

Sentencia T-993/12

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

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

EXPEDICION DE LICENCIAS AMBIENTALES Y DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

El Decreto 1320 de 1998, por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio, establece el deber de realizar consulta previa no sólo cuando la obra, proyecto o actividad se vaya a adelantar en zonas de resguardo indígena o de propiedad colectiva titulada a comunidades negras, sino también sobre zonas no tituladas pero habitadas de manera regular y permanente por comunidades étnicas. En diversas oportunidades esta Corporación ha tutelado el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas cuando se ha otorgado licencia ambiental sin llevar a cabo el proceso previo de consulta.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Vulneración por parte de las entidades demandadas al haber éstas insistido en la no presencia de comunidades indígenas en el área de influencia de la construcción

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Orden a la Agencia Nacional de Infraestructura de vincular a la comunidad indígena La Luisa del Pueblo Pijao

Referencia: expediente T-3573767

Acción de tutela presentada por Luis Silvestre Suárez contra el Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible), Ministerio del Interior, Instituto Nacional de Concesiones -INCO- (hoy Agencia Nacional de Infraestructura), Instituto Nacional de Vías -INVIAS-, Corporación Autónoma

Regional del Tolima -Cortolima-, y Alcaldía Municipal del Guamo, Tolima.

Magistrada Ponente:

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil doce (2012).

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

SENTENCIA

En el trámite de revisión de las decisiones dictadas, en primera instancia, por el Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, el tres (3) de mayo de dos mil doce (2012), y en segunda instancia, por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, el veintiuno (21) de junio de dos mil doce (2012), dentro de la acción de tutela promovida por el señor Luis Silvestre Suárez contra el Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible), el Ministerio del Interior, el Instituto Nacional de Concesiones -INCO- (hoy Agencia Nacional de Infraestructura), el Instituto Nacional de Vías -INVIAS-, la Corporación Autónoma Regional del Tolima -CORTOLIMA-, y la Alcaldía Municipal del Guamo, Tolima.

Los procesos de la referencia fueron seleccionados para revisión por la Sala de Selección Número Ocho, mediante Auto proferido el nueve (9) de agosto de dos mil doce (2012).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Luis Silvestre Suárez, en su calidad de gobernador del cabildo indígena La Luisa del Pueblo Pijao, asentado en la vereda La Luisa del sector La Guaca en jurisdicción del municipio del Guamo, Tolima, interpuso acción de tutela, el treinta (30) de agosto de dos mil once (2011), contra diferentes entidades públicas por considerar que vulneraron el derecho fundamental a la consulta previa, la integridad étnica y el debido proceso de todos los integrantes de dicha colectividad al adelantar la construcción del proyecto variante el Guamo en su territorio ancestral y afectar de manera negativa su entorno natural y el yacimiento

arqueológico que allí se encuentra.

La acción de tutela tiene origen en los siguientes:

1. Hechos

1.1. El Instituto Nacional de Vías, INVIAS, celebró con el concesionario Consorcio Luis Héctor Solarte Solarte y Carlos Alberto Solarte Solarte, el contrato No. 0849 del 19 de julio de 1995 con el objeto de ejecutar por el sistema de concesión (art. 32, numeral 4, de la Ley 80 de 1993), los estudios y diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación y el mantenimiento de la carretera Neiva-Girardot, en los departamentos de Huila, Tolima y Cundinamarca, el cual sufrió cuatro modificaciones: marzo 13 de 1996, enero 17 de 1997, abril 17 de 1998 y abril 6 de 1999, la aclaración de agosto 6 de 1998, el acta de autorización de obras complementarias de marzo 12 de 1997, el acta de acuerdo de obras complementarias de diciembre 23 de 1997 y el acta de compromiso de julio 13 de 1998, y el convenio del 28 de diciembre de 2000.

1.2. El estudio de impacto ambiental requerido para la construcción de las variantes Bache-Arenosa-Aipe-Guamo-Natagaima de la Concesión de la Carretera Espinal-Neiva, con el fin de obtener la respectiva licencia ambiental, fue presentado por el INVIAS al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial mediante oficio del 12 de agosto de 1996.

1.3. El Instituto Nacional de Vías, INVIAS, cedió y subrogó al Instituto Nacional de Concesiones, INCO, a título gratuito, el contrato No. 0849 del 19 de julio de 1995 celebrado con el concesionario Consorcio Luis Héctor Solarte Solarte y Carlos Alberto Solarte Solarte, junto con las cuatro modificaciones (de marzo 13 de 1996, enero 17 de 1997, abril 17 de 1998 y abril 6 de 1999, la aclaración de agosto 6 de 1998, el acta de autorización de obras complementarias de marzo 12 de 1997, el acta de acuerdo de obras complementarias de diciembre 23 de 1997, el acta de compromiso de julio 13 de 1998 y el convenio del 28 de diciembre de 2000, y demás documentos que se han generado en el desarrollo del contrato).¹

1.4. El cambio de solicitante de la licencia ambiental para el proyecto variante el Guamo del INVIAS al INCO, fue autorizado por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial mediante Auto 1778 del 27 de septiembre de 2005.

1.5. La Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior y de Justicia mediante oficio OF106-15960-DET-1000 del 12 de julio de 2006, certificó que en el área de influencia del proyecto no se registran comunidades negras o indígenas, en los siguientes términos:

“Revisadas las bases de datos institucionales del DANE, Asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales y los reconocimientos emanados de esta Dirección sobre comunidades indígenas NO SE REGISTRAN comunidades indígenas en el área del proyecto de la referencia.

Revisada la información existente en esta Dirección sobre comunidades negras, NO SE REGISTRAN, comunidades negras en el área del proyecto de la referencia.

Sin embargo, si al adelantar las actividades se establece que existe alguna comunidad negra y/o indígena, es necesario dar aviso por escrito a esta Dirección para dar cumplimiento a la realización del proceso de consulta previa de que trata el artículo 330 de la Constitución Política, el artículo 7 de la Ley 21 de 1991, el artículo 76 de la Ley 99 de 1993.”²

1.6. Por Auto 2655 del 26 de agosto de 2008, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial declaró reunida la información técnica y jurídica requerida para pronunciarse en relación con la viabilidad ambiental del proyecto, y decidió otorgar licencia ambiental para la construcción de la variante el Guamo en la vía Panamericana mediante la Resolución No. 1517 del 29 de agosto de 2008.³ En esta Resolución el Ministerio describe el objetivo, localización, el proyecto y sus áreas de influencia, en los siguientes términos:

“Objetivo

Ejecutar las obras correspondientes a la Variante El Guamo, en el departamento del Tolima, para evitar el tránsito de vehículos pesados de carga y pasajeros que circulan desde Neiva hacia Girardot y viceversa, por el casco urbano del municipio, disminuyendo así los niveles de contaminación y accidentalidad que se presentan en la actualidad en dicho municipio.

Localización

El trazado de la variante se localiza por el costado oriental del casco urbano del municipio del Guamo, departamento del Tolima.

Descripción del Proyecto

La Variante El Guamo cuenta con una longitud aproximada de 5,97 km y hace parte de la carretera Nacional que conduce de Neiva a Girardot, iniciando aproximadamente en el K130+636 y terminando en el K132+867 del abscisado de dicha carretera.

El trazado transcurre por zonas de potreros limpios y enmalezados, bordea una serie de humedales en el primer tramo, cruza el Río Luisa para posteriormente encontrarse con la actual vía Nacional y continuar su recorrido hacía el norte.

Áreas de influencia

Para el Área de Influencia Indirecta del Proyecto, se tuvo en cuenta el contexto local y regional del municipio del Guamo, para el desarrollo de la caracterización ambiental para los medios abiótico, biótico y socioeconómico.

En cuanto al Área de Influencia Directa, se tuvieron en cuenta cada uno de los componentes de los medios abiótico, biótico y socioeconómico, de acuerdo con el entorno ambiental que presenta la zona en un corredor de 100 m, el cual se amplía de acuerdo con la intervención de cuerpos de agua, sobre los cuales se podrían generar impactos significativos por la ejecución del Proyecto.

En relación con el medio socioeconómico, el estudio indica que las veredas que hacen parte del área de influencia directa son Chontaduro, La Luisa y Caracolí Barroso; el Proyecto atraviesa zonas de potreros limpios y enmalezados, humedales y al final de dicho trazado colinda con el perímetro urbano; en tal sentido el trazado no se ubica en centros poblados significativos.”⁴

1.7. La comunidad indígena La Luisa del Pueblo Pijao, asentada en la vereda La Luisa del sector La Guaca en jurisdicción del municipio del Guamo, Tolima, fue reconocida como parcialidad indígena por el Ministerio del Interior y de Justicia, Dirección de Asuntos Indígenas, a través de la Resolución No. 0097 del 10 de agosto del 2010.⁵

1.8. El Gobernador del Cabildo Indígena La Luisa mediante derecho de petición dirigido al Viceministro del Interior y de Justicia, de fecha 13 de septiembre de 2010, solicitó la realización de la consulta previa a la comunidad indígena que representa, y la adopción de

las medidas necesarias para prevenir, corregir, compensar y mitigar la afectación causada a la comunidad por la construcción de la variante el Guamo de la vía Panamericana.⁶

1.9. La Coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia, dio respuesta al derecho de petición mediante escrito del 24 de septiembre de 2010, indicando que había solicitado al INCO información sobre el proyecto de construcción de la variante el Guamo de la vía Panamericana en la vereda La Luisa, sector La Guaca, municipio del Guamo, departamento del Tolima, y que una vez reciba la información requerida, procedería a adelantar las acciones a que haya lugar en cumplimiento de los artículos 6, 7, 93, 94 y 330 de la Constitución Política y la Ley 21 de 1991 que aprueba el Convenio 169 de la OIT, “en donde se establece realizar consulta previa a los grupos étnicos cuando se pretende realizar obras o actividades en sus territorios, con el fin de buscar una concertación que permita el desarrollo del proyecto sin menoscabar la integridad y cultura de las comunidades étnicas.”⁷

1.10. El INCO dio respuesta al requerimiento del Ministerio del Interior y de Justicia del 7 de octubre de 2010⁸ mediante comunicación del 27 de diciembre de 2010,⁹ señalando que ha dado cumplimiento a la normatividad relacionada con la necesidad de constatar la presencia de comunidades étnicas y la identificación y manejo del patrimonio arqueológico en el área de influencia directa del proyecto, en los siguientes términos:

(i) El proyecto de construcción de la variante el Guamo cuenta con licencia ambiental reconocida mediante Resolución 1517 del 29 de agosto de 2008.

(ii) Dentro del trámite de la licencia ambiental, el INCO realizó cada una de las consultas requeridas a las autoridades competentes y allegó al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial todos los estudios y documentos necesarios para la obtención de la licencia ambiental, incluidos los correspondientes a la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto, dando cabal cumplimiento al artículo 3 del Decreto 1320 de 1998 en relación con la identificación de comunidades étnicas.

(iii) El Ministerio del Interior y de Justicia certificó al INCO mediante comunicación del 12 de julio de 2006, que en el área de influencia del proyecto no se registran comunidades negras o indígenas.

(iv) Realizados los estudios de diagnóstico sociocultural, se determinó que las actividades proyectadas dentro de la construcción de la variante el Guamo no generaba impactos económicos, sociales o culturales sobre comunidades étnicas.

(v) La consulta que se realiza a las comunidades étnicas es previa y como tal debe desarrollarse cuando se vayan a otorgar licencias ambientales para obras o proyectos, y en el caso de la variante el Guamo el estudio de impacto ambiental fue estructurado, concertado y socializado con todos y cada uno de los entes de orden local, regional, nacional y con la comunidad en general durante el año 2007 y presentados al Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial para aprobación y evaluación en el año 2008.

(vi) El Ministerio del Interior y de Justicia otorgó reconocimiento a la comunidad indígena La Luisa de la etnia Pijao, tres (3) años después de la elaboración, concertación y socialización de los estudios ambientales y dos (2) años después del otorgamiento de la licencia ambiental del proyecto, luego para el INCO no procede la realización de la consulta.

(vii) El INCO dentro del trámite de la licencia ambiental adelantó estudios de prospección arqueológica en la totalidad del área de influencia directa del proyecto vial en el marco de la licencia de prospección No. 868 del 7 de febrero de 2008 otorgada por el ICANH, el cual fue aprobado por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial mediante comunicación ICANH-130-2039-26-06-08.

(viii) Como resultado de la prospección arqueológica, el estudio determinó dos fases de implementación: una primera fase de monitoreo arqueológico en tres (3) sitios de interés (K2+200 al K2+600, del K2+700 al K3+000 y del K3+300 al K3+600), y una segunda fase de rescate arqueológico en un sitio de interés (K4+073 al K4+545). Para adelantar estas fases, el ICANH otorgó licencia No. 1655 con fecha 7 de julio de 2010, a partir de la cual, de desarrolló la fase de rescate, del 11 de agosto al 15 de septiembre de 2010, se están adelantando las actividades de laboratorio e identificación de los vestigios hallados, y una vez finalicen se entregará para revisión y aprobación el informe arqueológico al ICANH. La fase de monitoreo arqueológico se efectuará una vez finalice la adquisición predial de los sitios de interés.

(ix) Durante la fase de rescate arqueológico adelantada, el gobernador indígena de la comunidad La Luisa de la etnia Pijao, Luis Silvestre, estuvo presente durante varios días en la

ejecución de dichos trabajos y se le informó en detalle por parte de los profesionales a cargo, sobre las actividades que se estaban realizando.¹⁰

2. Pretensiones de la acción de tutela

2.1. El accionante pide se revoque la Resolución 1517 del 29 de agosto del 2008,¹¹ mediante la cual el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Territorial (hoy ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible) otorgó licencia para la construcción de la variante el Guamo. En su lugar, solicita que se ordene a la Dirección de Etnias de Ministerio del Interior consultar a las autoridades de la parcialidad indígena La Luisa del Pueblo Pijao con el fin de corregir, mitigar o restaurar los efectos de las medidas que resulten de la ejecución del proyecto referenciado.

2.2. Igualmente pretende que se le ordene a diferentes entidades públicas suspender actividades, y restablecer los derechos fundamentales de los afectados, en los siguientes términos: (i) que el INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura) suspenda inmediatamente las obras de construcción en la variante el Guamo; (ii) que la Corporación Autónoma del Tolima -CORTOLIMA- tome las medidas necesarias para conservar y proteger el medio ambiente en la zona de influencia directa del proyecto; (iii) que la Alcaldía del Guamo, Tolima, adopte las medidas indispensables para la protección del yacimiento arqueológico que se encuentra ubicado en el territorio ancestral de la comunidad indígena afectada; y (iv) que las entidades propietarias y constructoras reconozcan y paguen las compensaciones a que haya lugar.

3. Respuesta de las accionadas

3.1. Corporación Autónoma del Tolima, CORTOLIMA

Solicita ser separada del proceso de tutela, porque no ha tenido injerencia alguna en los hechos u omisiones expuestos por el actor en el recurso de amparo. Por competencia, el licenciamiento ambiental del proyecto de la variante el Guamo, otorgado mediante Resolución 1517 del 29 de agosto de 2008, está en cabeza del Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo territorial, en virtud del Decreto 1220 de 2005, que en su artículo 8, numeral 8, establece que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, otorgará licencia ambiental para los siguientes proyectos, obras o actividades:

“proyectos de la red vial nacional referidos a: a) la construcción de carreteras; b) la construcción de segundas calzadas; c) La construcción de túneles con sus accesos.”

Precisa que el artículo 3 del Decreto 1220 de 2005, dispone que la licencia ambiental llevará implícitos todos los permisos, autorizaciones y/o concesiones para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables, que sean necesarios para el desarrollo y operación del proyecto, obra o actividad, y ésta deberá obtenerse previamente a su iniciación.

Finalmente, señala que CORTOLIMA no ha incurrido en ninguna acción u omisión causante de los perjuicios aducidos en la acción de tutela.

3.2. Dirección de Asuntos Indígenas, ROM, y Minorías Étnicas del Ministerio del Interior

La Directora se opone a las pretensiones del actor y solicita la desvinculación del proceso, porque esa Dirección no tiene competencia en asuntos de consulta previa.

3.3. Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Interior

En su intervención se opuso a las pretensiones del actor. Afirmó que la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior y de Justicia reconoció como parcialidad indígena a la comunidad La Luisa del Pueblo Pijao asentada en la vereda La Luisa, sector La Guaca, en jurisdicción del municipio del Guamo, en el departamento del Tolima, mediante Resolución 097 del 10 de agosto de 2010; y que mediante oficio No. OFI06-15960-DET-1000 del 12 de julio de 2006 certificó que en el área de influencia del proyecto no se registran comunidades indígenas.

Señala que expedir la certificación del 2006, la entidad realizó todos los procedimientos exigidos, entre los que se encuentran visitas de verificación basados en las coordenadas suministradas por la empresa.

Finalmente, resalta que el proceso de consulta previa es un procedimiento que se debe realizar antes de la ejecución del proyecto, obra o actividad, y que en el caso concreto de la comunidad indígena La Luisa de la etnia Pijao, no había presencia ni se encontraba registrada en el área de influencia del proyecto, motivo por el cual no es posible realizar la consulta.

3.4. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial

Mediante apoderado el Ministerio se opuso a las pretensiones de la acción de tutela con fundamento en las siguientes razones:

(i) No existe relación entre el petitum y la causa petendi, puesto que el reconocimiento de la personería jurídica de quien funge como demandante se produjo por Resolución 097 del 10 de agosto de 2010 y la licencia ambiental que debió ser objeto de consulta fue otorgada por la Resolución 1517 del 29 de agosto de 2008, de manera que no podía consultarse a quien no era reconocido por el Ministerio del Interior como comunidad indígena.

(ii) La licencia ambiental otorgada por el Ministerio no afecta el interés público ecológico como lo afirma el actor en su libelo, pues este tipo de licencias, de conformidad con los artículos 49 y siguientes de la Ley 99 de 1993 se sujeta al cumplimiento de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada. En el presente caso, la obra correspondiente al Proyecto Construcción de la Variante el Guamo no fue autorizada por el Ministerio de Ambiente, entidad que se limita a dar viabilidad al manejo ambiental del proyecto.

(iii) El Proyecto cumplió con todos los presupuestos legales y constitucionales de conformidad con lo dispuesto por los artículos 79 y 80 de la Constitución, de la Ley 99 de 1993, del Decreto 120 de 2005 y de todos aquellos aspectos inherentes al estudio ambiental, de conformidad con la descripción de los procedimientos y trámites surtidos que describe en detalle.¹²

(iv) El 18 de diciembre de 1998 se adelantó proceso de consulta previa con el resguardo indígena de San Miguel, con las comunidades de Baloca y Camino Real de Anchique del municipio de Natagaima, Tolima, de manera que no puede argumentarse que se desconoció el Convenio 169 de la OIT.

(v) Indebida integración de la litis porque no se vinculó al proceso al Ministerio del Interior y de Justicia, entidad a quien le corresponde de acuerdo con el artículo 3 del Decreto 1320 de 1998 certificar la presencia de comunidades étnicas, y en esa medida, falta de legitimación en la causa por pasiva en relación con el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo

Territorial pues actúo de conformidad con dicha certificación e imposibilidad de hacer responsable al Ministerio por las actuaciones adelantadas por los particulares.

3.5. Instituto Nacional de Concesiones, INCO

El Inco interviene en el proceso de tutela mediante apoderado judicial para oponerse a las pretensiones del actor, con fundamento en los argumentos que a continuación se presentan:

(i) El Ministerio del Interior y de Justicia certificó en el año 2006 que en el área del proyecto no se registran comunidades indígenas como resultado de estudios sustentados y de los insumos técnicos que el INCO entregó en su momento y con base en esa certificación el Ministerio de Ambiente; Vivienda y Desarrollo Territorial otorgó la licencia ambiental para la construcción de la variante el Guamo.

(ii) En el área de influencia de la construcción de la variante el Guamo no se encuentra localizada ninguna minoría indígena, lo que se evidencia hoy en día, luego de haber comprado aproximadamente el ochenta por ciento (80%) de los predios del área directa, es que se trata de áreas ocupadas por predios privados sin evidencia de minorías étnicas.

(iii) El INCO se encuentra adelantando las actividades constructivas bajo el marco de la Resolución 1517 de 2008 de licencia ambiental sin generar impactos diferentes a los identificados dentro del estudio original e implementando cada una de las medidas de manejo propuestas y avaladas por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo territorial, sin que a la fecha se registre afectación alguna a comunidades de ninguna naturaleza y condición. Las actividades de ejecución se limitan a actividades propias de excavaciones y retiro de la capa vegetal, todo dentro de los permisos, autorizaciones y concesiones otorgadas por el Ministerio de medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

(iv) La construcción de la variante el Guamo cuenta con licencia ambiental en la cual se contempla la totalidad de permisos ambientales para su materialización incluidas las actividades de construcción del puente sobre el río La Luisa, obra debidamente autorizada por las autoridades ambientales competentes junto con la ocupación temporal del cauce del río y en cuya ejecución se ha cumplido adecuadamente con el protocolo de protección de los recursos ambientales.

(v) Es falso que se haya destruido el hábitat y los suelos del supuesto asentamiento indígena del actor, incluso la mayor parte del proyecto ha transcurrido sobre áreas subutilizadas, cubiertas de pastos naturales y rastrojos con potencial de uso silvopastoril. No obstante, lo anterior, el INCO compensará con 34 hectáreas de reforestación en las cuencas de las quebradas del sector, lo que demuestra el compromiso de la entidad con la conservación de los recursos y el medio ambiente.

(vi) El INCO allegó al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial el estudio de prospección arqueológica del trazado de la variante el Guamo radicado ante el ICANH (máxima autoridad arqueológica del país), entidad que su vez lo evaluó y aprobó (licencia 868 del 7 de febrero de 2008). Así, el INCO obtuvo la licencia 1655 del 7 de julio de 2010 que le permitió hacer un monitoreo y rescate arqueológico de los sectores identificados como de importancia y una vez finalizadas dichas actividades, entregó con la autorización del ICANH, los resultados y hallazgos obtenidos a la Universidad del Tolima para su custodia, tal y como se evidencia en el documento adjunto. Dentro de las actividades de rescate y monitoreo arqueológico realizadas en el área de influencia de la variante el Guamo, se contó con la presencia de integrantes de la comunidad étnica, quienes fueron testigos de las actividades realizadas y de la socialización desarrollada, de manera que ahora no puede la comunidad afirmar que el INCO no cumplió con las normas de monitoreo y rescate en materia de protección del patrimonio cultural.

Por todo lo anterior, el INCO aduce una clara falta de legitimación en la causa por pasiva y la improcedencia del amparo solicitado por el actor porque no se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

3.6. Alcaldía Municipal del Guamo, Tolima

El Alcalde Municipal del Guamo, Tolima, se opone a la acción de tutela, manifestando que (i) el diseño, compra de predios, autorizaciones y ejecución de la vía corresponde al Ministerio de Transporte y al INVIAS, sin que el Municipio tenga ninguna intervención; (ii) las entidades del orden nacional son las encargadas del manejo ambiental e impacto social que en desarrollo del proyecto se genere, incluyendo el manejo sobre el descubrimiento arqueológico expuesto por el actor; y (iii) el Municipio nunca ha vulnerado los derechos fundamentales del cabildo indígena La Luisa, por el contrario, la Alcaldía ha avalado la

elección de gobernador y representante de dicho cabildo.

3.7. Instituto Nacional de Vías, INVIAS

El INVIAS manifestó en su intervención (i) que la carretera variante el Guamo hace parte del contrato de concesión No. 849 de 1995, cuyo objeto es la realización de los “Estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación y el mantenimiento de la carretera Neiva-Girardot en los departamentos de Huila, Tolima y Cundinamarca; y (ii) que dicho contrato fue cedido y subrogado al Instituto Nacional de Concesiones, INCO, a título gratuito de conformidad con el artículo 18 del Decreto 1800 de 2003, mediante Resolución 03793 del 26 de septiembre de 2003,¹³ razón por la cual la carretera Neiva-Girardot está a cargo del INCO (ahora Agencia Nacional de Infraestructura).

4. Tercero Interviniente

Procurador Veinte Judicial II Ambiental y Agrario para el Tolima

El Procurador Veinte Judicial II Ambiental y Agrario del Tolima intervino en el proceso de amparo para solicitar al juez de tutela la guarda y protección de los derechos a la consulta previa, la integridad étnica y cultural, a la participación y al debido proceso, con ocasión de la licencia ambiental otorgada por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial para el proyecto Construcción de la variante el Guamo en la vía Panamericana.

Señala que para el Ministerio Público resulta claro que “la construcción de dicha obra de infraestructura puede llegar a afectar a las comunidades indígenas asentadas en la zona geográfica del proyecto vial, en sus entornos cultural, social y económico.”¹⁴ Además, indica que no comparte la pretensión de revocatoria de la licencia ambiental presentada por el accionante, en su lugar propone la suspensión de sus efectos mientras se realiza la consulta a la comunidad indígena.

5. Decisiones de instancia

5.1. Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, Sala Jurisdiccional Disciplinaria: improcedencia de la acción de tutela

El Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, por medio

de la providencia del 12 de septiembre de 2011, declaró improcedente el amparo, por las siguientes razones:

(i) En el momento en que se otorgó la licencia ambiental la comunidad no había sido reconocida como parcialidad indígena, hecho que ocurrió con la expedición de la Resolución No. 0097 del 10 de agosto de 2010 del Ministerio del Interior,¹⁵ en tanto que la licencia ambiental fue expedida por el Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el 29 de agosto del 2008.¹⁶

(ii) La existía otro mecanismo de defensa judicial. Argumentó que el accionante actuaba en representación de un número plural de sujetos buscando la protección del derecho colectivo al medio ambiente y que esa pretensión debía tramitarse mediante la acción popular, prevista en el artículo 88 de la Constitución, puesto que la acción de tutela no puede desplazar las competencias ordinarias o especiales que fueron creadas por el Constituyente y desarrolladas por el legislador.

(iii) El demandante no acreditó que la etnia por él representada en su condición de gobernador indígena se encuentra amenazada en alguno de sus derechos fundamentales, ni que exista un riesgo inminente para la vida y la subsistencia de los integrantes de esa comunidad con ocasión del presunto impacto ambiental.

5.2. Impugnación de la decisión de instancia

El accionante mediante apoderado judicial impugnó la decisión anterior, el 21 de de septiembre de 2011, solicitando sus revocatoria, por desconocer (i) que el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas es un derecho fundamental, que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional desde el año de 1997 es susceptible de protección por vía de tutela puesto que la Corte ha reconocido que no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto para obtener su protección inmediata; y (ii) no entender que si la parcialidad indígena La Luisa fue reconocida como tal a partir del 10 de agosto de 2010 por el Ministerio del Interior, para adquirir esa connotación jurídica, su asentamiento y presencia física en el territorio de influencia del proyecto, debió darse en épocas pasadas o anteriores a la fecha citada por el Ministerio.

5.3. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria: declaratoria de

nulidad

Al resolver la impugnación presentada por el actor, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura mediante fallo del 22 de marzo de 2012, decidió declarar la nulidad de todo lo actuado por violación debido proceso al no haberse integrado debidamente el contradictorio. Advirtió que no fueron notificadas “[...] las demás comunidades indígenas que se ubican en el entorno [en]que tiene injerencia el proyecto denominado “la variante del Guamo”, como Baloca, Camino Real Anchique, del [m]unicipio de Natagaima, entre otras al igual que a [l]a Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, de reciente creación para el tema de licencias ambientales.”¹⁷ Así, explicó que no se notifica solamente a las personas contra quienes se dirige expresamente la acción, sino a quienes quedan sujetos por la decisión de tutela, circunstancia en la que sin lugar a dudas se encuentran las comunidades indígenas, pues de llegar a prosperar las pretensiones de la demanda de tutela, tendrían eventualmente que ser citadas a comparecer al trámite administrativo de la licencia ambiental.

Declaró en consecuencia, la nulidad insaneable de todo lo actuado a partir del Auto del 30 de agosto de 2011, mediante el cual avocó el conocimiento de la acción de tutela, para que en su defecto, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional del Tolima, corra traslado del auto admisorio de la solicitud de amparo a las personas que debieron ser notificadas en el proceso: las demás etnias que se ubican en el entorno donde se desarrolla el proyecto vial denominado la Variante del Guamo, y a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, ANLA, “sin perjuicio de la validez que mantienen, las probanzas recaudadas, atendiendo la informalidad y el principio de celeridad que demanda la presente acción.”¹⁸

6. Intervenciones posteriores a la declaratoria de nulidad

La Procuraduría General de la Nación;¹⁹ la Corporación Regional del Tolima, CORTOLIMA;²⁰ la Agencia Nacional de Infraestructura (antes Instituto Nacional de Concesiones, INCO);²¹ el Instituto Nacional de Vías, INVIAS,²² intervinieron reiterando los argumentos presentados en las intervenciones que se surtieron en el proceso declarado nulo.

El Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio solicitó, por intermedio de apoderado, negar las pretensiones del recurso de amparo y excluir del trámite de la acción de tutela al Ministerio, al ser claro que se configura la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, en

tanto la entidad no es competente para conocer de las pretensiones formuladas por el actor.

Además, señala que el Ministerio no ha vulnerado ni ha amenazado derecho fundamental alguno, pues no tiene dentro de sus funciones asignar, rechazar o revocar las solicitudes relacionadas con licencias ambientales, competencias que están radicadas en cabeza del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

6.2. Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, ANLA

El interviniente aclara, en primer lugar, que aunque la ANLA es ahora la entidad competente para otorgar las licencias ambientales, al momento de proferirse la licencia objeto de censura dicha función estaba en cabeza del Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial, por lo que debe ser separado del proceso constitucional.

En segundo lugar, señala que de todas formas la tutela debe declararse improcedente, porque no se evidencia un perjuicio irremediable y existe otro mecanismo de protección judicial ante la jurisdicción contenciosa administrativa: la acción de nulidad contra la resolución que otorgó la licencia ambiental. Asimismo, manifiesta que no se cumple con el presupuesto de inmediatez, pues ha pasado un (1) año desde el reconocimiento de la comunidad la Luisa como parcialidad indígena (10 de Agosto de 2010²³), y dos (2) años desde que se expidió la licencia ambiental (29 de agosto de 2008²⁴) a la cual se le atribuye la vulneración de los bienes iusfundamentales.

Con todo, considera que los derechos constitucionales de la comunidad indígena no se vulneraron, porque se agotaron todos los procedimientos legales para la aprobación de la licencia ambiental²⁵ y era factible realizar consulta alguna a una parcialidad indígena que fue reconocida con posterioridad al otorgamiento de la licencia. De ahí que debe presumirse la buena fe de los peticionarios del permiso ambiental y del mismo Ministerio del Medio Ambiente, ante la inexistencia de comunidades étnicas, hecho que fue certificado por el órgano competente, el Ministerio del Interior mediante oficio No. Ofi 06-15960-DET-1000 de 12 de julio de 2006.²⁶

Por lo anterior, el ANLA aclara que no ha vulnerado los derechos de la comunidad La Luisa del Pueblo Pijao, en la medida en que su oportunidad el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial siguió todos los requisitos de ley para otorgar dicha licencia.

6.3. Ministerio del Interior

El Ministerio del Interior a través de un abogado adscrito a la Dirección de Consulta Previa intervino en el presente proceso para manifestar que los actos objeto de controversia corresponden a otras entidades y que “nunca se presentó un proyecto ni la correspondiente certificación sobre la existencia de una comunidad étnica asentada en el territorio” ante esa Dirección, por parte de la entidad responsable del proyecto, el Instituto Nacional de Vías.²⁷

7. Decisiones que se revisan

7.1. Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, Sala Jurisdiccional Disciplinaria: improcedencia de la acción de tutela

Saneada la nulidad, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima profirió sentencia de primera instancia, el tres (3) de mayo de dos mil doce (2012), por la cual declaró improcedente la acción de tutela porque el accionante debió recurrir a la acción popular, en tanto no se trata de la violación de derechos fundamentales sino de derechos colectivos. Además sostuvo que no existía obligación de realizar la consulta previa por parte del Ministerio del Interior y de Justicia, porque para el momento en que se solicitó la certificación de existencia de comunidades indígenas, éstas no se registraban.

7.2. Impugnación

El apoderado judicial del accionante impugna la decisión con fundamento en que las pretensiones del recurso de amparo gira en torno, única y exclusivamente, a la protección constitucional del derecho fundamental de la comunidad indígena La Luisa a la consulta previa.

Sostener, como lo hace el juez de instancia, que corresponde a la jurisdicción ordinaria a través de la acción popular la resolución del presente conflicto, implica desconocer palmariamente la copiosa y decantada jurisprudencia proveniente de la Corte Constitucional referente al carácter fundamental del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa,

derecho que es susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en la medida en que no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados.

Finalmente, señaló que la parcialidad indígena La Luisa había sido reconocida y se ubicaba al margen del territorio de influencia del proyecto de la variante el Guamo, de mucho tiempo atrás.

7.3. Consejo Superior de la Judicatura, Sala de Decisión No. 3 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria: confirmó la improcedencia de la acción de tutela

Al decidir la impugnación, mediante fallo de veintiuno (21) de junio de dos mil doce (2012), la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura confirmó la sentencia de primera instancia.

Consideró que sí como lo afirmó el accionante desde “pretérita fecha dicha comunidad indígena habita la zona de influencia donde se adelantó el proyecto la variante del Guamo”, debió hacerse parte en el proceso adelantado por la autoridad ambiental encargada de realizar el trámite pertinente que dio origen a la expedición de la referida licencia y no pretender por esta vía constitucional retrotraer una actuación ya surtida conforme a las normas vigentes.

En consecuencia, no puede ahora el interesado pretender suplir la omisión de no haber hecho uso de los mecanismos que le otorgaba la ley para invalidar el acto administrativo contentivo de la licencia ambiental que supuestamente generó la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

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

2. Formulación del problema jurídico

Conforme a los antecedentes expuestos corresponde a la Sala Primera de Revisión resolver el siguiente problema jurídico:

¿Las entidades demandadas,²⁸ vulneran el derecho fundamental a la consulta previa de la parcialidad indígena La Luisa del Pueblo Pijao, asentada en la vereda La Luisa, sector La Guaca en jurisdicción del municipio del Guamo, al no acceder a realizar la consulta previa por ellos solicitada, el 13 de septiembre de 2010, en relación con la construcción del proyecto variante el Guamo,²⁹ a pesar de haber obtenido certificación del Ministerio del Interior con fecha 12 de julio de 2006, sobre la no presencia de comunidades indígenas en el área de influencia del proyecto vial (variante el Guamo); la respectiva licencia ambiental por parte del Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, mediante Resolución 1517 del 29 de agosto de 2008, y en una fecha muy posterior, el reconocimiento como parcialidad indígena por Resolución No. 097 del 10 de agosto de 2010 del Ministerio del Interior y de Justicia?

Con el fin de resolver el anterior problema jurídico, la Corte recordará brevemente la jurisprudencia constitucional referente a la protección de los derechos de las comunidades indígenas, en particular, el derecho a la consulta previa, así como las reglas en materia de expedición de licencias ambientales. Posteriormente, luego de determinar la procedencia de la acción de tutela en el presente caso, dará solución al problema jurídico formulado.

3. La protección constitucional de las comunidades indígenas y el derecho fundamental a la consulta previa

El Constituyente de 1991 reconoció y garantizó la pluralidad de etnias asentadas en el territorio nacional, así como la necesidad de salvaguardar el valor intrínseco de las culturas nativas, como parte de la tradición e identidad nacional, a través de la consagración en la Constitución Política de mandatos claros dirigidos no sólo a garantizar la defensa de las comunidades tradicionales, sino también a promover el respeto y prevalencia de sus valores culturales, ancestrales, lingüísticos, artísticos, religiosos, sociales y políticos.³⁰

Desde muy temprano esta Corporación ha entendido que el multiculturalismo es un objeto de especial reconocimiento y protección, puesto (i) que en Colombia existen diversidad de

culturas e identidades étnicas, (ii) merecedoras de un mismo trato y respeto, (iii) constitutivas de la identidad general del país y (iv) titulares -en igualdad de condiciones- del derecho a reproducirse y a perpetuarse en el territorio con el paso del tiempo.³¹

Para la Corte el tratamiento o estatus especial que el ordenamiento otorga a las comunidades indígenas, como grupos sociales claramente diferenciables, tiene su manifestación primigenia en el artículo 1 de la Constitución que define a Colombia como un Estado democrático, participativo y pluralista y, de forma concreta, en los artículos 7 y 70 del mismo ordenamiento Superior, en los cuales se consagra como uno de los principios fundantes del Estado el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (art. 7), y se le atribuye a la cultura en sus diferentes manifestaciones la condición de pilar de la nacionalidad.³²

La jurisprudencia constitucional ha reconocido y otorgado una especial protección al derecho de participación de las comunidades indígenas en las decisiones que los afectan.³³ Ha entendido que en tanto fin esencial del Estado dicha participación tiene una doble connotación: por un lado, el rango de derecho fundamental que como tal debe ser garantizado y facilitado por las autoridades, y por el otro, la de instrumento indispensable para la efectividad de otros derechos reconocidos por la Constitución, como en efecto ocurre con el derecho que tienen todos los colombianos a gozar de un ambiente sano, en torno al cual, la ley garantiza la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo (art. 79 CP).

Como consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades indígenas de participar en las decisiones que inciden en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura, expresión concreta de los artículos 7 de la Constitución, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, 40-2, que garantiza el derecho de todo ciudadano a la participación democrática, 70 que considera la cultura fundamento de la nacionalidad, y de manera particular, de los artículos 329 y 330 del mismo ordenamiento, que prevén la participación previa de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios, esta Corporación ha entendido, igualmente, que la consulta previa ostenta el rango de derecho fundamental.³⁴

En este mismo sentido, el Convenio 169 de la OIT³⁵, incorporado en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 21 de 1991, confiere también especial importancia al derecho de participación de las comunidades étnicas en las decisiones que los afectan. Particularmente, su artículo 6 impone a los gobiernos partes la obligación de “Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.”

El Convenio 169 de la OIT desarrolla ampliamente el derecho de los pueblos indígenas a que los Gobiernos i) determinen sus propiedades y posesiones mediante la delimitación de los espacios efectivamente ocupados, ii) salvaguarden sus derechos a utilizar “las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”; y iii) protejan especial y efectivamente sus facultades de utilizar, administrar y conservar sus recursos naturales.³⁷ En el evento en que no les resulte posible reconocer a los grupos étnicos derechos sobre los recursos naturales de sus territorios colectivos, el Convenio prevé el establecimiento de procedimientos “con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.³⁸ Además, dentro del espíritu de hacer realidad el reconocimiento étnico vinculado al territorio, este instrumento internacional dispone que las Partes se obligan “a prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos”, como también a adoptar instrumentos que impiden tales intromisiones.³⁹

En concordancia con el Convenio de la OIT, el artículo 330 constitucional ha previsto que cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la misma deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, radicando en el Gobierno la obligación de propiciar la participación de los representantes de la respectiva comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación.

La jurisprudencia constitucional ha precisado que la relevancia de la participación de los pueblos indígenas en relación con la explotación de recursos naturales yacientes en sus territorios está directamente vinculada con el trascendental significado que ellos le dan al territorio, concepción que “supera los espectros simplemente jurídicos y económicos, toda vez que los pueblos están ligados a él de una manera comunitaria, espiritual y cosmogónica, precisamente por el carácter ancestral y sagrado que éste ostenta, constituyéndose entonces en un elemento integrante de la forma como aquéllos ven y entienden el mundo.”⁴⁰

En este mismo orden de ideas, el Instituto Humboldt ha destacado el estrecho vínculo que une a las comunidades indígenas y al territorio en que habitan, el cual atiende a una concepción comprensiva que incluye en una misma dimensión a los seres humanos y al mundo natural que los rodea:

“Las cosmovisiones de los grupos étnicos y comunidades locales tradicionales muestran una naturaleza altamente simbolizada y un alto sentido de pertenencia a un territorio y a una comunidad humana. En ell

- La socialización de la naturaleza y la naturalización de la vida social son dos fenómenos recurrentes en el pensamiento indígena. Muchas veces la naturaleza se explica mediante categorías sociales y en ocasiones lo social se explica mediante categorías tomadas de la naturaleza. (...)

- No se puede separar el pensamiento y la tradición y el dominio que tiene la comunidad sobre un recurso biológico, del recurso mismo. Por ejemplo, no es fácil separar la yuca, como un recurso vital para los Sikuani, de su saber y su propia historia, ni se podrían escindir los conocimientos que los campesinos de los Andes tienen sobre el cultivo de variedades de papa, maíz y hortalizas, de su vida cultural y de sus tradiciones.

Entre los pueblos indígenas estas concepciones se expresan principalmente en conjuntos mitológicos, sistemas religiosos y chamánicos y un conjunto de regulaciones internas relativas, entre otras, al manejo del medio ambiente, los sistemas de producción e intercambio y los sistemas que cada pueblo utiliza para procurarse la salud y prevenir las enfermedades.”⁴¹

Para la Corte, el derecho de los pueblos indígenas a tener su propia vida social, económica y cultural, así como a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), está estrechamente vinculado al derecho que tienen a poseer su propio territorio, sobre el cual puedan dichos pueblos edificar sus fundamentos étnicos, en la medida en que el territorio indígena y sus recursos, así como la tradición y el conocimiento, “constituyen un legado que une -como un todo- la generación presente y a las generaciones del futuro.”⁴²

La Corte ha advertido en este contexto que la participación indígena encuentra un sustento que desborda la esfera netamente política del concepto, puesto que hace parte de una cosmogonía según la cual dicho valor está relacionado con el respeto a los seres vivos, el no tomar nunca más de lo que se necesita y el devolver siempre a la tierra cuando se toma algo de ella.⁴³

Resulta claro, entonces, que el derecho a la participación de las comunidades étnicas no se reduce simplemente a una intervención en las actuaciones administrativas encaminada a asegurar su derecho de defensa, por el contrario, esta Corporación le ha reconocido una significación mayor, en razón de los altos intereses que a través de ella se pretenden garantizar, como en efecto lo son, los referentes a la definición de su destino y a la seguridad de su subsistencia.⁴⁴

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

En este sentido, nuestro ordenamiento constitucional abre a las comunidades étnicas espacios concretos de participación,⁴⁵ entre otros, “se pueden identificar (i) la elección de dos senadores en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas, (ii) la posibilidad, ya desarrollada por la ley, de establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes, (iii) la obligación de que la conformación y delimitación de las entidades territoriales indígenas se lleve a cabo con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial -artículo 329-, (iv) el mandato de

propiciar la participación de los representantes de las comunidades indígenas en las decisiones respecto de la explotación de los recursos naturales en sus territorios -artículo 330- y (v) la consulta previa sobre las medidas que afectan directamente a la comunidades étnicas.”⁴⁶

De conformidad con el Convenio 169 de la OIT, los pueblos indígenas y tribales deben ser consultados en relación con los temas que los afectan y debe garantizarse que puedan participar de manera informada, previa y libre en los procesos de desarrollo y de formulación de políticas que los afectan.⁴⁷

En lo concerniente al ámbito temático de la consulta previa ha precisado la Corte⁴⁸ que ésta se debe llevar a cabo respecto de cualquier aspecto que afecte directamente a la comunidad étnica, como quiera que el Convenio 169 de OIT amplió el espectro de la consulta previa a toda medida susceptible de afectar directamente a las comunidades étnicas. La jurisprudencia constitucional también ha sido enfática en afirmar que la obligación de adelantar la consulta previa no surge frente a toda medida administrativa o legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades étnicas, sino sólo frente a aquellas que puedan afectarlas directamente.⁴⁹ En la sentencia T-129 de 2011⁵⁰ la Corte recordó la línea jurisprudencial sobre la materia y sintetizó las siguientes reglas:

“En síntesis, todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidad étnicas, sin importar la escala de afectación, deberá desde el inicio observar las siguientes reglas: ⁵¹

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

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

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

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

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

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

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

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

En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine.⁵²

(ix) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación

de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.⁵³

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

(xi) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.

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

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

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

El artículo 80 de la Carta Política establece que el Estado debe planificar “el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.” Así mismo, le corresponde “prevenir y controlar los

factores de deterioro ambiental.” En desarrollo de esta previsión constitucional, la Corte ha sostenido en oportunidades anteriores, que las licencias ambientales cumplen un papel preventivo de protección medioambiental y en esa medida, constituyen un instrumento de desarrollo del artículo 80 constitucional. Al respecto, esta Corporación anotó:

“La licencia ambiental consiste en la autorización que la autoridad ambiental concede para la ejecución de una obra o actividad que potencialmente puede afectar los recursos naturales renovables o el ambiente. [...] De este modo, la licencia ambiental tiene indudablemente un fin preventivo o precautorio en la medida en que busca eliminar o por lo menos prevenir, mitigar o revertir, en cuanto sea posible, con la ayuda de la ciencia y la técnica, los efectos nocivos de una actividad en los recursos naturales y el ambiente.”⁵⁴

Al tratarse de un mecanismo de intervención del Estado en la economía, la Corte ha reconocido que sólo pueden exigirse aquellos requisitos expresamente consagrados por el legislador, como quiera que (i) el artículo 333 de la Constitución establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres y que nadie podrá exigir requisitos sin autorización de la ley. Por consiguiente, ni las corporaciones autónomas, ni las entidades territoriales, pueden imponer un nivel de exigencia más alto que el consagrado explícitamente por el legislador; (ii) el artículo 334 dispone que la intervención en la explotación de recursos naturales, para preservar un ambiente sano se hará por mandato de la ley; y (iii) el artículo 84 prohíbe imponer requisitos adicionales al ejercicio de una actividad, cuando ésta haya sido reglamentada de manera general.

Sin embargo, también ha reconocido la Corte que “las garantías constitucionales de la libertad económica no impiden que las entidades descentralizadas competentes establezcan de manera autónoma requisitos para la preservación del ambiente. Así lo establece el principio de rigor subsidiario, que fue avalado por esta misma Corporación,⁵⁵ según el cual las entidades con ámbitos de competencia territorial más reducidos no pueden disminuir el nivel de protección del medio ambiente establecido por las autoridades que tengan una competencia territorial mayor. Sin embargo, sí pueden imponer estándares más exigentes para la protección del medio ambiente en sus respectivos territorios.” En esa medida, el otorgamiento de licencias ambientales es una función en la que concurren las competencias del legislador, de la administración central, y descentralizada territorialmente y por servicios.

De conformidad con lo que establece la Ley 99 de 1993, las licencias ambientales son permisos que otorga una autoridad competente, para ejecutar una obra o actividad que pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente, o modificar de manera notoria o considerable el paisaje.⁵⁶ Estas licencias se conceden previa solicitud del interesado, quien presentará con ella un estudio de impacto ambiental. Una vez presentada la solicitud, la autoridad que otorga la licencia puede solicitar al interesado información adicional. Aportada la información, si es del caso, esta autoridad podrá solicitar conceptos a otras entidades o a particulares. Recibido el concepto, la autoridad debe pronunciarse sobre la licencia dentro de un plazo determinado. Al hacerlo, puede negar la licencia, otorgarla, o condicionarla al cumplimiento de una serie de requisitos para evitar, minimizar, restablecer o compensar los daños causados por la respectiva obra o actividad.⁵⁷

Por otra parte, dentro del término de factibilidad del proyecto, el interesado debe preguntar a la autoridad que otorga la licencia, si adicionalmente es necesario presentar un diagnóstico ambiental de alternativas.⁵⁸ Esto es, una declaración que presente diversas opciones de manejo ambiental, para racionalizar el uso y manejo de los recursos ambientales y prevenir impactos negativos o compensarlos, comparando los efectos y riesgos inherentes a cada una de las opciones. Presentado el diagnóstico, la autoridad ambiental escogerá una de las opciones, de manera discrecional pero razonable. Seguidamente, el interesado presentará el respectivo estudio de impacto ambiental en relación con la opción escogida. Sobre esta base entonces, se otorgará o negará la licencia, cuando haya lugar a presentar un diagnóstico ambiental de alternativas.

La Ley 99 de 1993 también señala en su artículo 76,⁵⁹ una protección especial para las comunidades étnicas a fin de evitar que la explotación de los recursos naturales se haga en desmedro de su integridad cultural, social y económica.

En consonancia con esta disposición, el Decreto 1320 de 1998, por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio, establece el deber de realizar consulta previa no sólo cuando la obra, proyecto o actividad se vaya a adelantar en zonas de resguardo indígena o de propiedad colectiva titulada a comunidades negras, sino también sobre zonas no tituladas pero habitadas de manera regular y permanente por comunidades étnicas.⁶⁰

En diversas oportunidades esta Corporación ha tutelado el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas cuando se ha otorgado licencia ambiental sin llevar a cabo el proceso previo de consulta.⁶¹

Igualmente, en la sentencia T-652 de 1998,⁶³ en la que la Corte amparó el derecho a la consulta previa del pueblo Embera del Alto Sinú porque las autoridades ambientales habían otorgado licencia ambiental para la construcción de una represa en su territorio sin consultarlos previamente.⁶⁴

También en la sentencia T-769 de 2009,⁶⁵ donde la Corte tuteló el derecho a la consulta previa, entre otros, de la Comunidad Bachidubi, Resguardo Río Murindó, debido a que se había concedido autorización a la Compañía Muriel Mining Corporation para la exploración y explotación de una mina de cobre, oro y molibdeno en los departamentos de Antioquia y Chocó, proyecto Mandé Norte, sin consultar con antelación a sus miembros. En este caso, la Corporación ordenó suspender las actividades de exploración y explotación hasta que se realizara la consulta y se materializara el consentimiento libre, informado y previo.

En este mismo sentido, en la sentencia T-547 de 2010,⁶⁶ al revisar los fallos de instancia dictados dentro de la acción de tutela interpuesta por pueblos Kogi, Arhuaco, Kankuamo y Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta contra los ministerios de Interior y Ambiente y otras autoridades, con ocasión del inicio de las obras de Puerto Brisa, la Corte precisó que los actos administrativos que preceden el desarrollo de un proyecto de infraestructura -en ese caso portuaria, como la respectiva licencia ambiental, así como la ejecución misma del proyecto, deben ser consultados previamente a las comunidades étnicas, no solamente cuando el proyecto se ubica dentro de los resguardos de las comunidades, sino también cuando se planea realizarlos en territorios de usos ancestrales y donde las comunidades desarrollan prácticas tradicionales.

Posteriormente, en la sentencia T-745 de 2010,⁶⁷ la Corte tuteló los derechos de la comunidad afrocolombiana asentada en la isla Barú a la participación y a la consulta previa, debido a que la alcaldía de Cartagena celebró el contrato de concesión vial N° VAL-02-06 con el Consorcio Vial Isla Barú para el estudio, diseño y construcción de la vía transversal Barú y de las entradas a los puertos de los poblados de la Isla, Ararca, Santana y Barú, sin llevar a cabo previamente el proceso de consulta a la comunidad. Por ello se ordenó suspender la

ejecución del proyecto hasta que se realizará la respectiva consulta.

En la sentencia T-1045A de 2010,⁶⁸ la Corte amparó el derecho a la consulta previa de la comunidad afrocolombiana perteneciente al Consejo Comunitario del corregimiento La Toma, municipio de Suárez, Cauca, el cual había sido vulnerado por el otorgamiento un particular de una concesión minera para la explotación aurífera, dentro del territorio de su asentamiento ancestral.

Por último, en la sentencia T-129 de 2011,⁶⁹ la Corte amparó los derechos a la consulta previa y a la integridad y supervivencia cultural, entre otros, de la etnia Embera-Katío ubicada en los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito, departamento de Chocó, puesto que varias entidades públicas como los ministerios de Ambiente, Interior y Minas, Codechoco y las alcaldías de municipios como Acandí y Ungía, por acción u omisión, permitieron la adopción de las siguientes decisiones: (i) dar inicio a la construcción de una carretera para la conexión de Colombia y Panamá que se planea en el resguardo; y (ii) conceder permisos mineros y permitir la explotación minera en el área de influencia del pueblo Embera-Katío sin llevar a cabo primero un proceso de consulta. Por ello se ordenó suspender todas las actividades de prospección, exploración -legal e ilegal- o similares en materia minera que puedan afectar a las comunidades indígenas, así como la construcción de la carretera. En este caso, la Corte además precisó que la consulta debe hacerse antes no sólo de comenzar la exploración de los recursos naturales, sino antes de llevar a cabo las actividades de prospección.

5. De la procedibilidad formal de la acción de tutela en el presente caso

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

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

evitar que ocurra un perjuicio irremediable.⁷⁰

La jurisprudencia constitucional ha señalado, no obstante, que cuando está de por medio la supervivencia de las comunidades indígenas como pueblos reconocibles, sin perjuicio de la controversia que deba adelantarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en torno a la validez de los actos administrativos que conceden una licencia ambiental o que certifican sobre la no presencia de comunidades indígenas en la zona de un proyecto, asunto que escapa a la competencia del juez constitucional, cabe la acción de tutela como mecanismo de protección adecuado para la garantía del derecho a la consulta previa a tales comunidades sobre asuntos que las afectan directamente.⁷¹

En este sentido en la Sentencia SU-383 de 2003, la Corte después de recordar que el mecanismo de la consulta previa constituye un derecho fundamental debido a la especial significación que para la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales comporta su participación en las decisiones que puedan afectarlos, señaló que “[...] no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia, por consiguiente compete al Juez de Tutela emitir las ordenes tendientes a asegurar su supervivencia, en los términos del artículo 86 de la Carta.”⁷²

Es posible entonces, que al margen de la controversia que pueda plantearse respecto de los actos administrativos por medio de los cuales se otorgó la licencia ambiental o se certificó sobre la presencia de comunidades indígenas en el área del proyecto, la Corte estudie de fondo la solicitud de amparo presentada con el fin de establecer si resulta o no indispensable adelantar el proceso de consulta previo a la expedición de la licencia ambiental, y si su ausencia se traduce en una afectación de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas a su identidad e integridad social, cultural y económica.⁷³ No es de recibo, en consecuencia, el argumento, según el cual, debido al carácter subsidiario del recurso de amparo y a la existencia de mecanismos alternativos de defensa judicial, la tutela resulta improcedente.

La Corte, igualmente, ha precisado que el requisito de la inmediatez cuando se trata de la afectación de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas tiene

una especial connotación, por que ésta se da, “no por la ausencia de consulta per se, sino precisamente por la realización de acciones en desarrollo de un acto que no fue consultado. En ese escenario puede señalarse que mientras se mantengan los actos de ejecución, puede predicarse la existencia de un daño susceptible de amparo.”

En este mismo sentido en la sentencia T-698 de 2011,⁷⁴ la Corte evaluó los requisitos formales de procedibilidad de las acciones promovidas para amparar derechos fundamentales de comunidades indígenas atendiendo a dos situaciones: (i) la especial condición de vulnerabilidad que soportan sus promotores, y (ii) la función que cumple la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, a través de un trámite preferente y sumario.

Resaltó en esta oportunidad que dado el vínculo inescindible que los derechos fundamentales de las comunidades indígenas tienen con su supervivencia⁷⁵ y ante la constatación de que el acceso a los mecanismos judiciales ordinarios suele ser más restringido para los sujetos en condiciones de vulnerabilidad, la Corte ha reivindicado a la acción de tutela como el mecanismo judicial idóneo para proteger los derechos fundamentales de las comunidades indígenas.

“En respuesta al derecho de petición [...], me permito informarle que el Grupo de Consulta Previa le solicitó al Instituto Nacional de Concesiones INCO información sobre el proyecto de construcción de la Variante El Guamo de la Vía Panamericana en la Vereda La Luisa, sector La Guaca, Municipio El Guamo, Departamento del Tolima. Una vez recibamos la información solicitada al INCO, procederemos a adelantar las acciones a que haya lugar en cumplimiento de los artículos 6, 7, 93, 94 y 330 de la Constitución Política y la Ley 21 de 1991 que aprueba el Convenio 169 de la OIT; en donde se establece realizar consulta previa a los grupos étnicos cuando se pretende realizar obras o actividades en sus territorios, con el fin de buscar una concertación que permita el desarrollo del proyecto sin menoscabar la integridad y cultura de las comunidades étnicas.”⁷⁶

Sin embargo, a pesar de lo anterior, a la fecha de interposición de la acción de tutela, cuya admisión se surtió el 30 de agosto de 2011, la consulta no había sido efectuada, y los actos de ejecución que se realizan al amparo de la licencia cuya expedición no fue objeto de consulta, tampoco habían sido suspendidos. Esto significa, que en el presente caso no cabe

declarar la improcedencia de la protección invocada mediante la acción de tutela con fundamento en el desconocimiento del requisito de inmediatez porque al momento de su interposición se está ante una afectación actual de los derechos de la comunidad indígena La Luisa del Pueblo Pijao, asentada en la vereda La Luisa, sector La Guaca, jurisdicción del municipio del Guamo, departamento del Tolima.

Una vez dilucidado el asunto correspondiente a la procedencia de la acción de tutela, a continuación, la Sala pasa a resolver el problema jurídico formulado.

El caso concreto

En el presente caso, el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad indígena La Luisa del Pueblo Pijao, ha sido desconocido por las entidades accionadas. La Sala llega a esta conclusión con fundamento en las consideraciones que a continuación se presentan.

Tanto los ministerios del Interior y de Justicia como de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial, como el Instituto Nacional de Concesiones, INCO, y el Instituto Nacional de Vías, INVIAS, en sus diversas intervenciones insistieron en la no presencia de comunidades indígenas en el área de influencia de la construcción, y por tanto su no afectación.

No obstante, encuentra la Sala evidencia contundente sobre la presencia de la comunidad indígena La Luisa del Pueblo Pijao en el área de influencia del proyecto aún antes de haberse otorgado la licencia ambiental.

En efecto, en el Plan de Desarrollo Económico, Social y de Obras Públicas Municipal “Seguimos mereciendo un Guamo mejor” 2008-2011, adoptado por el Concejo Municipal mediante Acuerdo 006 del 29 de mayo de 2008, dentro del artículo 5 denominado “Diagnóstico”,⁷⁷ en el acápite correspondiente al numeral 1.2.1.4.1.5. Población indígena, se lee: “Las cifras con las que cuenta el municipio son las arrojadas por el censo 2005, donde se identificaron 696 personas que corresponde al 2% de la población total del Municipio. En el municipio se tiene identificada una Comunidad Indígena denominada “La Luisa Etnia Pijao” que se encuentra en proceso de reconocimiento jurídico por parte del Ministerio del Interior.”⁷⁸

Este proceso de reconocimiento ya se encontraba en marcha cuando aún no se había

expedido la licencia ambiental por parte del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, sin embargo, las entidades directamente involucradas han negado tener conocimiento de la presencia de dicha comunidad y han amparado su proceder en la certificación expedida por la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior y de Justicia.

Adicionalmente, la Resolución 1517 del 29 de agosto de 2008, por medio de la cual, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial otorga la licencia ambiental para la construcción de la variante el Guamo, al referirse a la ubicación del trazado de la variante señala que “se localiza por el costado oriental del casco urbano del municipio del Guamo, departamento del Tolima”, localización que coincide con la ubicación que el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior le reconoce en reciente certificación con ocasión de otro proyecto denominado Área de Explotación del Bloque Guásimo, localizado en la jurisdicción de los municipios del Guamo y Saldaña, Tolima, en la que se afirma como resultado de una visita de verificación que “en el área del proyecto en mención se evidenció la presencia de una parcialidad indígena denominada La Luisa, localizada en la vereda La Luisa, hacía el oriente del casco urbano del municipio del Guamo, departamento del Tolima.”⁷⁹

En reconocimiento de las dificultades a las que conduciría revocar la licencia ambiental de la variante el Guamo y de sus implicaciones en el desarrollo de la infraestructura vial del país y su correspondiente impacto en el desarrollo económico, la Sala se limitará a suspender la ejecución de las obras que se estén realizando mientras se agota el proceso de consulta. Esta medida tiene sustento además en el mismo Decreto 1320 de 1998,⁸⁰ de conformidad con el cual, aún en el evento en que no se haya certificado la presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia de un proyecto, si durante la realización del estudio se constata la presencia de las mismas, debe garantizarse su derecho a ser consultadas,⁸¹ alcance que ha sido ratificado por esta Corporación en la sentencia T-693 de 2012.⁸²

De lo anterior, aunado, como lo ha manifestado esta Corporación en la sentencia T-693 de 2012,⁸³ a que la existencia de una comunidad étnica no surge a partir de una resolución que formalice su conformación como resguardo o parcialidad indígena, sino del cumplimiento de condiciones materiales, referidas a factores etnoculturales que no están basados exclusivamente en una identidad racial; que la obligación de realizar consulta previa se

predica tanto de comunidades étnicas ubicadas en zonas tituladas como no tituladas pero habitadas de manera permanente por las mismas; que es la presencia física de las comunidades étnicas en la zona de influencia, y no su constitución formal como resguardo o consejo comunitario o su inscripción mediante resolución, la que determina la obligación de la consulta previa; y que aún en el evento en que no se haya certificado la presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia de un proyecto, si durante la realización del estudio se constata la presencia de las mismas, debe garantizarse su derecho a ser consultadas, la Sala concluye que el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad indígena La Luisa del Pueblo Pijao ha sido vulnerado por las accionadas.

En consecuencia, esta Sala de Revisión ordenará vincular dentro de las 48 horas siguientes a la comunicación de esta providencia a la Comunidad indígena la Luisa del Pueblo Pijao de conformidad con lo que establece el parágrafo 1º del artículo 3 del Decreto 1320 de 1998, para la realización del estudio de impacto ambiental y comunicará por intermedio de la Secretaría de la Corporación, al Ministerio del Interior la presente providencia, a fin de que disponga dentro de las 48 horas siguientes a la comunicación de la misma, el acompañamiento del proceso de consulta previa de la comunidad indígena ubicada en la zona de influencia del proyecto vial, a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura, con el fin de garantizar sus derechos.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR los fallos proferidos el 21 de junio de 2012 por la Sala de Decisión No. 3 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y el 3 de mayo de 2012 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, que declararon improcedente el amparo solicitado.

Segundo.- ORDENAR a la Agencia Nacional de Infraestructura, dentro de las 48 horas

siguientes a la comunicación de esta providencia, vincular a la comunidad indígena La Luisa del Pueblo Pijao, asentada en la vereda La Luisa, sector La Guaca, jurisdicción del municipio del Guamo, Tolima, y ubicada en la zona de influencia del proyecto vial variante El Guamo, de conformidad con lo que establece el párrafo 1º del artículo 3 del Decreto 1320 de 1998.

Tercero.- Por Secretaría General, COMUNICAR al Ministerio del Interior la presente providencia, con el fin de que dentro de las 48 horas siguientes a tal comunicación, disponga el acompañamiento del proceso de consulta previa de comunidad indígena La Luisa del Pueblo Pijao, asentada en la vereda La Luisa, sector La Guaca, jurisdicción del municipio del Guamo, Tolima, y ubicada en la zona de influencia del proyecto vial variante El Guamo, de conformidad con lo que establece el párrafo 1º del artículo 3 del Decreto 1320 de 1998, con el fin de garantizar sus derechos.

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

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Ausente con permiso

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Folios 215-216 del cuaderno 1. En adelante cuando se cite un folio, deberá entenderse que corresponde al cuaderno I, salvo que expresamente se señale lo contrario.

2 Folio 153.

3 Folios 97-120.

4 Folio 164.

5 Folio 11.

6 Folios 24-26.

7 Folio 27.

8 Folios 95-96.

9 Folios 91-94.

10 Folio 93.

11 Folio 97.

12 Folios 62 a 64 del cuaderno 1.

13 Copia de la Resolución 3793 del 26 de septiembre de 2003 expedida por el INVIAS, reposa a folios 215-216.

14 Folios 59 y 60.

15 Folio 11.

16 Folio 35. Respuesta al derecho de petición por parte del Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible); Folio 97, copia de la Resolución 1517 del 29 de agosto del 2008 "por la cual se otorga una licencia ambiental para el proyecto "construcción de la variante el guamo."

17 Folio 19 del cuaderno de nulidad.

18 Folio 20, cuaderno de tutela de segunda instancia.

19 Folios 282-283.

20 Folios 284-288.

21 Reafirma respecto de las obras de la urbanización “la esmeralda”, que nada tienen que ver con el INCO, son responsabilidad de la cooperativa Galilea por obras desarrolladas en el año 2003 y que no hacen parte del proyecto de la variante el Guamo. Folios 300-312, cuaderno 2.

23 Folio 153.

24 Folio 97.

25 Folio 358, cuaderno 2.

26 Folio 153.

27 Folios 366-369, cuaderno 2.

28 El Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible), el Ministerio del Interior, el Instituto Nacional de Concesiones -INCO- (hoy Agencia Nacional de Infraestructura), el Instituto Nacional de Vías -INVIAS-, la Corporación Autónoma Regional del Tolima -CORTOLIMA-, y la Alcaldía Municipal del Guamo, Tolima.

29 Uno de los tramos correspondientes a la construcción y rehabilitación de la carretera Neiva-Espinal-Girardot en los departamentos de Huila, Tolima y Cundinamarca.

30 Sentencia C-208 de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil).

31 Ibídem.

32 Sentencia C-208 de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil). En esta providencia, la Corte precisó en relación con el reconocimiento y protección que la propia Carta le otorga a la diversidad

étnica y cultural, que se trata de un derecho constitucional fundamental radicado en cabeza, tanto de los grupos humanos que ostentan una cultura específica y diferenciable, que es precisamente el caso de las comunidades indígenas, como de los individuos que hacen parte de esos grupos. Asimismo, señaló que el derecho a la identidad se proyecta en dos dimensiones: una colectiva, que busca orientar la protección constitucional hacia las comunidades tradicionales que no siguen la forma de vida de la sociedad mayoritaria, permitiendo que éstas puedan desarrollarse de acuerdo con su propia cultura, y otra individual, en el sentido de considerar que la aludida protección es también en favor de cada uno de los miembros de las comunidades nativas, garantizando que éstos puedan autodeterminarse dentro y fuera de su territorio según su propia cosmovisión.

33 Sentencias C-169 de 2001 (MP. Carlos Gaviria Díaz); SU-383 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis); C-208 de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil), C-030 de 2008 (MP. Rodrigo Escobar Gil), C-461 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa); C-175 de 2009 (MP. Luís Ernesto Vargas Silva. SPV. Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto; SV. Cristina Pardo Schlesinger); C-187 de 2011 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto); C-366 de 2011 (MP. Luís Ernesto Vargas Silva. SPV. Luís Ernesto Vargas Silva; SPV. Humberto Antonio Sierra Porto), entre otras.

34 El mecanismo de la consulta previa no es el único espacio de participación que el ordenamiento jurídico ha previsto para los grupos étnicos. Además, entre otros, la jurisprudencia ha destacado los siguientes: (i) la elección de dos senadores en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas; (ii) la posibilidad, ya desarrollada por la ley, de establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes; (iii) la obligación de que la conformación y delimitación de las entidades territoriales indígenas se lleve a cabo con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial, de acuerdo con el artículo 329 de la Carta; y (iv) el mandato de propiciar la participación de los representantes de las comunidades indígenas en las decisiones respecto de la explotación de los recursos naturales en sus territorios, según el artículo 330 de la Constitución. Sentencia C-187 de 2011 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

35 La Corte Constitucional ha reconocido que el Convenio 169 de la OIT con el artículo 40-2

de la Constitución, de acuerdo con los artículos 93 y 94 de la Carta, integran el bloque de constitucionalidad, que apunta a asegurar la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que las afectan relativas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios, en especial sus artículos 5, 6, 7 y 15.

36 Convenio 169 de la OIT (Artículo 13).

37 Convenio 169 de la OIT (Artículo 14).

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

39 Convenio 169 de la OIT (Artículo 18).

40 Sentencia C-891 de 2002 (MP. Jaime Araújo Rentería).

41 Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt. "Protección del Conocimiento Tradicional, Elementos Conceptuales para una Propuesta de Reglamentación - El Caso de Colombia-." Elaborado por: Enrique Sánchez, María del Pilar Pardo, Margarita Flores y Paola Ferreira. Bogotá, 2000. Pg. 36. Citado en la sentencia C-891 de 2002. MP. Jaime Araújo Rentería).

42 *Ibíd.*

43 QUAILE, Geoff, SMITH, Peggy "Una Perspectiva Aborigen sobre el Progreso de Canadá en el Cumplimiento de sus Compromisos Nacionales para Mejorar la Participación Aborigen en la Ordenación Forestal Sostenible" En: www.fao.org/montes/foda. Citado en la sentencia C-891 de 2002 (MP. Jaime Araújo Rentería).

44 Sentencia SU-039 de 1997 (MP. Antonio Barrera Carbonell). En esta providencia, la Corte protegió a la comunidad U'WA, en tanto la justicia ordinaria se pronunciaba sobre la nulidad de una licencia ambiental que permitía a una multinacional petrolera adelantar la explotación de recursos naturales en el territorio comunitario, por "violación de los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la O.I.T. y del art. 76 de la ley 99 de 1993". La Corporación consideró que la participación de los pueblos indígenas en las decisiones atinentes a la explotación de recursos naturales en sus territorios tiene el carácter de derecho fundamental, en los

términos del artículo 40, numeral 2 de la Constitución Política, con miras a preservar la integridad social, cultural y económica de dichos pueblos, y con el objeto de hacer realidad el reconocimiento constitucional a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.

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

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

47 Así lo establece en sus artículos 6 y 7, cuyo texto dice: “Artículo 6 // 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: // (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; // (b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; // (c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. // 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

“Artículo 7 // 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. // 2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también

elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento. // 3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas. // 4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.”

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

49 Ver sentencias C-208 de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil); C-030 de 2008 (MP. Rodrigo Escobar Gil); C-461 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa. SV. Jaime Araújo Rentería); C-175 de 2009 (MP. Luís Ernesto Vargas Silva. SV. Cristina Pardo Schlesinger); y C-063 de 2010 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), entre otras.

50 MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

51 Respecto del contenido del derecho fundamental a la consulta previa y las reglas jurisprudenciales que serán enunciadas, se recomiendan especialmente los desarrollos efectuados por la Corte en las Sentencias C-461 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa. SV. Jaime Araújo Rentería) y C-175 de 2009 (MP. Luís Ernesto Vargas Silva. SV. Cristina Pardo Schlesinger). En virtud de ello la Sala procederá a transcribirlos y reiterarlos en lo que concierne especialmente a la consulta previa criterios plasmados igualmente en la línea jurisprudencial elaborada en esta providencia; de otra parte se anexan los nuevos ámbitos de protección estudiados.

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

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

54 Sentencia C-035 de 1999 (MP. Antonio Barrera Carbonell).

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

56 Ley 99 de 1993, “Artículo 50.- De la Licencia Ambiental. Se entiende por Licencia Ambiental la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada”.

57 Ley 99 de 1993, Artículo 58º. Del Procedimiento para el Otorgamiento de Licencias Ambientales. El interesado en una Licencia Ambiental presentará ante la autoridad ambiental competente la solicitud acompañada del Estudio de Impacto Ambiental correspondiente para su evaluación. La autoridad competente dispondrá de treinta (30) días hábiles para solicitar al interesado información adicional en caso de requerirse. Allegada la información requerida, la autoridad ambiental dispondrá de quince (15) días hábiles adicionales para solicitar a otras entidades o autoridades los conceptos técnicos o informaciones pertinentes que deberán serle remitidos en un plazo no mayor de 60 días hábiles. Recibida la información o vencido el término del requerimiento de informaciones adicionales, la autoridad ambiental decidirá mediante resolución motivada sobre la viabilidad ambiental del proyecto o actividad y otorgará o negará la respectiva licencia ambiental en un término que no podrá exceder de sesenta (60) días hábiles.

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

58 Ley 99 de 1993, Artículo 56º.- “Del Diagnóstico Ambiental de Alternativas. En los proyectos que requieran de Licencia Ambiental, el interesado deberá solicitar en la etapa de factibilidad a la autoridad ambiental competente que esta se pronuncie sobre la necesidad de presentar o no un Diagnostico Ambiental de Alternativas. Con base en la información suministrada, la autoridad ambiental decidirá sobre la necesidad o no del mismo y definirá sus términos de referencia en un plazo no mayor de 30 días hábiles. // El Diagnóstico Ambiental de Alternativas incluirá información sobre la localización y características del entorno geográfico, ambiental y social de las alternativas del proyecto, además de un análisis

comparativo de los efectos y riesgos inherentes a la obra o actividad y de las posibles soluciones y medidas de control y mitigación para cada una de las alternativas. // Con base en el Diagnóstico Ambiental de Alternativas presentado, la autoridad elegirá, en un plazo no mayor a treinta (30) días, la alternativa o las alternativas sobre las cuales deberá elaborarse el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental, antes de otorgarse la respectiva licencia. En el evento que la información o documentos que proporcione el interesado no sean suficientes para decidir, la autoridad ambiental le requerirá, por una sola vez, el aporte de lo que haga falta. Este requerimiento interrumpirá el término con que cuenta la autoridad para la elección de la alternativa.” (Artículo 56 declarado exequible en la Sentencia C-035 de 1999 (MP. Antonio Barrera Carbonell). Reglamentado por el Decreto 1753 de 1994, “Por el cual se reglamentan parcialmente los Títulos VIII y XII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales”).

59 Ley 99 de 1993, “Artículo 76º.- De las Comunidades Indígenas y Negras. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.”

60 Decreto 1320 de 1998, “por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio.”
“Artículo 2o. Determinación de territorio. La consulta previa se realizará cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras. Igualmente, se realizará consulta previa cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras, de conformidad con lo establecido en el siguiente artículo.”

61 Un resumen jurisprudencial en este sentido se presenta en la Sentencia T-693 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

62 MP. Antonio Barrera Carbonell.

63 MP. Carlos Gaviria Díaz.

64 La Corte afirmó: “En conclusión, la Corte estima que el procedimiento para la expedición de la licencia ambiental que permitió la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I se cumplió en forma irregular, y con violación de los derechos fundamentales del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, pues se omitió la consulta que formal y sustancialmente debió hacerse. Así, no sólo resultaron vulnerados el derecho de participación (C.P. art. 40-2 y parágrafo del art. 330), el derecho al debido proceso (C.P. art. 29), y el derecho a la integridad de este pueblo (C.P. art. 330), sino que se violó el principio del respeto por el carácter multicultural de la nación colombiana consagrado en el artículo 7 Superior, y se viene afectando gravemente el derecho a la subsistencia de los Embera del Departamento de Córdoba (C.P. art. 11), a más de que el Estado incumplió los compromisos adquiridos internacionalmente e incorporados al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991 en materia de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.”

65 MP. Nilson Pinilla Pinilla.

66 MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

67 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

68 MP. Nilson Pinilla Pinilla.

69 MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

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

71 Sentencia T-547 de 2010 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

72 MP. Álvaro Tafur Galvis. SPV. Alfredo Beltrán Sierra y SV. Jaime Araújo Rentería). Ver también las sentencia SU-039 de 1997 (MP. Antonio Barrera Carbonell); T-880 de 2006 (MP. Álvaro Tafur Galvis) y T-547 de 2010 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

73 Sentencia T-547 de 2010 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

74 MP. Luís Ernesto Vargas Silva. SV. Humberto Antonio Sierra Porto.

75 Sentencias T-383 de 1993 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-514 de 2009 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

76 Folio 27.

77 “ARTÍCULO QUINTO. DIAGNÓSTICO: Adóptese en todo su contenido el siguiente diagnóstico que se presenta a continuación: // 1.2.1.4. PROMOCIÓN SOCIAL. // 1.2.1.4.1 GRUPOS VULNERABLES // 1.2.1.4.1.1 DESPLAZAMIENTO // [...] // 1.2.1.4.1.2 DISCAPACITADOS // [...] // 1.2.1.4.1.3 ADULTO MAYOR // [...] // 1.2.1.4.1.4 MUJERES CABEZA DE FAMILIA // [...] // 1.2.1.4.1.5 POBLACIÓN INDÍGENA // “Las cifras con las que cuenta el municipio son las arrojadas por el censo 2005, donde se identificaron 696 personas que corresponde al 2% de la población total del Municipio. En el municipio se tiene identificada una Comunidad Indígena denominada “La Luisa Etnia Pijao” que se encuentra en proceso de reconocimiento jurídico por parte del Ministerio del Interior.”

78 Ver: <http://www.elguamo-tolima.gov.co> El Acuerdo 006 de 2008 fue presentado por el señor Heber Núñez Aranda, Alcalde Municipal, el 30 de abril de 2008; fue discutido y aprobado en primer debate por la Comisión del Plan el 23 de mayo de 2008 y en segundo debate en la sesión plenaria del 29 de mayo de 2008.

79 Certificación Número 1276 del 26 de junio de 2012, “Sobre la presencia o no de grupos étnicos en las zonas de proyectos, obras u actividades a realizarse”, expedida por el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior. Ver: www.mij.gov.co

80 El artículo 3 del Decreto mencionado dice lo siguiente: // Artículo 3o. Identificación de Comunidades Indígenas y Negras. Cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda realizar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por comunidades indígenas o negras susceptibles de ser afectadas con el proyecto, le corresponde al Ministerio del Interior certificar la presencia de dichas comunidades, el pueblo al que pertenecen, su representación y ubicación geográfica. El Instituto Colombiano para la Reforma Agraria - Incora,⁸⁰ certificará sobre la existencia de territorio legalmente constituido. // Las anteriores entidades, expedirán dicha certificación dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud que para el efecto haga el interesado en el proyecto obra o

actividad, la cual contendrá: // A Identificación del interesado: // a) Fecha de la solicitud; // b) Breve descripción del proyecto, obra o actividad; // c) Identificación del área de influencia directa del proyecto, obra o actividad, acompañada de un mapa que precise su localización con coordenadas geográficas o con sistemas Gauss. // PARÁGRAFO 1o. De no expedirse las certificaciones por parte de las entidades previstas en este artículo, en el término señalado, podrán iniciarse los estudios respectivos. No obstante, si durante la realización del estudio el interesado verifica la presencia de tales comunidades indígenas o negras dentro del área de influencia directa de su proyecto, obra o actividad, deberá integrarlas a los estudios correspondientes, en la forma y para los efectos previstos en este decreto e informará al Ministerio del Interior para garantizar la participación de tales comunidades en la elaboración de los respectivos estudios. // PARÁGRAFO 2o. En caso de existir discrepancia en torno a la identificación del área de influencia directa del proyecto, obra o actividad, serán las autoridades ambientales competentes quienes lo determinen. // PARÁGRAFO 3o. Las certificaciones de que trata el presente artículo se expedirán transitoriamente, mientras el Ministerio del Interior en coordinación con el Instituto Geográfico Agustín Codazzi-IGAG y el Instituto Colombiano para la Reforma Agraria Incora, elaboran una cartografía georeferenciada a escala apropiada respecto de las áreas donde existan comunidades indígenas o negras de las que trata la Ley 70 de 1993, en los términos de ocupación territorial de que tratan los artículos 2o. y 3o. del presente Decreto. Para este efecto, dichas entidades dispondrán de un término de seis (6) meses contados a partir de la expedición del presente decreto. La cartografía de que trata este párrafo deberá ser actualizada cada seis (6) meses.” (Resaltado agregado al texto).

81 Como lo reconoce el mismo Ministerio del Interior y de Justicia en la certificación OF106-15960-DET-1000 del 12 julio de 2006, al certificar la no presencia de comunidades étnicas en el área del proyecto, en los siguientes términos: “Sin embargo, si al adelantar las actividades se establece que existe alguna comunidad negra y/o indígena, es necesario dar aviso por escrito a esta Dirección para dar cumplimiento a la realización del proceso de consulta previa de que trata el artículo 330 de la Constitución Política, el artículo 7 de la Ley 21 de 1991, el artículo 76 de la Ley 99 de 1993.” Folio 153.

82 MP. María Victoria Calle Correa.

83 MP. María Victoria Calle Correa. Sobre el particular se pronunció la Sala Primera de

Revisión, en los siguientes términos: “[e]stos elementos materiales también fueron recogidos en el Decreto 1320 de 1998 al establecer la obligatoriedad de la consulta previa con las comunidades negras o indígenas presentes en la zona de influencia de un proyecto, independientemente de su estatus legal. Ello también se evidencia en el procedimiento definido para determinar la presencia de dichas comunidades en el área de influencia de un proyecto obra o actividad, cuando la realidad pone en evidencia la presencia de dichas comunidades.