Sentencia T-281/19

Referencia: Expediente T-6.823.931

Acción de tutela instaurada por las comunidades indígenas *"La Laguna Siberia"* y *"Las Mercedes"* contra el Ministerio del Interior, de Transporte, la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y Nuevo Cauca S.A.S.

Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

Asunto: Pluralismo, multiculturalismo, identidad y autonomía étnica, consulta previa, afectación directa y debido proceso.

Magistrada sustanciadora:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., veinte (20) de junio de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado José Fernando Reyes Cuartas y las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de la decisión de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán el 1° de febrero de 2019, en la que revocó la decisión emitida el 26 de noviembre de 2018 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santander de Quilichao (Cauca) en el sentido de conceder el amparo; en su lugar, aquella decisión lo declaró improcedente.

El asunto llegó a esta Corporación por remisión del juez de segunda instancia, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 86 de la Constitución y del inciso 2° del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, como de lo ordenado por esta Sala en el **Auto 651 de 2018**. Fue escogido para revisión por la Sala de Selección N°7 de 2018, mediante auto del 13 de julio de ese año.

I. ANTECEDENTES

Las comunidades *"La Laguna Siberia"* y *"Las Mercedes"* promovieron acción de tutela en contra del Ministerio del Interior, de Transporte, de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y de Nuevo Cauca S.A.S., a quienes acusan de afectar su derecho a la consulta previa al haber desarrollado el proyecto vial *"Segunda Calzada Popayán-Santander de Quilichao"* y, concretamente, su Unidad Funcional 3 (en adelante, UF3), sin su participación.

A. Hechos y pretensiones

1. En enero de 2015, la ANI inició el proceso contractual que concluyó con la celebración del contrato N°11 de 2015. Este fue suscrito por esa entidad y por Nuevo Cauca S.A.S., con el objeto de ejecutar el proyecto vial *"Segunda Calzada Popayán-Santander de Quilichao"*. El acta de inicio correspondiente data del 26 de mayo de 2015.

Las obras asociadas a dicho proyecto fueron distribuidas en cuatro unidades funcionales, para ser ejecutadas en los municipios de Popayán, Totoró, Cajibío, Piendamó, Caldono y Santander de Quilichao.

2. Previamente, en el año 2013, la ANI le solicitó al Ministerio del Interior emitir constancia en relación con la presencia de comunidades étnicas en la zona de influencia del proyecto. Esa última entidad, mediante la certificación N°856 de 2013, no reconoció la presencia del resguardo *"Las Mercedes"*, pero sí la de *"La Laguna Siberia"* a 1,45 km en línea recta desde el área del proyecto. A pesar de ello, en el acto administrativo mencionado, la misma entidad concluyó que no se registraban comunidades étnicas en el área del proyecto y, por lo tanto, no había procesos de consulta previa por adelantar.

No obstante lo anterior, con posterioridad a ello y únicamente respecto de las unidades funcionales 1, 2 y 4, se llevaron a cabo procesos de consulta previa con comunidades que tampoco habían sido incluidas inicialmente en las certificaciones del Ministerio[1].

3. En 2017, en relación con la Unidad Funcional 3 del proyecto, el Ministerio del Interior emitió la certificación N°018. En ella reiteró su concepto inicial sobre la ausencia de comunidades indígenas en la zona de influencia.

4. Respecto del concepto del Ministerio del Interior, las accionantes sostienen que los resguardos indígenas Nasa de las comunidades *"La Laguna Siberia"* y *"Las Mercedes"* están ubicados en el territorio ancestral *Sat Tama Kiwe*,

[1] Conforme el escrito de tutela, es el caso de las comunidades San José, La Laguna, El Arado y el Resguardo Nuevo México, entre otras.

localizado en el municipio de Caldono (Cauca). Allí sus integrantes desarrollan labores y prácticas ancestrales, a través de las cuales preservan colectivamente su identidad cultural.

El resguardo indígena *"La Laguna Siberia"*, creado por el INCORA el 21 de junio de 1994, agrupa a 2.000 personas distribuidas en 620 familias asentadas en los municipios de Caldono y Piendamó. La Resolución N°039 de 2003 amplió el resguardo y actualmente cuenta con 10.522 hectáreas en las veredas de Cabuyal, Panamericana, La Buitrera, Pescador, Potrerillo y Puente Real, mismas que son atravesadas por la Vía Panamericana. De tal suerte, según las accionantes, el proyecto *"Segunda Calzada Popayán - Santander de Quilichao"*, supone una afectación directa y evidente para él.

En relación con el resguardo indígena *"Las Mercedes"* las accionantes precisaron que este fue constituido a través de la Resolución N°003 del 22 de julio de 2003 del Ministerio del Interior. Sus miembros se asientan en varias veredas, entre las que se encuentran Monterilla y el Pital que, al igual que las veredas en que se ubica *"La Laguna Siberia",* están atravesadas por la Vía Panamericana.

5. Las accionantes destacaron que, al no haber sido consultadas sobre el proyecto vial, quedaron sometidas al poder del Estado. Pese a que el proyecto no pasa en estricto sentido sobre su territorio titulado, aquel tiene un entorno social y ambiental que coincide con el ámbito geográfico de desenvolvimiento de las comunidades *"La Laguna Siberia"* y *"Las Mercedes",* y que resultará afectado con la ejecución de las obras.

6. Por lo anterior, las comunidades indígenas *"La Laguna Siberia"* y *"Las Mercedes"*, a través de dos de sus autoridades indígenas, Nibaldo Panche Chocue y Nancy Milena Chocue Guetio, respectivamente, acudieron al juez de tutela el 19 de enero de 2018.

Ambos solicitaron la protección a su derecho a la consulta previa y, para ello, en relación con la Unidad Funcional 3 del proyecto vial *"Segunda Calzada Popayán - Santander de Quilichao"* le pidieron al juez ordenarle *(i)* al Ministerio del Interior, certificar la presencia de sus resguardos en ella; *(ii)* al Ministerio de Transporte, abstenerse de ejecutar cualquier obra hasta tanto se surta el proceso de consulta previa; *(iii)* a la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), adelantar el proceso de consulta previa y abstenerse de ejecutar el contrato N°011 de 2015, hasta que la consulta previa se surta; *(iv)* a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), no emitir la licencia ambiental en relación con dicha unidad funcional; y *(v)* a Nuevo Cauca S.A.S., abstenerse de desarrollar la UF3 hasta que las comunidades sean consultadas.

B. Actuación procesal

Repartido el escrito de tutela al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santander de Quilichao, este admitió la demanda en el auto del 22 de enero de 2018, mediante el cual notificó a las accionadas. En esta decisión, el *a quo* no vinculó a ningún posible interesado.

Respuesta de las entidades demandadas

1. La **Agencia Nacional de Infraestructura (ANLA)** precisó que no tiene injerencia en procesos de consulta previa. Destacó que concedió la licencia ambiental a Nuevo Cauca S.A.S. para la ejecución de la Unidad Funcional 3 del proyecto vial Segunda Calzada Popayán - Santander de Quilichao, mediante la Resolución N°0923 del 8 de agosto de 2017, dos años después de la fecha de iniciación a la que se refirieron las accionantes en su escrito de tutela. Dicha licencia se sustentó en la certificación N°018 de 2017 del Ministerio del Interior, que tiene a su favor la presunción de legalidad.

Expresó que las solicitudes de licenciamiento deben hacerse con fundamento en un estudio de impacto ambiental que debe prever los procesos de participación de comunidades étnicas y no étnicas que puedan verse afectadas, y reflejarlo.

Así las cosas, destacó que no hay legitimación por pasiva en relación con esa entidad, no existe ningún perjuicio irremediable en este caso y no se probó con suficiencia lo alegado por las actoras, de modo que solicita que se nieguen las pretensiones de la solicitud de tutela.

2. El **Ministerio del Interior** precisó que el solicitante de la certificación fue quien aportó las coordenadas del área de influencia del proyecto, el 28 de mayo de 2013. Con base en ellas, esa entidad expidió la certificación N°856 de 2013 en la que señaló que no hay presencia de comunidades étnicas en la zona debido a que las comunidades no se traslapan con el área del proyecto suministrada en la solicitud.

Aclaró que la certificación se sustenta en dos variables simultáneas: la existencia de comunidades étnicas en el área y la afectación directa sobre ellas. El Ministerio primero verifica que existan comunidades en el área de influencia del proyecto, para luego examinar si en relación con ellas se presenta una afectación directa.

Para el proyecto Segunda Calzada Popayán - Santander de Quilichao, esa cartera ministerial emitió varias certificaciones, conforme a las cuales la consulta previa no procede porque no hay comunidades indígenas en el área. Esa entidad llamó la atención sobre el hecho de que todas las certificaciones emitidas tienen presunción de legalidad, que solo puede ser desvirtuada por el juez contencioso administrativo.

3. El **Ministerio de Transporte** aseguró que no tiene legitimación por pasiva, pues administra las vías nacionales a través de la ANI, quien bajo un esquema de Asociación Público Privada (APP) suscribió el contrato relativo al proyecto vial en cuestión. En cualquier caso, las pretensiones de los accionantes deben ser atendidas por el Ministerio del Interior y no por el de Transporte.

4. **Nuevo Cauca S.A.S.** adujo que le corresponde al Ministerio del Interior certificar la existencia de comunidades indígenas. Las certificaciones fueron solicitadas por la ANI en 2013, y por ella en 2017, sin que en ninguno de esos dos momentos se advirtiera la presencia de colectividad étnica alguna.

Con el respaldo de la certificación N°856 de 2013 se licitó el contrato y fue adjudicado a esa sociedad. El contrato se suscribió sin tener dentro de su esquema de riesgos la existencia de comunidades étnicas por consultar. Incluso en la invitación para pre-clasificar en la licitación del contrato, se expresó que el estructurador del proyecto, es decir la ANI, ya había efectuado los procesos de certificación ante el INCODER y el Ministerio del Interior, sin que se verificara la presencia de comunidades indígenas en la zona. Así se dio inicio al contrato, mediante acta de 23 de septiembre de 2015; sin embargo, para el momento de la contestación, sobre el proyecto en cuestión, Nuevo Cauca S.A.S. aclaró que no se habían iniciado las intervenciones del caso.

Según lo manifestó esta sociedad, con fundamento en el Apéndice Técnico 8 (sección 4.1. viñeta 10) se solicitó una nueva certificación para la Unidad Funcional 4. Antes de conocer la respuesta y con ocasión del paro agrario de mayo de 2016, varios consejos comunitarios fueron reconocidos en la zona, en la medida en que entre los manifestantes y el Gobierno Nacional se hizo una serie de acuerdos que afectaron las obligaciones del concesionario. Así se expidió la Resolución N°795 de 2016, que modificó la decisión contenida en la certificación N°856 de 2013.

Esta accionada precisó que, de conformidad con la circular del 21 de septiembre de 2016, la ANI le sugirió a la ANLA conceptuar sobre la posibilidad de llevar a cabo el proyecto mediante Planes de Adaptación a la Guía Ambiental (PAGA) y no mediante licencia ambiental, debido a que el proyecto podía concebirse como de mejoramiento, más que de construcción. Sin embargo, la ANLA no estuvo de acuerdo con ello en lo relativo a las unidades funcionales 1, 2 y 3.

Finalmente, al dar respuesta al escrito de tutela, Nuevo Cauca S.A.S. solicitó negar el amparo y que se declare que ella ha cumplido todos los lineamientos legales y contractuales, pues la presencia de las comunidades no fue certificada por la autoridad competente para ello y, por ende, no le es atribuible ninguna omisión. Recalcó que sus actos se han orientado por el contenido de un acto administrativo: la certificación N°018 de 2017 del Ministerio de Interior.

5. La **Agencia Nacional de Infraestructura (ANI)** sostuvo que entre el 15 y el 18 de agosto de 2017, el Ministerio del Interior hizo una visita de verificación en la zona, sin advertir la presencia de las comunidades accionantes. Por lo tanto, no puede predicarse la afectación del proyecto vial *"Segunda Calzada Popayán - Santander de Quilichao"* sobre una zona de interés étnico, en lo que atañe a la Unidad Funcional 3.

Cuestionó la legitimación por activa en este asunto. Para hacerlo destacó que no es suficiente el autorreconocimiento de las comunidades y que, por lo tanto, las certificaciones que aportó la accionante para acreditar la existencia de su comunidad y la representación de sus autoridades en esta acción de tutela, no tiene poder demostrativo, en tanto fueron emitidas por las alcaldías en las que sus autoridades tomaron posesión y no por el Ministerio del Interior, que sí tiene la facultad para reconocerlas.

Recalcó que no basta con posesionar a miembros de la comunidad en calidad de autoridades del grupo étnico, sino que es necesario informar sobre dicha designación al Ministerio del Interior. Desde esta perspectiva, en el caso específico no hay legitimación por activa y la acción debe ser declarada improcedente, como quiera que no se cumplió tal requisito. Así mismo, sostuvo que adjudicar el derecho a la consulta previa en cabeza de comunidades no reconocidas por el Ministerio del Interior desconoce el principio de legalidad y el debido proceso.

Por último, expresó que el proyecto vial *"Segunda Calzada Popayán - Santander de Quilichao"* no lesiona derechos fundamentales y que, por el contrario, busca mayor bienestar para la población en general.

C. Decisiones declaradas nulas por esta Corporación en el Auto 651 de 2018

1. Mediante **sentencia del 2 de febrero de 2018**, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santander de Quilichao declaró improcedente el amparo. Encontró que el proceso de diseño y desarrollo del proyecto se efectuó desde el año 2013, el contrato para su ejecución fue suscrito en 2015, pero la acción de tutela se formuló hasta enero de 2018, por lo que no era posible concluir que esta última se interpuso en un término razonable. En virtud de ello, concluyó que la solicitud de amparo era improcedente por cuanto no satisfizo el requisito de inmediatez.

Adicionalmente, el *a quo* consideró que el proyecto no se ha desarrollado *"a espaldas de las personas que habitan la región"* pues fue publicado por *"todos los medios escritos, televisivos, lo que conlleva a concluir que la población del territorio nacional conoce el proyecto"*[2]. En cualquier caso, precisó que la

[2] Expediente T-6.823.931. Cuaderno principal. Folio 205.

comunidad no probó ni identificó el perjuicio concreto que le ocasionaba el proyecto.

Las accionantes **impugnaron** la decisión con el argumento de que la afectación sobre sus derechos es actual, por lo que la falta de inmediatez no puede atribuírsele. En relación con el conocimiento generalizado del proyecto, sostuvieron que no puede sustituir la obligación de la administración de comunicar sus decisiones en relación con ellas, más aún cuando ello si se hizo respecto de otras comunidades.

Enfatizaron en que el objetivo mismo de la consulta previa es poner en conocimiento de las comunidades las particularidades del proyecto para que estas establezcan si existe o no, y en qué medida, una afectación con ocasión del mismo. Por lo tanto, no es posible que se les exija la determinación precisa del impacto, pues precisamente no conocen los detalles del proyecto vial y no pueden hacer inferencias al respecto. No obstante lo anterior, aclararon que la afectación se circunscribe al acceso al territorio que habitan, sus formas de relacionamiento y su cotidianidad.

Finalmente, sostuvieron que los estudios del Ministerio del Interior en este caso han sido insuficientes y en relación con la Unidad Funcional 3 su análisis no obedeció a los mismos parámetros empleados en las demás unidades, en las que sí se encontraron con posterioridad comunidades étnicas por certificar.

La decisión de primera instancia fue confirmada mediante **sentencia del 21 de marzo de 2018**, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, que concluyó que, como quiera que el objetivo de la demanda es dejar sin efecto las certificaciones N°018 de 2017 y N°856 de 2013, los accionantes tienen la jurisdicción contencioso administrativa para ese propósito. Así, en tanto no encontró evidencia de un perjuicio irremediable, aclaró el numeral primero de la sentencia impugnada para destacar que negaba el amparo y, en esa medida, confirmó esa decisión.

En lo que respecta a la publicidad del proyecto, esa sede judicial encontró que en la página web del concesionario están las constancias de socialización y los datos asociados a las vallas informativas que se fijaron. Concluyó que el consorcio buscó a los habitantes de la zona e hizo todo lo posible para que conocieran el proyecto.

D. Actuaciones de la Corte Constitucional en el trámite de Revisión

2. El asunto fue remitido a esta Corporación por el juez de segunda instancia. Fue escogido para revisión por la Sala de Selección N°7 de 2018, mediante **Auto del 13 de julio de 2018** en el que se acumuló al expediente T-6.839.494.

La Magistrada sustanciadora, mediante el **Auto del 11 de septiembre de 2018,** vinculó a terceros interesados que no habían sido llamados a participar de este debate constitucional y solicitó pruebas. A las autoridades vinculadas les advirtió la posibilidad de solicitar la nulidad de lo actuado en el proceso, hasta ese entonces.

2.1. Al expediente *(i)* T-6.823.931 vinculó a la Agencia Nacional de Tierras (ANT); y al expediente *(ii)* T-6.839.494, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, al Ministerio de Transporte, al Instituto Nacional de Antropología e Historia (ICANH) y a la sociedad Inversiones Agropecuarias Vergara Parra S.A.S. Dos de estas entidades pidieron la nulidad de lo actuado.

La Agencia Nacional de Tierras (ANT), mediante comunicación del 17 de septiembre de 2018[3] manifestó que, notificada ese mismo día de la decisión de vincularla a los asuntos de tutela en trámite, solicitaba la nulidad de todo lo actuado *"a partir del auto admisorio de las acciones de tutela, con fundamento en que la entidad (…) no fue notificada de las mismas"*[4].

Por su parte, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible solicitó declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de las tutelas formuladas en su contra, por las tres comunidades indígenas accionantes en cada uno de los asuntos acumulados hasta ese momento[5], en correo electrónico del 19 de septiembre de 2018[6]. Sustentó su petición en *"la nulidad por indebida notificación (…) contemplada en el artículo 133 del Código General del proceso (sic)"*[7], pues como quiera que no había sido vinculado a ninguno de los expedientes acumulados, *"se violó por parte de los jueces de instancia el Debido proceso y del Derecho de defensa"*[8] de esa entidad.

En consecuencia, la Sala Sexta de Revisión resolvió declarar la nulidad de lo actuado en el marco de cada uno de los procesos y desacumularlos, mediante el **Auto 651 de 2018**. En él, entendió que ambas solicitantes habían manifestado claramente su interés en participar en ambos trámites constitucionales, por lo que ordenó su vinculación a cada uno de ellos.

2.2. Paralelamente, la Magistrada Sustanciadora a través del mismo **Auto del 11 de septiembre de 2018**, solicitó elementos de juicio adicionales para resolver este asunto.

El mencionado auto destacó que la declaratoria de nulidad *"tiene como consecuencia dejar sin efectos todos los actos procedimentales realizados en este proceso, **salvo las pruebas recaudadas** (Énfasis del texto original)"*, lo que

[3] Cuaderno de Revisión. Folio 286.
[4] Cuaderno de Revisión. Folio 291.
[5] Cuaderno de Revisión. Folio 547 vto.
[6] Cuaderno de Revisión. Folio 552.
[7] Cuaderno de Revisión. Folio 548.
[8] Cuaderno de Revisión. Folio 551 vto.

implica que, si bien las pruebas recaudadas con ocasión de dicha solicitud fueron presentadas antes de la declaratoria de nulidad, componen el acervo probatorio que permitirá adoptar la decisión que corresponda en el asunto de la referencia. Por ende, serán relacionadas a continuación.

Se ofició a las accionantes[9], a la Defensoría del Pueblo[10], al Instituto Geográfico Agustín Codazzi[11], al Ministerio del Interior[12], a la Agencia Nacional de Tierras

---

[9] *"Décimo. OFICIAR a las comunidades indígenas accionantes, "La Laguna Siberia" y "Las Mercedes", a través de Nibaldo Panche Cogue (sic) y Nancy Milena Chocue Guetio, respectivamente, para que en el término de cinco (5) días contados a partir del momento de la notificación de esta providencia respondan el siguiente cuestionario: // a) ¿Cuáles fueron las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que cada una de las comunidades tuvo conocimiento de la firma del contrato, de la iniciación y también ejecución del proyecto Segunda Calzada Popayán -Santander de Quilichao? Descríbanlas en detalle. // b) Precise, por cada una de las comunidades, aproximadamente cuántos de sus miembros se ven afectados por el proyecto vial en cuestión. // c) Si bien en el escrito de impugnación ustedes manifestaron su posición sobre del alcance informativo de la consulta previa y de la imposibilidad en la que se encuentran actualmente para prever por completo las afectaciones que supone el proyecto vial en cuestión, precise más allá del ejercicio mismo de la consulta previa ¿cuáles han sido las afectaciones prácticas que hasta este momento han sufrido cada una de las comunidades desde el punto de vista de su cotidianidad y de las relaciones intra e interétnicas? // d) Mencionaron la afectación sobre el acceso al territorio en el que habitan las familias pertenecientes a ambas comunidades, ¿cuáles son las vías de acceso que han sido modificadas o suprimidas por el proyecto vial? y ¿en qué medida esas variaciones ponen en riesgo la identidad cultural y la supervivencia de la comunidad (de cada una de ellas)? // e) Aporte copia de las escrituras públicas que dan cuenta de su territorio titulado, conforme las aseveraciones efectuadas y discrimínelas por cada una de las comunidades. // f) ¿Cuáles son las vías de acceso con las que cuentan para llegar a sus lugares de asentamiento? y entre ellas ¿cuáles son las que específicamente se ven afectadas por el proyecto Segunda Calzada Popayán - Santander de Quilichao? Explique de qué manera resultan afectadas. // g) ¿Existen formas tradicionales de transporte que puedan verse afectadas por el desarrollo del proyecto Segunda Calzada Popayán - Santander de Quilichao?"*

[10] *"Primero. OFICIAR a la Defensoría del Pueblo para que, a través de su Defensoría Delegada para Grupos Étnicos y con el apoyo de sus regionales Cauca y Atlántico, haga un informe sobre las afectaciones que ha supuesto la construcción de los proyectos viales en cuestión para las comunidades demandantes. Lo anterior, previas constataciones en terreno sobre la naturaleza y alcance de las mismas, en especial de aquellas que tienen que ver con los caminos de acceso al territorio en el que se encuentran asentados sus habitantes. Tal informe deberá remitirlo a esta Corporación dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta decisión. Además de lo anterior, podrá emitir su concepto sobre los expedientes acumulados de la referencia. // Para lo anterior, deberá suministrársele copia de los escritos de tutela y de sus anexos, de las contestaciones, de las sentencias, de los escritos de impugnación y de esta providencia."*

[11] *"Segundo. OFICIAR al Instituto Geográfico Agustín Codazzi con el objetivo de que, a partir de las escrituras e información sobre la ubicación de los territorios indígenas de las comunidades accionantes y de los polígonos certificados por el Ministerio del Interior, precise cartográficamente si existen traslapes entre ellos. Una vez sean recibidos por parte de esta Corporación, le serán remitidos los documentos correspondientes con el propósito de que se identifique la información y, desde entonces, tendrá el término de cinco (5) días para aportar su concepto y la cartografía al respecto."*

[12] *"Tercero. OFICIAR al Ministerio del Interior para que, en el término de tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto, precise si en sus protocolos de certificación de la presencia de comunidades étnicas en el marco de proyectos viales, tiene en cuenta las vías de acceso a los territorios ocupados por ellas. Deberá especificar además cuál el procedimiento que lleva a cabo ante la solicitud de certificación para proyectos, obras y actividades relacionadas con la infraestructura vial, y si en desarrollo del mismo convoca (y con qué criterio) a las comunidades de la zona, más allá del área de influencia propuesta por el ejecutor o el estructurador de un proyecto."* También le solicitó responder el siguiente cuestionario: *"a) ¿Las comunidades "La Laguna Siberia" y "Las Mercedes" han sido reconocidas como grupos étnicos? En caso afirmativo aporte los actos administrativos de reconocimiento y aquellos en los que conste la representación de las mismas. // b) ¿En qué lugar(es) se asientan estas comunidades? Discrimine entre lugares titulados, ocupados y utilizados, y precise sus coordenadas de ubicación. Señale las fuentes de la información empleadas para llegar a las conclusiones expuestas en su contestación a esta pregunta. // c) Remita copia de los soportes empleados en la consolidación de la certificación 856 de 2013 y 018 de 2017, y precise si para esta última efectuó alguna constatación en campo y describa sus resultados. // d) En relación con el proceso administrativo que suscitó la solicitud de certificación para el proyecto de Segunda Calzada Popayán - Santander de Quilichao, por parte de la ANI en 2013 y de Nuevo Cauca en 2017, ¿notificó a alguna de las comunidades circundantes, mismas que fueron nombradas en la certificación 856 de 2017 la iniciación del*

(ANT)[13], a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA)[14], a la Autoridad Nacional de Infraestructura (ANI), a Nuevo Cauca S.A.S[15] y al

mismo? Explique la razón de la decisión adoptada sobre ese particular. // e) En el marco del proyecto vial Segunda Calzada Popayán - Santander de Quilichao informe cuántas certificaciones se han expedido (aporte cada una de ellas) y precise las variaciones que se han verificado sobre el polígono de la unidad funcional 3, en razón de su extensión y proximidad con los asentamientos indígenas de las comunidades "La Laguna Siberia" y "Las Mercedes". // f) En el marco del proceso de certificación de la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto Segunda Calzada Popayán - Santander de Quilichao se emitió un concepto el 12 de julio de 2016, conforme el cual las variaciones del proyecto implicaban la necesidad de desarrollar visitas técnicas. Aporte dicho concepto, como también los registros y actas y asociadas a las visitas técnicas, en especial las que tengan relación con la unidad funcional 3. // g) Explique la razón por la cual a diferencia de las Certificaciones expedidas en el caso de las unidades funcionales 1,2 y 4 y aquella emitida para la 3, sobre (i) el análisis de elementos del contexto y de la dinámica de la zona, y (ii) la referencia a los canales de comunicación de la población y su incidencia en las distintas certificaciones."

[13] *"Sexto. OFICIAR a la Agencia Nacional de Tierras (ANT) para que, en el término de cinco (5) días siguientes a la notificación del presente auto, precise la ubicación de las tierras tituladas reconocidas a las comunidades accionantes."*

[14] *"a) Aporte la Resolución 0923 del 8 de agosto de 2017, mediante la cual otorgó la licencia ambiental para la ejecución de la unidad funcional 3 del proyecto Segunda Calzada Popayán - Santander de Quilichao Pescador-Mondomo. // b) Aclare si para cada una de las unidades funcionales expidió una licencia ambiental específica y relacione todas las licencias ambientales expedidas para la ejecución de la Segunda Calzada Popayán - Santander de Quilichao, con las diferencias entre ellas. // c) Aporte la solicitud de licenciamiento ambiental que respalda cada una de las licencias ambientales expedidas para este proyecto vial, y el estudio ambienta que las acompaña. // d) Aporte la ubicación autorizada para el desarrollo de la unidad funcional 3, con convenciones visibles, legibles y reconocibles. // e) Aporte copia de los conceptos mediante los cuales desestimó la posibilidad de que el proyecto en mención se hiciera como un Plan de Mejoramiento a la Guía Ambiental (PAGA) y no con licencia ambiental."*

[15] *"Duodécimo. OFICIAR a la Autoridad Nacional de Infraestructura (ANI) y a Nuevo Cauca S.A.S. para que, por separado, dentro de los cinco (5) días siguientes a la comunicación de esta decisión, responda el cuestionario y aporte los documentos relacionados a continuación:// a) Informe cuál es el polígono actual del proyecto vial Segunda Calzada Popayán - Santander de Quilichao, y cómo ha variado desde su etapa de estructuración, en especial desde la solicitud que dio origen a la certificación 856 de 2013. Explique las variaciones. // b) ¿Cuál es el estado del proyecto Segunda Calzada Popayán - Santander de Quilichao, y en especial de la unidad funcional 3? Precise cómo se ha desarrollado el mismo. // c) Aporten el contrato 011 de 2015 que suscribieron para ejecutar la Segunda Calzada Popayán - Santander de Quilichao y su cartografía. // d) Aporte una comparación cartográfica de las variaciones que ha sufrido el proyecto en la unidad funcional 3. Tenga en cuenta que las convenciones deben ser legibles y distinguibles entre sí. // e) Aporte el estudio de impacto ambiental del proyecto, en su última versión y los estudios que sustentaron la expedición de las certificaciones 856 de 2013 y 018 de 2017. // f) Aporte una relación de las variaciones efectuadas al proyecto en las unidades funcionales 1,2 y 4. Justifique los procesos de consulta previa que se han desarrollado en relación con estas unidades funcionales, con otras comunidades indígenas cuya presencia no fue inicialmente certificada por el Ministerio del Interior en la certificación 856 de 2013. // g) Conforme las respuestas suministradas en el trámite de instancia, entre las obligaciones contractuales estaba la solicitud de la certificación sobre presencia de comunidades indígenas por parte del ejecutor del proyecto al Ministerio del Interior y al INCODER, en su momento. ¿Se hizo la solicitud de certificación de tierras tituladas a los resguardos indígenas en la zona a través del INCODER? ¿se ha hecho con posterioridad a la liquidación de esta entidad? ¿cuál fue el resultado? // h) ¿Actualmente existe acta de inicio del contrato 011 de 2015 en lo que atañe a la unidad funcional 3? // i) La certificación 856 de 2013, emitida por el Ministerio del Interior, consigna en cabeza del ejecutor la obligación de constatar la presencia de comunidades étnicas de forma posterior, y de asumir la necesidad de desarrollar procesos de consulta previa. ¿Cómo se ha asumido por parte del ejecutor, tal responsabilidad y cuáles han sido los resultados? // j) Aporte el Apéndice Técnico 8 relacionado por el ejecutor en su contestación, como aquel que dio lugar a los nuevos procesos de certificación del proyecto. // k) Aporte la circular del 21 de septiembre de 2016 de la ANI, relacionada por el consorcio en su contestación. // l) Aporte las constancias de socialización del proyecto Segunda Calzada Popayán - Santander de Quilichao de la unidad funcional 3, y en el caso de vallas o medios masivos de comunicación identifique cartográficamente dónde, cuándo y durante cuánto tiempo fueron ubicadas. // m) ¿Durante el desarrollo del proyecto ha tenido alguna solicitud o contacto con las comunidades accionantes en relación con el proyecto vial? ¿en qué momento? ¿de qué tipo? // n) ¿Cuándo se enteró de la presencia de las comunidades accionantes en las zonas aledañas al proyecto? ¿cuál fue el tratamiento (constataciones y decisiones) al respecto en relación con el desarrollo del mismo? // o) Precise si ¿al momento de hacer el estudio del impacto ambiental se tuvo en cuenta la afectación a las vías de acceso que resultaban comprometidas con el proyecto? En caso de haberse advertido explique la decisión al respecto y señale ¿cómo influyó ese hallazgo en la fijación*

Gobernador del Departamento del Cauca, como a los alcaldes de los Municipios de Caldono y Piendamó[16].

Además invitó a participar al Instituto Nacional de Antropología e Historia (ICANH), a la Facultad de Humanidades (Departamento de Antropología) de la Universidad Nacional de Colombia, a la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de los Andes, a la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas (Departamento de Antropología) de la Universidad de Antioquia, a la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales (Programa de Antropología) de la Universidad del Cauca, a la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), al Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) y a Autoridades Indígenas de Colombia (AIC), a quienes les planteó un cuestionario[17]. Adicionalmente, invitó a participar a este debate a los grupos de investigación reconocidos por el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colciencias) que se concentran en el tema.

También convocó a las Universidades Nacional, de los Andes, del Rosario, del Cauca, del Norte, Externado, de Antioquia y al Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Dejusticia, para que participaran con sus conceptos en relación con la

---

del polígono que corresponde al área de influencia del proyecto vial en cuestión, que sirvió tanto para la certificación del Ministerio del Interior, como de la emisión de la licencia ambiental? En caso de haberse descartado, explique los motivos que lo llevaron a ello. // p) Aporte el diseño actual del proyecto y su descripción en función de las vías de acceso conservadas, eliminadas y modificadas por el mismo en la zona de la unidad funcional 3. // q) Aporte todos los conceptos de la ANLA en los que desestimó la posibilidad de que el proyecto fuera desarrollado mediante Planes de Adaptación a la Guía (PAGA), acompañándose las solicitudes que les dieron lugar. // r) En la contestación a la acción de tutela de la referencia el Consorcio precisó que las modificaciones sobre los polígonos de afectación directa del proyecto han sido mínimas. Relaciónelas y destaque el polígono actual, como también aquel que sirvió para las certificaciones de 2013 y 2017 sobre esa la unidad funcional 3. // s) ¿Cuáles son las directrices de la ANI respecto de la consulta previa en los proyectos viales de rehabilitación, mantenimiento, mejoramiento y construcción de segundas calzadas? ¿Cuál es el alcance actual de la circular del 21 de septiembre de 2016? En caso de no estar vigente, precise cuáles son los parámetros actuales en la materia."

[16] *"Decimotercero. OFICIAR al Gobernador del Departamento del Cauca y a los Alcaldes de los Municipios de Caldono y Piendamó para que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la comunicación de esta decisión, responda el siguiente cuestionario: // a) ¿Cuál es la ubicación de las comunidades "La Laguna Siberia" y "Las Mercedes"? // b) ¿Cuáles son las vías de acceso a los asentamientos de estas dos comunidades? ¿con qué medios de transporte es posible acceder a ellos a través de estas vías? ¿cuál es la diferencia en tiempo entre las vías de acceso existente? // c) ¿Cuáles de las vías de acceso tienen relación de conectividad con el proyecto Segunda Calzada Popayán - Santander de Quilichao? ¿Hay algunas que hayan sido cerradas u obstaculizadas permanente o transitoriamente por el desarrollo de dicho proyecto, cuáles son? // d) ¿Tiene conocimiento de que se hayan efectuado socializaciones o publicidad sobre el proyecto Segunda Calzada Popayán - Santander de Quilichao, en qué condiciones y en caso de la publicación, cuándo, dónde y durante cuánto tiempo fue efectuada?".*

[17] *"a) ¿Cuál es la función de las vías de acceso a los territorios ocupados por las comunidades indígenas en la conservación de su identidad cultural y costumbres propias? // b) ¿Puede considerarse cualquier afectación sobre acceso al territorio una injerencia en las dinámicas sociales y económicas de una comunidad indígena? ¿Puede llegarse a la misma conclusión cuando existen vías alternativas de acceso a las comunidades? ¿En qué condiciones si y en qué condiciones no? // c) ¿Las vías de acceso al territorio ocupado, pueden y con qué alcance, ser considerado territorio ancestral de las comunidades indígenas? ¿en qué medida o bajo qué circunstancias? // d) ¿En qué medida la variación en los medios de transporte tradicionales, modifica las dinámicas sociales y económicas de una comunidad, y específicamente de las comunidades accionantes? // e) ¿Cuáles son las particularidades de las comunidades indígenas accionantes? // f) ¿Cómo se determina el origen de los hallazgos arqueológicos en el país y bajo qué criterios se determina su relación con una comunidad existente en la actualidad? // g) Dada la proximidad geográfica, ¿podría establecerse una relación entre los hallazgos arqueológicos encontrados en el segundo de los casos acumulados (Expediente T- 6.839.494) y la comunidad Mokana? Explique las razones."*

problemática de la consulta previa ante impactos relacionados con las vías de acceso a territorio étnico ocupado y no titulado.

Como respuesta a estos requerimientos, las personas oficiadas e invitadas se manifestaron en el siguiente sentido:

2.2.1. **Nibaldo Panche Chocue**, en calidad de Gobernador el cabildo del resguardo indígena de ***"La Laguna Siberia"*** manifestó que ninguna entidad de las accionadas se acercó a su cabildo para dar información sobre el proyecto vial. En 2016 la empresa *"Benachi"* hizo un estudio predial sin brindar información adicional.

La comunidad desconoce las particularidades del proyecto, de modo que no puede reseñar las afectaciones que este supondría en su totalidad y hasta su finalización; tan solo puede manifestar que tiene implicaciones sobre su ámbito territorial e impacta directamente a comuneros indígenas que se encuentran censados por dicha empresa[18]. Especialmente señala la incidencia del proyecto sobre nacimientos de agua, lo que afecta la relación del colectivo étnico con el territorio y la naturaleza, que hacen parte integrante de aquel.

Sobre los mecanismos tradicionales de movilidad para los miembros de la comunidad, el Gobernador señaló que sus desplazamientos los hacen en múltiples oportunidades en caballo, medio que sería ostensiblemente afectado por las intervenciones en relación con el proyecto vial.

Finalmente, la autoridad tradicional manifestó haber respondido las preguntas efectuadas por la Corte y recalcó su disponibilidad para *"hacer una video conferencia para que los comuneros indígenas y este cabildo puedan resolver mediante la tradición oral más claramente"* las cuestiones sobre las que la Sala de Revisión quiso profundizar, pues *"nuestro sistema cultural es eminentemente de tradición oral y comunitario"*[19].

2.2.2. **Nuevo Cauca S.A.S.** sostuvo que el proyecto se encuentra en una fase preoperativa. Informó que, si bien la ANI solicitó la certificación en relación con la totalidad del proyecto, ella en su calidad de ejecutora del mismo tuvo que modificar el polígono de influencia, por lo que a raíz de dicha modificación solicitó nuevamente la certificación del caso y, esta vez, lo hizo sobre cada una de las unidades funcionales. Así se expidió la certificación N°018 de 2017 en relación con la UF3. En las demás unidades funcionales, a causa de un paro, se encontraron comunidades indígenas con las que pudo iniciar un proceso de diálogo y concertación[20].

[18] Aportó el censo de personas afectadas de la comunidad.
[19] Cuaderno de Revisión. Folio 309 vto.
[20] Cuaderno de Revisión. Folio 728.

Destacó que en cada una de las unidades funcionales el proyecto fue socializado a través de vallas, puestos móviles, redes sociales y medios de comunicación, con el uso de múltiples herramientas para ese efecto. En cada una de ellas se instaló un Comité de Participación Comunitaria a partir de 2018. Lo que permitió un acercamiento con los líderes de la región mediante reuniones de las que quedó un registro mediante listados de asistencia; en la Unidad Funcional 3 el lugar de reunión es muy cercano a la ubicación de *"La Laguna Siberia"* y *"Las Mercedes"*[21].

Esta sociedad señaló que solo tuvo conocimiento de la presencia de las comunidades accionantes al ser notificada de esta acción de tutela. Cuando apelaron la decisión del *a quo*, Nuevo Cauca S.A.S. intentó acercarse a ellas,

> *"[s]in embargo, ellos manifestaron que no se reunirían con la Concesionaria a dialogar si no era en el marco de una consulta previa, adicional a ello son una comunidad bastante beligerante en el entendido de que han tenido problemas con comunidades vecinas, situación que ha dejado a varias personas heridas, como lo registran varios medios de comunicación"*[22].

2.2.3. La **Defensoría del Pueblo**, a través del Defensor del Pueblo Regional del Cauca informó que, el 21 de septiembre de 2018, hizo las constataciones en terreno que solicitó esta Corporación. Encontró que, en efecto, el resguardo indígena *"Las Mercedes"* tiene familias censadas como parte de él que se ubican en varias veredas que son atravesadas por la *"vía panamericana de manera directa, en una extensión de tres (3) kilómetros paralelos a"*[23] ella, situación en la que también se encuentra el resguardo *"La Laguna Siberia"*[24] cuyas familias bordean esa vía.

Esa Defensoría Regional indagó varios aspectos de la vida comunitaria de ambos resguardos y llegó a las siguientes conclusiones:

	Comunidad	
	Las Mercedes	**La Laguna Siberia**
Centros educativos	Tiene 3 en la zona. Allí estudian 183 menores de edad pertenecientes a ella. *"En la visita en terreno, la comunidad indígena de LAS MERCEDES manifestó que la menor de edad de 10 años de*	Tiene 5 en las que se forman 400 de los menores de edad que hacen parte de ella.

[21] Cuaderno de Revisión. Folio 729 vto.
[22] Cuaderno de Revisión. Folio 730.
[23] Cuaderno de Revisión. Folio 127.
[24] Cuaderno de Revisión. Folio 129.

	Comunidad	
	Las Mercedes	**La Laguna Siberia**
	nombre Valeria Tuquerres Andrade, fue arroyada por en (sic) camión sobre la vía panamericana (…) ocasionándole la muerte"[25].	
Centros religiosos	Tanto la iglesia comunitaria y el salón comunal el pital están ubicados en las proximidades de la Vía Panamericana.	Cuentan con 5 centros religiosos.
Comercio	Varios establecimientos de comercio pertenecientes a miembros censados de la comunidad se sitúan al lado de la Vía Panamericana.	Varios establecimientos de comercio pertenecientes a miembros censados de la comunidad se sitúan al lado de la Vía Panamericana.
Vías de acceso y movilidad	Existen 5 caminos de acceso desde la Vía Panamericana hacia el asentamiento de la comunidad. Los miembros de la comunidad se desplazan a pie y en motocicleta, y no cuentan con servicio público de transporte.	Existen 8 caminos de acceso desde la Vía Panamericana hacia el asentamiento de la comunidad. Una de dichas vías está pavimentada y por ella circula el servicio público de transporte, prestado por COOMULTRA. Los miembros de la comunidad se desplazan a pie, en motocicleta y en vehículos de transporte público.
Centros de salud		Un centro de salud se encuentra en las proximidades de la Vía Panamericana

Para la Defensoría del Pueblo, el proyecto vial en cuestión supone una afectación directa y de alto impacto en las comunidades accionantes. Genera un obstáculo a la comunicación entre los miembros de los colectivos que se ubican a lado y lado de la vía; el proyecto afecta la cotidianidad de las comunidades por su proximidad geográfica con ella.

[25] Cuaderno de Revisión. Folio 128.

2.2.4. El **Ministerio del Interior** adujo que tiene la obligación de certificar la presencia de grupos étnicos en el área de influencia de los diferentes proyectos que surjan. Para cumplir esta obligación hace un cotejo entre dicha área, establecida a partir de las coordenadas suministradas por el solicitante, y las bases de datos de la ANT (anterior INCODER e INCORA), el IGAC y las de la Dirección de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras de esa misma cartera ministerial. El cotejo tiene como finalidad establecer si la zona delimitada por el solicitante "*coincide(…) con: a) un territorio legalmente constituido, o b) con presencia de comunidades étnicas*"[26].

Conforme los parámetros establecidos en la Directiva Presidencial N°10 de 2013, específicamente en los procesos de infraestructura, es necesario que las entidades del sector soliciten la certificación una vez se publique en el SECOP[27] la contratación. Para hacerlo deben precisar las coordenadas del proyecto y el objeto del mismo, en todos sus tramos.

En el evento en que exista duda sobre la presencia de una comunidad étnica en la zona de influencia del proyecto, el Ministerio programa una visita de verificación en campo, con el acompañamiento de los interesados, pero concentrándose en la zona de influencia del proyecto. No obstante lo anterior, la Directiva Presidencial no ofrece ningún criterio u orientación para el desarrollo de estas visitas.

En relación con las comunidades accionantes, el Ministerio informó que ambas han sido reconocidas por esa cartera y, en efecto, (i) se ubican en los municipios de Caldono y Piendamó (Cauca)[28]; y, (ii) entre sus autoridades tradicionales registradas están quienes fungen como sus representantes en la presente acción de tutela.

Aportó tanto la certificación N°856 de 2013, como la N°018 de 2017. Respecto de esta última informó que hizo visita de verificación que se desarrolló del 15 al 21 de agosto de 2016 *"pero no reposa informe de visita que permita describir sus resultados, ateniéndonos a lo indicado en el acto administrativo"*[29]. En cualquier caso, las decisiones asumidas por el Ministerio en ambos actos administrativos solo fueron notificadas a los ejecutores del proyecto, pero fueron publicadas en su momento en la página web para la consulta de los interesados.

Precisó que sobre la Unidad Funcional 3 del proyecto vial en cuestión, actualmente, solo tiene un proceso de certificación y es aquel que concluyó con la certificación N°018 de 2017. En relación con ella, no ha variado el perímetro de influencia presentado por el ejecutor.

---

[26] Cuaderno de Revisión. Folio 186 vto.
[27] Sistema Electrónico de Contratación Pública.
[28] Cuaderno de Revisión. Folio 187 vto.
[29] Cuaderno de Revisión. Folio 188.

2.2.5. La **Agencia Nacional de Infraestructura (ANI)** informó que en el marco del proyecto vial en cuestión el contrato N°011 fue firmado el 11 de agosto de 2015 y su acta de inicio es del 23 de septiembre de ese mismo año. Actualmente la UF3, está en etapa preoperativa, cuenta con los estudios y diseños correspondientes, y ya se desarrollaron los procesos de consulta previa que debían surtirse.

Esta entidad precisó que en relación con la Unidad Funcional 3 no ha habido variación en el trazado del proyecto que haya modificado las conclusiones de la certificación N°018 de 2017. Informó además que la ejecución del proyecto en esta unidad funcional aún no tiene acta de inicio.

Destacó que la solicitud de certificación está en cabeza de Nuevo Cauca S.A.S. pero la ANI la solicitó al INCODER el 23 de julio de 2013. Esta entidad certificó la presencia de dos resguardos en el municipio de Caldono: *"La Laguna Siberia y Páez de Las Mercedes"*[30].

Finalmente, destacó que el proyecto ha tenido una difusión publicitaria a través de varios mecanismos virtuales, mediante los cuales, desde el mes de septiembre de 2015, ha socializado los pormenores sobre aquel. Sin embargo, solo tuvo acercamiento a las comunidades accionantes cuando se tramitó la acción de tutela de la referencia.

En cualquier caso, precisó que el deber de acercamiento con la comunidad del entorno del proyecto es una obligación contractual de Nuevo Cauca S.A.S. y esta sociedad ha procedido conforme las directrices del Ministerio del Interior, entidad que determina qué proyectos precisan del proceso de consulta previa y cuáles no.

En relación con la previsión de la afectación a las vías de acceso a las comunidades accionantes, *"los accesos se restablecerán en iguales o mejores condiciones a las previas a la intervención"* y, de cualquier modo, el polígono del acceso no está incluido en el polígono de la comunidad; las vías de acceso son del municipio y no de las comunidades, ni son para su uso exclusivo.

2.2.6. La **Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA)** precisó que en relación con la Unidad Funcional 3 emitió la Resolución N°923 del 8 de agosto de 2017, mediante la cual concedió la licencia ambiental. En el proceso de otorgamiento de la misma, Nuevo Cauca S.A.S. solicitó que el proyecto fuera tenido por uno dirigido al mejoramiento vial, petición que fue rechazada. En cambio, la ANLA exigió el proceso de licenciamiento correspondiente.

[30] Cuaderno de Revisión. Folio 313 vto.

Respecto de los documentos que soportaban sus aseveraciones y sobre aquellos que le fueron solicitados mediante el auto del 11 de septiembre de 2018, esta entidad fue insistente en sostener que *"dichos documentos reposan en el expediente LAV0013-00-2017 los cuales se encuentran en el archivo de la entidad para ser consultados y descargados del mismo"*[31].

2.2.7. El **Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible** solicitó que en relación con él se declare la falta de legitimación por pasiva, como quiera que no tiene injerencia alguna en los hechos señalados en la demanda y las pretensiones exceden las competencias de esa entidad. Recalcó que no conoce el proceso de licenciamiento que fue desarrollado por la ANLA y, por ende, no puede dar cuenta de él.

2.2.8. El **Ministerio de Transporte** expresó que el asunto que se debate no es de su competencia sino de la ANI, pues es esta la entidad que tiene a cargo el seguimiento de las concesiones que ella celebra. Por ese motivo insistió en la falta de legitimación por pasiva en su caso puntual. Con todo, desde su punto de vista las accionadas no desconocieron el derecho a la consulta previa y, por el contrario, actuaron de conformidad con el Convenio 169 de la OIT.

2.2.9. La **Gobernación del Cauca** indicó que, revisados sus archivos, no encontró documentación sobre procesos de consulta previa en relación con las accionantes, en razón del proyecto vial en cuestión.

2.2.10. La **Alcaldía de Caldono** se pronunció para informar que las dos comunidades accionantes se asientan en su territorio. Las vías de acceso que se verán comprometidas con el desarrollo del proyecto, aún no han sido inhabilitadas y el proceso de socialización se ha llevado a cabo desde 2015, de modo que *"la comunidad del sector del Pital, Pescador y Puente Real ha hecho presencia"*[32].

2.2.11. El **Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH)** presentó un informe en el que destacó que las comunidades Nasa que presentan esta acción de tutela se ubican en un territorio ancestral ocupado por otras cuatro comunidades. Puntualizó que "*la titulación y reconocimiento de un resguardo como propiedad colectiva y comunitaria, no implica que los usos del territorio étnico se circunscriban a tales linderos espaciales"*[33], pues las raíces históricas del uso del terreno en el que se desenvuelven, los trascienden. Al respecto, propone tener en cuenta una visión integral del concepto de *"territorio ancestral"*.

Este Instituto llamó la atención sobre el hecho de que los caminos de acceso en una comunidad son determinantes para la configuración y el mantenimiento de

[31] Cuaderno de Revisión. Folio 509.
[32] Cuaderno de Revisión. Folio 498.
[33] Cuaderno de Revisión. Folio 789 vto.

relaciones sociales y comerciales; su interrupción significa una fractura de los circuitos de intercambio. Adicionalmente el cambio en la forma de vivir la movilidad, genera un impacto en la interacción social y económica de cualquier pueblo.

Dejó en claro que sin llevar a cabo una visita en la que pueda constatar las afectaciones a las comunidades, no puede determinar cuáles se ciñen concretamente sobre las accionantes.

2.2.12. La **Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC)** manifestó que las vías de acceso a los resguardos son trayectos que permiten *"la conexión vital con el territorio, y, más allá de eso, el sentido de que el destino de ese territorio involucra nuestras comunidades indígenas para la conservación de su identidad cultural y costumbres propias"*[34]. Por lo tanto, la intervención de dichos caminos incide en la dinámica social, cultural y económica de las comunidades indígenas afectadas.

Esta organización hizo énfasis en que la modificación de las vías de acceso a un resguardo, más allá de los costos que acarrea para la comunidad, implica la desarmonización entre sus integrantes y la *Madre Naturaleza*, que resulta modificada en relación con la fauna y la flora que abarca.

Conceptos académicos

2.2.13. La **Universidad Nacional de Colombia**, a través del **Departamento de Antropología** de la Facultad de Ciencias Humanas (Sede Bogotá) explicó que las vías de acceso interno constituyen un factor decisivo en la consolidación y permanencia de la colectividad étnica, desde el punto de vista social y ambiental. Permiten acceder y ejercer la autonomía en el marco del territorio en el que se desenvuelven y desarrollan las actividades propias de su cultura. Adicionalmente, en la medida en que a través de ellas se accede a servicios como la salud y la educación, por parte de los niños y niñas que hacen parte de ella, resulta central para las actividades diarias; *"la discriminación y marginación [de los pueblos indígenas implica que] (...) cualquier afectación sobre el acceso a su territorio constituye una injerencia indebida en sus dinámicas sociales y económicas"*[35].

Así mismo, la construcción de vías externas compromete el territorio de la comunidad indígena en la medida en que interviene físicamente el lugar donde despliegan sus prácticas cotidianas.

2.2.14. La **Universidad de los Andes**, a través del **Departamento de Antropología**, llamó la atención sobre el hecho de que las comunidades indígenas habitualmente se ubican en *"zonas de alta vulnerabilidad*

[34] Cuaderno de Revisión. Folio 722.
[35] Cuaderno de Revisión. Folio 248 vto.

socionatural"[36] en las que *"la cohesión social está directamente relacionada con la reproducción de un cierto tipo de paisaje (...) y donde la riqueza ecológica (...) depende a su vez de la reproducción de las prácticas sociales y formas de vida de los grupos que la habitan"*[37].

Los principales efectos directos que ha reconocido la literatura en relación con la ejecución de proyectos viales relativos a la construcción de nuevas vías o al cambio de las existentes, son cuando menos: (i) la fragmentación de los ecosistemas y de los hábitats de ciertas especies; (ii) el incremento de los índices de contaminación; (iii) la estimulación de proyectos de *"colonización inducida"*[38]; (iv) la invasión de las tierras del resguardo; (v) la transformación de la tenencia de tierras en virtud de su encarecimiento y el acaparamiento; (vi) la deforestación incluso de zonas protegidas; y, (vii) los procesos desordenados de urbanización.[39]

En cualquier caso las preguntas que es preciso hacerse ante el desarrollo de un nuevo proyecto son *"¿qué tantas posibilidades van a tener estas comunidades de dirigir su futuro con los cambios que se introducen? Estos cambios ¿les van a dar recursos de poder, capacidades, nuevas expectativas acordes a su visión de mundo? O, por el contrario ¿van a implicar subordinación, dependencia, empobrecimiento? ¿Cuáles grupos se van a ver empoderados y cuáles van a ser excluidos?"*[40] y para responderlas es crucial que los grupos étnicos puedan pronunciarse sobre las repercusiones de los distintos proyectos en su entorno. Es la única forma de asegurar la dimensión cultural de estos, en la medida en que *"los planificadores y los técnicos tienden a despreciar el punto de vista de los indígenas"*[41].

Esta universidad recordó que la infraestructura, lejos de ser un aspecto neutral, determina el acceso a los servicios, a las tierras y a los recursos de una comunidad y ello hace imprescindible la participación de los grupos étnicos.

2.2.15. La **Universidad Católica de Colombia** fue enfática en sostener que la condición de indígena no depende de un acto administrativo, pues no se adquiere por virtud de él, sino de la conciencia colectiva sobre la identidad étnica, conforme el Convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo (OIT). Así, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional la identificación de lo indígena depende de la *"autoidentificación y autodeterminación"*[42]. Por lo tanto, para esta interviniente "*el concepto proferido por la Dirección de Asuntos Étnicos del Ministerio del Interior (...)*

---

[36] Cuaderno de Revisión. Folio 253.
[37] Cuaderno de Revisión. Folio 253.
[38] Cuaderno de Revisión. Folio 253 vto.
[39] Cuaderno de Revisión. Folio 253 vto.
[40] Cuaderno de Revisión. Folio 253 vto.
[41] Cuaderno de Revisión. Folio 253 vto.
[42] Cuaderno de Revisión. Folio 110.

no es determinante para establecer la existencia de (…) [las] comunidades indígenas"[43] accionadas.

Aseguró que la consulta previa es una expresión del carácter democrático y pluralista del Estado colombiano, en virtud del cual se reconoce a las comunidades étnicas como conglomerados diferenciados y autónomos[44].

En relación con los argumentos conforme a los cuales la acción de tutela no es el medio idóneo para reclamar la consulta previa, manifestó oponerse a ella, puesto que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que sí lo es, en la medida en que no existe otro mecanismo mediante el cual una comunidad étnica pueda buscar una protección semejante.

2.2.16. El **Grupo de Investigación *"Derecho Constitucional, Administrativo y derecho Internacional Público"*** de la **Universidad Libre (Seccional Cali)** precisó que el derecho a la consulta previa ha tenido un largo desarrollo en Colombia y pasó de ser una figura rechazada por los grupos étnicos, a ser reivindicada por ellos[45], en un verdadero ejercicio de diálogo intercultural[46].

Respecto de los proyectos viales, este grupo de investigación destacó que las afectaciones sobre el territorio en el que se ejecutan y desarrollan son de tipo paisajístico, ambiental y espiritual. Para las comunidades étnicas suponen una variación espiritual e influyen en su forma de movilizarse y en la comunicación entre sus miembros. Por ello la consulta previa es imprescindible en este tipo de proyectos, máxime cuando los impactos tienen vocación de permanencia.

En el caso del Departamento del Cauca, el interviniente señaló que presenta *"una amplia diversidad cultural por las distintas comunidades indígenas [y negras] que se encuentran allí instaladas"*[47], lo que lleva a pensar que la ejecución de proyectos de cualquier naturaleza implica hacer un *"diagnóstico detallado de la población que afectará"*[48], sin el cual es posible desconocer a alguna comunidad que sea titular del derecho a la consulta previa. Expuso la forma en que se encuentra distribuida la población indígena allí, pues conforme el Plan de Desarrollo del Departamento[49], la misma asciende a 270.000 personas ubicadas en un 43% en los municipios Toribío y Caldono, lo que sugiere la necesidad de un diagnóstico más amplio y detallado en la zona para constatar o desvirtuar la presencia de comunidades indígenas por consultar, ante la proyección de un plan de intervención en ella, cualquiera que sea su naturaleza.

---

[43] Cuaderno de Revisión. Folio 114.
[44] Cuaderno de Revisión. Folio 110.
[45] Cuaderno de Revisión. Folio 119.
[46] Cuaderno de Revisión. Folio 119 vto.
[47] Cuaderno de Revisión. Folio 120.
[48] Cuaderno de Revisión. Folio 120 vto.
[49] *"Gobernación del Cauca. (2016). Plan Departamental de Desarrollo 2016-2019. Popayán: Gobernación del Cauca"* Cuaderno de Revisión. Folio 121 vto.

En relación con el asunto concreto, concluyó que es necesaria la consulta previa en la medida en que la Vía Panamericana atraviesa las veredas en las que los resguardos demandantes se asientan.

5.2.6. El **Grupo de Investigación *"Derecho, sociedad y medio ambiente (GIDSMA)"*** de la **Universidad Tecnológica del Chocó *Diego Luis Córdoba*** sostuvo que los proyectos viales, y las fases para su desarrollo y ejecución, tienen una afectación espacial que puede comprometer los derechos de las comunidades indígenas, que tienen una visión y una aproximación al territorio distinta a aquella cartográfica que se emplea para la identificación del área afectada por un proyecto.

Este grupo llamó la atención sobre el hecho de que tanto el Ministerio de Ambiente, como en su momento el INVIAS, definieron el área de influencia de un proyecto en relación con criterios puramente técnicos, que desconocen la dinámica propia de las comunidades étnicas[50]. Adicionalmente precisó que un proyecto vial tiene un área de influencia y un área de afectación, que la Corte Constitucional distinguió en la Sentencia SU-217 de 2017.

La primera depende de factores estrictamente técnicos que son construidos por el Estado y que, luego de implementarlos, les son comunicados a las comunidades afectadas. En estos factores se enfoca el Ministerio del Interior para hacer las certificaciones sobre la presencia de comunidades indígenas, cuando su examen debería trascender al área de afectación. Sin embargo, en la identificación misma del área de afectación de cualquier proyecto, las comunidades potencialmente afectadas deben tener la facultad de diálogo efectivo[51] para determinarla, pues en su caso ella corresponde al concepto de territorio ancestral, mismo que no es una figura ni formal, ni estática y que no se limita al territorio titulado a favor de una determinada comunidad.

2.2.17. La **Universidad Externado de Colombia** reclamó que el Ministerio del Interior sea claro y coherente al momento de definir un territorio ancestral, pues el mismo más allá del territorio titulado, es un conjunto compuesto por el entorno y los sitios sagrados de la comunidad. Para ese ejercicio es imprescindible *"escuchar a los pobladores (…) y evitar un desencadenamiento adicional de conflictividad"*[52].

E. Adecuación del trámite constitucional de instancia tras la emisión del Auto 651 de 2018

Devuelto el expediente al juzgado de primera instancia, este profirió el auto del 9 de noviembre de 2018 en el que resolvió vincular al trámite constitucional a

[50] Cuaderno de Revisión. Folio 273.
[51] Cuaderno de Revisión. Folio 277.
[52] Cuaderno de Revisión. Folio 284.

la Agencia Nacional de Tierras y al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible[53]. A estas entidades les corrió traslado de la acción de tutela.

Respuesta de las entidades demandadas[54]

La **Agencia Nacional de Tierras (ANT)** aseguró que no es la entidad competente para satisfacer las pretensiones de las demandantes, pues su cometido es ejecutar la política de ordenamiento social de la propiedad rural formulada por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. No tiene ninguna injerencia en los procesos de consulta previa.

El **Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible** insistió en la falta de legitimación por pasiva que había esgrimido antes, pero destacó que ella es una entidad completamente distinta a la ANLA, única que tiene la potestad de otorgar licencias ambientales. Adicionalmente planteó que la acción de tutela no era subsidiaria en la medida en que las accionantes cuentan con medios ordinarios para obtener lo que pretenden: la suspensión del proyecto vial en cuestión.

F. Decisiones objeto de revisión

Primera instancia

1. Mediante **sentencia del 26 de noviembre de 2018**, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santander de Quilichao concedió el amparo constitucional. Encontró que el Ministerio del Interior ignoró la presencia de las comunidades accionadas, a quienes, por lo tanto, no certificó ni consultó el proyecto vial en cuestión *"para que expresen si en realidad la obra a realizar de la doble calzada les puede afectar o por el contrario les beneficia, como al resto de los colombianos"*[55]. Es esa entidad la encargada de adelantar la logística correspondiente, para lo cual debe *"determinar si llama a declarar a los comuneros de los Cabildos afectados o realiza la teleconferencia insinuada por la Corte Constitucional en la providencia que nulito (sic) el fallo revisado"*[56].

En relación con la suspensión de la ejecución del proyecto, el juzgado advirtió que no puede ordenarla en la medida en que ya ha habido negociaciones entre propietarios de algunos predios particulares *"que son la mayoría"*[57] o entre indígenas y el Estado.

---

[53] Cuaderno de Revisión. Folio 1.512 y Cuaderno 2 Folio 270.
[54] Además de las respuestas reseñadas en este apartado han de tenerse como tales las comunicaciones referidas por las partes y las personas vinculadas, en el curso de la totalidad de este trámite constitucional, pues la declaratoria de nulidad no afectó las pruebas recaudadas en este asunto, de conformidad con el Auto 651 de 2018.
[55] Cuaderno Principal. Folio 348.
[56] Cuaderno Principal. Folio 348.
[57] Cuaderno Principal. Folio 348.

Por lo tanto, la primera instancia ordenó adelantar el proceso de consulta previa en un término de noventa días, durante los cuales –aclaró- que no se suspendería el desarrollo del proyecto en cuestión. Si bien la responsabilidad del proceso de consulta previa lo fijó en cabeza del Ministerio del Interior, ordenó a las demás accionadas colaborar en el desarrollo del mismo.

Impugnación

2. Inconformes con la decisión de primera instancia, las accionadas **impugnaron** esa decisión, con los siguientes argumentos:

La **Agencia Nacional de Tierras**, alegó falta de legitimación en la causa por pasiva. Aseguró que la orden de colaboración en el desarrollo del proceso de consulta previa excedía el marco de sus competencias.

Nuevo Cauca S.A.S. adujo que la decisión de primera instancia no tuvo en cuenta las subreglas fijadas por la Corte Constitucional en materia de procedencia de la acción de tutela; esta solicitud de amparo no es subsidiaria y no fue interpuesta en un término razonable, si se tiene en cuenta que el proyecto fue socializado desde el año 2013[58] y la acción se interpuso cinco años después de ello, y el Ministerio del Interior certificó que no están presentes en la zona. Adicionalmente, planteó que este asunto no reviste un interés constitucional porque no se compromete ningún derecho fundamental.

También cuestionó la valoración probatoria hecha por el *a quo*, en la medida en que el proyecto no atraviesa ninguna comunidad y no interfiere en su dinámica, tal y como lo certificó el Ministerio del Interior. Para esta sociedad, la primera instancia le dio un peso probatorio desproporcionado al informe presentado por la Defensoría del Pueblo, aun cuando el mismo tiene varios defectos técnicos y, así, no puede dar cuenta de una afectación directa a las comunidades accionantes.

El informe, por ejemplo, presenta a la escuela El Rosal como cercana a la Vía Panamericana, cuando está a 300m de ella y existen otras a 1km de distancia de la misma[59]. No demuestra una afectación concreta a la comunidad; tan solo plantea la ubicación de ambas comunidades en Caldono, sin que el proyecto tenga incidencia en ese municipio.

El **Ministerio del Interior** sostuvo que el informe de la Defensoría del Pueblo no tiene ningún soporte técnico; sin él, las afirmaciones de dicho organismo no son concluyentes y el juez no debió emplearlas para sustentar su determinación. Además de ello, refirió que la afectación sobre las comunidades indígenas *"no*

[58] Cuaderno Principal. Folio 375.
[59] Cuaderno Principal. Folio 378.

se determina únicamente porque la comunidad y el proyecto compartan la misma área geográfica"[60].

Una mirada técnica de la afectación implicaba la constatación de las bases de datos del Ministerio del Interior y el análisis cartográfico del IGAC, a partir de lo cual se pudo *"constatar que el proyecto se localiza en los municipios de Popayán, Tototé, Cajibío, Piedamó, Caldono, Santander de Quilichao departamento de Cauca"*[61]. En esa medida *"la comprobación de la presencia de una comunidad étnica en una determinada zona depende solamente del acto que expide el Ministerio del Interior, sobre la existencia de grupos culturalmente diversos en determinadas zonas del país"*[62].

Adicionalmente, informó que visitó la zona de influencia del proyecto en el marco del convenio M-1176 de 2015 (sin precisar las condiciones de modo, tiempo y lugar[63]) a través de un equipo multidisciplinario, que no encontró ninguna comunidad en el área. Además, el Ministerio enfatizó en que en este asunto hay una insuficiencia probatoria que le es atribuible a las demandantes, y que deriva en el hecho de que ellas no lograron desvirtuar los hallazgos de la visita mencionada.

La **Agencia Nacional de Infraestructura (ANI)** manifestó que toda vez que las comunidades accionantes están fuera del área de influencia del proyecto, no había lugar a concederles el amparo a la consulta previa, pues no tienen tal derecho. Los predios asociados a cada una de ellas están lejos de la Vía Panamericana, pues los territorios colectivos a los que alude la Defensoría están a 200m, 400m y 1km de esa vía. Adicionalmente, varios de esos terrenos no fueron ni son requeridos en el estudio predial del proyecto y las instituciones educativas, no serán intervenidas[64].

Segunda instancia

3. Finalmente, mediante **sentencia del 1° de febrero de 2019**, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, revocó la decisión de primera instancia para, en su lugar, declarar improcedente el amparo. Para el *ad quem*, *"el objeto de la protección constitucional, así no se diga abiertamente, es dejar sin efectos jurídicos las CERTIFICACIONES 856 de 2013 y 018 de 2017"*[65] lo que supone que las demandantes tienen otro mecanismo judicial para lograr lo que pretenden por vía de acción de tutela.

---

[60] Cuaderno principal. Folio 387 vto.
[61] Cuaderno Principal. Folio 388.
[62] Cuaderno Principal. Folio 388 vto.
[63] Esta información es trascendental, para efecto de establecer si la visita se hizo conforme el polígono que respaldó la certificación N° 856 de 2013 de la ausencia de grupos indígenas que se expidió por solicitud de la ANI, o en relación con la certificación de la Unidad Funcional 3, una vez su polígono varió.
[64] Cuaderno Principal. Folio 396.
[65] Cuaderno 2. Folio 13 vto.

Finalmente, concluyó que (i) el proyecto vial no se hizo al margen de los pobladores de la zona, pues fue socializado por varios medios de comunicación; y, (ii) en efecto, la Defensoría del Pueblo no aportó un soporte técnico de sus conclusiones, por lo que estas no pueden soportar una decisión judicial.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. En virtud de las disposiciones contenidas en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política de 1991, como en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para decidir el presente asunto.

Asunto objeto de revisión y problemas jurídicos por resolver

2. Para efectos de decidir sobre la acción de tutela de la referencia es importante recordar que las accionantes son dos comunidades indígenas del grupo étnico Nasa. Acuden al juez de tutela para que este proteja su derecho a la consulta previa, en relación con la Unidad Funcional 3 del proyecto vial *"Segunda Calzada Popayán - Santander de Quilichao"* pues, pese a que el mismo altera algunas de sus formas de vida, no se les convocó para efecto de establecer un diálogo intercultural en relación con él.

Denuncian que, contrario a lo certificado por el Ministerio del Interior, ellas se ubican en veredas de los Municipios de Caldono y Piendamó, y que son atravesadas por la Vía Panamericana. Del proyecto no tienen ningún tipo de información que les permita denunciar concretamente las afectaciones que pueden surgir en relación con su modo de vida, usos, costumbres e interacción social.

3. Las entidades demandadas, por su parte, cuestionan la procedencia de esta acción de tutela en la medida en que consideran que los accionantes no tienen legitimación por activa, el amparo no se solicitó en un término razonable y como quiera que están interesadas en la revocatoria de las certificaciones N°856 de 2013 y N°018 de 2017, cuentan con la vía contencioso administrativa para ello.

Algunas de ellas, además, alegaron la inexistencia del derecho a la consulta previa, en la medida en que el Ministerio del Interior constató que en el área de influencia de la UF3 del proyecto vial *"Segunda Calzada Popayán - Santander de Quilichao"* no existen comunidades indígenas por consultar, en la medida en que no hay traslapes entre tierras tituladas a favor de colectividades étnicas en el área del proyecto que fue presentada por el ejecutor del mismo ni impactos directos sobre etnia alguna.

4. Los intervinientes destacan que el Departamento del Cauca se caracteriza por la presencia de varias comunidades étnicas y, especialmente indígenas. Dentro

de ellas se encuentran las comunidades accionantes, ubicadas en los municipios de Caldono y Piendamó.

Analizan el derecho a la consulta previa, en función del concepto de territorio ancestral o territorio ocupado por las colectividades étnicas, para destacar que el proceso de certificación de su presencia en el área de influencia de un proyecto, no puede limitarse a la confrontación cartográfica entre aquella, y las tierras formalizadas a favor del grupo étnico. Algunos destacaron la importancia de que dicho proceso de certificación cuente con la participación de las comunidades indígenas.

5. Planteada así la situación, la Sala debe resolver varios problemas jurídicos, unos en relación con la procedencia de la acción de tutela y otros sobre el fondo del asunto. Esto último solo lo hará si encuentra que, desde el punto de vista formal, la solicitud de amparo admite la intervención del juez de tutela.

En primer lugar, la Sala resolverá si la acción de tutela es procedente. Entonces, examinará los requisitos formales y se concentrará en los aspectos que generaron controversia sobre esta materia, entre las partes e intervinientes, durante el trámite de esta solicitud de amparo constitucional. Se pronunciará en relación con si: (i) ¿Nibaldo Panche Chocue y Nancy Milena Chocue Guetio están legitimados por activa para promover esta acción, en representación de las comunidades indígenas *"La Laguna Siberia"* y *"Las Mercedes"*? (ii) ¿las entidades accionadas y vinculadas tienen legitimación por pasiva?; (iii) ¿ en el presente caso la acción de tutela puede ser considerada el medio judicial de defensa con el que cuentan las accionantes, si se tiene en cuenta que sus censuras se dirigen contra actos administrativos que deberían ser atacados a través de la jurisdicción contencioso administrativa?; y, (iv) ¿las comunidades accionantes promovieron esta solicitud de amparo en un plazo razonable desde el momento en el cual se configuró la presunta afectación al derecho a la consulta previa?

En torno al fondo del asunto planteado por Nibaldo Panche Chocue y Nancy Milena Chocue Guetio, la Sala deberá manifestarse en relación con si ¿las accionadas comprometieron su derecho a la consulta previa, al no haber certificado su presencia en la zona de influencia del proyecto y no haber desarrollado el proceso de participación étnico, cuando si bien el plan de intervención en la infraestructura vial no se traslapa con sus tierras colectivas tituladas, existen elementos que dan cuenta de la presunta proximidad de las comunidades y de posibles impactos en el territorio ocupado por ellas?

Para efectos de determinar estos asuntos, la Sala (i) abordará el carácter pluralista y multicultural del Estado colombiano, en función del principio de igualdad; (ii) precisará los derechos propios de las comunidades étnicas en relación con dicho pluralismo multicultural, y entre ellos, hará énfasis en (iii) la relevancia de la consulta previa, como un mecanismo dialógico que permite la

confluencia armónica de varias cosmovisiones culturales. Finalmente, con fundamento en todo ello, abordará y definirá el caso concreto.

Análisis de procedencia formal

Legitimación por activa

6. El artículo 86 de la Constitución, el 10° del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de esta Corporación sostienen que todas las personas que consideren que sus derechos fundamentales son amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública, o incluso en ciertas circunstancias de un particular, están habilitadas para solicitar el amparo constitucional. Son solo los titulares de los derechos comprometidos quienes están legitimados por activa para reclamar la protección del juez de tutela.

Conforme al desarrollo jurisprudencial, aquellos podrán acudir a la acción de tutela de dos formas: una directa y otra indirecta. En forma directa lo hacen al promover la acción en nombre propio; en forma indirecta, cuando la formulan a través de (i) un representante legal (p.ej. los menores de edad, los incapaces absolutos y las personas con declaración judicial de interdicción), (ii) de un apoderado judicial, (iii) de un agente oficioso o (vi) del Ministerio Público.

7. En relación con los grupos étnicos, es importante resaltar que en tanto sujetos colectivos de derechos[66] ellos tienen, como cualquier otra persona, la posibilidad de acudir a la acción de tutela cuando lo estimen conveniente para la defensa de sus intereses. Tienen capacidad jurídica y capacidad de obrar[67], correspondiéndoles la defensa de sus intereses propios. Pero dadas las particularidades de las comunidades tribales, sus autoridades ancestrales tienen la legitimidad para formular la acción de tutela[68] cuando vean amenazados sus derechos fundamentales.

Cabe recordar en este punto que los intereses *ius fundamentales* de estos sujetos colectivos[69] "*no son equivalentes a los derechos individuales de cada uno de sus miembros ni a la sumatoria de estos"*[70], como tampoco son comparables a los derechos colectivos[71]. La jurisprudencia ha reconocido algunos derechos particulares y específicos de las comunidades étnicas, ligados a sus características y trayectoria histórica, y entre ellos, en efecto se encuentra el

---

[66] Sentencia T-300 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.
[67] RODRÍGUEZ, Gloria Amparo y MORA RODRIGUEZ, Alexandra. Conflictos y judicialización de la política en la Sierra Nevada de Santa Marta. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2010. p. 179. Conclusión con sustento en las conclusiones de PECES-BARBA, Gregorio. Los derechos colectivos. Una discusión sobre derechos colectivos, 2001, p. 67-76.
[68] Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.
[69] Sentencia T-380 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. *"La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos"*.
[70] Sentencia C-463 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.
[71] Sentencia T-300 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

derecho fundamental a la consulta previa[72], como se desarrollará más adelante.

8. En el asunto que se analiza, Nibaldo Panche Chocue y Nancy Milena Chocue Guetio como autoridades tradicionales de las comunidades indígenas *"La Laguna Siberia"* y *"Las Mercedes",* promovieron esta acción de tutela en búsqueda de la protección al derecho a la consulta previa de estos dos sujetos colectivos. De tal suerte, el requisito de la legitimación por activa está satisfecho.

Sin embargo, la **ANI** sostuvo que dichos representantes no tenían legitimación por activa. Argumentó que, si bien las autoridades tradicionales de las comunidades *"La Laguna Siberia"* y *"Las Mercedes"* se posesionaron en la entidad territorial correspondiente (Caldono, Cauca), como lo acreditan las actas de posesión N°1.02.21-008 de 2018[73] y N°1.02.21-003 de 2017[74], ese hecho no es suficiente para adquirir la calidad de autoridad tradicional; para lograrlo, es preciso informar tal designación al Ministerio del Interior.

En la medida en que a la acción de tutela tan solo se adjuntaron dichas actas y las cédulas de ciudadanía de Nibaldo Panche Chocue y Nancy Milena Chocue Guetio, la ANI consideró que el Ministerio del Interior no había reconocido a estas personas como autoridades de las accionantes. Sin embargo, en el curso del trámite constitucional y con ocasión del cuestionario planteado por esta Corporación, el Ministerio del Interior aclaró que:

> *"En jurisdicción de los Municipios Caldono y Piendamó, Departamento de Cauca, se registra el Resguardo indígena LA LAGUNA SIBERIA, constituido legalmente por el INCORA hoy Agencia Nacional de Tierras (ANT), mediante Resolución Nº020 del 21 de junio de 1994, (según Anexo 1, 11 folios) ampliado mediante Resolución Nº039 del 10 de abril de 2003 del INCORA (…) (según Anexo 2, 12 folios). // En las bases de datos de registro de autoridades y/o cabildos indígenas figura el señor NIBALDO PANCHE CHOCUE (…) como Gobernador del cabildo indígena del Resguardo la Laguna Siberia, por el período comprendido del 01 de enero de 2018 al 31 de diciembre de 2018 (…).*
>
> *En jurisdicción del Municipio de Caldono, Departamento de Cauca, se registra el Resguardo Indígena LAS MERCEDES, constituido legalmente por el INCORA hoy Agencia Nacional de Tierras-ANT, mediante Resolución N°003 del 22 de julio de 2003 (…). // En las bases de datos de registro de autoridades y/o cabildos indígenas, figuran las señoras ANA EMERITA CHOCUE (…); ANGELICA TOMBE NENE (…); MELANY PATIÑO HUETIO (…) y NANCY*

[72] Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.
[73] Cuaderno principal. Folio 17.
[74] Cuaderno principal. Folio 17.

> *MILENA CHOCUE GUETIO (…) como autoridades –(Ne'Jwe'sx) del cabildo indígena del resguardo Las Mercedes según Acta de posesión Nº 1.02.21-008 de fecha 11 de enero de 2018 y Acta de elección de fecha 23 de diciembre de 2018, por el período comprendido entre el 01 de enero de 2018 al 31 de diciembre de 2018."*[75]

Así las cosas, para el momento de la interposición de la acción, el 19 de enero de 2018[76], tanto Nibaldo Panche Chocue como Nancy Milena Chocue Guetio ostentaban la calidad de autoridades indígenas y ambos eran reconocidos como tales por el Estado.

Legitimación por pasiva[77]

9. La legitimación por pasiva se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción para responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental[78]. Según el artículo 86 de la Constitución Política y los artículos 1°[79] y 5°[80] del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública.

10. En el caso objeto de estudio se advierte que la acción de tutela fue interpuesta contra varias entidades de derecho público. Además, en calidad de vinculadas, se convocó a autoridades del orden nacional, como consecuencia de la presunta relación que tenían con los hechos, las pretensiones y el objeto del amparo constitucional que se analiza. Todas las entidades que fueron llamadas a atender los reclamos del accionante son autoridades públicas.

Si bien algunas de ellas plantearon que no existía legitimación por pasiva en su contra, al no ser responsables directas de la amenaza, al no tener competencia e injerencia alguna en los procesos de consulta previa y al considerar que otras entidades debían responder por los hechos relacionados con ella, lo cierto es que ese es un argumento de fondo y no alude a su falta de capacidad jurídica para ser parte de este trámite constitucional.

En ese sentido, la Sala Sexta de Revisión encuentra que todas las entidades que conforman el extremo pasivo de esta acción de tutela, tienen legitimación por

---

[75] Cuaderno de Revisión. Folio 187 vto.
[76] Cuaderno principal. Folio 19.
[77] Apartado sustentado en las consideraciones de la Sentencia T-279 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[78] Sentencia T-373 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[79] Artículo 1. Objeto. *"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto (…)".*
[80] Artículo 5. *"Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley (…)".*

pasiva, lo que no significa que, desde el punto de vista del análisis de fondo, pueda atribuírseles necesariamente la responsabilidad en el presunto compromiso de los derechos fundamentales de las accionantes.

***Inmediatez*[81]**

11. Esta Corporación ha resaltado que, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede interponerse "*en todo momento*" porque no tiene término de caducidad[82]. No obstante, la Corte también ha sido consistente al señalar que la misma debe presentarse en un término razonable y proporcionado, a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales[83].

El requisito de inmediatez pretende que exista "*una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho (…) vulnerador de los derechos fundamentales*"[84], de manera que se preserve la naturaleza de la acción de tutela, concebida como un remedio urgente que pretende la protección efectiva y actual de los derechos invocados[85].

Correlativamente, a partir de este requisito de procedencia, queda en tela de juicio la urgencia de la intervención del juez de tutela cuando el accionante deja pasar el tiempo sin enfrentar el perjuicio que dice sufrir sobre sus derechos fundamentales, sin ninguna justificación; evento en el cual ni siquiera él, como titular de los derechos, reconoce el carácter apremiante de la situación en la que se encuentra[86]. Por ende, este requisito en últimas implica un juicio sobre la diligencia del accionante al reclamar la protección constitucional.

12. La valoración de este requisito, metodológicamente, implica la identificación del momento en el cual surgió la amenaza para el derecho fundamental y la determinación del tiempo transcurrido hasta cuando el actor acude a la acción de tutela[87]. Dicha *"relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el hecho vulnerador de los derechos fundamentales, debe evaluarse en cada caso concreto, atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad"*[88].

Con todo, la fijación del momento de la vulneración del derecho adquiere gran connotación en la estimación del cumplimiento o incumplimiento de este requisito y su fijación, en algunos casos no es pacífica.

---

[81] Apartado sustentado en las consideraciones de la Sentencia T-279 y T-345 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[82] Sentencia SU-961 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
[83] Sentencia T-038 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[84] Sentencia SU-241 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[85] Sentencia T-091 de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido.
[86] Sentencias T-996A de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1013 de 2006 M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-889 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
[87] Sentencias T-606 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y T-058 de 2019 M.P. Alejandro Linares Cantillo.
[88] Sentencia T-058 de 2019 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

13. De cara al caso concreto es preciso recordar que varios de los accionantes, como también el juez de segunda instancia, asumieron que esta solicitud de amparo no se había presentado de manera oportuna. Para concluirlo, se basaron en la idea de que la presentación de la tutela, formulada el 19 de enero de 2018, tardó cinco años tras las acciones tendientes a la certificación de la presencia de comunidades indígenas en la zona, que iniciaron en 2013; tres años, desde la firma del contrato que fue suscrito en 2015; y cerca de dos años luego de la emisión de la certificación N°018 de 2017. Encontraron que no se encontraba justificada la demora en la interposición del amparo y, así, la tutela no era inmediata y resultaba incompatible con su naturaleza de la presente acción constitucional, ante la falta de diligencia de ambas comunidades.

Para la Sala de Revisión, estos argumentos no son de recibo toda vez que no está comprobado en el proceso que las comunidades indígenas hayan conocido el proyecto desde 2013, ni que la firma del contrato haya supuesto el reconocimiento de aquel y de sus pormenores, como tampoco el acceso a la información suficiente para que las accionantes se consideraran lesionadas en su derecho fundamental a la consulta previa desde ese entonces. No hay razón para concluir, con algún grado de certeza, que las comunidades *"La Laguna Siberia"* y *"Las Mercedes"* tenían el conocimiento necesario para encontrar vulnerado su derecho a la consulta previa y que, aun así, se mostraron pasivas en relación con esa situación.

Ahora bien, en relación con la fecha de emisión de la certificación N°018 de 2017, lo cierto es que el Ministerio del Interior admitió que la misma únicamente le fue notificada al ejecutor del proyecto, es decir, a Nuevo Cauca S.A.S. y no a las comunidades que presuntamente circundan el proyecto en cuestión. En esas condiciones, ni siquiera puede asumirse que el parámetro temporal desde el cual debe estimarse si hubo o no un ejercicio oportuno de la acción de tutela, sea el momento de la expedición de dicha certificación, como algunos de los participantes lo alegaron en sus intervenciones.

14. Por otro lado, tanto la ANI como Nuevo Cauca S.A.S. manifestaron que el proyecto no fue planeado en forma secreta u oculta y que, por el contrario, (i) era de conocimiento público y (ii) fue socializado en la zona correspondiente a la Unidad Funcional 3, al punto en que es reconocido en ella.

Para respaldar sus afirmaciones, Nuevo Cauca S.A.S. aportó un informe sobre las socializaciones del proyecto en 2016, entre otros, en la Alcaldía de Caldono y en distintas veredas. Estas se hicieron a través de sesiones de las que no se aportaron registros de asistencia y no se logró demostrar la comparecencia de los miembros de las comunidades accionantes. En las descripciones tan solo se hace referencia a la asistencia de autoridades locales y pobladores, lo que no

puede sugerir que los resguardos accionantes hayan sido escenario del proceso de socialización[89].

Ni la referida sociedad, ni la ANI proporcionaron elementos de juicio suficientes para concluir que las comunidades indígenas demandantes tuvieron un conocimiento completo del plan de intervención en la infraestructura vial, pues este va más allá de su publicidad. Por ejemplo, en el archivo que evidencia los procesos de socialización del proyecto de la UF3, que se llevó a cabo en 2016 en la Vereda el Pital, llama la atención cómo la ubicación del proyecto se presentó en una de las diapositivas, pero no se hizo saber el área de influencia del proyecto[90].

Adicionalmente, se aludió a la metodología de convocatoria a las reuniones informativas sobre el mismo, según la cual el proceso iniciaba no solo con la difusión radial y la publicación de los datos de las reuniones en los medios locales de comunicación, sino que además se hacía mediante oficios dirigidos a líderes comunitarios y autoridades territoriales. Con todo, no existe prueba de la remisión de esos oficios a las autoridades indígenas de las comunidades que hoy interponen la acción de tutela.

Bajo esta óptica, si bien hubo un proceso de socialización en relación con el proyecto y, específicamente, sobre algunos de los alcances de la UF3, las accionadas no acreditaron que en virtud de aquel (i) las accionantes hayan podido adquirir el conocimiento del desarrollo del plan de intervención vial y de sus particularidades; como tampoco (ii) el momento desde el cual, presuntamente lo habrían hecho. Por ende, no puede asumirse que la socialización general del proyecto y el reconocimiento de aquel a través de los medios masivos de comunicación, de volantes e incluso de vallas, haya servido para que las comunidades afectadas identificaran una amenaza a sus derechos por parte de la UF3 del proyecto vial *"Segunda Calzada Popayán-Santander de Quilichao";* por lo mismo dichas reuniones no sirven como parámetro temporal para establecer si la acción de tutela se promovió en un término irrazonable.

Sin perjuicio de ello, la Sala resalta que uno de los accionantes, Nibaldo Panche Chocue, precisó que en 2016 tuvieron conocimiento de un estudio predial sobre algunos inmuebles ubicados en la vereda La Independencia[91]. Aunque a primera vista ello podría servir para reclamar la interposición de tutela desde ese instante, es necesario tener en cuenta que esa información, por sí misma, no sugiere el reconocimiento por parte de las accionadas de una afectación sobre los derechos de las comunidades indígenas y, mucho menos, una amenaza al derecho a la consulta previa. En gracia de discusión, tal perjuicio solo pudo haberse concretado cuando el Ministerio del Interior resolvió no certificar la

[89] Cuaderno de revisión. Folio 743. ANEXO 10 ACTAS DE REUNIÓN constancias de socialización.
[90] Cuaderno de revisión. Folio 743. ANEXO 10 ACTAS DE REUNIÓN SocializacionUF3en2016.
[91] Cuaderno de Revisión. Folio 309.

presencia de las comunidades *"La Laguna Siberia"* y *"Las Mercedes"* en la zona, y con fundamento en ello, la ANLA expide una licencia ambiental mediante Resolución N°0923 del 8 de agosto de 2017.

Desde ese momento hasta la interposición de la acción de tutela, pasaron cerca de cuatro meses[92], un término razonable para la interposición de la presente acción de tutela.

15. Adicionalmente, es importante llamar la atención sobre la continuidad de los hechos que generaron esta acción de tutela, pues el argumento central de los accionantes es el desconocimiento del proyecto vial *"Segunda Calzada Popayán-Santander de Quilichao"* y de las implicaciones que pueda tener en su comunidad; se reclama la posibilidad de participar previamente a la ejecución del proyecto vial que se desarrollará en el territorio ocupado por los resguardos *"La Laguna Siberia"* y *"Las Mercedes"*. Esta situación sigue vigente y ello refuerza la conclusión conforme a la cual esta acción de tutela se presentó oportunamente, en tanto su propósito era frenar una presunta amenaza continua.

***Subsidiariedad*[93]**

16. Por último, es preciso señalar que la utilización de la acción de tutela como mecanismo orientado a la defensa de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por una autoridad pública o un particular, es excepcional y su interposición solo es jurídicamente viable cuando no se encuentre un medio ordinario eficaz para la protección de los derechos y, por tanto, no exista un mecanismo judicial que brinde un amparo oportuno y evite una afectación grave e irreversible de las garantías constitucionales.

El principio de subsidiariedad implica el resguardo de las competencias jurisdiccionales, de la organización procesal básica, del debido proceso y de la seguridad jurídica, propias del Estado Social de Derecho. De este modo, "*siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico*"[94].

El Decreto 2591 de 1991 establece expresamente que solo procede la tutela cuando "*el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial*". Entonces, la procedencia de la acción se encuentra condicionada por el principio de subsidiariedad, bajo el entendido de que no puede desplazar los recursos ordinarios o extraordinarios de defensa[95], ni mucho menos a los jueces

---

[92] Al descontar la vacancia judicial, en el mismo sentido en que lo hiciere a sala Plena de esta Corporación en la Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.
[93] Apartado sustentado en las consideraciones de la Sentencia T-279 y T-345 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[94] Sentencia T-106 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
[95] Sentencia T-480 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

competentes en la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa[96].

La inobservancia de tal principio es causal de improcedencia de la tutela a la luz de lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991[97], declarado exequible en la **Sentencia C-018 de 1993**[98]. La consecuencia directa de ello es que el juez constitucional no puede entrar a discernir el fondo del asunto planteado.

17. En relación con el requisito de subsidiariedad ante acciones de tutela promovidas por comunidades indígenas, la **Sentencia SU-217 de 2017**[99] precisó que este se flexibiliza de manera intensa gracias a que, tanto ellas como sus miembros, son *"sujetos de especial protección constitucional, que han enfrentado patrones históricos de discriminación –aún no superados– y cuyos derechos inciden en la satisfacción de los fines esenciales del Estado"*, entre los cuales se encuentra el desarrollo de su carácter pluralista y multicultural.

En esa decisión, el Pleno de este Tribunal concluyó que, pese a que el artículo 46 de la Ley 1437 de 2011[100] prevé el desconocimiento de la consulta previa como una de las causales de nulidad de los actos administrativos, la acción de tutela es, por excelencia, el medio judicial con el que cuentan estos grupos étnicos para contener las afectaciones que surjan como consecuencia de la interacción de su cosmovisión, con la sociedad mayoritaria: *"la acción de tutela es, por regla general, el medio judicial adecuado y preferente para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y, en especial, del derecho a la consulta previa."*

Para llegar a esta conclusión, incluso desde la Sentencia **SU-039 de 1997**[101], la Corte planteó que mientras la acción de tutela se orienta por la protección efectiva e integral de los derechos fundamentales, las acciones con que cuenta el ciudadano en la jurisdicción contencioso administrativa se limitan a discernir litigios de rango legal. En relación con ellos, las medidas cautelares de suspensión de los actos administrativos, estaban tan regladas en cuanto a su procedencia, que hacían casi imposible su concesión antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

---

[96] Sentencia SU-424 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
[97] *"Artículo 6º. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante (...) Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización".*
[98] M.P. Alejandro Martínez Caballero.
[99] M.P. María Victoria Calle Correa.
[100] *"Artículo 46. Consulta obligatoria. Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas,* ***so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar****."*
[101] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Así mismo, la Sentencia **SU-383 de 2003**[102] sostuvo que la acción de tutela era el único recurso judicial con el que contaban las comunidades indígenas para enfrentar, a través de la consulta previa, las condiciones de opresión, explotación y marginalidad que padecieron históricamente. Ello, según este fallo, habilita al juez constitucional a actuar en forma preferente.

La expedición de la Ley 1437 de 2017, no cambió la situación. En relación con ella la Corte continuó con la línea de la procedencia de la acción de tutela en casos en que las comunidades indígenas la interpusieran para defender su derecho a la consulta previa, bajo el entendido de que "*los procesos consultivos son un escenario esencial para asegurar la pervivencia física y la protección de las costumbres y tradiciones de esas colectividades"*, como lo señaló la **Sentencia SU-217 de 2017**[103]. En ese sentido, esa misma decisión destacó que el problema que se debate en estos casos no solo atañe a derechos fundamentales, sino que, en virtud del pluralismo y la multiculturalidad, como mandatos superiores, implican la materialización de *"las bases del orden político establecido por el Constituyente de 1991."*

En el mismo sentido, recientemente, la **Sentencia SU-123 de 2018**[104] destacó que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe otro mecanismo judicial de protección efectiva del derecho a la consulta previa, más que la acción de tutela, única vía judicial que permite dar *"una respuesta clara, omnicomprensiva y definitiva a la vulneración de derechos"* de los conglomerados indígenas, en tanto *"[l]a protección que ofrecen las acciones contenciosas del derecho a la consulta previa es insuficiente, porque 'estudiar la legalidad de un acto administrativo no implica que se adopten modos de resarcimiento que serían propios del juez de amparo de derecho, rol que obedece a su función protectora de los derechos fundamentales'"*.

Con fundamento en esta postura de la Sala Plena de la Corte Constitucional, la acción de tutela es el mecanismo de defensa judicial con el que cuentan las comunidades indígenas para la defensa efectiva e integral del derecho a la consulta previa.

18. En el asunto que se analiza en esta oportunidad, el juez de segunda instancia inobservó las directrices señaladas por la jurisprudencia constitucional en relación con esta materia. Consideró que las comunidades accionantes tenían la vía contencioso administrativa para controvertir tanto la certificación N°018 de 2017, como la licencia ambiental otorgada por la ANLA en relación con la Unidad Funcional 3 del proyecto vial *"Segunda Calzada Popayán-Santander de Quilichao".* Desde ese punto de vista, precisó que no acreditaron una afectación excesiva e inminente sobre sus derechos fundamentales, que

[102] M.P. Álvaro Tafur Galvis.
[103] M.P. María Victoria Calle Correa.
[104] MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

configurara un perjuicio irremediable, de modo que tampoco encontró que la acción fuera procedente en forma transitoria.

19. Esta Sala de revisión, reafirma los argumentos expuestos por la Sala Plena de esta Corporación, e insiste en que la defensa del derecho fundamental a la consulta previa solo puede brindarse de modo efectivo y completo a través de la acción de tutela, en la medida en que los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa tienen un objeto distinto, de rango legal, que se concentra en el acto administrativo[105] y no en la protección integral de los derechos de los grupos étnicos, en cuyo centro se encuentra la supervivencia de estos como colectivos culturalmente diversos. Por ese motivo, la vía contencioso administrativa no asegura la protección global de las garantías *ius fundamentales* asociadas a la consulta previa.

20. En vista de la satisfacción de cada uno de los requisitos de procedencia de las acciones de tutela, la Sala pasará a considerar el fondo del asunto planteado por las comunidades indígenas *"La Laguna Siberia"* y *"Las Mercedes"*. Ello no sin antes resolver la solicitud probatoria de Nibaldo Panche Chocue, en relación con una video conferencia que permitiera ampliar las respuestas al cuestionario planteado por la Corte Constitucional.

Cuestión previa: Sobre la solicitud de una video conferencia para resolver el cuestionario planteado en el Auto del 11 de septiembre de 2018

21. Tras la emisión del **Auto del 11 de septiembre de 2018**, en el cual la Corte Constitucional le solicitó a las comunidades accionantes resolver varias preguntas para profundizar sobre los argumentos de la demanda de tutela, mediante comunicación del 27 de septiembre siguiente, Nibaldo Panche Chocue dio contestación a las mismas, como Gobernador de *"La Laguna Siberia"*.

Al finalizar su comunicación planteó lo siguiente:

> *"Esperando haber resuelto sus preguntas con gusto podemos hacer una videoconferencia para que los comuneros indígenas y este cabildo puedan resolver mediante la tradición oral más claramente sus inquietudes, toda vez que nuestro sistema cultural es eminentemente de tradición oral y comunitario"*[106].

En relación con esa manifestación, el **Auto 651 de 2018** asumió que la misma era una solicitud probatoria, cuya determinación correspondía al juez de primera

---

[105] Sentencia SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa. El objeto de los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa es el *"control de legalidad sobre el acto"*. Incluso las medidas cautelares que contempla, *"siempre operan en función del objeto final del trámite que, como se expresó, se cifra en el control de legalidad de los actos administrativos y no en la solución de complejos problemas constitucionales, como los que involucran los derechos de comunidades y pueblos indígenas".*

[106] Cuaderno de Revisión. Folio 309 vto.

instancia, ante el decreto de la nulidad de todo lo actuado en este trámite hasta el 8 de octubre de ese mismo año.

Pese a lo considerado en esa decisión, el juez de primera instancia resaltó que se trataba de una *"insinuación"* de esta Corporación y, sin resolver la petición del accionante, profirió sentencia y ordenó que el Ministerio del Interior fuera quien resolviera la misma y, en caso de encontrarlo necesario, llevara a cabo la video conferencia solicitada.

22. Así las cosas, la Sala encuentra que dicha solicitud de pruebas está pendiente de resolverse y pasará a definirla antes de resolver el caso de la referencia.

Si bien esta Corporación entiende las diferencias y las dificultades que puede representar el diálogo intercultural en un escenario judicial como este, en razón de las diversas tradiciones culturales mayoritarias y minoritarias que atraviesan nuestras percepciones del mundo, lo cierto es que la respuesta emitida por el peticionario, absuelve completamente los interrogantes planteados en el auto de solicitud de pruebas. Dicha contestación, leída en consonancia con los escritos de tutela e impugnación, revelan la idea de que la comunidad indígena que representa el señor Nibaldo no ha tenido acceso a la información necesaria para hacerse una idea del nivel de afectación que genera y puede engendrar, a futuro, la construcción de la Unidad Funcional 3 del proyecto vial *"Segunda Calzada Popayán-Santander de Quilichao"*.

En esa medida la Sala estima que la prueba no es necesaria en este asunto concreto, en la medida en que junto con la respuesta de la comunidad *"La Laguna Siberia"*, se recaudaron otras pruebas que dan cuenta de la proximidad del proyecto vial a los territorios ocupados por ella, y del desconocimiento de los pormenores del plan de intervención en la infraestructura vial. Por esa razón, la Sala no decretó esa prueba.

El principio de igualdad. Pluralismo y multiculturalidad en el Estado colombiano

23. Los procesos de universalización de los derechos, inspirados en un *"abstracto sujeto hombre"*[107], han sido complementados con el reconocimiento de la heterogeneidad al interior de las fronteras nacionales[108]. Comoquiera que en el marco estatal convergen multiplicidad de capacidades[109], visiones, tradiciones y percepciones de mundo, es preciso un proceso de especificación de los derechos, que considere las situaciones y calidades particulares de todos los sectores y grupos sociales[110].

---

[107] BOBBIO, Norberto. El tiempo de los derechos. Editorial Sistema. Madrid, 1991. p. 110.
[108] HOBSBAWN, Eric. Naciones y nacionalismos desde 1780. Crítica. Barcelona, 1992. p. 42 y 197.
[109] Sentencia T-629 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[110] BOBBIO, Norberto. El tiempo de los derechos. Editorial Sistema. Madrid, 1991.

Un Estado pluralista, como el que el constituyente adoptó en Colombia desde 1991, se caracteriza por la coexistencia armónica de la diferencia. Identifica la necesidad de que las garantías constitucionales se generalicen y se apliquen en favor de todos los asociados, pero al mismo tiempo admite que para lograrlo es necesario tener en cuenta las circunstancias particulares, en especial de los grupos más vulnerables. De tal suerte, enfrenta desafíos en relación con la generalización de los derechos –ligados a su carácter universal- y la forma, armónica y diferencial, en que deben concretarse en la sociedad. Entiende que la universalidad de las garantías constitucionales se logra mediante el trato diferencial, sin el cual la concreción de los postulados constitucionales sería deficitaria y tendría un impacto limitado.

Todas las diferencias deben armonizarse al punto en que la institucionalidad las cobije, proteja y convoque, y en que aquellas puedan empoderarse y aportar en el proceso de construcción democrática de la sociedad y del Estado. Para ello es necesario entender el principio de igualdad, ya no desde el plano formal sino desde el material y superar la idea de que para generalizar los derechos es suficiente dar un trato idéntico a todas las personas[111]. Precisa trascender hacia una concepción que articule el valor universal de los derechos y su eficacia jurídica en cada caso concreto[112]; descender *"del plano ideal al real,* [pues] *una cosa es la historia de los derechos del hombre, de derechos siempre nuevos y siempre más extensos, y justificarlos con argumentos persuasivos, y otra es asegurarles una protección efectiva"*[113].

La pluralidad trasciende la convicción de la existencia de multiplicidad de visiones y percepciones de mundo en un mismo espacio-tiempo, a la necesidad de que haya armonía entre ellas y de que todas sean permeadas por la institucionalidad y aporten a su configuración.

24. La armonización de las diferencias se consolida a través de la igualdad que, como principio constitucional *"es un mandato complejo"*[114], pues implica la garantía de la aplicación general de las normas y de su carácter abstracto, por lo que está prohibido hacer distinciones con motivos discriminatorios, excluyentes e irrazonables, que son contrarios a la Constitución.

Este principio impulsa:

> *"la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales"*[115]*, con lo que rehúye la idea de una "equiparación matemática (…) que*

[111] Ídem. p. 40 a 45
[112] Ídem.
[113] Ídem. p. 111
[114] Sentencia C-178 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.
[115] Ídem.

> *exigiría absoluta homogeneidad, sino que [impone] tratos iguales entre iguales, tratos diferentes entre supuestos disímiles e, incluso, medidas distintas en beneficios (sic.) de grupos que aunque desde una perspectiva son iguales desde otra requieren mejor tratamiento por parte del Estado"*[116].

Tal principio constitucional conlleva entonces *"la protección de grupos tradicionalmente discriminados o marginados"*[117], que supone un doble encargo para el Estado: uno de **abstención –negativo-**, según el cual debe evitar generar o permitir la discriminación, directa[118] o indirecta[119], en contra de ellos, y otro de **intervención –positivo-**, conforme el cual, ha de diseñar mecanismos de política pública destinados a superar o aminorar los efectos de la desigualdad material que enfrentan esos grupos, respecto del resto de la sociedad.[120]

25. Entre los grupos tradicionalmente discriminados en Colombia, se encuentran las comunidades indígenas. En relación con ellas, el devenir histórico del Estado generó un estigma sobre sus formas de vida, usos y costumbres[121], que fijó una comprensión social equivocada sobre el carácter antagónico de la cosmovisión indígena y los procesos de modernización del Estado.

Como consecuencia de ello, la Corte Constitucional ha reconocido una protección constitucional reforzada en relación con las minorías étnicas, dada:

> *"(i) la existencia de patrones aún no superados de discriminación, que afectan a los pueblos y las personas étnicamente diversas; (ii) la presión que la cultura mayoritaria ejerce sobre sus costumbres, su percepción sobre el desarrollo y la economía o, en términos amplios, su modo de vida bueno (usualmente denominado cosmovisión); y (iii) la especial afectación que el conflicto armado del país ha generado en las comunidades indígenas y otros grupos étnicamente diversos,*

---

[116] Sentencia C-862 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
[117] Sentencia T-629 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
[118] Sentencia T-629 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. *"por las cuales se coarta o excluye a una persona o grupo de personas del ejercicio de un derecho o del acceso a un determinado beneficio".*
[119] Sentencia T-291 de 2009. M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez. *"aplicación de normas aparentemente neutras, pero que en la práctica generan un impacto adverso y desproporcionado sobre un grupo tradicionalmente marginado o discriminado".*
[120] Sentencia T-629 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
[121] SERNA, Adrián. *Ciudadanos de la geografía tropical. Ficciones históricas de lo ciudadano*. Universidad Distrital Francisco José de Caldas. Bogotá, 2006. p. 244 *"las ciudadanías culturales se han visto sometidas a los desajustes históricos en la construcción de lo ciudadano. En primer lugar, porque esas identidades fueron el objeto privilegiado de la estigmatización colonial, que al imponerles unas calificaciones de inferioridad, de degeneración y de atraso, las convirtió en fuentes de los traumatismos del proyecto nacional. En segundo lugar, porque esas identidades fueron progresivamente desplazadas por el discurso del mestizaje, que pretendió homogeneizar a la nación en detrimento de las especificidades sociales y culturales. En tercer lugar, porque esas identidades fueron presentadas como remanentes o vestigios de un tiempo anterior que debía claudicar con el paso de la modernización. Si se quiere identidades sociales y culturales fueron contrapuestas a la identidad ciudadana y, en muchos casos, fueron utilizadas para negar la universalidad de la ciudadanía a las mujeres, a los indígenas y a los afrocolombianos".*

> *entre otros motivos, por el despojo o uso estratégico de sus tierras y territorios".*[122]

26. Las diferencias ancladas en la etnia fueron abordadas en la Constitución. Los artículos 7° y 70 superiores, fijaron el deber estatal de reconocer y resguardar la diversidad étnica y cultural, lo que significa la necesidad de aceptar, respetar y promover la variedad de cosmovisiones y la multiplicidad de formas de percibir, pensar y actuar en la sociedad[123].

En Colombia *"existe un interés claramente definido dentro de los parámetros del Texto Superior, dirigido a que las culturas étnicas que integran la nacionalidad colombiana sobrevivan, se desarrollen, sean reconocidas, apoyadas y protegidas por el Estado"*[124], que tiene el deber de impulsar la heterogeneidad y la convivencia entre distintas visiones y creencias sobre el mundo, como la base desde la cual ha de consolidarse el proyecto democrático que inició en 1991.

Cada etnia y cada uno de sus miembros puede participar en la dinámica social desde sus rasgos distintivos, pues no por ser diferentes se excluyen. El Estado debe permitir y promover esta participación, en el marco de los valores y principios constitucionales, pues su invisibilidad implica privilegiar un concepto ideal de ser humano, en sacrificio de su dimensión real y otorga, en pro de la igualdad formal, un trato discriminatorio a sujetos en condición de vulnerabilidad. Desconocer lo que nos hace diferentes convalida las ventajas sociales, sobre la población más vulnerable y a favor del resto de la sociedad, y propaga escenarios de desigualdad que son inadmisibles conforme el artículo 13 superior.

27. El pluralismo sugiere la existencia de una gama de cosmovisiones distintas entre sí y exige la necesidad de gestionar la diferencia para armonizarla. En ese contexto el multiculturalismo, se erige como una de las formas de hacerlo y es la única viable en el orden constitucional vigente, de conformidad con los artículos 7 y 70 del texto superior.

Varias veces se ha mencionado el hecho de que en la actualidad y en Colombia se reconoce la diferencia. Es importante anotar que ello no implica que la diferencia haya surgido hasta el momento de la promulgación de la Constitución de 1991; sugiere más bien que antes de ella, el trato a las diferencias étnicas se fundaba en otros esquemas de pensamiento.

La diferencia étnico-cultural ha sido abordada en función de tres modelos. El primero fue el de la *asimilación*, conforme al cual la heterogeneidad implicaba que los grupos minoritarios abandonaran las costumbres propias y se plegaran

---

[122] Sentencia SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.
[123] Sentencia T-380 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
[124] Sentencia T-568 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

a las mayoritarias. El segundo modelo, es conocido como el *crisol de culturas*[125], en el que las diferencias culturales se desvanecían con su intercambio, en la medida en que propiciaba escenarios en los que las visiones se mezclaban, hasta conformar nuevas perspectivas culturales, distintas a las originarias.[126] Ambas formas de tratar la diferencia, se estructuraban en pro de la homogenización de las culturas y en función del esfuerzo del grupo minoritario por responder a un contexto marcado por las mayorías, incluso con el sacrificio de sus particularidades.

Por el contrario, el multiculturalismo se caracteriza porque *"las diferentes culturas étnicas coexisten por separado en términos de igualdad, pero participan en la vida política y económica general de la sociedad"*[127], sin que la identidad étnica deba quedarse como un asunto privado (como en los paradigmas anteriores), sino reconociéndola como un elemento que tiene la potencialidad de influir en la esfera de lo público, en la democracia y en la construcción de lo que es de todos, a partir del diálogo intercultural y de lo que es cada uno.

Derechos de las comunidades étnicas en función del pluralismo multicultural

28. Si bien los mandatos constitucionales apuntan al reconocimiento de la diferencia y a la coexistencia de todas las cosmovisiones presentes en el territorio nacional, en la práctica, la confluencia de proyectos culturales distintos ha suscitado conflictos inter e intra étnicos.

Dichos conflictos surgen por el encuentro entre dos culturas disímiles y han llevado a la consolidación de garantías externas[128] en favor de los valores tradicionales de los grupos étnicos minoritarios, que adquieren la forma de derechos diferenciados[129] o especiales en función de la pertenencia étnica[130], justificados en la insuficiencia de los derechos universales para responder a la situación social e histórica de las comunidades tribales[131].

29. Uno de los derechos reconocidos en forma particular a los grupos indígenas es el derecho a la identidad étnica y cultural, referida específicamente a su auto

---

[125] Según la traducción de GIDDENS, Anthony y SUTTON, Philip W. Conceptos esenciales de Sociología. Alianza editorial. Madrid, 2017. p. 773.
[126] GIDDENS, Anthony y SUTTON, Philip W. Conceptos esenciales de Sociología. Alianza editorial. Madrid, 2017. p. 773 y 774.
[127] GIDDENS, Anthony y SUTTON, Philip W. Conceptos esenciales de Sociología. Alianza editorial. Madrid, 2017. p. 773 y 774.
[128] KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1996, p. 58.
[129] KYMLICKA, Will et al. *Cosmopolitismo: Estado-nación y nacionalismo de las minorías*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2003.
[130] BORRERO GARCÍA, Camilo. La cultura como derecho: acertijos e interrogantes. Derechos culturales, p. 185.
[131] KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1996, p. 17.

reconocimiento[132]. Este derecho, según lo ha precisado la Corte Constitucional, responde a la preservación de la heterogeneidad cultural del Estado, en la medida en que implica que *"las comunidades que no ostentan los valores culturales y sociales de la sociedad mayoritaria puedan ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia manera de ver el mundo. Ello implica que (…) puedan expresarse y autodeterminarse de acuerdo con su cosmovisión cultural dentro y fuera de sus territorios"*[133], garantía que se predica tanto de las comunidades, como sujetos colectivos de derechos, como también de sus miembros[134].

Este derecho, de conformidad con la **Sentencia C-882 de 2011**[135], se traduce en la facultad que tienen las comunidades indígenas para:

(i) Tener su propia vida cultural.

(ii) Profesar y practicar su propia religión.

(iii) Preservar, practicar, difundir y reforzar sus valores y tradiciones sociales, culturales, religiosas y espirituales, así como sus instituciones políticas, jurídicas, sociales y culturales, entre otras.

(iv) Emplear y preservar su propio idioma.

(v) No ser objeto de asimilaciones forzadas.

(vi) Conservar, acceder privadamente y exigir la protección de los lugares de importancia cultural, religiosa, política, etc. para la comunidad.

(vii) Conservar y exigir protección a su patrimonio cultural material e inmaterial.

(viii) Utilizar y controlar sus objetos de culto.

(ix) Revitalizar, fomentar y transmitir a las generaciones presentes y futuras sus historias, tradiciones orales, filosofía, literatura, sistema de escritura y otras.

(x) Emplear y producir sus medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales.

(xi) Participar en la vida cultural de la Nación.

---

[132] Sentencia SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.
[133] Sentencia T-778 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
[134] Sentencia T-772 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-882 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
[135] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

(xii) Seguir un modo de vida según su cosmovisión y relación con los recursos naturales.

(xiii) Preservar y desarrollar sus modos de producción y formas económicas tradicionales.

(xiv) Exigir protección de su propiedad intelectual relacionada con obras, creaciones culturales y de otra índole.

Estas facultades le permiten a una cultura minoritaria y a sus miembros, conservar sus valores, creencias y tradiciones, y cimentar, a partir de ellas, el diálogo intercultural sin el riesgo de ser absorbida por las cosmovisiones mayoritarias. El derecho a la identidad indígena, por ende, se torna en una garantía no solo para sus destinatarios, sino para el Estado en forma simultánea, pues le permite consolidar su proyecto multicultural.

30. Las prerrogativas que tienen las comunidades indígenas para asegurar su derecho a la identidad étnica, implican la concesión de cierta libertad en el desarrollo de sus proyectos culturales particulares. Así, un segundo derecho propio de los conglomerados étnicos, es su autonomía.

La **autonomía** de los pueblos indígenas se refiere a la capacidad que tienen los grupos étnicos para decidir sus asuntos culturales, espirituales, políticos y jurídicos, en consonancia con su cosmovisión, de modo que la colectividad y sus miembros, puedan preservar el derecho a la identidad étnica. Su ejercicio asegura la pluralidad, en tanto hace posible la salvaguarda de las diferencias y la gestión multicultural de la diferencia.

Según la jurisprudencia, este derecho tiene tres ámbitos de protección[136]. El primero es el ámbito externo, en virtud del cual se reconoce el derecho de las comunidades, como sujetos colectivos, a participar en las decisiones que les afectan (bien sea mediante la participación de la colectividad en igualdad de condiciones al resto de ciudadanos, el derecho a la consulta previa o la necesidad de la obtención del consentimiento previo libre e informado, de conformidad con el nivel de impacto de la decisión[137]). El segundo es la participación política de las comunidades en el Congreso y, el tercero, el ámbito interno, que implica la posibilidad de que al interior del grupo étnico surjan, se conserven o se modifiquen las formas gobierno y puedan autodeterminar sus dinámicas sociales internas. En relación con este último ámbito, se ha erigido la jurisdicción indígena y se ha reconocido *"el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios, con los límites que señale la Constitución y la ley"*[138].

---

[136] Sentencias T-973 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo, T-973 de 2014 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-650 de 2017 M.P. Alberto Rojas Ríos.
[137] SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.
[138] Sentencia T-973 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

En razón de estos ámbitos de protección, en principio al Estado le está vedado intervenir en las decisiones de los pueblos indígenas[139], so pena de anular su autonomía, su identidad cultural y, con ellas, el carácter plural y multicultural del orden jurídico y social. Sin embargo, estas garantías constitucionales no pueden leerse como facultades absolutas y, en caso de conflicto con los derechos de otras personas, deben ser ponderadas y pueden ceder en relación con otras normas superiores[140].

La autonomía indígena en su dimensión externa. La consulta previa alcance y requisitos para su satisfacción

31. La autonomía de los grupos indígenas, en relación con culturas distintas a la suya, se garantiza a través de su participación en las medidas previstas por la Administración. Esta participación tiene varios niveles y formas de desplegarse, y la aplicación de una u otra depende del grado de incidencia de la medida en la dinámica de la comunidad étnica.

La jurisprudencia ha encontrado que la participación a la que tienen derecho las comunidades indígenas en consideración de su derecho a la consulta previa, se despliega a través de:

> *"i) la simple participación, asociada a la intervención de las comunidades en los órganos decisorios de carácter nacional, así como en la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen; (ii) la consulta previa frente a cualquier medida que los afecte directamente; y (iii) el consentimiento previo, libre e informado cuando esa medida (norma, programa, proyecto, plan o política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial."*[141]

La *simple participación* opera en virtud del mandato constitucional contenido en el artículo 40 superior, conforme al cual todos los ciudadanos pueden *"participar en la conformación, ejercicio y control del poder político"*, derecho que se refuerza cuando hacen parte de una comunidad étnica, dado el propósito de erradicar la discriminación que han sufrido históricamente[142].

Por su parte, el *consentimiento previo, libre e informado* refiere a la exigencia que tiene el Estado de perseguir de manera especial un acuerdo con la comunidad. Es excepcional y solo opera en los casos en que la medida por adoptar implica *"i) el traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su*

---

[139] Sentencia T-979 de 2006. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
[140] Sentencia T-466 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo y T-080 de 2018 M.P. Carlos Bernal Pulido.
[141] Sentencia C-389 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa.
[142] Sentencia SU-097 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

lugar de asentamiento; ii) (…) un alto impacto social, cultural y ambiental alto que pone en riesgo su subsistencia; o iii) (…) el almacenamiento o depósito de materiales peligrosos –tóxicos- en sus tierras y territorios.”[143]

Lo anterior implica que la *consulta previa*, en estricto sentido, es uno de los mecanismos a partir de los cuales la comunidad indígena puede incidir en la vida pública. Tiene como rasgo distintivo la afectación directa de los intereses de una colectividad étnica, como presupuesto para que proceda, mismo que será desarrollado más adelante.

32. La consulta previa en sí misma, con arreglo a las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad[144], ha sido considerada por esta Corporación como un derecho fundamental de los grupos étnicos[145].

A través de él, el Estado garantiza que las comunidades indígenas participen de forma efectiva en las decisiones que les atañen, de modo que es una condición para la preservación de su autonomía y, a través de ella, de su identidad étnica[146]. Asegurarlo, supone también materializar los mandatos constitucionales de pluralidad multicultural y todas las autoridades, como los particulares[147], deben coadyuvar en ese esfuerzo[148].

33. Se trata de una garantía conforme la cual *“en un proceso de carácter público, especial, obligatorio, intercultural e interinstitucional, que debe realizarse previamente a la adopción, decisión o ejecución de alguna medida o proyecto público o privado susceptible de afectar directamente sus formas y sistemas de vida, o su integridad étnica, cultural, espiritual, social y económica”*[149], la comunidad indígena manifiesta, desde su cosmovisión, su postura en relación con los planes de la sociedad mayoritaria, en búsqueda de la armonización de aquellos con sus valores culturales, en la medida de lo posible. Implica un ejercicio de diálogo intercultural que permite la coexistencia participativa, efectiva y respetuosa de sistemas culturales distintos.

---

[143] Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.
[144] Conformado por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el Pacto Internacional sobre los Derechos, Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.
[145] Sentencias SU-039 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell. *“la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que puedan afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad (...) que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”*; y SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.
[146] Sentencia T-576 de 2014. *“los procesos consultivos son un escenario esencial para asegurar la pervivencia física y la protección de las costumbres y tradiciones de esas colectividades explica, en efecto, que la Corte haya respaldado, desde sus primeras sentencias, la competencia del juez de tutela para impartir las órdenes que aseguren que estas sean informadas oportunamente sobre los proyectos que impacten sobre sus territorios o sus formas de vida y para que cuenten con la oportunidad de evaluar su impacto y de incidir en la formulación de la decisión de que se trate”.*
[147] Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.
[148] Sentencia SU-383 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
[149] RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia. Editorial Universidad del Rosario, 2017. p.11.

Según el Convenio 169 de la OIT, la consulta previa es un deber del Estado, siempre que los pueblos indígenas y tribales puedan verse afectados directamente por alguna medida administrativa o legislativa en su vida.

Tal deber se satisface únicamente cuando los grupos étnicos participen en forma activa y efectiva en las decisiones que les atañen, en relación con las medidas de cualquier orden que incidan o puedan incidir en la vida de la comunidad étnica[150]. Dicha participación solo puede derivar de un:

> *"diálogo intercultural entre iguales, en el entendido de que (...) ni los pueblos indígenas tienen un derecho de veto que les permita bloquear decisiones estatales, ni el Estado tiene un derecho a la imposición sobre los pueblos indígenas para imponerles caprichosamente cualquier decisión sino que opera un intercambio de razones entre culturas que tiene[n] igual dignidad y valor constitucional (CP art 70)"*[151].

El diálogo debe responder a las necesidades de las comunidades interactuantes, pero siempre bajo el entendido de que, materialmente, no se encuentran en las mismas condiciones, y que el Estado debe compensar las diferencias[152], para que pueda consolidarse un encuentro en igualdad de condiciones y oportunidades, en la que ninguna cultura se imponga a la otra.

Alcance del derecho a la consulta previa

34. Contextualizado de esa forma, como una de las vías para ejercer la autonomía de los grupos indígenas y para asegurar su derecho a la identidad étnica, el derecho a la consulta previa es una de las garantías asociadas a una perspectiva multicultural de las diferencias étnicas que, según lo reconoció el Convenio 169 de la OIT, tiene cuatro ejes: *"la autonomía de los pueblos indígenas y tribales, el respeto por la diferencia cultural, la defensa de los territorios y la participación"*[153].

35. Conforme al bloque de constitucionalidad, la relación entre distintas culturas precisa el reconocimiento de la participación y de la consulta como fundamentos de la misma, sustentados en el derecho a la autodeterminación de los pueblos[154], cuyo contenido implica *"tomar decisiones relativas a su*

---

[150] Sentencias T-376 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa y T-550 de 2015 M.P. Myriam Ávila Roldán.
[151] Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.
[152] Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.
[153] Sentencia SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.
[154] ONU. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *"Artículo 1. // 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. // 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.*

desarrollo económico, social y cultural y a disponer de sus riquezas y recursos naturales en sus territorios, conforme a sus usos y costumbres, dentro de los límites constitucionales"[155].

El Convenio hace referencia a una serie de medidas que, en principio deberían ser concertadas con las comunidades tribales que puedan afectarse con ellas. La **Sentencia T-226 de 2016**[156] recogió estas medidas, con la salvedad de que la alusión a ellas no tiene un carácter taxativo[157]:

> *"Dentro de ese catálogo se encuentran aquellas que i) involucran la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales; ii) las que implican su traslado o reubicación de las tierras que ocupan; iii) las relativas a su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir sus derechos sobre estas fuera de su comunidad; iv) las relacionadas con la organización y el funcionamiento de programas especiales de formación profesional; v) la determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno y vi) las relacionadas con la enseñanza y la conservación de su lengua."*

Ello implica que los Estados tienen el deber de consultar a los grupos tribales que puedan verse afectados directamente por medidas administrativas y legislativas, en búsqueda de un acuerdo con ellas, a través de sus autoridades[158].

La determinación de dicha afectación puede ameritar la realización de estudios, que deben hacerse *"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*

// 3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas."

[155] Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

[156] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[157] Sentencia T-226 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. *"Las medidas que no encuadran en esas hipótesis deben examinarse bajo la óptica de la regla general de afectación directa. Esto, a su vez, exige valorar las especificidades de cada caso, pues es posible que el impacto que determinada medida cause en cierta comunidad sea mayor o menor del que le generaría a otra."*

[158] OIT. Convenio 169. *"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."*

resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas."[159]

36. Para la jurisprudencia, el derecho fundamental a la consulta previa se traduce en la garantía que tienen los grupos indígenas (como otras colectividades tribales[160]) de participar en las decisiones que les conciernen en forma directa. Busca que intervengan en las medidas que incidan o puedan incidir[161] en su forma de vida, en su dinámica social y en su interacción con otros sistemas culturales, para evitar interferencias indebidas en su organización[162]. En virtud de este derecho *"las comunidades indígenas y tribales deben ser consultadas sobre cualquier decisión que las afecte directamente, de manera que puedan manifestar su opinión sobre la forma y las razones en las que se cimienta o en las que se fundó una determinada medida"*[163].

36.1. Se ha precisado que son **titulares** de la consulta previa los grupos sobre los que pueda predicarse la existencia de *"rasgos culturales y sociales compartidos u otra característica que la distinga de la sociedad mayoritaria[y] (...) conciencia sobre su pertenencia a un grupo humano étnicamente diverso"*[164]. Se trata de los grupos que sean identificables como culturalmente distintos (elemento objetivo) y que, al mismo tiempo se reconozcan a sí mismos como tales y como parte del grupo minoritario[165] (elemento subjetivo).

En este punto cabe aclarar que, si bien para constatar la existencia de un titular del derecho fundamental a la consulta previa puede acudirse a criterios formales, como el geográfico o la existencia de registros y censos, estos no elementos no constituyen ni definen por sí mismos la existencia de la comunidad y no tienen carácter constitutivo en relación con ella.

36.2. La consulta previa es una garantía que en principio le corresponde al Estado, pero que convoca también a personas de derecho privado. En relación con el aparato estatal implica que este consulte sus proyectos y planes, en forma previa e interactiva, y en relación con los particulares implica la *"debida diligencia"* referida al esmero por *"identificar, prevenir, mitigar y responder a las consecuencias negativas de sus actividades"*[166] en relación con los derechos de los grupos étnicos.

Requisitos de la consulta previa

---

[159] OIT. Convenio 169. Artículo 7.
[160] Sentencias C-359 de 2013 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-657 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa; T-766 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-026 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-475 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo.
[161] Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.
[162] Sentencia T-436 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.
[163] Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.
[164] Sentencia T-226 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
[165] Sentencia C-169 de 2001. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
[166] Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

37. El proceso de consulta previa debe satisfacer ciertos requisitos, para que pueda considerarse como un mecanismo efectivo de diálogo intercultural. De conformidad con su propósito constitucional:

- Debe orientarse por su finalidad: lograr el consentimiento de los pueblos interesados. Como quiera que la consulta parte de la igualdad de las partes en diálogo, en ningún caso puede asumirse que ello implica un poder de veto[167]. Sin embargo, la falta de acuerdo no habilita al Estado para que lleve a cabo la medida de forma arbitraria y, por el contrario, supone que en la ejecución del plan o proyecto se apliquen los principios de proporcionalidad y razonabilidad[168].

- Debe ser previa al desarrollo de la medida, con el objetivo de que el impacto sobre la comunidad no sea producto de una imposición sino de una concertación, que armonice los valores culturales y las posiciones de los sistemas culturales implicados[169].

- Debe ser flexible, en el entendido de poder adaptarse al pueblo concernido[170], al punto en que sea culturalmente adecuada. Incluso *"es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta)"*[171] para logar un diálogo efectivo con ellas.

- Debe adelantarse conforme al principio de buena fe, lo que implica que debe darse en *"un ambiente de confianza y claridad"*[172], que se consolida solo a través del respeto mutuo. Ello significa que proceso *"no debe ser manipulado [por ninguna de las partes] y debe adelantarse en un ambiente de transparencia de la información, claridad, respeto y confianza"*[173].

- Debe darse a través de las instituciones o autoridades propias de la comunidad.

- Debe ser un proceso adelantado con base en la información clara, veraz, oportuna y suficiente[174] para que el grupo consultado puede manifestarse de forma consciente sobre la medida a desarrollar[175]. De tal suerte el Estado debe garantizar a las comunidades indígenas implicadas *"la participación y*

---

[167] Sentencia T-1080 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
[168] Sentencia T-376 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.
[169] Sentencia T-475 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.
[170] Sentencia SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.
[171] Sentencia T-376 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.
[172] RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia. Editorial Universidad del Rosario, 2017. p.30.
[173] Sentencia T-1080 de 2012. M.P. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
[174] Sentencias C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-129 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
[175] Sentencia T-769 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

el acceso a la información sobre un programa o plan que se pretenda realizar en su territorio, buscando que participativamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo, buscando salvaguardar la idiosincrasia de los pueblos indígenas y tribales que habitan el país"[176].

- Puede ser acompañado por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, para asegurar que se cumpla con estos requisitos y que el proceso sea efectivo[177].

Todos estos elementos[178], que integran el derecho fundamental a la consulta previa, aseguran la participación e incidencia de las comunidades indígenas en los proyectos y planes estatales, a partir de su cosmovisión y, en esa medida, aseguran el carácter multicultural del Estado. Al Estado le permite desplegar su actividad con directrices diferenciales y lograr una mayor incidencia de las entidades públicas en el territorio nacional.

La afectación directa como presupuesto para la consulta previa

38. Una de las cuestiones que ha representado mayores retos en cuanto al derecho a la consulta previa es la determinación de la procedencia de la misma, pues la jurisprudencia ha destacado que solo se convierte en un deber para el Estado, cuando se presente una *afectación directa* para la comunidad tribal.

39. Si bien *afectación directa* es una noción ambigua exclusivamente desde el punto de vista del lenguaje, a partir de los instrumentos internacionales que componen el bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia[179] ha fijado una serie de reglas que permiten valorar su configuración.

---

[176] Sentencia T-769 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
[177] Sentencia T-660 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
[178] Algunas decisiones de esta Corporación, como las sentencias SU-097 y SU-217 de 2017, han agrupado estos requisitos en *"**Criterios generales de aplicación de la consulta**: (i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afro descendientes sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (iv) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afro descendientes. // **Reglas específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta**: (vii) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (viii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (pre consulta o consulta de la consulta); (ix) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad interesada; y, (x) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (xi) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social"*.
[179] Como lo reconocen las Sentencias SU-217 de 2017 M.P. María Victoria Calle Correa y SU-123 de 2018 MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

Según estas reglas habrá una *afectación directa* cuando la medida (i) pretenda desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (ii) aluda a una intervención sobre cualquiera de los derechos de la comunidad indígena; (iii) perturbe sus estructuras sociales, espirituales, culturales, médicas u ocupacionales; (iv) impacte las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (v) impida el desarrollo de los oficios de los que deriva el sustento; (vi) genere un reasentamiento de la comunidad; (vii) le imponga cargas o atribuciones, al punto en que modifique su posición jurídica; (viii) interfiera en los elementos que definan su identidad o su cultura; o (ix) pese a que se trata de una medida general, que afecta a los demás ciudadanos, tiene un impacto diferenciado y específico sobre la comunidad. Sin embargo, la discusión sobre el alcance de la afectación directa es actual y bien pueden surgir otras hipótesis en las que, razonablemente, pueda concluirse que se está ante una afectación directa[180].

Con fundamento en esas reglas, recientemente, la Sala Plena de esta Corporación concibió la afectación directa como todo *"impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica"*[181].

40. Si se entiende que todas estas condiciones cohesionan a la comunidad, la afectación directa no puede entenderse solo en función de un aspecto geográfico, pues puede derivar de la intervención en las esferas social, económica, política, cultural y administrativa de la comunidad. Por lo tanto, a pesar de la relación especial que tienen los grupos étnicos con el territorio y de que dichas esferas puedan estar atravesadas por la interacción con la tierra, no puede asumirse que cuando se alude a la afectación directa se hace referencia, únicamente, a la tierra de la comunidad y, mucho menos, a la tierra titulada, que el Estado le ha reconocido. Ello cobra mayor sentido si se tiene en cuenta que la dinámica territorial de una comunidad puede variar por fuerzas internas o externas a ella[182].

La Corte ha comprendido que la afectación directa no ocurre únicamente por proyectos o gestiones en el suelo titulado a favor de la comunidad, sino que trasciende el plano geográfico y registral del territorio, para proteger el ámbito cultural en que se desenvuelven los grupos étnicos[183]. Para hacerlo ha recordado en varias oportunidades que *"el concepto de territorio [ancestral o étnico] no se restringe a la ubicación geográfica de una comunidad o un resguardo indígena, sino que se asocia al concepto de ámbito cultural"*[184], ancestral y espiritual[185]. Por ende, la determinación de la afectación directa no se reduce a conclusiones

[180] Sentencia SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.
[181] Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.
[182] Sala especial de Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004. Autos A-004 de 2009 y A-174 de 2011.
[183] Sentencia SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.
[184] Sentencias T-235 de 2011 y T-617 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
[185] Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

técnicas en función de la cartografía física; un reconocimiento territorial sometido a ella es insuficiente para precisar el ámbito cultural de las comunidades étnicas y su relación con el territorio, al punto en que, por sí solo, no será concluyente para la identificar las incidencias de una medida proveniente del Estado.

Hallar una afectación directa implica identificar la existencia de una relación entre el plan o proyecto y la vida comunitaria, su dinámica, sus costumbres, su cosmovisión y la identidad étnica que subyace a ellas y que, en la práctica, se asientan más allá de un territorio registrado como propiedad del colectivo.

No obstante lo anterior, la demarcación de los territorios titulados a favor de las comunidades indígenas es trascendental para la protección jurídica y administrativa de los pueblos tribales[186].

41. La **Sentencia T-693 de 2011**[187], en esa misma línea y con fundamento en las distintas miradas que tienen la cultura mayoritaria y las comunidades étnicas sobre el territorio, asumió que el territorio étnico está compuesto por:

> *"i) las áreas tituladas, habitadas y exploradas por una comunidad; ii) [las] zonas que desarrollan el ámbito tradicional de las actividades culturales y económicas del colectivo; iii) [y las] franjas que facilitan el fortalecimiento de la relación espiritual y material de esos pueblos con la tierra y contribuyan con la preservación de sus costumbres"*[188].

42. Ahora bien, en función de lo anterior, la Corte Constitucional ha precisado que los proyectos de infraestructura vial pueden generar afectaciones directas cuando intervienen el territorio ancestral o étnico, y no solo las tierras tituladas a favor de las comunidades[189]. Es decir, hay afectación directa cuando el plan o proyecto vial se concentra en áreas en las que la comunidad indígena se desarrolla espiritual, ritual, económica y/o socialmente.

Las competencias del Ministerio del Interior en relación con la consulta previa

43. En materia de consulta previa, conforme el Decreto 1320 de 1998 (Compilado en el Decreto 1066 de 2015[190]) y 2893 de 2011, el Ministerio del Interior es la entidad responsable de ella, a través de su Dirección de Consulta

---

[186] Sentencia T-197 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
[187] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
[188] Sentencia T-436 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.
[189] Sentencia T-436 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos. Esta conclusión es sustentada en las razones de la decisión expuestas en las sentencias T- 428 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón, T-745 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-129 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-993 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa y T-657 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa, decisiones en que la Corte se pronunció acerca de la construcción de carreteras en el territorio de comunidades indígenas.
[190] *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior"*.

Previa y con el apoyo de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías[191]. Le corresponde dirigir, coordinar y asesorar los procesos de consulta previa en todas sus fases, y asegurar una respuesta diferencial a todos los que sean necesarios para la concreción de los distintos planes y proyectos.

Adicionalmente, es la entidad que expide certificaciones *"desde el punto de vista cartográfico, geográfico o espacial, acerca de la presencia de grupos étnicos en áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, obras o actividades que tengan influencia directa sobre estos grupos"*[192], a petición de la parte interesada en un determinado plan.

44. Para emitir las certificaciones sobre la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia de un proyecto, el Ministerio del Interior se orienta por la Directiva Presidencial N°10 de 2013, que contiene la Guía para la realización de la consulta previa con comunidades étnicas.

En ella se fijó como objetivo del proceso de certificación, establecer *"la presencia o no de comunidades étnicas según lo que registren las bases de datos de la Dirección y/o los resultados de una visita de verificación en campo, cuando sea necesaria"*, de conformidad con la información suministrada por el solicitante. La Dirección de Consulta Previa hace este análisis con el propósito de determinar si en el área del proyecto hay:

> *"Territorios titulados a comunidades étnicas de manera colectiva. // Territorios destinados a comunidades étnicas de manera colectiva, pero que aún no figuran como formalmente titulados (…). // De ser posible, territorios baldíos donde habitan comunidades étnicas // Resguardos coloniales que conservarán esta condición según el Plan Nacional de Desarrollo."*

Este ejercicio se lleva a cabo a partir de las bases de datos y de la *"cartografía georeferenciada"*[193] del Ministerio y de otras entidades. Solo se lleva a cabo la visita a la zona, cuando surjan dudas sobre la presencia de las comunidades en el perímetro del área de influencia del proyecto; *"visita de verificación en la que se tendrán en cuenta los criterios trazados por la Corte Constitucional"*. Esta visita depende de la Dirección de Consulta Previa, y solo debe efectuarse ante: (i) el asentamiento de comunidades en las áreas de influencia; (ii) el desarrollo de usos y costumbres por parte de comunidades en esas áreas; y (iii) el tránsito de comunidades étnicas en las áreas de interés del proyecto.

45. Todas las etapas de la verificación que da lugar a la certificación tienen, conforme esa Directiva, productos que dan cuenta de su resultado. La mayoría de hallazgos deben ser registrados en la bitácora del proyecto. Sin embargo, la

---

[191] Decreto 2893 de 2011, modificado por el Decreto 2340 de 2015.
[192] Decreto 2893 de 2011, Artículo 16. Numeral 5.
[193] Directiva Presidencial N°10 de 2013. p. 6.

visita a terreno precisa de productos adicionales relacionados con el trabajo antropológico desarrollado en la zona, así la Directiva Presidencial fija como productos las entrevistas y un *"informe de verificación"*[194].

Así mismo, las conclusiones finales del proceso ligadas a si es o no necesario hacer procesos de consulta previa, se presentan en un "*Informe Técnico en el que se incluye la necesidad o no de consulta previa."*

46. Respecto de este proceso de certificación, la Corte Constitucional recientemente señaló dos problemas[195]. El primero, es la precaria capacidad administrativa del Ministerio del Interior en relación con la consulta previa, lo que le impide ejecutar de forma adecuada sus competencias en la materia.

El segundo es el enfoque equivocado que recoge el Decreto 1320 de 1998, y que no se ha redirigido en función de los pronunciamientos de esta Corporación; tal norma dispone un proceso de verificación anclado en "*el área de influencia directa del proyecto, obra o actividad*" y no en su relación con el territorio étnico y ancestral de las comunidades indígenas circundantes.

Ambas dificultades, según la **Sentencia SU-123 de 2018**, han sido la causa de un proceso de certificación deficitario que, en no pocas oportunidades, ha llevado a que se expidan constancias de ausencia de comunidades étnicas por consultar, en lugares en los que sí existe una dinámica tribal. Ello con repercusiones para los grupos étnicos, los ejecutores de los proyectos y la sociedad beneficiaria de los mismos; con el agravante de que tales dificultades restan seguridad jurídica al proceso de certificación desplegado por el Estado.

Sobre todo en relación con los grupos indígenas, las lesiones a los derechos fundamentales implican que ese no sea un asunto menor. Dejar de certificar la presencia de comunidades por no estar formalmente en el perímetro de la zona de influencia de un proyecto, fijada por el ejecutor del mismo, supone de entrada arrebatarles el derecho a la consulta previa. Ello en detrimento, no solo de sus derechos a la identidad cultural y a la autonomía, sino del carácter plural y multicultural del Estado colombiano.

47. En relación con el segundo problema, la **Sentencia SU-123 de 2018** llamó la atención sobre la imposibilidad de equiparar la figura del *"área de influencia directa"* de un plan con incidencia territorial, y la *"afectación directa"* que dicho proyecto pueda acarrear para una comunidad étnica. Consideró que esta confusión es la causa primaria de esa dificultad y se puede subsanar si se asume que *"para determinar la procedencia de la consulta previa no es suficiente la constatación de la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia de*

---

[194] Directiva Presidencial N°10 de 2013. p. 7 y 8.

[195] Así lo hizo la Sentencia SU-123 de 2018, con fundamento en los problemas jurídicos abordados por las sentencias *"T-880 de 2006, T-547 de 2010, T-693 de 2011, T-284 de 2014, T-849 de 2014, T-549 de 2015, T-436 de 2016 y T-298 de 2017".*

un proyecto, obra o actividad. El criterio adecuado e indispensable para establecer la aplicación de la consulta previa es el de afectación directa."[196]

Por lo tanto, el ejercicio de verificación y certificación que tiene a cargo dicha cartera ministerial no puede limitarse a la confrontación cartográfica y geográfica entre el área de influencia de los proyectos por ejecutar (que además es presentada sin ningún control oficial por el ejecutor de proyecto) y las tierras tituladas de las comunidades. Hacerlo, si bien le ayuda en la labor, no garantiza el cumplimiento de sus deberes y constitucionales, que solo puede satisfacer con la determinación material de la influencia del proyecto en una colectividad indígena.

48. En esa línea la Sala Plena de la Corte Constitucional, en esa misma decisión, resaltó la importancia de establecer un proceso confiable de certificación de la presencia de comunidades étnicas para la seguridad jurídica de la sociedad, de los grupos étnicos y de los inversionistas. Exhortó al Gobierno y al Congreso a que tomen las medidas para solidificar el proceso de emisión de este tipo de certificaciones que, en todo caso debe trascender los meros criterios técnicos, para poder identificar si existen afectaciones directas sobre las comunidades y la intensidad de las mismas[197], en resguardo del pluralismo multicultural.

49. Adicionalmente, para efecto de fortalecer el proceso de certificación a cargo del Ministerio del Interior, la **Sentencia SU-123 de 2018**, aclaró que en desarrollo del mismo esa entidad puede acudir a:

> *"las entidades territoriales, a las corporaciones regionales y a las instituciones académicas, culturales o investigativas especializadas (p.e. el Instituto Colombiano de Antropología e Historia –ICAHN– o el Instituto Geográfico Agustín Codazzi –IGAC–) con el fin de obtener la información que permita establecer con la mayor seguridad jurídica si un pueblo indígena o afrocolombiano se encuentra o podría resultar afectado por un proyecto o actividad dentro de un determinado territorio. Esta consulta a las entidades territoriales y a las instituciones especializadas se justifica por cuanto ellas poseen en muchas ocasiones la información más actualizada y precisa sobre la presencia y características de los grupos étnicos en los territorios".*

La Corte ha precisado los problemas surgidos del proceso de certificación y las posibles soluciones que pueden fortalecerlo, mientras son objeto de acciones del poder ejecutivo y legislativo.

50. Ahora bien, la función de certificación y los tropiezos institucionales que se han identificado deben llevarse a sus justas proporciones, en la medida en que si

---

[196] SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.
[197] SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

bien actualmente tiene una incidencia material recognoscible para el ejercicio efectivo y pleno de los derechos de las comunidades indígenas, la certificación del Ministerio del Interior sobre la presencia de comunidades étnicas en la zona de desarrollo de un proyecto no constituye a la comunidad ni a sus derechos, puesto que se limita a dar cuenta de ella y de su ubicación.

Para la Corte ha sido claro que, tratándose de la identidad y la autonomía de los grupos étnicos, prima la realidad sobre las formas; *"la identidad étnica es un asunto material o de hecho, y no un formalismo"*. Por lo tanto, una comunidad no existe en virtud de registros censales o de las certificaciones expedidas por las entidades estatales. Documentos como estos solo sirven a las autoridades para darse una idea sobre la composición y la ubicación de ellos, y facilitar sus labores, pero no tienen *"valor constitutivo respecto de la existencia de dicha comunidad como culturalmente diversa"*, por lo que *"no [funcionan] para desvirtuar el auto reconocimiento identitario que haga una comunidad respecto de sí misma o de sus integrantes"*[198].

Solución al caso concreto

51. Las comunidades indígenas *"La Laguna Siberia"* y *"Las Mercedes"* consideran afectado su derecho a la consulta previa, en la medida en que el Ministerio del Interior emitió la certificación N°018 de 2017, en la que dejó constancia de que ellas no se encuentran en la zona de influencia de la Unidad Funcional 3 del proyecto vial *"Segunda Calzada Popayán-Santander de Quilichao"*, pese que ellas afirman estar próximas a él.

Afirman, en consecuencia, que el sentido de tal certificación ha mantenido al margen de dicho plan de intervención en la infraestructura vial a las comunidades accionantes. Ha impedido que puedan acceder a información suficiente sobre los pormenores del proyecto vial y, a través de ella, puedan vislumbrar los efectos sobre su dinámica social y su cosmovisión. En últimas, ha restringido su derecho a ser consultadas en el evento de que se configure una afectación directa en relación con ellas, y a reivindicar tal derecho en la medida en que no cuentan con la información necesaria para determinarlo.

52. En relación con ambas comunidades, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH), adscrito al Ministerio de Cultura, precisó que se encuentran en el género de agrupaciones Nasa. Sobre cada una de ellas hizo un pronunciamiento particular en relación con sus características y distintivos[199], de la siguiente manera:

52.1. Para esta entidad, la comunidad *"La Laguna Siberia"* es un resguardo indígena Nasa situado en Caldono y Piendamó, municipios del departamento del Cauca. Cuenta con un área total de 369 hectáreas, que abarcan los

[198] SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.
[199] Cuaderno de Revisión. Folios 789 y ss.

corregimientos Tunía, Pescador y Siberia al margen derecho del río Ovejas, y se despliegan por 37 veredas.

Hace parte de la Junta Directiva del Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) y desde 1985, hizo un pacto con 44 cabildos más por la defensa de su derecho a controlar, vigilar y organizar su vida social y política.

Se trata de un resguardo multiétnico, en la medida en que actualmente cobija a familias Nasa, pero también guambianas y mestizas que se han acogido a su organización y autoridad. No obstante, sus miembros se autorreconocen como miembros del pueblo Misak.

52.2. Por su parte, sobre la comunidad *"Las Mercedes"*, el ICANH aseguró que es un resguardo ubicado en el municipio de Caldono[200], con 320 familias extendidas por 3.441 hectáreas. De ellas, solo 31 están tituladas, por lo que "es uno los resguardos que presenta más de un 40% de diferencia entre áreas legalizadas y no legalizadas de la Zona Nor-Oriente del Cauca"[201].

Pertenece a la Asociación de Cabildos UKAWESX NASA CXHAB que se asienta en el territorio ancestral conocido como Sath Kiwe, que comparte con los resguardos San Lorenzo de Caldono, San Antonio la aguada, La Laguna-Siberia, Las Mercedes, Pioya y Pueblo Nuevo.

52.3. En relación con los territorios del pueblo Nasa y Misak, el ICANH llamó la atención sobre su falta de correspondencia con las tierras tituladas, pues su presencia en la zona, de larga data, implica que los usos del territorio puedan exceder los linderos espaciales reconocidos por las autoridades estatales, y sus usos y costumbres verse afectados por el proyecto vial sobre el que versa esta acción de tutela.

53. Ambas comunidades se encuentran registradas en las bases de datos del Ministerio del Interior, y los datos sobre sus representantes estaban actualizados para el momento de la interposición de esta acción de tutela, como se explicó al resolver aquello relacionado con la legitimación por activa. En los documentos con los que cuenta esta entidad se refiere la ubicación de las comunidades accionantes también en los municipios de Caldono y Caldono-Piendamó, en el mismo sentido en que lo refirió el ICANH[202].

54. En lo que respecta al proyecto vial *"Segunda Calzada Popayán-Santander de Quilichao"*, se pudo establecer que el mismo está constituido por cuatro unidades funcionales, de la forma en que se muestra en la siguiente ilustración:

---

[200] En este punto referencia el Plan de Vida Regional de los Pueblos Indígenas del Cauca año 2007.
[201] Cuaderno de Revisión. Folios 789 vto.
[202] Cuaderno de Revisión. Folio 187 vto.

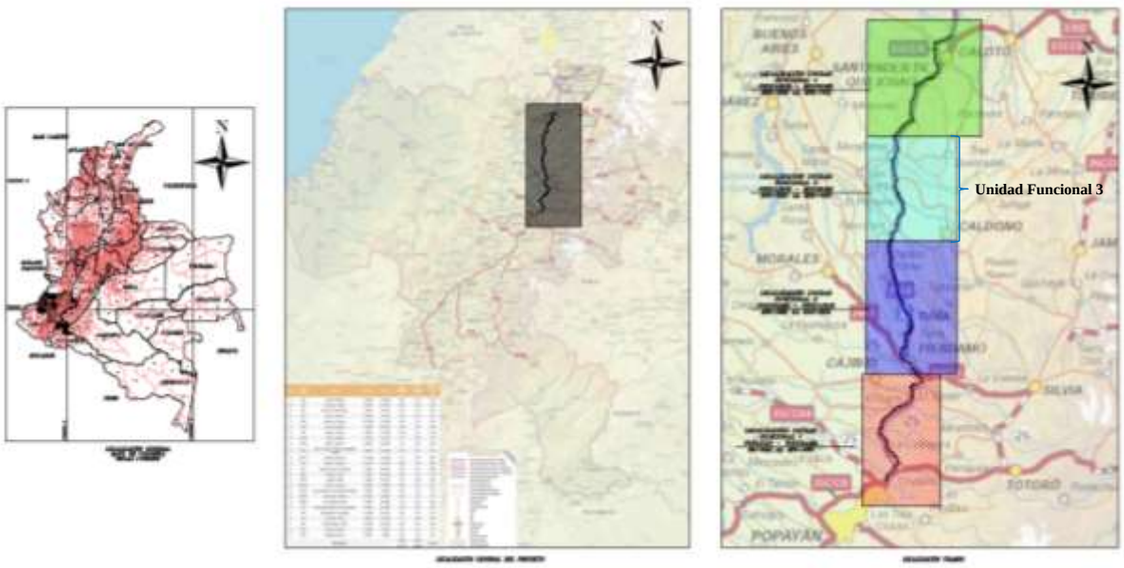

Ilustración 1. Área de intervención del proyecto vial "Segunda Calzada Popayán-Santander de Quilichao". De abajo hacia arriba las 4 unidades funcionales. Fuente Cuaderno de Revisión. Folio 743.

54.1. La ANI y Nuevo Cauca S.A.S. celebraron el *"contrato de concesión bajo el esquema de APP"* N°11 de 2015[203], cuyo objeto era la ejecución de las obras asociadas a dicho contrato. Inicialmente se fijó un perímetro y un área de afectación, en relación con el cual (por solicitud de la ANI) se emitió la certificación N°856 del Ministerio del Interior. Posteriormente, ante la existencia de una variación en el polígono correspondiente al área de influencia del proyecto, esta vez Nuevo Cauca S.A.S. solicitó la emisión de certificaciones sobre la presencia de comunidades indígenas en cada una de las unidades funcionales.

En ninguna de ellas se encontraron afectaciones directas sobre grupos étnicos, por lo que se concluyó que no había necesidad de iniciar procesos de consulta previa. Sin embargo, según lo adujo Nuevo Cauca S.A.S, una serie de manifestaciones por parte de algunos grupos indígenas concluyeron en unos acuerdos con el Gobierno Nacional. Como producto de ellos, se adelantaron procesos de consulta previa en las unidades funcionales 1, 2 y 4.

54.2. Respecto de la UF3, la empresa sostiene que, a pesar de los ejercicios de socialización del proyecto, ni el Ministerio del Interior, ni ella en terreno han identificado comunidad indígena alguna que pueda verse comprometida con las obras y su resultado. Así lo refirió la certificación N°018 de 2017, emitida por el Ministerio del Interior.

54.3. La ejecutora del proyecto presentó como base de la correspondiente licencia ambiental, un estudio específico para la UF3 en el que resaltó que *"Para el área de intervención del proyecto de acuerdo con el Certificado No*

[203] Cuaderno de Revisión. Folio 743. ANEXO 2 Contrato de Concesión. i. CONTRATO DE CONCESIÓN.

0018 de 17 de enero de 2017 emitido por el Ministerio del interior no hay presencia de comunidades Indígenas, Negras, Afrocolombinas, Raizales y Palenqueras"[204].

Sin embargo, en dicho estudio se hace referencia al resguardo *La Laguna Siberia* para identificar las veredas en las que se asienta, cinco de ellas en las que se desarrollaría el proyecto. Adicionalmente, al evaluar el entorno sociopolítico del proyecto, se concluyó que la *"vía existente ruta nacional calzada Popayán – Santander de Quilichao, es utilizada por diversos actores sociales y sectoriales de los municipios de Popayán, Totoró, Cajibío, Caldono, Piendamó y Santander de Quilichao como sitio de concentración de población campesina e indígena principalmente, y como escenario de expresión social, lo cual genera constantes interrupciones en el flujo vehicular normal."*[205]

En dicho estudio, además se encuentra una observación del Consejo Comunitario del Norte del Cauca, en el sentido de que:

> *"Parece que los compañeros indígenas son más que nosotros (comunidades afro) y parece que esto es parte de una estrategia de negación que siempre ha existido, porque estamos en un continente indigenista, un país indigenista y un departamento indigenista y el Ministerio del Interior envió una certificación diciendo que en el Norte del Cauca no hay presencia de comunidades afrodescendientes. Nos dijeron que cuando estuvieran los diseños finales se evaluaría la posibilidad de la consulta previa, pero no ha pasado nada, por lo que se ha venido diciendo que se van a tomar vías de hecho ya que si las comunidades no son reconocidas como afrodescendientes saldrán a paralizar el país. Pido a la ANI que se siente a hablar de estos procesos de infraestructura con los consejos comunitarios de Santander de Quilichao"*[206]

Al respecto, Nuevo Cauca S.A., sostuvo que "*tiene un certificado del Ministerio del Interior donde se certifica que en área de intervención no se registra presencia de comunidades étnicas, pero en caso de que el Ministerio requiera la realización de la consulta previa, ésta se llevará a cabo".*

54.4. En relación con los municipios donde tienen presencia las comunidades indígenas, Nuevo Cauca S.A.S. presentó la siguiente información:

---

[204] Cuaderno de Revisión. Folios 743. Capitulo 8_Evaluación Ambiental_UF3_V2.
[205] Cuaderno de Revisión. Folios 743. Capitulo 8_Evaluación Ambiental_UF3_V2.
[206] Cuaderno de Revisión. Folios 743. 5.3 Medio socioeconómico_UF3_V2.

Tabla 5.49 Pertenencia étnica de la población por área – Piendamó

Pertenencia étnica		Clase de área		
		Total	Cabecera	Resto
Indígena	Personas	5.083	545	4.538
	Porcentaje	14,0%	4,3%	19,4%
Negro	Personas	756	489	267
	Porcentaje	2,1%	3,8%	1,1%
Ninguno	Personas	30.386	11.777	18.609
	Porcentaje	83,9%	91,9%	79,5%

Fuente: Dane, censo 2005

El grupo étnico con mayor cantidad de población es la indígena, con el 14,0% del total, y luego la afrodescendiente o negra, con el 2,1%. Los indígenas poseen una mayor proporción rural (19,4%) que urbana (4,3%). La población afro está más concentrada en la cabecera (3,8%) que en el resto (1,1%), pero en todos los tipos de zona son el grupo menor. De lo anterior se desprende que la población étnica sumada en la zona rural representa el 16,1%, es decir, 5.839 habitantes.

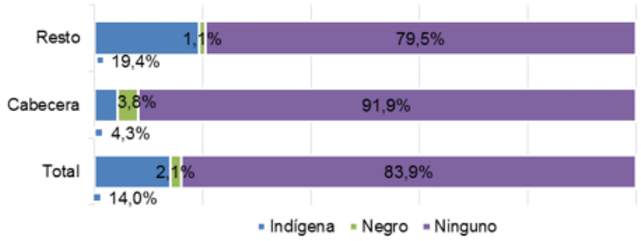

Figura 5.2 Proporción de población por pertenencia étnica – Piendamó
Fuente: Dane, censo 2005

Figura 5.2 Proporción de población por pertenencia étnica – Piendamó
Fuente: Dane, censo 2005

La Tabla 5.50 y la Figura 5.3 permiten observar esta clasificación para el municipio de Caldono.

Tabla 5.50 Pertenencia étnica de la población por área – Caldono

Pertenencia étnica		Clase de área		
		Total	Cabecera	Resto
Indígena	Personas	21.684	340	21.344
	Porcentaje	69,8%	24,9%	71,9%
Raizal	Personas	1	0	1
	Porcentaje	0,0%	0,0%	0,0%
Negro	Personas	146	11	135
	Porcentaje	0,5%	0,8%	0,5%
Ninguno	Personas	9.214	1.013	8.201
	Porcentaje	29,7%	74,3%	27,6%

Fuente: Dane, censo 2005

De acuerdo a la identificación que se realizó en el censo del año 2005, el grupo de población sin pertenencia étnica representa el 29,7% del total de habitantes del municipio, (9.214 personas) es decir que la población no étnica es minoría en Caldono.

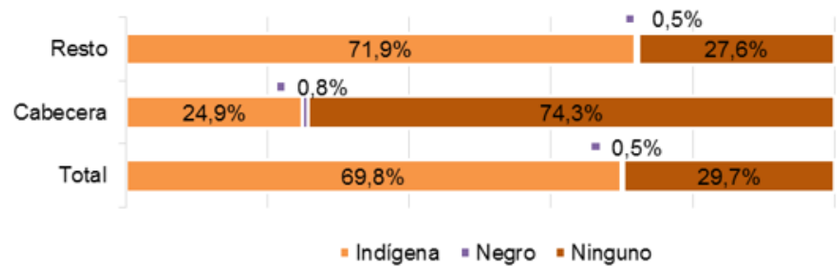

Figura 5.3 Proporción de población por pertenencia étnica – Caldono
Fuente: Dane, censo 2005

Sobre este último municipio, se presenta un mapa de la ubicación de los distintos resguardos de la zona, de la siguiente manera:

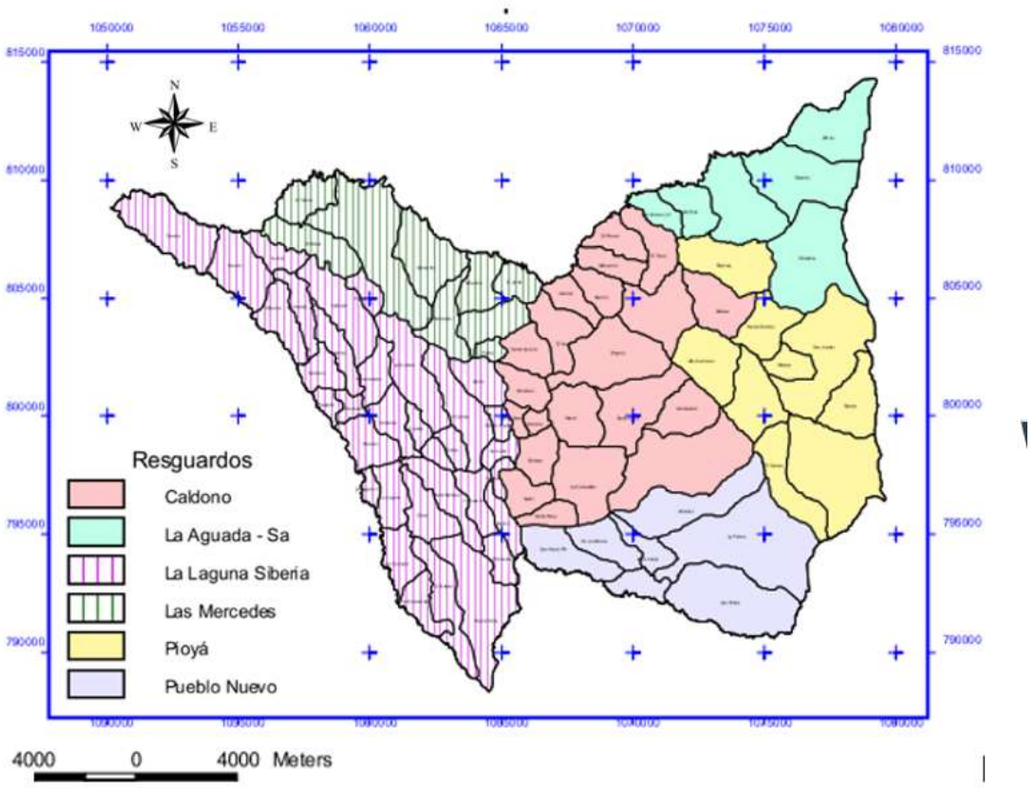

Figura 5.8 Resguardos en el municipio de Caldono

Fuente: PBOT municipio de Caldono, 2005

54.5. Pese a la existencia de estas múltiples referencias a la composición indígena del municipio de Caldono y Piendamó, el consorcio se pliega a la certificación N°018 de 2017, que le faculta para desarrollar las obras asociadas a la UF3, sin ningún proceso de consulta previa.

55. El contrato que tiene por objeto el desarrollo de este proyecto, fue suscrito en agosto de 2015, pero para el momento de la interposición de la acción de tutela se encontraba en una fase previa a su ejecución, sin que hubieren iniciado las obras de la Unidad Funcional 3.

Conforme lo destacaron la ANI y el contratista, Nuevo Cauca S.A.S., para ese entonces ya se habían efectuado todas las consultas previas que debían surtirse en relación con las unidades funcionales, excepto respecto de la UF3, en la que el Ministerio del Interior certificó que no había presencia de grupos étnicos que tuvieran derecho a la misma.

56. Ahora bien, la Sala encuentra que la razón fundamental por la que no se adelantó el proceso de consulta previa fue porque la certificación N°018 de 2017, descartó esta posibilidad.

La **certificación N°018 de 2017**, una vez identificó al solicitante y refirió las coordenadas entregadas por él en relación con la zona de influencia, demarcada

por Nuevo Cauca S.A.S., registra que, verificadas las bases de datos, se encontró que era necesario hacer una visita de verificación en terreno. A partir de ella se concluyó que el proyecto *"no se traslapa con comunidades étnicas"*[207], una vez se analizaron los puntos de asentamientos con las mismas comunidades étnicas.

La Magistrada Sustanciadora, en su momento y una vez advirtió la posibilidad de que dicha vista se hubiere llevado a cabo con la participación de las agrupaciones étnicas de la zona, entre las cuales podían estar las accionantes, le solicitó al Ministerio del Interior las actas y registros de la actividad desplegada en campo, para precisar los hallazgos. Dicha cartera afirmó que no cuenta con los registros del caso, y que tan solo existen como constancia del trabajo y los descubrimientos hechos, aquellas aseveraciones que se dejaron sentadas en el texto de la certificación[208].

En ella, observa la Sala, solo se hace una referencia genérica sobre la metodología prevista por la Directiva Presidencial 10 de 2013 y alude al trabajo de verificación con las comunidades étnicas, sin establecer cuáles de ellas participaron en el proceso y en qué sentido.

57. De este modo, la Sala encuentra dos problemas en dicha certificación, ambos desde el punto de vista del debido proceso y la participación de las comunidades indígenas, con la consecuente incidencia en su autonomía.

La actuación de la administración se encuentra reglada y condensada en un *"conjunto de etapas, exigencias o condiciones establecidas por la ley, que deben concatenarse al adelantar todo proceso (...) administrativo"*[209]. En el ejercicio de la función pública, todas las actuaciones de la administración deben ceñirse a los principios y protecciones que engendra el debido proceso, cuya utilidad es esencialmente *"evitar que la suerte del particular quede en manos del ente administrativo"*[210] y de su arbitrio, para hacerla depender exclusivamente de las normas vigentes.

57.1. En relación con estas limitaciones a la actividad de las autoridades públicas, el primer problema de la certificación N°018 de 2017 es que, si bien fue solicitada por el ejecutor del proyecto, tal y como corresponde, sus efectos involucran derechos de grupos indígenas que, a partir de las conclusiones que consigna, fueron desprendidos de un posible derecho a la consulta previa en relación con la UF3 del proyecto vial *"Segunda Calzada Popayán-Santander de Quilichao"*.

Por lo tanto, la notificación de iniciación y sus resultados no solo le interesaba

---

[207] Cuaderno de Revisión. Folio 193.
[208] Cuaderno de Revisión. Folio 188.
[209] Sentencia C-034 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.
[210] Sentencia T-391 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

a Nuevo Cauca S.A.S., como lo interpretó el Ministerio del Interior, sino a cualquier comunidad indígena que se encontrara en los municipios, o cuando menos en las veredas, por las que pasaría el proyecto.

Consecuentemente con el carácter pluralista y multiétnico del Estado, conforme el cual debe preservarse la identidad y la autonomía (interna y externa) de los pueblos indígenas, no parece razonable que, aun cuando las comunidades presuntamente afectadas por la certificación tienen un interés directo en su resultado, como lo muestran las accionantes, no hayan sido informadas sobre la solicitud de certificación, sobre el proceso de verificación en campo y sobre los resultados de la labor del Ministerio del Interior en el mismo.

Lo anterior además, porque conforme quedó reseñado en las consideraciones sobre el alcance del derecho a la consulta previa, el Convenio 169 de la OIT ha previsto que, de requerirse un estudio para la verificación de comunidades tribales por consultar, el mismo debe adelantarse con su participación, tal como quedó claro en el fundamento jurídico número 35. Sin embargo, las comunidades indígenas accionantes fueron excluidas del proceso de verificación de su presencia en la zona, aun cuando tal ejercicio no estaba claro y ameritó una visita de campo a la que no se les convocó, no obstante estar presentes en los municipios y veredas conexas al proyecto, de conformidad con el estudio ambiental de Nuevo Cauca S.A.S.

Ello en principio sugiere un problema en la misma línea de aquellos a los que se refirió la Sentencia **SU-123 de 2018**. A las constataciones hechas por el Pleno de esta Corporación en ella, y a sus directrices para fortalecer el proceso de certificación que le corresponde llevar a cabo al Ministerio del Interior, se puede agregar que una labor de apoyo del Ministerio en las entidades del orden territorial, capaz de solidificar dicho trámite y brindar seguridad jurídica, puede ser propiciar la concurrencia de las comunidades indígenas que tienen cierto grado de proximidad con las obras y los proyectos, al proceso mismo de certificación, como acto a partir del cual estas pueden o no ejercer el derecho a la consulta previa.

Desde esa concepción, y con fundamento en el apoyo de las entidades territoriales sugerido en la **Sentencia SU-123 de 2018**, el proceso de verificación de la existencia de afectaciones directas en relación con un determinado proyecto vial, debe involucrar en forma participativa a las comunidades presentes en las entidades territoriales sobre las que pasa o habrá de pasar la vía. Ello implica no solo la garantía de la participación efectiva de las comunidades, sino que puede hacer más efectivo el proceso de verificación, al someterlo a la depuración material de la información suministrada por el ejecutor de la obra.

Para la Sala, en este caso concreto, en el que adicionalmente como lo describió la Universidad Libre (Sede Cali), el Departamento del Cauca se caracteriza por

una presencia difundida y amplia de grupos étnicos, era indispensable que el proceso de verificación y certificación de la presencia de comunidades indígenas por ser consultadas, se efectuara, cuando menos, con la participación de los pueblos indígenas asentados en las veredas sobre las cuales pasaría el proyecto vial en cuestión. Como lo aseguró la Defensoría del Pueblo, varias de las veredas en las que se asientan y desarrollan social y económicamente las comunidades actoras, están atravesadas por la Vía Panamericana[211].

Si bien esto es un indicio de la posibilidad remota de afectación, y no es suficiente para identificar una injerencia en la dinámica comunitaria en su territorio ancestral, sí puede servir como un parámetro para identificar a las comunidades que puedan tener interés ya no en el proyecto mismo, sino en el proceso de verificación y certificación de su presencia en la zona y de la eventual afectación directa que pueda surgir, por el hecho de encontrarse en las proximidades del plan de intervención en la infraestructura vial.

El desconocimiento de su existencia y una actuación administrativa al margen de las particularidades de la zona, si bien no es claro que haya desconocido el derecho a la consulta previa, en tanto ni siquiera las comunidades accionantes tienen certeza sobre las implicaciones del proyecto para ellas mismas (pues no tienen la información suficiente sobre los detalles del plan de intervención en la infraestructura vial), sí resulta lesiva del derecho al debido proceso y a la autonomía indígena. Además, contraría las orientaciones contenidas en el Convenio 169 de la OIT.

57.2. En segundo lugar, la Sala advierte que la motivación contenida en la certificación N°018 de 2017 es insuficiente para dar cuenta de la inexistencia de comunidades indígenas por consultar. Contiene una serie de consideraciones genéricas sobre la actuación administrativa y su metodología, que no dan cuenta (i) del motivo por el cual las bases de datos generaron la duda que llevó a la visita en terreno; (ii) de los intervinientes en esta última, de su desarrollo ni de las conclusiones fácticas a las que se llegó en campo.

Sobre el primero de estos aspectos, es importante recordar que la visita a terreno en el proceso de certificación de la presencia de comunidades étnicas en la zona de desarrollo de un proyecto, solo se da por tres motivos: (i) el asentamiento de comunidades en las áreas de influencia; (ii) el desarrollo de usos y costumbres por parte de comunidades en esas áreas; y (iii) el tránsito de comunidades étnicas en las áreas de interés del proyecto.

Todas estas circunstancias, refieren a la posible existencia de un territorio étnico más allá del titulado. Hacen pensar en la posibilidad de que la dinámica propia de la comunidad étnica se haya extendido más allá de él, y que materialmente el proyecto incida en su vida comunitaria.

---

[211] Cuaderno de Revisión. Folios 127 y ss.

Desde ese punto de vista, el Ministerio encontró elementos de juicio para suponer que la UF3 estaba atravesada por prácticas étnicas que podían verse directamente afectadas por el desarrollo del proyecto vial *"Segunda Calzada Popayán-Santander de Quilichao".* De ese supuesto parte la necesidad de hacer la visita a terreno.

Sin embargo, la certificación N°018 de 2017 no alude a los motivos concretos que llevaron a la realización de la visita. Tampoco refiere los hallazgos antropológicos en campo que revirtieron la idea de la existencia de un territorio ancestral afectado por el plan de intervención en la infraestructura vial. Sin embargo, concluye que no hay ninguna comunidad por consultar.

Ahora bien, la Directiva Presidencial N°10 de 2013 señala la necesidad de que el proceso de verificación para certificar la presencia de grupos étnicos en una zona, tenga unos productos asociados a cada etapa; la visita, concretamente debe estar soportada en un informe. Sorprende entonces la respuesta del Ministerio del Interior en el sentido de que no hay registros de los hallazgos de la visita llevada a cabo entre los días 15 a 21 de agosto de 2016, más allá de las afirmaciones (genéricas y abstractas) contenidas en el cuerpo mismo de la certificación, misma que fue emitida casi un año después del trabajo en campo.

Esa motivación deficitaria implica, en la práctica, la emisión de una certificación sin las consideraciones necesarias para determinar el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas, como las que en esta oportunidad promovieron la acción de tutela de la referencia. Por ende, se trata de un acto que no se ajusta a las directrices del Estado Social de Derecho y, desde esa perspectiva, cabría preguntarse hasta qué punto se convierte en un acto administrativo arbitrario, al no seguir las pautas fijadas para llevar a cabo este tipo de procesos, mismas que dan seguridad jurídica a las partes sobre los mismos.

Desde el punto de vista de la mirada multicultural a la diferencia, tal proceder se aleja de la actuación respetuosa de las cosmovisiones étnicas, e impone sin sustentación alguna, una conclusión que le arrebata a las comunidades indígenas accionantes, la posibilidad de participar en un proyecto al que se encuentra próximas.

58. En consonancia con lo anterior, la Sala constata la afectación del debido proceso en la emisión de la certificación N°018 de 2017. Por lo tanto, la dejará sin efectos y ordenará que el Ministerio del Interior rehaga el trámite administrativo que le dio origen, esta vez a través de la búsqueda de la colaboración de las entidades territoriales comprometidas (como lo señaló la **Sentencia SU-123 de 2018**) y con la participación de las comunidades indígenas que aquellas identifiquen como asentadas en las veredas por las que pasará la Unidad Funcional 3 del proyecto *"Segunda Calzada Popayán-*

Santander de Quilichao". Especialmente, de aquellas comunidades que cuyos asentamientos y áreas de desenvolvimiento se encuentran divididas por la Vía Panamericana.

59. Ahora, toda vez que la Certificación N°018 de 2017 fue uno de los elementos a tener en cuenta para la expedición de la Resolución N°0923 del 8 de agosto de 2017[212], a través de la cual la ANLA resolvió *"[o]torgar a la empresa NUEVO CAUCA S.A.S., identificada con el N.I.T. 900866440- 9, licencia ambiental para la ejecución del proyecto vial denominado 'Segunda Calzada Popayán – Santander De Quilichao, Unidad Funcional 3: Pescador – Mondomo', localizado en los municipios de Piendamó, Caldono y Santander de Quilichao en el departamento del Cauca"*[213], la pérdida de validez de la primera (Certificación N°018 de 2017) implica, a su vez, la sustracción del sustento de la segunda (Resolución N°0923 del 8 de agosto de 2017).

Obsérvese que el acto administrativo que otorgó la licencia ambiental descartó la presencia de grupos tribales afectados por el proyecto, al abordar el análisis de la dimensión cultural del proyecto vial[214], con ocasión de la existencia de la aludida certificación. La ANLA, soportada en la Certificación N°018 de 2017 del Ministerio del Interior, concluyó que en la zona de influencia del proyecto no procedía la consulta previa, al no haber grupos tribales por consultar.

A su vez, en el estudio de impacto ambiental que sustentó la Resolución N°0923 del 8 de agosto de 2017, si bien se expusieron inquietudes de algunas autoridades públicas que manifestaron su preocupación por la falta del proceso

---

[212] Resolución N°00923 Del 08 de agosto de 2017. Hoja No. 1 de 214. Entre los considerandos de ese acto administrativo se observa en el numeral 6, de la relación de los documentos aportados por el solicitante la *"Certificación expedida por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior No. 0018 del 17 de enero de 2017, "Sobre la presencia o no, de comunidades étnicas en las zonas de proyectos, obras o actividades a realizarse", la cual certifica: // "PRIMERO. Que no se registra la presencia de Comunidades Indígenas, Rom y Minorías, en el área del proyecto: "TRAMITE DE LICENCIAMIENTO AMBIENTAL ANTE LA AUTORIDAD DE LICENCIAS AMBIENTALES "ANLA" PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA SEGUNDA CALZADA EN LA UNIDAD FUNCIONAL 3: PESCADOR (CALDONO) - MONDOMO (SANTANDER DE QUILICHAO) EN EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA", localizado en jurisdicción de los municipios de Caldono, Piendamó y Santander de Quilichao, en el departamento del Cauca, identificado con las coordenadas mencionadas en la parte considerativa de la presente certificación." // "SEGUNDO. Que no se registra la presencia de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenquearas, en el área del proyecto: "TRAMITE DE LICENCIAMIENTO AMBIENTAL ANTE LA AUTORIDAD DE LICENCIAS AMBIENTALES "ANLA" PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA SEGUNDA CALZADA EN LA UNIDAD FUNCIONAL 3: PESCADOR (CALDONO) – MONDOMO (SANTANDER DE QUILICHAO EN EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA", localizado en jurisdicción los municipios de Caldono, Piendamó, y Santander de Quilichao, en el departamento del Cauca, identificado con las coordenadas mencionadas en la parte considerativa de la presente certificación"// "TERCERO. La información sobre la cual se expide la presente Certificación, aplica específicamente para las coordenadas y las características técnicas relacionadas y entregadas por el solicitante, a través de los oficios con radicados externos EXTMI16-0024186 y EXTMI17-892, para el proyecto: "TRAMITE DE LICENCIAMIENTO AMBIENTAL ANTE LA AUTORIDAD DE LICENCIAS AMBIENTALES "ANLA" PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA SEGUNDA CALZADA EN LA UNIDAD FUNCIONAL 3: PESCADOR (CALDONO) MONDOMO (SANTANDER DE QUILICHAO) EN EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA", localizado en jurisdicción los municipios de Caldono, Piendamó, y Santander de Quilichao, en el departamento del Cauca, identificado con las coordenadas mencionadas en la parte considerativa de la presente certificación"".*

[213] Resolución N°00923 del 08 de agosto de 2017. Hoja No. 181 de 214. Artículo primero.

[214] Resolución N°00923 del 08 de agosto de 2017. Hoja No. 98 de 214.

consultivo a favor de comunidades étnicas[215], el concesionario descartó su necesidad en la medida en que:

> *"[s]obre el tema de la Consulta Previa, la Concesión manifiesta que, en cumplimiento a lo establecido en la normatividad vigente, hizo las gestiones correspondientes y el Ministerio del Interior, como autoridad en la materia, determinó la no existencia de comunidades étnicas en el área del corredor Unidad Funcional 3."*[216]

Este fue el argumento de Nuevo Cauca S.A.S. para descartar procesos de consulta previa en la UF3, mismo que fue adoptado por la ANLA en el mencionado acto administrativo[217].

La certificación N°018 de 2017, por ende, fue definitiva para prescindir de procesos de consulta previa en la Unidad Funcional 3. De modo que la pérdida de validez de la aquella, implica que no puedan sostenerse las conclusiones de la Resolución N°0923 del 8 de agosto de 2017 en relación con la participación de las comunidades afectadas, requisito para expedir la licencia ambiental según el artículo 15 del Decreto 2041 de 2014. Por lo tanto, esta última resolución quedó sin sustento y, una vez adecuado el proceso de certificación, deberá solicitarse y emitirse (si es del caso) una nueva licencia ambiental.

60. Por otro lado, en relación con el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas que promovieron la acción de tutela de la referencia, la Defensoría del Pueblo, a través de su Regional Cauca, presentó un informe en el que refirió varias afectaciones del proyecto en la vida de la comunidad.

Destacó la proximidad de los lugares de estudio y trabajo de sus pobladores con el proyecto en mención, y su preocupación en la medida en que una de sus integrantes, de tan solo diez años, murió al intentar atravesar la Vía Panamericana.

Este informe llamó la atención sobre la forma en que la vida de los grupos étnicos que reclaman la protección del juez de tutela, está marcada por la vía, en tanto atraviesa los lugares ocupados por ellas con fines, económicos, educativos y rituales.

61. Los hallazgos de la Defensoría del Pueblo, se contraponen a las manifestaciones de Nuevo Cauca S.A.S. Esta empresa, sin considerar más que el metraje de distancia desde la vía hasta instituciones como colegios y salones comunales ubicados a 200m, 300m o 1km, concluye que el proyecto no tiene relación con las accionantes y tampoco con el municipio de Caldono.

---

[215] Estas fueron presentadas por el Gobernador del Cabildo La María (Piendamó), por el Municipio de Santander de Quilichao y el Departamento del Cauca.
[216] Resolución N°00923 del 08 de agosto de 2017. Hoja No. 79 de 214.
[217] Resolución N°00923 del 08 de agosto de 2017 Hoja No. 79 y ss. de 214.

Su concepción, se centra en elementos técnicos y objetivos, pero se teje en torno a la relación directa entre el área de influencia y la afectación directa, con lo que yerra, de conformidad con lo considerado en relación con el concepto de afectación directa.

Adicionalmente, sus afirmaciones en relación con la falta de incidencia del proyecto en el municipio de Caldono, contradicen no solo el contrato, la división de las unidades funcionales y la certificación N°018 que registra entre el área del proyecto este municipio, sino además sus conclusiones anteriores y sus actuaciones, en la medida en que socializó el proyecto, incluso con las autoridades de este municipio.

62. Ahora, el concepto de la Defensoría del Pueblo fue controvertido por las accionadas, quienes consideraron, como finalmente lo hizo también el juez de segunda instancia, que sus afirmaciones no tenían sustento técnico y, por ese motivo, no eran pertinentes para establecer la afectación directa del proyecto sobre *"La Laguna Siberia"* y *"Las Mercedes"*.

Cabe señalar sobre el particular que, como se precisó líneas atrás, el establecimiento de la afectación directa sobre una comunidad indígena no pasa simplemente por factores técnicos y geográficos. La Defensoría, en seguimiento de lo establecido por esta Corporación, entrevistó, fotografió y presentó conclusiones en relación con las implicaciones del proyecto vial sobre la vida cotidiana de los miembros de las comunidades indígenas accionantes, de las que se extrae, en principio, una cercanía con la vía a intervenir, en cuanto a los desplazamientos de sus miembros, los lugares sagrados, los nacimientos de agua y los sitios en donde llevan a cabo sus actividades económicas.

Entonces, la Sala no comparte el criterio que apunta a la impertinencia de la prueba presentada por la Defensoría. Por el contrario, estos argumentos la llevan a inferir la proximidad entre el desarrollo de la vida social de las comunidades accionantes y el área de desarrollo del proyecto vial. Ello cobra mayor sentido si se tiene en cuenta que, conforme fue manifestado por la ANI, esa entidad le pidió al INCODER certificar la presencia de comunidades en el área del proyecto, el 23 de julio de 2013, tal y como estaba delimitado para entonces y esta última entidad, ya le había advertido sobre la presencia de dos resguardos en el municipio de Caldono: La Laguna Siberia y Páez de Las Mercedes[218].

63. Pese a los señalamientos en contra del informe presentado por la Defensoría del Pueblo, la Sala encuentra que el mismo es apto para sugerir la posible afectación directa en las comunidades indígenas accionantes.

Sin embargo, no puede desconocerse que la falta de información que

[218] Cuaderno de Revisión. Folio 313 vto.

denunciaron las accionantes, sobre todo en su escrito de impugnación, les impide determinar la incidencia del proyecto vial en su colectividad. Ello se convierte en una limitante para establecer por sí mismas la incidencia del proyecto en su dinámica espiritual, social, económica y cultural, impide llegar con grado de certeza a la conclusión de que existe una afectación directa sobre las comunidades indígenas *"La Laguna Siberia"* y *"Las Mercedes"*.

Adicionalmente, en cierta medida, ello afecta las conclusiones de la Defensoría, no por falta de rigor, sino porque sus conclusiones se fundamentaron en gran medida en entrevistas a los miembros de la comunidad, quienes no podían identificar las variaciones que acarreará el proyecto en su vida y en el desarrollo de su vida comunitaria.

Lo cierto es que para ninguna de las partes es claro que existan implicaciones concretas del proyecto vial en el desarrollo de la cosmovisión y formas de vida de las comunidades indígenas *"La Laguna Siberia"* y *"Las Mercedes"*. Ello en parte porque no se ha desplegado todo el esfuerzo institucional del Estado para determinarlo.

De este modo, la Sala no podrá conceder el amparo directo al derecho a la consulta previa, sino que lo hará mediante las órdenes tendientes a reajustar el proceso de certificación, para determinar el tipo y la intensidad de las afectaciones, para establecer si procede la participación de las comunidades accionantes y en qué medida.

64. Así las cosas, y toda vez que se dejará sin efecto jurídico la certificación N°018 de 2017, será al momento de rehacer el trámite que se precise la existencia de estas afectaciones, no en función del traslape de coordenadas sino de la incidencia del proyecto en la vida de estas comunidades, y del nivel de afectación sobre su cosmovisión y sus formas de vida.

Este ejercicio deberá responder a la noción de afectación directa, como una incidencia externa en el territorio étnico o ancestral de la comunidad, y no solo físico. Además, se orientará a establecer si, de algún modo el proyecto vial *"Segunda Calzada Popayán-Santander de Quilichao"*, (i) pretende desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (ii) alude a una intervención sobre cualquiera de los derechos de la comunidad indígena; (iii) perturba sus estructuras sociales, espirituales, culturales, médicas u ocupacionales; (iv) impacta las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (v) impide el desarrollo de los oficios de los que deriva el sustento; (vi) genera un reasentamiento de la comunidad; (vii) le impone cargas o atribuciones, al punto en que modifique su posición jurídica; (viii) interfiere en los elementos que definan su identidad o su cultura; o (ix) tiene un impacto diferenciado y específico sobre la comunidad. Ello en la actualidad, o en el futuro.

Síntesis de la decisión

65. La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional analizó la acción de tutela interpuesta por las comunidades indígenas *"La Laguna Siberia"* y *"Las Mercedes"* contra el Ministerio del Interior, de Transporte, la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y Nuevo Cauca S.A.S. Para hacerlo estudió y resolvió dos tipos de problemas jurídicos; uno formal y otro de fondo.

66. Sobre el primer tipo de problema jurídico planteado, relativo al cumplimiento de los requisitos formales de procedencia de la acción de tutela, se llegó a la conclusión de que se satisfacen todos aquellos presupuestos.

En particular, se precisó que la acción de tutela es el mecanismo preferente para abordar los asuntos en que resulta comprometido el derecho a la consulta previa de una comunidad indígena, en la medida en que este tiene incidencia directa en la posibilidad que tiene el grupo étnico para sobrevivir como minoría étnica. Además, otros instrumentos judiciales son ineficaces, si se tiene en cuenta que la preservación de este derecho, implica el mantenimiento del carácter pluralista y multicultural, que sustenta al Estado colombiano.

67. En relación con la cuestión de si ¿las accionadas comprometieron el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas *"La Laguna Siberia"* y *"Las Mercedes"*, al no haber certificado su presencia en la zona de influencia del proyecto y, en consecuencia, no desarrollar el proceso de participación étnico, cuando existen elementos que dan cuenta de cierta proximidad de las comunidades al plan de intervención vial y de posibles impactos en el territorio ocupado por ellas?, la Sala encontró que el Ministerio del Interior lesionó el debido proceso de estas comunidades.

Para llegar a esa conclusión, analizó la certificación N°018 de 2017 y encontró que la misma se había dado, en razón de la duda sobre la existencia de un territorio ancestral en el que el proyecto vial podía tener incidencia. No obstante lo anterior, no se buscó la cooperación de las comunidades indígenas de la zona, no se les convocó a participar y el trámite de verificación de la presencia de comunidades indígenas por consultar en el marco de la UF3 del proyecto *"Segunda Calzada Popayán-Santander de Quilichao"*, se llevó a cabo sin el rigor de ese tipo de procedimientos.

Además, dicha certificación se expidió sin suficiente motivación, al punto en que la conclusión conforme la cual se descartó la presencia de comunidades indígenas por consultar, no tiene sustento jurídico ni fáctico.

68. En lo que respecta a la existencia de una afectación directa sobre las comunidades accionantes, la Sala enfatizó en que, si bien la Defensoría del Pueblo constató cierta proximidad de los miembros de dichos grupos con la Vía Panamericana, la falta de información sobre el proyecto impide que los

miembros de la comunidad y, a través de ellos la Defensoría y esta Corporación, se hagan una idea cierta del impacto del mismo.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala no encontró elementos de juicio contundentes para identificar una afectación directa en la dinámica de las comunidades accionantes. Por lo tanto, no protegerá el derecho a la consulta previa en forma directa, sino que lo hará a través de la protección al debido proceso, en el sentido ya referido en los fundamentos jurídicos anteriores.

69. Con esta convicción, la Sala decidió que dejará sin efecto la certificación N°018 de 2017 para que se rehaga el trámite con la participación de las comunidades étnicas de la zona y con el seguimiento de las directrices para llevarlo a cabo.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR el del fallo proferido el 1° de febrero de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en el que declaró improcedente la acción de tutela para, en su lugar, **CONCEDER** el amparo a la consulta previa de las comunidades indígenas *"La Laguna Siberia"* y *"Las Mercedes"*, no directamente, sino a través de la protección de su derecho fundamental al debido proceso, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

Segundo. DEJAR SIN EFECTO la certificación N°018 de 2017, en la que el Ministerio del Interior certificó la inexistencia de grupos étnicos en la zona de influencia de la Unidad Funcional 3 del proyecto vial *"Segunda Calzada Popayán-Santander de Quilichao"*, por las razones expuestas en esta providencia. Así mismo dejar sin efecto los actos administrativos que se hayan sustentado en ella, incluida la licencia ambiental en relación con dicha unidad funcional.

Tercero. ORDENAR al Ministerio del Interior que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, inicie el trámite para expedir la certificación sobre la presencia de grupos tribales y asegure la participación de las comunidades étnicas que se encuentren en los municipios de Caldono y Piendamó, para establecer cuáles de ellas presentan un impacto relacionado con el territorio titulado y ocupado por los miembros de dichos grupos étnicos, que amerite un proceso de consulta previa en el marco de la

Unidad Funcional 3 del proyecto vial *"Segunda Calzada Popayán-Santander de Quilichao"*. Este proceso no podrá extenderse por más de sesenta (60) días calendario, desde el momento de su iniciación y deberá arrojar todos los productos a los que se refiere la Directiva Presidencial N°10 de 2013.

Luego de surtido este trámite, ha de emprender el proceso de consulta previa con las comunidades cuya presencia no se haya descartado, en la certificación por emitir y una vez se haya determinado si existe afectación directa a las mismas.

Cuarto. ADVERTIR al Ministerio del Interior que el proceso de certificación que adelanta en ejercicio de las competencias establecidas en el Decreto 1320 de 1998, no puede surtirse en forma efectiva únicamente a través del traslape de coordenadas geográficas. Es imperioso que acuda a análisis geográficos que excedan la cartografía física y se orienten por la geografía social, para establecer si existen territorios ancestrales afectados. Para ello, es imprescindible contar con la participación de las comunidades étnicas aledañas a los proyectos y obras, que para este caso concreto son aquellas que se encuentran asentadas en municipio de Caldono y, en él, en las veredas que son atravesadas por la Vía Panamericana.

También resulta indispensable que el proceso de verificación se documente en la forma establecida en la Directiva Presidencial N°10 de 2013 y que, las conclusiones a las que haya lugar, se motiven de manera suficiente en la certificación correspondiente.

Quinto. ADVERTIR a la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) y a Nuevo Cauca S.A.S. que, en caso de que dicho proceso de certificación concluya en la obligación de consulta previa, deben suministrar a las comunidades indígenas afectadas información clara, completa y suficiente, para que las mismas se construyan una idea consistente de los efectos que tendrá la ejecución de la Unidad Funcional 3 del proyecto vial *"Segunda Calzada Popayán-Santander de Quilichao"* en su dinámica y modos de vida.

Sexto. Por Secretaría General, **LÍBRESE** la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada
Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General