidad y de la exclusión. De otra parte, los efectos que produce el conflicto armado interno sobre la población afrodescendiente, no sólo por el impacto que tiene la violencia ejercida contra los integrantes de esta Comunidad, sino por virtud de las repercusiones que sobre ella trae el desplazamiento forzado. En último lugar, pero no por ello con menor nivel de importancia, enfatizó el Relator la necesidad de esclarecer los crímenes cometidos contra los afrodescendientes y los obstáculos que existen en relación con el goce efectivo de la propiedad colectiva de la tierra.

“En breve: Este alto representante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, puso énfasis en la disparidad existente entre las circunstancias sociales y económicas que enfrenta la población afrodescendiente, y las que le corresponde afrontar al resto de la población colombiana.” (resaltado fuera de texto original)

87. Por otra parte, a estas comunidades les correspondió aguantar no sólo las cargas propias de la construcción del Emisario Submarino. Debieron soportar la contaminación de la Ciénaga de la Virgen a donde llegaban las aguas residuales antes de la construcción del Emisario, que hace parte de su territorio, y de la que muchos pescadores derivaban su sustento.

88. Finalmente, las comunidades demandantes no participaron en la decisión de construir el Emisario, ni de su trazado, ni en ninguna otra de las decisiones con respecto a la distribución de riesgos y cargas ambientales que han tenido que soportar.

89. Más allá de lo anterior y como se dijo anteriormente, el problema no es sólo que las comunidades deban soportar las cargas y los riesgos inherentes a la construcción y operación del Emisario Submarino. Es decir, no es solamente que las comunidades de Tierra Baja y Puerto Rey tengan que aguantar lo que los economistas denominan las “externalidades negativas” que son consecuencia del proyecto. El problema es, también, que no reciben ningún beneficio de la construcción y operación de dicho proyecto. Todas las aguas residuales de Cartagena atraviesan su territorio, lo cual supondría que los costos de conexión para ellos se reducen. Sin embargo, ellas no tienen derecho a utilizar el sistema de alcantarillado, y pese a los requerimientos que le ha hecho la Sala a la alcaldía para que explique por qué no ha conectado a estas comunidades al sistema de alcantarillado, ésta no ha dado ninguna explicación. Como consecuencia de ello deben aguantar los malos olores, las inundaciones, las enfermedades, y hasta los conflictos que se presentan entre los miembros de la comunidad por la falta de este servicio básico. La falta de alcantarillado no sólo afecta el derecho a la salud de los miembros de la comunidad, sino que también impide el goce efectivo de su derecho fundamental al territorio. En la medida en que la disposición de aguas residuales desde las residencias, suscita conflictos entre sus miembros, afecta el tejido social de la comunidad. Por lo tanto, también desde esta perspectiva se desconoce a las comunidades negras como sujetos colectivos.

En virtud de lo anterior, la Sala ordenará al Alcalde de Cartagena que inicie todos los trámites necesarios para conectar a todos los miembros de las comunidades Tierra Baja y Puerto Rey al alcantarillado de Cartagena dentro de los diez días siguientes a la notificación de la presente sentencia.

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos decretados por esta Sala de Revisión, mediante auto del 3 de julio de 2013.

Segundo.- REVOCAR el fallo proferido el 30 de octubre de 2012, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena, que en su momento confirmó el dictado el 14 de septiembre de ese mismo año, por el Juzgado Doce Civil Municipal de Cartagena, por el cual se había declarado improcedente la presente acción de tutela.

Tercero.- CONCEDER la protección del derecho a la consulta de las comunidades negras de Tierra Baja y Puerto Rey. En consecuencia, ORDENAR a la empresa Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente Sentencia, solicite a la Dirección de Consulta Previa el Ministerio del Interior que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la solicitud, convoquen a los consejos comunitarios de Tierra Baja y Puerto Rey para la realización de dicha consulta, la cual deberá protocolizarse a más tardar cinco (5) meses después de la primera reunión de convocatoria. La Alcaldía de Cartagena, como responsable de la prestación de los servicios públicos en el Distrito, deberá también ser parte del proceso de consulta previa, acudir a todas las reuniones y firmar la protocolización de los acuerdos.

Como parte de dicha consulta, las comunidades podrán solicitar una asesoría para la identificación de las afectaciones ambientales, de salud, sociales y culturales que se han producido o se pueden llegar a producir con la construcción y la operación del Emisario Submarino, así como para el diseño de medidas de manejo, de conformidad con los términos establecidos en la parte motiva de la presente Sentencia. El análisis de las afectaciones y medidas de manejo debe incluir, entre otras, aquellas posibles afectaciones que se produzcan sobre las áreas terrestres de estas dos comunidades, así como sobre el ecosistema de la Ciénaga de la Virgen. Dicha asesoría deberá ser sufragada por la empresa demandada.

Con posterioridad a la protocolización de la consulta, las partes deben conformar un comité que lleve a cabo el seguimiento al cumplimiento de los acuerdos de la consulta previa, en el cual participarán la empresa demandada, un representante del Distrito, un delegado de cada una de las Asambleas de los Consejos Comunitarios de Tierra Baja y Puerto Rey, y la

Dirección de Consulta Previa.

Cuarto.- ORDENAR la conformación de un comité que les permita a los Consejos Comunitarios de Tierra Baja, Puerto Rey, Punta Canoa, Arroyo de Piedra, La Boquilla y Manzanillo del Mar, conocer los resultados del monitoreo y seguimiento de los efectos del Emisario Submarino, y cuando sea del caso, sugerir medidas de mitigación de sus efectos. La Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República intervendrán en el proceso de consulta y en el monitoreo de los efectos sociales, culturales y ambientales de la operación del Emisario Submarino, y mantendrán informada a la Sala que preside la Magistrada Sustanciadora de los resultados de su gestión.

Quinto.- ORDENAR al Alcalde de Cartagena que, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de la presente sentencia, inicie todos los trámites necesarios para conectar a todos los miembros de las comunidades Tierra Baja y Puerto Rey al alcantarillado de Cartagena. Las obras de ampliación del alcantarillado a estas dos comunidades deberán iniciarse a más tardar cinco (5) meses después de notificada la presente sentencia. El Alcalde mantendrá informada a la Sala que preside la Magistrada Sustanciadora de esta Sentencia de los resultados de su gestión.

Sexto.- ORDENAR al INCODER, al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, y al Ministerio de Ambiente que, como miembros de la Comisión Técnica de la Ley 70 de 1993, le presenten a la Sala de Revisión de tutelas presidida por la magistrada sustanciadora, un cronograma de los procesos de titulación colectiva en el distrito de Cartagena y la mantengan informada sobre los avances y obstáculos en estos procesos, hasta su culminación.

Séptimo.- COMPULSAR copias del expediente a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación, para que si lo consideran pertinente, inicien o continúen el trámite de las investigaciones del caso, en lo de sus respectivas competencias.

Octavo.- Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Magistrada

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

[1] Ver también Sentencias T-522 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández),

[2] Entre otras, pueden consultarse las sentencias SU-383 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) y T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio)

[3] Al respecto ver Sentencia SU-039 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

[4] Al respecto ver, entre otras, la Sentencia T-547 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[5] Sentencia SU-383 de 2003 (M.P. Alvaro Tafur Galvis).

[6] Ver Sentencia T-475 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

[8] Sentencia C-1194 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

[9] (Sentencia C-461 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

[10] Sentencia C-071 de 2004 (M.P. Alvaro Tafur Galvis).

[11] Sentencia C-175 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[12] Bullard, Robert. 2004. Environmental Racism: PCB Landfill finally Remedied but no

Reparations for Residents. South End Press.

[13] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), Dirección Ambiental, Comité de Política Ambiental, 2000. Seminario sobre Interfases Socio-ambientales, ENV/EPOC/GEP(99)13.

[14] Hill, Barry. 2012. Environmental Justice: Legal Theory and Practice. Environmental Law Institute.

[15] Sentencia T-691 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa)

[16] Conforme a las pruebas que reposan en el expediente dichas comunidades empezaron a recibir el servicio de acueducto sólo recientemente, el cual fue instalado por la empresa demandada como consecuencia de los acuerdos informales a los que llegó con la comunidad.