Sentencia T-436/16

Referencia: expediente T-5.487.947

Acción de tutela presentada por Félix Paternina Romero, Luis Rafael Martínez Martínez, Arelis del Carmen Álvarez Camargo, Jorge Eliécer López Bettín, José del Tránsito Bettín Ozuna, Rafael Antonio Álvarez Arroyo y Luis Francisco Atencia Parra en calidad de representantes de las parcialidades indígenas Maisheshe La Chivera, Flores de Chinchelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito contra la Autoridad de Licencias Ambientales (ANLA), el Ministerio del Interior, la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) y Autopistas de la Sabana S.A.S (AS S.A.S).

Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., doce (12) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa y los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, así como en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos emitidos por parte del Tribunal Administrativo de Sucre y de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el trámite de la acción de tutela incoada por Félix Paternina Romero, Luis Rafael Martínez Martínez, Arelis del Carmen Álvarez Camargo, Jorge Eliécer López Bettín, José del Tránsito Bettín Ozuna, Rafael Antonio Álvarez Arroyo y Luis Francisco Atencia Parra en calidad de representantes de las parcialidades indígenas Maisheshe la Chivera, Flores de Chinchelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito contra la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (en adelante ANLA), el Ministerio del Interior, la Agencia Nacional de Infraestructura (en adelante ANI) y Autopistas de la Sabana S.A.S (en adelante AS S.A.S).

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. Mediante contrato adicional No. 03 de marzo de 2010, el Inco –hoy ANI- pactó con la compañía AS S.A.S la ejecución del estudio, diseño y construcción de diferentes obras de la concesión vial Córdoba-Sucre. Entre esas construcciones, se encontraron la edificación de la doble calzada de la carretera Sincelejo – Toluviejo, proyecto que comprende desde el kilómetro PR 0+000 hasta el PR 18+0335.

1.2. La empresa AS S.A.S solicitó a la ANLA la licencia ambiental para adelantar la construcción de la segunda calzada de la carretera referida.

1.3. A través de Auto 2129 de julio de 2013, la ANLA inició el trámite administrativo de la licencia ambiental. Además, en ese documento se reconoció que en la zona en que se efectuaría el proyecto de construcción de la vía solo se encontraban las parcialidades indígenas La Palmira y La Unión Floresta, comunidades que pertenecen al pueblo Zenú y habitan entre los municipios de Toluviejo y Sucre.

1.4. En noviembre de 2013, miembros del cabildo indígena Maisheshe La Chivera informaron a los funcionarios de AS S.A.S, que realizaban el recorrido topográfico para la ejecución del proyecto, que el trazado de la segunda calzada de la vía Sincelejo – Toluviejo afectaba el territorio de la comunidad indígena. Además, advirtieron que entre el kilómetro 3+200 y 9+070 se encontraba dicha parcialidad. Por ende, solicitaron que el personal social de la compañía acudiera a la zona para la verificación de su presencia e iniciara el procedimiento de consulta previa. En la audiencia pública ambiental llevada a cabo en Sincelejo el 24 de abril de 2014, la comunidad étnicamente diferenciada volvió a denunciar la ausencia de concertación.

1.5. A través de oficio de radicación No 4120-E2-24740 del 14 de mayo de 2014, la ANLA informó a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior que miembros de la comunidad étnica Zenú habían comunicado que el cerro Sierra de la Flor tenía un significado espiritual y ritual para su pueblo. Ello ocurrió en audiencia pública referida en el párrafo anterior.

1.6. Mediante escrito No 4120-E1-26896 del 27 de ese mes y año, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior manifestó que había proferido el acto administrativo No. OFI11-31993-GCP0201, resolución que certificó la presencia de las parcialidades indígenas La Palmira y La Unión La Floresta en el área del proyecto de la doble calzada Sincelejo – Toluviejo. Además, señaló que se había realizado el trámite de consulta previa con las citadas comunidades y confirmó que no existían otros grupos con quienes fuese necesario efectuar un procedimiento similar. Precisó que el resguardo indígena Chinchelejo no hace parte de la franja certificada en el acto administrativo 1749 de 2013. Finalmente, reseñó los diferentes mecanismos utilizados para verificar la existencia de parcialidades étnicas, por ejemplo visita a la zona y tres polígonos.

1.7. Por medio de las Resoluciones No 0588 y 1283 de 2014, la ANLA otorgó a la compañía AS S.A.S licencia ambiental para la construcción de la segunda calzada del corredor vial de Sincelejo – Toluviejo. Los actores señalaron que esa decisión se adoptó sin consultar con sus comunidades indígenas.

1.8. A finales de septiembre de 2014, la compañía comenzó con las labores de construcción del proyecto. Además, inició con la expropiación de predios requeridos para ese fin por medio de demandas interpuestas ante la jurisdicción civil.

1.9. El 1º de noviembre de 2014, el capitán del cabildo Maisheshe La Chivera presentó escrito ante el Ministerio del Interior con el fin de informar que el proyecto de construcción había iniciado sin la realización de la consulta previa. A la fecha de la presentación de esta acción de tutela, la autoridad no había emitido respuesta alguna.

1.10. Los accionantes advirtieron que la construcción de la segunda calzada Sincelejo – Toluviejo comenzó sin que se hubiese dialogado con la comunidad indígena. Esa actuación desconoció su derecho a la consulta previa y olvidó que esa obra afectaba a sus parcialidades, porque el trazado vial deterioraba el cerro de Sierra Flor ubicado en el Departamento de Sucre. Los representantes de los colectivos étnicamente diferenciados resaltaron que en ese accidente geográfico y en sus alrededores se halla localizado su cementerio sagrado, el

cual tiene más de 500 años de antigüedad. Además, los indígenas Zenú consideraron que esa elevación terrestre es un sitio sagrado en donde se realizan diferentes rituales y plegarias. También subrayaron que en esos cerros existen franjas de terreno dedicadas a la agricultura, actividades que son acompañas por el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA- y el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación –Colciencias-. A su vez, manifestaron que la ANI inició varios procesos de expropiación entre los kilómetros PR 0+000 y el PR 18+03351+500, sin concertar el trazado vial con la comunidad. En algunas áreas de esa zona, la comunidad ejerce posesión sobre ciertos inmuebles objeto de enajenación forzosa. Finalmente, adujeron que la ejecución del proyecto de la carretera se encuentra causando grave impacto ambiental, por ejemplo la destrucción de 150.000 m^2 de bosque, la caza indiscriminada de animales silvestres y el deterioro de fuentes hídricas que abastecen a la comunidad. Inclusive, advirtieron que se ha efectuado actividad minera sin el permiso correspondiente.

2. Solicitud de Tutela

El 16 de junio de 2015, los señores Félix Paternina Romero, Luis Rafael Martínez Martínez, Arelis del Carmen Álvarez Camargo, Jorge Eliécer López Bettín, José del Tránsito Bettín Ozuna, Rafael Antonio Álvarez Arroyo y Luis Francisco Atencia Parra en calidad de representantes de las parcialidades indígenas Maisheshe La Chivera, Flores de Chinchelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito formularon acción de tutela contra la ANLA, el Ministerio del Interior, la ANI y la A.S S.A.S, porque vulneraron sus derechos fundamentales del debido proceso y de la consulta previa, al iniciar la construcción de la doble calzada Sincelejo-Toluviejo sin que se hubiese concertado con la comunidad. La demanda se sustentó en los siguientes argumentos:

2.1. Los accionantes manifestaron que las entidades accionadas no adelantaron la consulta con sus comunidades ni concertaron la construcción de la segunda calzada Sincelejo a Toluviejo, omisión que quebrantó sus derechos fundamentales y olvidó que dicho proyecto tiene incidencia negativa en sus parcialidades. Así, indicaron que su pueblo se ha visto afectado por la edificación de la vía por las siguientes razones: i) los miembros de la comunidad deben transitar constantemente por los sitios en que las entidades demandadas se encuentran realizando las obras; ii) A.S S.A.S ha ejecutado

actividades de minería sin el permiso correspondiente; iii) la administración expropió un predio que brindaba agua a la comunidad; iv) la construcción referida perturba lugares sagrados que datan de hace 500 años. Es más, la comunidad tiene edificaciones en la zona de obra de la carretera en el predio llamado Bolivia, inmueble que poseen hace tiempo atrás y que tiene riesgo de ser expropiado. Lo antepuesto sucedió, porque los jueces de expropiación eliminaron el derecho de dominio del predio Argentina sobrepasando sus linderos y afectando parte del bien Bolivia; y v) la existencia de autorización de tala de árboles y la caza indiscriminada de animales. Al respecto, referenció decisiones de este Tribunal que salvaguardaban el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas[1].

Además, adujeron que la compañía A.S S.A.S. vulneró el derecho a consulta previa, debido a que restringe el concepto de afectación a las personas que se encuentran en los bordes de la vía. Dicha visión es demasiado estrecha e implica que no se evidencien los efectos negativos para su comunidad en materias espirituales o religiosas que trae el proyecto.

2.2. Advirtieron que la ANLA extralimitó sus funciones, al otorgar la licencia ambiental para ejecutar el proyecto cuestionado, como quiera que los numerales 3 y 5 del artículo 21 del Plan Ordenamiento Territorial de Sincelejo, acuerdo 007 de 2007, establecieron que los cerros de la Sierra Flor son zonas de Área Forestal Protegida según la Ley 388 de 1997. Ese amparo es fruto de la discusión y debate que se ha realizado entre la administración municipal y las comunidades indígenas con el fin de la expedición de los acuerdos que reglamenten el uso del suelo.

2.3. Los actores señalaron que la ejecución del proyecto de la doble calzada causará un perjuicio irremediable al ambiente de la zona, toda vez que el concesionario ha talado los árboles de manera indiscriminada y ha cazado animales silvestres. Inclusive resaltaron que esa situación torna improcedente la acción popular.

2.4. En atención a los expuesto, solicitaron que se ordenara: i) la suspensión y nulidad de la Resolución No 0588 de 2014 y 1283 de 2014, actos administrativos que otorgaron la licencia ambiental para adelantar la construcción de la doble calzada Sincelejo- Toluviejo; ii) a la compañía A.S S.A.S que detenga el proyecto vial y la explotación minera ilegal, así como que implemente medidas de mitigación por sus acciones; iii) al Juzgado Tercero de

Sincelejo que suspenda: a) los efectos del jurídicos del acta de entrega anticipada de fecha 4 de junio de 2015, la cual se expidió en el proceso de expropiación No 2015-00039-00; y b) los procesos de expropiación de los predios ubicados entre los kilómetros PR 0+000 hasta el PR 18+03351+500; y iii) . Lo anterior hasta que no se concerte el trazado de la vía; y iv) a la ANI, que no presente demanda de expropiación de los inmuebles localizados entre los kilómetros PR 0+000 y el PR 18+03351+500 hasta que no se concerte el trazado de la vía.

3. Otras actuaciones judiciales en las que participaron los actores

3.1. El señor Norbey Moreno Romero, director de las veedurías de Sincelejo, y otros ciudadanos promovieron acción popular contra la ANLA, la A.S S.A.S., el Municipio de Sincelejo, la ANI y la Corporación Autónoma Regional de Sucre – CARSUCRE- para que se protegieran sus derechos colectivos del debido proceso, de la participación, del goce de un ambiente sano, de la existencia de equilibrio ecológico y el manejo así como del aprovechamiento racional de los recursos naturales para organizar un desarrollo sostenible, la conservación de las especies animales y vegetales, así como la protección de áreas de especial importancia ecológica de los suelos y los bosques de los cerros de la Sierra Flor de Sincelejo-Sucre. Los actores populares adujeron que la vulneración de sus derechos ocurrió con la construcción de la segunda calzada de la carretera Sincelejo-Toluviejo.

Indicaron que el proyecto ha causado la devastación de zonas boscosas que tienen la protección del plan de ordenamiento territorial del municipio. Además, censuraron que A.S. S.A.S. abriera una cantera, lugar donde se extrae material de construcción tipo balasto, el cual se utiliza para la construcción de la vía. Resaltaron que esa actividad carece de título minero que la autorice, de modo que es ilegal. Inclusive, advirtieron que la sociedad accionada ha omitido implementar las medidas de mitigación de impacto ambiental reconocidas en la resolución No 0588 del 2014, licencia ambiental otorgada por la ANLA. Así mismo, denunciaron que la movilización de la maquinaria pesada ha causado derrumbes y resquebrajamientos de las viviendas de los habitantes de las veredas “El Cielo” o “Nuevo Panorama”. Conjuntamente indicaron que las obras impiden que la comunidad se desplace al aljibe natural ubicado en la finca el Gallinero, sitió en que se extrae el agua.

En el escrito introductorio de libelo, los miembros del resguardo indígena de Chinchelejo comunicaron que también eran demandantes en ese proceso,

debido a que sus derechos se ven perturbados con la destrucción del cerro de Sierra Flor, elevación que tiene un gran significado ecológico, ambiental y espiritual para esa comunidad. La parcialidad de Flores de Chinchelejo comunicó a la A.S. S.A.S. la importancia de ese accidente geográfico para el pueblo Zenú

En auto del 21 de abril de 2015, el Tribunal Administrativo de Sucre admitió la acción popular e inició el proceso No. 2015-00044-00. Paralelamente, reconoció al reguardo indígena de Chinchelejo de la etnia Zenú como coadyuvante de la demanda.

El 20 de mayo de 2015, el Tribunal Administrativo de Sucre negó la medida cautelar de suspensión de la construcción, petición elevada por parte de los actores del medio de control de protección de derechos colectivos. Esa decisión se sustentó en que los censores carecen de prueba para demostrar el daño denunciado. A su vez, señaló que el acto administrativo cuestionado había asignado a la sociedad A.S. S.A.S la obligación de concertar con el Municipio de Sincelejo la intervención en las áreas protegidas. Frente a la explotación minera, el juez colegiado estimó que no era claro que se trata de esa actividad. Inclusive, explicó que la licencia otorgó al concesionario el derecho a hacer cortes y rellenos, actuación que hasta ese momento ésta había adelantado. Empero, la autoridad judicial precisó que la acción popular es el medio judicial idóneo para proteger los derechos colectivos al ambiente de cualquiera de las actuaciones de la administración.

3.2. En el Expediente No. 2015-00039-00, se discute la demanda de expropiación sobre el inmueble Argentina de propiedad del señor Juan Carlos Payares Quessep. Ese proceso inició bajo dirección del Juzgado Tercero Civil del Circuito, empero esa autoridad judicial se declaró impedida para conocer del asunto, de modo que la causa quedo bajo la tutela del Juzgado Primero Civil del Circuito. En ese trámite, la apoderada de los actores del proceso objeto de revisión solicitó que no se ejecutara la dación del predio, dado que los linderos de la finca carecen de certeza, al punto que se expropiaría una franja de terreno del bien Bolivia de propiedad del resguardo indígena Flores de Chinchelejo .En auto del 15 de Septiembre de 2015, la segunda autoridad judicial suspendió la diligencia de lanzamiento, por cuanto existe duda sobre si el predio objeto de diligencia es el mismo que se benefició con el amparo de derechos que había dispuesto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el trámite de tutela que se identifica con el No 59079. El procedimiento reseñado

ha sido atacado a través de dos acciones de tutela, trámites que se esbozarán a continuación.

3.2.1. En el plenario con Radicación n°. 70001-22-14-000-2015-00138-01, diferentes personas que pertenecen al resguardo indígena de Chinchelejo y que tienen su asentamiento en el cerro de Sierra Flor formularon acción de tutela contra el Juzgado Tercero Civil de Sincelejo y otros, por cuanto expropió una franja del terreno Bolivia de propiedad de la comunidad, al eliminar el derecho de dominio de un predio contiguo llamado Argentina. Los actores ese trámite constitucional censuraron que la autoridad judicial procedió a la entrega anticipada del inmueble sin tener claro los linderos de éste y afectando una parte de un bien de su propiedad. Ante esa situación, los petentes de ese proceso de amparo de derechos solicitaron suspender temporalmente la orden de entrega anticipada del bien identificado con Matricula Inmobiliaria No. 34056032 fechada para el 30 de junio de 2015. El Tribunal Superior de Sincelejo[2] y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia[3] negaron la demanda con fundamento en que los actores carecen de la legitimidad en la causa por activa para cuestionar las actuaciones de ese proceso, en la medida en que ese trámite discute la privación del derecho de dominio que recae sobre el inmueble de propiedad de Juan Carlos Payares Quessep, bien que no se relaciona con los derechos de los tutelantes. Mediante Auto del 28 de octubre de 2015, esa decisión hizo tránsito a cosa juzgada, cuando la Sala Decima de Selección de la Corte Constitucional excluyó ese caso para revisión.

3.2.2. En el expediente No. 70001-22-14-000-2016-00021-01, el señor Juan Carlos Payares Quessep interpuso acción de tutela contra las actuaciones que adelantaron los Jueces Primero y Tercero Civil de Circuito en el proceso de expropiación No. 2015-00039-00. El actor del trámite de amparo de derechos censuró que las autoridades judiciales: i) hubiesen procedido a la entrega anticipada del inmueble sin que quedara ejecutoriada el auto de admisión de la demanda; y ii) ordenaran la diligencia de dación del inmueble pese a que el demandante y lo indígenas intervinientes advirtieron que los linderos del predio Argentina eran inciertos, de modo que la expropiación incluía una franja del bien Bolivia, finca que pertenece a la comunidad Flores de Chinchelejo. El Tribunal Superior de Sincelejo vinculó al proceso a la parcialidad étnicamente diferenciada referida. Ese Juez Colegiado y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia negaron la demanda porque: i) la tutela inobservó el requisito de inmediatez, puesto que promovió esa acción 11 meses después del auto que procedió a la entrega anticipada de inmueble objeto de expropiación;

ii) el actor no interpuso los recursos ordinarios contra esa decisión; iii) la sentencia que decreta la enajenación forzosa del inmueble puede ser apelada; y iv) los argumentos de la tutela fueron los mismos fundamentos de la petición la nulidad, incidente que se encuentra en trámite de alzada. En este momento, la Sala Séptima de Selección de la Corte Constitucional se halla estudiando si escoge ese proceso para revisión.

4. Intervención de la parte demandada

En auto del 18 de junio de 2015, el Tribunal Administrativo de Sucre admitió la demanda de tutela y notificó el escrito a las entidades accionadas, es decir la ANLA, los Ministerios del Interior así como de Justicia y del del Derecho, la ANI y la A.S S.A.S. Además, señaló que no vincularía al proceso de la referencia a los juzgados que tienen bajo su conocimiento el trámite de expropiación, como quiera que las pretensiones y hechos de la demanda evidencian un presunto desconocimiento del derecho de la consulta previa, petición que no puede recaer sobre autoridades judiciales. Lo anterior, en razón de que las medidas sujetas a concertación son las legislativas o administrativas.

Frente a la medida cautelar de suspensión de licencias ambientales, el juez colegiado negó esa petición, por cuanto las autoridades accionadas realizaron el trámite de consulta previa con las comunidades indígenas la Unión Floresta y la Palmira, parcialidades que se encontraban en la zona de influencia del proyecto de construcción de la doble calzada de la carretera Sincelejo-Toluviejo, tal como se advierte en la Resolución No. 0588 de 10 de junio de 2014. Así mismo, la Dirección de Consulta Previa de Ministerio certificó la ausencia de comunidades indígenas en dicho terreno.

4.1. Empresa Autopistas de la Sabana –A.S. S.A.S-

Jorge Hernán Garzón Daza, apoderado especial de Autopistas la Sabana S.A.S., solicitó que la acción de tutela de la referencia sea negada o declarada improcedente, porque: i) los actores tienen otros medios de defensa judicial para cuestionar la validez de los actos administrativos. Así mismo, no demostraron la existencia de un perjuicio irremediable; ii) incumplieron los requisitos jurisprudenciales para la procedibilidad tutela contra providencia judicial; iii) carece de inmediatez; y iv) su representada actuó conforme a derecho. Cada argumento será esbozado a continuación:

i) La demanda es improcedente, ya que pretende dejar sin efectos actos administrativos y proteger el derecho al ambiente. Para la materialización de sus pretensiones, los actores tienen a su disposición las acciones de la jurisdicción contenciosa, ya sea de nulidad o popular. A su vez, no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable que torne procedente la acción de tutela. Además, los peticionarios tuvieron el espacio en el procedimiento administrativo para discutir los actos de las autoridades.

ii) Los petentes cuestionaron providencias judiciales que se profirieron en proceso de expropiación sin que se configuraran las causales de procedibilidad de tutela contra las decisiones de los jueces. Lo anterior, en razón de que los actores intervinieron en el proceso ordinario y cuentan con recursos para atacar las determinaciones que se adopten en dicho trámite.

iii) La acción de tutela carece de inmediatez, porque se presentó dos años después de la ocurrencia de los hechos, esto es, en mayo de 2013, fecha en que los actores formularon derecho de petición a las autoridades demandadas para manifestar los inconvenientes de la obra.

iv) La empresa A.S S.A.S había observado todos los requisitos legales con el fin de obtener la licencia ambiental requerida para adelantar el proyecto de construcción.

Además, no desconoció el derecho a la consulta previa, dado que la empresa es incompetente para decidir si se requiere la concertación con las comunidades indígenas. Lo anterior, en razón de que el Ministerio del Interior es la entidad encargada de definir si debe realizarse la consulta. La obligación de la compañía se reduce a solicitar a la autoridad administrativa la certificación sobre la presencia de grupos étnicos en el área de influencia del proyecto.

En el caso concreto, el Grupo de Consulta previa del Ministerio del Interior expidió un certificado, documento que constató que en área de influencia de la construcción de la doble calzada Sincelejo-Toluviejo solo se encontraban ubicadas las parcialidades indígenas de La Palmira y Unión de la Floresta. Con dichas comunidades, A.S S.A.S realizó el trámite de consulta previa. Frente a las colectividades demandantes, el concesionario aseveró que no requiere realizar el procedimiento de consulta, en la medida en que: i) los presuntos

capitanes de los cabildos accionantes no demostraron dicha calidad; ii) mediante oficio 20101126662, el INCODER certificó que el área del proyecto no se cruza con algún territorio indígena. En la resolución No 1283 de 2014, la ANLA confirmó ese hecho; y iii) en cumplimiento del acto administrativo No 0502 de 2014, la compañía celebró audiencia pública para informar sobre los pormenores de proyecto. Dicha actuación se realizó por la petición presentada por parte del señor Norbey Moreno Romero.

El profesional en derecho rechazó las afirmaciones de los actores que informaron que la compañía se encontraba ejerciendo actos de minería, y socavando la fauna así como la flora de cerro de Sierra Flor. Subrayó que las actuaciones de su poderdante se han ceñido a las autorizaciones de la Resolución No 0588 de 2014. *"En los Cerros de Sierra Flor se realizan actividades propias del proceso constructivo de una vía, al analizar el contenido del manual de carreteras del Instituto Nacional de Vías 'INVIAS'.* La compañía solo ha reutilizado los materiales provenientes de otros cortes, actuación que avaló la ANLA en oficio del 22 de octubre de 2014.

Con base en el artículo 10 de la Ley 388 de 1997, el abogado manifestó que los planes de ordenamiento territorial son inoponibles a las licencias ambientales dictadas por la ANLA, porque los actos proferidos por esa entidad son las normas superiores en materia ambiental. También recordó que las obras de infraestructura de transporte son actividades de interés general, calidad que descarta que la reglamentación del suelo por parte de los municipios impida la ejecución de los proyectos. Finalmente, adujo que la construcción de la doble calzada ofrecerá mayor protección a los transeúntes, debido a que se ampliará la berma de la vía.

4.2. Agencia Nacional de Infraestructura –ANI-

La señora Angélica María Rodríguez Valero, apoderada de la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI-, pidió que la acción de tutela fuese declarada improcedente, por cuanto no es medio judicial idóneo y eficaz para cuestionar los actos administrativos proferidos por las autoridad y proteger los derechos colectivos. Además, manifestó que existe falta de legitimación por pasiva.

La profesional en derecho advirtió que la acción de tutela es improcedente para cuestionar los actos administrativos y proteger los derechos colectivos de las comunidades, de modo que incumple el principio de subsidiariedad.

De un lado, indicó que los actores tienen a su disposición el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para solicitar la suspensión y la invalidez de las resoluciones 588 y 1282 de 2014. Resaltó que esa herramienta judicial es idónea y eficaz para obtener la supresión de las referidas decisiones de la administración.

De otro lado, aseveró que las acciones popular y de grupo son los medios judiciales idóneos y eficaces para proteger los derechos colectivos de los peticionarios. En tales cuerdas procesales se pueden ventilar las pretensiones de los demandantes y resolverse en el período probatorio adecuado. Recordó que el Tribunal Administrativo de Sucre se encuentra estudiando una acción popular sobre los hechos de la actual tutela, trámite que se identifica con el radicado No. 2015-00044.

Ahora bien, la abogada de la autoridad informó que su poderdante no tuvo injerencia en la producción de los actos jurídicos cuestionados, de modo que carece de la competencia para pronunciarse frente a las licencias ambientales y los procesos de expropiación. Entonces, consideró que su representada no ostenta la legitimidad por pasiva en la presente tutela.

4.3. Ministerio del Interior

Álvaro Echeverry Londoño, Director del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior, contestó la demanda y solicitó que ésta fuese negada. Al respecto, formuló la siguiente argumentación:

4.3.1. De acuerdo con el Decreto 2893 de 2011, esa entidad tiene la competencia para emitir las certificaciones que advierten la presencia de comunidades étnicas en las zonas de influencia de los proyectos, obras o actividades. Para la producción de ese acto administrativo, esa dependencia realiza un análisis espacial del terreno de intervención con base en datos de localización de georreferenciación. Además, revisa los sistemas de información que poseen la Dirección de Consulta Previa, el INCODER y el IGAC. En los casos en que se presenten dudas sobre la presencia de grupos étnicamente diferenciados, el Ministerio programará y efectuará una visita a la zona para realizar un reconocimiento etnológico de los grupos sociales y determinar si éstos se hallan en el área de influencia del proyecto.

En el evento en que se registre la existencia de comunidades, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior proferirá una resolución que

establecerá la obligatoriedad del trámite de consulta previa. Resaltó que la concertación debe seguir los lineamientos legales, jurisprudenciales y presidenciales.

4.3.2. Mediante la certificación No. OFI111-31993-GCP-0201 del 16 de julio de 2011, el Ministerio del Interior constató la presencia de las parcialidades indígenas La Palmira y La Unión Floresta en la zona de intervención del proyecto de construcción de la doble calzada de Sincelejo-Toluviejo. En cumplimiento de ese acto administrativo, se realizó el trámite de consulta previa con esos colectivos.

En relación con las comunidades étnicas del pueblo Zenú que fungen como demandantes en el presente proceso -Maisheshe La Chivera, Fores de Chinchelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito-, el Ministerio señaló que no se encuentran en el área de la obra, al punto que la afectación derivada de la ejecución de la edificación de vía es inexistente. Ese hecho se demuestra con la distancia que existe entre tales parcialidades y el terreno de construcción, a saber: i) Maisheshe La Chiviera 2.5 Km; ii) Flores de Chinchelejo 3 Km; iii) Tatachio Mirabel 7.8 Km; iv) Mateo Pérez 11.5 Km; v) Sabanalarga y Palito 18 km; y vi) Lomas de Palito 20 Km.

Entonces, el proyecto cuestionado no genera un menoscabo cultural o a la integridad del territorio de las parcialidades demandadas, de acuerdo a los parámetros fijados por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia C-039 de 1997, decisión que se pronunció sobre las afectaciones directas que sufren los pueblos tribales.

4.4. Ministerio de Justicia y del Derecho

Carolina Murillo Carvajal, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Justicia y del Derecho, solicitó que esa entidad fuese desvinculada del proceso de tutela de la referencia, en la medida en que las pretensiones de los actores son ajenas a sus competencias, al punto que carece de legitimidad por pasiva. Es más, precisó que esa autoridad de nivel central no tiene potestades en torno al trámite de consulta previa, de modo que es inexistente su responsabilidad sobre los hechos de la tutela.

4.5. Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA-

Yolanda María Leguizamón Malagón, apoderada de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA-, solicitó que la acción de tutela de la referencia sea negada o declarada improcedente, porque: i) no se cumple la legitimidad por pasiva; ii) existen otros mecanismos de defensa judicial que tiene el fin de proteger los derechos de los petentes; iii) los demandantes inobservaron la carga probatoria para demostrar sus pretensiones así como afirmaciones; y iv) el otorgamiento de licencia ambiental no produce solidaridad entre la ANLA y el beneficiario de la misma. Sobre el particular señaló:

4.5.1. La ANLA no es la entidad responsable de los hechos u omisiones que motivaron la presente acción de tutela, de modo que carece de lógica que resista las pretensiones de la demanda. Recordó que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior es la autoridad encargada de realizar la concertación con las comunidades étnicamente diferenciadas. Además, indicó que ese mismo órgano tiene la competencia para certificar la presencia de los pueblos indígenas, documento requerido a los concesionarios antes de que se expida la licencia ambiental.

4.5.2. La demanda es improcedente, como quiera que pretende dejar sin efectos actos administrativos y proteger el derecho al ambiente. Para la materialización de sus pretensiones, los actores tienen a su disposición los medios de control de la jurisdicción contenciosa, ya sea de nulidad o popular. Inclusive, los tutelantes pueden solicitar las medidas cautelares respectivas para suspender los actos administrativos o adoptar correcciones necesarias con el fin de salvaguardar sus derechos colectivos. A su vez, no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable que torne procedente la acción de tutela.

4.5.3. La apoderada de la entidad adujo que los petentes desean que sus derechos sean amparados con fundamento en simples afirmaciones, puesto que no aportaron prueba alguna que justificara sus pretensiones. Es más, el expediente carece de los medios de convicción necesarios para que el juez de tutela encuentre demostrada la vulneración de derechos que alegan los actores.

4.5.4. El otorgamiento de la licencia no atribuye a la ANLA la responsabilidad solidaria de la indebida ejecución del permiso por parte del beneficiario del acto administrativo. En el caso concreto, la entidad no es asociada ni coadministradora de A.S. S.A.S. Tampoco participa en sus diversas determinaciones.

5. Sentencia de tutela de primera instancia

En Sentencia del 30 de julio de 2015, el Tribunal Administrativo de Sucre amparó el derecho de la consulta previa de las parcialidades indígenas Flores de Chinchelejo y Maisheshe La Chiviera. Así, ordenó que se adelantara la concertación en un tiempo máximo de 30 días contados a partir de la notificación de esa providencia. Empero, no suspendió las labores de construcción, toda vez que las comunidades protegidas se hallan ubicadas en un sitio alejado de la obra, al punto que se puede efectuar el dialogo de manera tranquila.

Para sustentar su decisión, el juez de primera instancia aclaró que se concentraría en estudiar la presunta vulneración del derecho de la consulta previa, debido a que los demás hechos son objeto de análisis por parte de otras autoridades jurisdiccionales. Por ejemplo, los derechos colectivos fueron judicializados en un proceso de acción popular y los actos expropiatorios son estudiados en el trámite de enajenación forzosa del derecho de dominio.

Acto seguido, referenció la jurisprudencia de esta Corte sobre los parámetros que se deben tener en cuenta para identificar si un proyecto afecta a diversas comunidades[4]. Entre ellos, advirtió que se deberá concertar con la comunidad cuando las medidas que resulten nocivas impliquen una intromisión intolerable de las dinámicas sociales, culturales y económicas de los grupos sociales étnicamente diferenciados. Inclusive, esa afectación no se elimina con la ausencia física y permanente de la comunidad de las zonas de los proyectos, puesto que la perturbación puede ocurrir sobre franjas que se usan esporádicamente a prácticas culturales, casos en que deberá realizarse el trámite de consulta previa.

En el caso concreto, la autoridad judicial concluyó que los medios de control de la jurisdicción contenciosa carecen de idoneidad para proteger el derecho fundamental de consulta previa, puesto que no se encuentran diseñados con el fin de salvaguardar esas garantías. Aclaró que los actores cuestionaron la ausencia de concertación y no el procedimiento administrativo que terminó con la expedición de las licencias ambientales.

Adicionalmente, el *a-quo* sintetizó que los cabildos Flores de Chinchelejo y Maisheshe La Chiviera han sido perturbados por la ejecución del proyecto de construcción de la doble calzada de Sincelejo- Toluviejo, debido a su cercanía

geográfica del área de la obra. En contraste, la afectación de las comunidades Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito es inexistente, dado que se encuentran a 7.8, 11.5, 18 y 20 Km de distancia de la franja de intervención.

6. Impugnaciones.

Los actores, la empresa A.S S.A.S y el Ministerio impugnaron la decisión de primera instancia con fundamento en los argumentos que se presentarán a continuación.

6.1. Demandantes

Jardin Díaz Payares, en calidad de abogada de los cabildos accionantes, impugnó la decisión de primera instancia[5], debido a que se encuentra en desacuerdo con las órdenes proferidas para garantizar el derecho de consulta previa.

La profesional en derecho censuró que el Tribunal Administrativo de Sucre no hubiese suspendido las obras de la construcción de la segunda calzada de la carreta Sincelejo – Toluviejo. Esa omisión significó que el juez de instancia renunciara a proferir órdenes precisas que protejan los derechos vulnerados.

A su vez, consideró que la autoridad jurisdiccional referida extralimitó sus funciones, al ordenar que el trámite de consulta previa sea realizado en un término de 30 días hábiles, porque el Convenio 169 de la OIT, leyes nacionales o la directiva No 10 de 2013 y el Decreto 2613 de ese año jamás establecieron un tiempo límite para la concertación. Subrayaron que el Tribunal fijó un plazo de dialogo de manera caprichosa que favorece *"al principal accionado que es Autopistas la Sabana, que incluso se está enriqueciendo ilícitamente con las extracciones ilegales de material, ejerciendo abiertamente la minería ilegal en los suelos de protección de los cerros de la sierra flor de Sincelejo"* ***[6]***.

Por lo anterior, la abogada concluyó que el *a-quo* debió anular todas las actuaciones que se adelantaron en el trámite de licencia ambiental o decretar la inaplicabilidad de los actos administrativos que concedieron la autorización a la sociedad A.S S.A.S para ejecutar la construcción del segundo carril de la vía Sincelejo – Toluviejo.

En escrito adicional del 22 de septiembre de 2015, la apoderada de los tutelantes cuestionó las actuaciones judiciales adelantadas por parte del Juzgado Primero Civil del Circuito en el proceso de expropiación del predio Argentina, por cuanto esa enajenación forzosa recae sobre un inmueble de la comunidad indígena Flores de Chinchelejo denominado Bolivia. Ese trámite pasó a dicho despacho, debido a la declaratoria de impedimento del Juez Tercero Civil del Circuito de Sincelejo. Aunque, en auto del 15 de Septiembre de ese año, tal autoridad judicial suspendió la diligencia de lanzamiento.

6.2. Empresa Autopistas de la Sabana S.A.S.

El señor Jorge Hernán Garzón Daza, apoderado judicial de la compañía A.S. S.A.S, impugnó la providencia que había protegido el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas Maishesehe de La Chiviera y Flores de Chinchelejo.

Inicialmente, reiteró que la acción de tutela incumplió el requisito de inmediatez, porque los actores formularon la demanda 24 meses después de los hechos que dieron origen a la vulneración de sus derechos. El 21 de mayo de 2014, los peticionarios enviaron una petición a la ANLA, ANI y Ministerio de Transporte para advertir sobre los inconvenientes del trazado de la vía. El abogado censuró que el *a-quo* hubiese concluido que la afectación de los derechos de los petentes era actual, dado que esperaron 2 dos años para promover la acción, pese a que supuestamente estaban padeciendo los efectos de la obra. Recordó que su poderdante había realizado publicaciones sobre la socialización del proyecto vial en diferentes periódicos locales. Lo propio sucedió con la audiencia pública efectuada en febrero de 2014. En diversas resoluciones, la ANLA corroboró la amplia participación ciudadana en las discusiones del proyecto. Al respecto citó la Sentencia T-154 de 2009, providencia que declaró improcedente una demanda de tutela, al contar la inmediatez a partir de la firmeza de la licencia ambiental.

Más adelante, el profesional en derecho cuestionó la decisión de instancia, por cuanto careció del sustento probatorio para amparar los derechos de los actores. Censuró que el juez colegiado hubiese basado su determinación en un análisis somero de los medios de convicción que se encontraban en el expediente.

El profesional en derecho cuestionó que el Tribunal Administrativo de Sucre concluyera que las parcialidades de Maisheshe La Chiviera y Flores de Chinchelejo han padecido efectos negativos con la construcción del proyecto

vial Sincelejo-Toluviejo, porque la autoridad jurisdiccional no tuvo en cuenta que la entidad encargada de decidir si se realiza la consulta previa, el grupo del Ministerio del Interior, había señalado que tales comunidades se hallaban fuera del rango de influencia de la obra. Sobre el particular referenció la comunicación No OFI13-000037458-DCP-2500 de diciembre de 2013 proferida por el Ministerio del Interior y enviada a la ANLA, escrito en que se explicó que no había necesidad de efectuar concertación con la comunidad de Chinchelejo y del cabildo de Umaken.

En relación con los cerros de Sierra Flor, indicó que esos montes fueron intervenidos con la construcción de la primera calzada de la vía y no con la segunda. Ante esa situación, es incomprensible que los actores omitieran alegar vulneración de sus derechos en aquella oportunidad. También advirtió que esas colinas carecen de la calidad de zonas protegidas ambiental o culturalmente.

Finalmente, el abogado adujo que los peticionarios no demostraron su calidad de indígenas. En contraste, su representada comprobó que en la zona de intervención del proyecto es inexistente la presencia de resguardos indígenas o de territorios titulados.

6.3. Ministerio del Interior

Álvaro Echeverry Londoño, Director del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior, promovió recurso de alzada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre.

Ese disenso se sustentó en que los actores no han padecido efecto negativo alguno con la construcción de la doble calzada Sincelejo Toluviejo. Mediante el acto administrativo OFI11-31993-GCP-0201 de julio de 2011, la Dirección de Consulta Previa precisó que las únicas comunidades tribales afectadas con el proyecto serían La Palmira y La Unión La Floresta, de modo que solo con éstas debía adelantarse el trámite de consulta previa, tal como sucedió. Entonces, estimó que era improcedente la concertación con las parcialidades de Maisheshe La Chiviera y Flores de Chinchelejo, toda vez que no se encuentran asentadas en el área de intervención. Inclusive, la distancia de esas comunidades de la obra constata la inexistente afectación, trayectos de 2.5 y 3 Km respectivamente.

Además, advirtió que la Dirección de Asuntos Indígenas no tiene registro de reconocimiento como parcialidad o resguardo de la comunidad Flores de Chinchelejo.

7. Sentencia de tutela de segunda instancia

El 10 de diciembre de 2015, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado confirmó la providencia de primera instancia, decisión que amparó el derecho fundamental de la consulta previa de las comunidades Maisheshe La Chivera y Flores de Chinchelejo.

De manera previa, el *ad-quem* precisó que no estudiaría los argumentos relacionados con: i) las actuaciones cuestionadas en el proceso de expropiación No 2015-00039-00 que dirige el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Sincelejo; y ii) las presuntas afectaciones de los derechos colectivos al ambiente producto de la ejecución del proyecto vial. Lo anterior, en razón de que los Tribunales Superior de Sincelejo y Administrativo de Sucre se encuentran estudiando dichas situaciones en los trámites de tutela No 2015-00118-00 y popular No. 2015-00044-00.

También, advirtió que no se pronunciaría sobre la negativa de amparo de las comunidades indígenas Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanarla –Palito y Lomas de Palito, que decidió el juez de primera instancia, dado que en el recurso de apelación jamás se cuestionó dicha determinación.

En el análisis formal, ese juez colegiado concluyó que la demanda de tutela cumplió con el principio de inmediatez, porque se presentó en un tiempo razonable a la vulneración de los hechos, esto es, a los 8 meses después de que se emitiera el último acto administrativo que otorgó la licencia ambiental. Esa plazo es un interregno prudencial para que una comunidad éticamente diferenciada ejerza su derecho de acción con el fin de salvaguardad sus derechos fundamentales.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado precisó que la acción de tutela había cumplido con la legitimidad por activa, en la medida en que los señores Felix Valois Paternina Romero y Luis Rafael Martínez Martínez acreditaron en el proceso que eran los capitanes de los cabildos indígenas Maisheshe La Chiviera y Flores de Chinchelejo respectivamente.

En el asunto fondo, el juez colegiado estimó que el Ministerio del Interior vulneró el derecho a la consulta previa, porque certificó que "*en el área de influencia del proyecto vial mencionado solo se encontraban las parcialidades Palmira y Unión Floresta".*

Resaltó que las siguientes pruebas descartaban el concepto de la autoridad sobre la ausencia de comunidades en la zona de obra: i) oficio del 21 de mayo de 2013, documento en que el señor Luis Rafael Martínez Martínez, capitán del cabildo Flores de Chinchelejo, advirtió a la ANLA, a la ANI y al Ministerio de Transporte que su comunidad practicaba ritos ancestrales en los cerros de la Sierra Flor, de modo que la construcción de la doble calzada del municipio de Sincelejo a Toluviejo traerá inconvenientes a colectividad; ii) petición de la ANLA en la que solicita al Ministerio del Interior que certifique de nuevo la presencia de comunidades indígenas en la zona de intervención del proyecto. La autoridad ratificó que las parcialidades Palmira y Unión Floresta eran las únicas que se hallaban en el lugar; iii) manifestación del señor Martínez Martínez sobre la preocupación que tiene la comunidad de que la construcción de la carretera podía afectar sus rituales que se realizan en el cerro de la Sierra Flor. Esa declaración se elevó en la audiencia pública del proyecto, reunión convocada por la ANLA; iv) concepto proferido por el antropólogo Luis Cadena Tejada, texto que advierte la importancia espiritual que tienen los cerros de la Sierra Flor para las parcialidades de Maisheshe La Chiviera y Flores de Chinchelejo; y v) los documentos que evidencian la existencia de un proyecto productivo de siembra de plantas aromáticas que se está llevando a cabo en el pluricitado monte.

Adicionalmente, en la sentencia de segunda instancia se reprochó la visión restringida de territorio de las comunidades étnicas que tienen las entidades demandas, concepción que se reduce a reducir esa categoría a la superficie que certifica el INCODER. La censura se sustentó en que esa postura desconoce los lineamientos constitucionales de reconocimiento y protección de la diversidad étnicas, postulados que salvaguardan los sitios en donde las comunidades desarrollan actividades religiosas, cultura y económicas.

En relación con los argumentos de la apelación, el Tribunal Contencioso consideró que no era necesario dejar sin efecto las licencias ambientales, dado que la vulneración del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas se subsanaría con la concertación sobre la planeación de las etapas restantes del proyecto. Así mismo, estimó que era improcedente suspender las obras, en la medida en que la cercanía de los resguardos amparados y la

construcción puede favorecer el dialogo. Y advirtió que el plazo de 30 días para que se efectúe la consulta es un tiempo razonable con el fin de que realice ese trámite, interregno que opera como garantía de las comunidades.

8. Solicitud de aclaración y respuesta por parte del Consejo de Estado

8.1. El 12 de febrero de 2016, la apoderada de los actores solicitó que se aclarara y adicionara al fallo de instancia los siguientes asuntos:

i) la sentencia proferida por el *a-quo* omitió pronunciarse sobre la coadyuvancia que formuló la defensoría del pueblo en el trámite de tutela. También, pasó por alto que ese Ministerio Público impugnó la providencia dictada por el Tribunal Administrativo de Sucre.

ii) La Sección Cuarta del Consejo de Estado no se pronunció sobre el amparo de derechos de las comunidades indígenas de Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga Palito y Lomas de Sincelejo, parcialidades que también son víctimas de la vulneración del derecho de la consulta previa.

iii) En la providencia cuestionada, el juez guardó silencio sobre la protección de los derechos colectivos al ambiente, de modo que soslayó las pretensiones primera y quinta de la demanda de tutela. Resaltó que las licencias ambientales del proyecto de la construcción de la doble calzada Sincelejo- Toluviejo autorizan a A.S. S.A.S para talar árboles, remover capa vegetal y extraer material de construcción. Para la abogada, esas actividades desconocen el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Sincelejo. Ese escenario implica la vulneración del principio de autonomía territorial reconocida por la Corte Constitucional[7] y el Consejo de Estado[8], tribunales que han reconocido la competencia de las entidades territoriales para implementar políticas dirigidas a la protección, manejo, uso y gestión de sus recursos naturales.

Así mismo, la profesional en derecho indicó que es arbitrario exonerar a la ANLA de la conculcación del derecho a la consulta previa, dado que su conducta se ajustó a la Constitución, al pedir al Ministerio la certificación de la presencia de comunidad étnicas. De ahí que, la ANLA tenía la obligación de realizar dicha constatación de manera directa.

iv) La apoderada de las comunidades indígenas aseveró que el tribunal de alzada no se pronunció frente a los procesos de expropiación que fueron

cuestionados en la demanda de tutela. La Sección Cuarta soslayó estudiar la afectación de los derechos de las parcialidades indígenas, *"toda vez que son falsas las medidas referidas al predio que se pretende expropiar denominado Argentina, extendiéndose la expropiación hasta el predio denominado Bolivia que es un predio colectivo del Cabildo Indígena Florez de Chinchelejo; el cual dentro de la vía ordinaria los indígenas se constituyeron en tercero dentro de expropiación citado"* ***[9]***.

v) El juez de instancia no adoptó las medidas necesarias para proteger de manera efectiva el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas accionadas, como quiera que nada dijo sobre la suspensión de las obras o la posibilidad de que las parcialidades intervengan en la construcción del trazado vial.

8.2. En auto del 2 de marzo de 2016, la Sección Cuarta del Consejo de Estado denegó las solicitudes de aclaración y de adición de su sentencia, dado que no se configuraron los requisitos fijados en el artículo 287 del Código General del Proceso. En esa ocasión, ese Juez dividió de la siguiente manera la argumentación:

i) En providencia que resolvió el recurso de alzada, la Sala analizó los argumentos expuestos por el Defensor del Pueblo de la regional de Sucre. Además, valoró las pruebas reseñadas por ese Ministerio Publico, por ejemplo los certificados del SENA sobre la existencia del proyecto productivo de plantas aromáticas que adelanta la comunidad. A su vez, utilizó esos medios de convicción para desvirtuar la certificación del Ministerio del Interior y concluir que el territorio de las comunidades Flores Chinchelejo y Maisheshe se extiende hasta el cerro de Sierra Flor.

ii) En la Sentencia, esa Sección desechó los argumentos sobre la omisión del pronunciamiento de: i) la protección de los derechos de las comunidades indígenas de Tatachio Mirebel, Mateo Pérez, Sabanarla – Palito y Lomas de Palito; y ii) la suspensión de las licencias ambientales, los procesos de expropiación así como la ejecución de las obras. Todos esos aspectos fueron resueltos en el fallo. La Sala cuestionó que la abogada mostró su inconformidad con la providencia de apelación, ámbito que no tiene relación con una adición o aclaración.

9. Coadyuvancia de la acción de tutela en las instancias revisadas por parte de la Defensoría del Pueblo –seccional Sucre-

Franklin de la Vega González, Defensor del Pueblo Regional Sucre, coadyuvó la demanda de tutela, de modo que consideró que el derecho de la consulta previa de las comunidades indígenas de Sincelejo debe ser protegido. Lo anterior, en razón de que las autoridades accionadas omitieron concertar con esas parcialidades la planeación, el diseño y el desarrollo del proyecto de construcción de la doble calzada de Sincelejo-Toluviejo. En el presente caso, los actores son sujetos de especial protección constitucional y es necesario que se suspendan las obras para analizar a profundidad la situación de las familias que habitan en esos territorios ancestrales. Al respecto, citó *in-extenso* la jurisprudencia de la Corte sobre el derecho a la consulta previa y la obligatoriedad de ese trámite[10]

10. Intervención de la Cámara Colombia de la Infraestructura

Juan Martin Caicedo Ferrer, Presidente Ejecutivo de la Cámara Colombiana de Infraestructura, solicitó que la Corte Constitucional se pronunciara sobre los alcances de este caso y precisara los efectos de las decisiones judiciales que suspenden las obras y proyectos que se sustentan en una licencia ambiental, determinaciones judiciales que se justifican en la necesidad de realizar el trámite consulta previa, porque el Ministerio del Interior incurrió en errores al certificar la presencia de comunidades étnicas diferenciadas en las zonas de influencia de esos programas.

En el caso concreto, estimó que la demanda de tutela carece de inmediatez, en la medida en que los actores acudieron a esa acción dos años después de los actos administrativos que avalaron, sin presentar alguna razón que justificara su tardanza. En Sentencia T-154 de 2009, la Corte Constitucional consideró que no era razonable ni oportuno interponer una acción de amparo derechos para proteger el derecho a la consulta previa, en el evento en que el megaproyecto inició su ejecución.

Resaltó que el presente asunto reviste una gran importancia, por cuanto no existe ley estatutaria que regule el trámite de consulta previa. Lo que sucede es que ese procedimiento de concertación tiene su marco jurídico en la jurisprudencia. Entonces, la causa *sub-examine* es la oportunidad que se precise

el alcance del derecho de consulta previa que poseen las comunidades éticamente diferenciadas.

Adicionalmente, el interviniente aseveró que los proyectos de infraestructura pretenden subsanar el vacío de los ingresos de la economía que ha dejado la baja del petróleo. Para ello, se implementaron los programas de Concesiones de Cuarta Generación y de Vías para la Equidad, planes que tienen una inversión aproximada de cincuenta billones de pesos. Advirtió que la suspensión de los proyectos de infraestructura producto de la protección de los derechos de las comunidades étnicas diferenciadas representa un riesgo para el futuro económico del país.

Aclaró que el derecho a la consulta previa no implica que la comunidad tenga un poder de veto sobre la realización del proyecto de infraestructura, tal como señaló la Corte Constitucional en la Sentencia T-485 de 2015. Es más, la concertación no significa que debe llegarse a un acuerdo entre las parte en dialogo.

El gobierno Colombiano creó un mecanismo de eficiencia para identificar cuando hay presencia de una comunidad en el área de influencia de un proyecto, herramienta que implementa la Dirección de Consulta Previa del Ministerio a través de la certificación. Sin embargo, la confianza de los contratistas se ve defraudada cuando los fallos de tutela ordenan realizar la consulta, pese a que el Ministerio emitió una constatación de que no es necesario ese trámite. Esa situación implica la configuración de una falla del servicio imputable a la administración, pues certificó de manera inadecuada la presencia de una comunidad y causó un daño a los derechos adquiridos de los concesionarios. El interviniente enfatizó que no existe claridad sobre la responsabilidad del Estado en esos eventos. Aunado a lo anterior, la indefinición temporal de la concertación impacta la ejecución del contrato y su equilibrio económico. Todos esos elementos no son ajenos a los fallos de tutela y la Corte debe precisarlos.

Conjuntamente, adujo que es necesario que esta Corporación analice los efectos negativos que trae la suspensión de las obras y de las licencias ambientales que autorizan los proyectos. La interrupción de las actividades: "*(i) vulnera la seguridad jurídica y el principio de confianza legítima, (ii) desestima la*

situación jurídica creada con la expedición de la licencia ambiental, la cual se materializa en la autorización para ejecutar el proyecto de infraestructura específico y, (iii) trae consigo unas consecuencia de orden contractual, como el incumplimiento en los plazos de entrega o atraso en las sobras y la obligación de que el concesionario asuma injustamente durante el término en el que las obras permanezcan suspendidas unos costos". Resaltó que su petición pretende que se atribuyan las obligaciones a la parte que causó el perjuicio y no desconocer los derechos de las comunidades étnicas.

En tal virtud, pidió que no se suspendan las obras de la construcción de la doble calzada de Sincelejo-Toluviejo, ni las licencias ambientales de dicho proyecto. En caso de que no se conceda lo anterior, deprecó que la Corte precise que los efectos negativos de la interrupción deben ser soportados por las entidades Estatales y no por el contratista.

11. Pruebas relevantes del expediente

- Fotocopia del acta de posesión No 4404 del señor Felix Paternina Romero, identificado con la cédula de ciudadanía No 92497819 de Sincelejo, documento que muestra que ese ciudadano se posesionó ante el Alcalde de Sincelejo como capitán del cabildo indígena Maisheshe del corregimiento de la Chivera, al ser elegido por la asamblea general de su comunidad. (Folio 24 Cuaderno 1)

- Copia de la resolución 0032 del 29 de abril 2011 proferida por el Ministerio del Interior y de Justicia, acto administrativo que reconoció como parcialidad indígena a la comunidad Maisheshe La Chivera del pueblo Zenú, parcialidad ubicada en los corregimientos La Chivera y Las Majaguas en jurisdicción del área rural del municipio de Sincelejo en el Departamento de Sucre (Folios 25 - 27 Cuaderno 1).

- Fotocopia del acta de posesión No 4313 del señor Luis Rafael Martínez Martínez, identificado con la cédula de ciudadanía No 3915074 de Morroa, documento que muestra que ese ciudadano se posesionó ante el Alcalde de Sincelejo como capitán del cabildo indígena Flores de Chinchelejo de la vereda de Buenos Aires, al ser elegido por la asamblea general de su comunidad (Folio 29 Cuaderno 1).

- Reproducción del acta de posesión No 4413 de la señora Arelis del Carmen Álvarez Camargo, identificada con la cédula de ciudadanía No

64575853 de Sincelejo, documento que muestra que esa ciudadana se posesionó ante el Alcalde de Sincelejo como capitán del cabildo indígena Cabildo Tatachio de la vereda Mirabel, al ser elegida por la asamblea general de su comunidad (Folio 32 Cuaderno 1).

- Copia de la resolución 0033 del 29 de abril 2011 proferida por el Ministerio del Interior y de Justicia, acto administrativo que reconoció como parcialidad indígena a la colectividad Tatacho Mirabel del pueblo Zenú, comunidad localizada en área rural del municipio de Sincelejo en el Departamento de Sucre (Folios 33 - 35 Cuaderno 1).

- Fotocopia del acta de posesión del 15 de julio de 2014 del señor Jorge Eliecer Lopez Bettin, identificado con la cédula de ciudadanía No 3936112 de Sampués, documento que muestra que ese ciudadano se posesionó ante el Alcalde de Sampués como capitán del cabildo indígena Mateo Pérez, comunidad ubicada como unidades familiares en jurisdicción del área rural del corregimiento de Mateo Pérez en el Municipio de Sampués del Departamento de Sucre (Folio 37 Cuaderno 1).

- Copia de la resolución 0088 del 26 de junio 2014 proferida por el Ministerio del Interior y de Justicia, acto administrativo que reconoció como parcialidad indígena a la colectividad Mateo Pérez del pueblo Zenú, comunidad localizada como unidades familiares en jurisdicción del área rural del corregimiento de Mateo Pérez en el Municipio de Sampués del Departamento de Sucre (Folios 38 - 41 Cuaderno 1).

- Fotocopia del acta de posesión del 1º de julio de 2014 del señor José del Transito Bettin Ozuna, identificado con la cédula de ciudadanía No 3937170 de Sampués, documento que muestra que ese ciudadano se posesionó ante el Alcalde de Sampués como capitán del cabildo indígena Sabanalarga - Palito, comunidad ubicada como unidades familiares en jurisdicción del área rural de los corregimientos de Palito y Sabanalarga en el Municipio de Sampués del Departamento de Sucre (Folio 44 Cuaderno 1).

- Copia de la resolución 0082 del 17 de junio 2014 proferida por el Ministerio del Interior y de Justicia, acto administrativo que reconoció como parcialidad indígena a la comunidad Sabanalarga Palito, comunidad localizada como unidades familiares en jurisdicción del área rural de los corregimientos de Palito y Sabanalarga en el Municipio de Sampués del Departamento de Sucre (Folios 45 - 49 Cuaderno 1).

- Fotocopia del acta de posesión del 17 de abril de 2015 del señor Luis Francisco Atencio Parra, identificado con la cédula de ciudadanía No 18856028 de San Benito, documento que muestra que ese ciudadano se posesionó ante el Alcalde de San Benito Abad como capitán del cabildo indígena Lomas de Palito, Al ser elegido en asamblea general del 8 de marzo de 2015 (Folio 57 Cuaderno 1).

- Copia de la resolución 0036 del 28 de junio 2014 proferida por el Ministerio del Interior y de Justicia, acto administrativo que reconoció como parcialidad indígena a la colectividad de Lomas de Palito, comunidad ubicada como unidades familiares en la vereda Lomas de Palito en jurisdicción del área rural del Municipio de San Benito Abad del Departamento de Sucre (Folios 58 - 63 Cuaderno 1).

- Reproducción del negocio jurídico adicional No 3 al contrato de concesión No 002 de 2007, proyecto de concesión vial Córdoba Sucre, suscrito entre el Instituto Nacional de Concesiones –INCO- y el representante legal de la empresa A.S. S.A. Ese documento amplió el objeto del contrato de concesión referido que se concretaba en la elaboración de estudios, diseños definitivos, gestión predial, gestión ambiental, gestión social, financiación, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación y mantenimiento del proyecto vial Córdoba – Sucre. Entre las obras adicionales se encuentra el estudio, diseño y construcción de la segunda calzada entre la ciudad de Sincelejo en el PR 0+0000 de la Ruta 25SC01 de la red vial Nacional y el municipio de Toluviejo en el PR18+0335 de la misma carretera, extensión que corresponde a un total de 19.25 Kilómetros (Folios 64-73 y 182-191 Cuaderno 1).

- Copia del Auto No 2129 del 12 de julio de 2013 proferido por la Autoridad de Licencias Ambientales –ANLA-, acto jurídico que inició el trámite administrativo de licencia ambiental que había solicitado el representante legal de la empresa Autopistas de la Sabana S.A. para la construcción de la segunda calzada Sincelejo – Toluviejo, proyecto en el marco de concesión vial Córdoba-Sucre. En los considerandos de esa decisión, se reseñó que, mediante radicado No 4120-E1-21809, la compañía A.S S.AS. había allegado los siguientes documentos: i) certificado del Ministerio del Interior y de Justicia No OFI11-31993-GCP-0201 del 26 de julio de 2011, el cual constató que las comunidades La Palmira y la Unión Floresta son las únicas parcialidades indígenas presentes en la zona de influencia del proyecto

de obra; ii) copia del oficio 20101126662 suscrita por la Subgerente de Promoción, Seguimiento y Asuntos Étnicos del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER-, escrito que precisó que en las coordenadas de ejecución del proyecto de la doble calzada de Sincelejo – Toluviejo no se cruza o traslapa con territorio legalmente titulado a resguardos indígenas comunidades afrodescendientes; iii) copia de la radicación del oficio presentando ante el Coordinador del Grupo de Arqueología Historia ICANH el 24 de diciembre de 2010 sobre el proyecto de arqueología preventiva titulado "*prospección arqueológica segunda calzada Sincelejo-Toluviejo"* en el Departamento de Sucre. Además, en el artículo 2 de dicha resolución, la ANLA advirtió a la empresa A.S. S.A.S. que debe avisar al Ministerio del Interior si encuentra otras comunidades indígenas en el área de influencia de la construcción para que se realice el trámite de consulta previa (Folios 74-77 Cuaderno 1).

- Copia del derecho de petición formulado por el señor Felix Valois Paternina Romero ante el Ministerio del Interior el 1º diciembre de 2014. En esa solicitud, el capitán del cabildo indígena de Maisheshe La Chivera informó a esa autoridad de nivel central que la sociedad A.S. S.A.S. había iniciado las obras de la segunda calzada Sincelejo-Toluviejo, sin que hubiese realizado el trámite de consulta previa (Folio 78 Cuaderno 1).

- Copia del derecho de petición interpuesto el 21 de mayo de 2013 por parte de los señores Luis Rafael Martínez Martínez y José Luis Mercado Narvaez, capitanes de los cabildos indígenas de Flores de Chinchelejo y Umaken, ante el Ministerio de Transporte. En esa postulación, los representantes de las comunidades manifestaron su preocupación sobre la construcción de la doble calzada Sincelejo-Toluviejo, porque esas labores podrían afectar los cerros de Sierra Flor, accidentes geográficos que tienen un significado espiritual y ritual para el pueblo Zenú. Explicaron que ese lugar tuvo el nombre de la esposa del cacique Chinchelejo, hecho que ocurrió cuando esa comunidad se asentó en lo que hoy es Sincelejo en el año 1212. Los montes referidos son el sitio de culto del águila roja, ave que nunca muere. Advirtieron que la destrucción de los cerros de Sierra Flor traería grandes catástrofes a Sincelejo, dado que su protección natural dejaría de existir. Tales perturbaciones se producirían sin que se hubiese efectuado el trámite de consulta previa. (Folios 79 – 81 Cuaderno 1).

- Copia de la diligencia de entrega anticipada del bien inmueble que se adelantara en el Expediente No. 2015-00039-00 y que dirigió el Juzgado Tercero Civil Oral del Circuito de Sincelejo, el 4 de junio de 2015. En esa audiencia, la apoderada de los actores solicitó que no se ejecute la dación del predio, dado que los linderos de la finca carecen de certeza, al punto que se expropiaría una franja de terreno del bien Bolivia de propiedad del resguardo. Además, advirtió que el trazado vial quebranta el derecho a la consulta previa, porque no se concertó con la comunidad. Por otra parte, el perito presente en la diligencia certificó que el inmueble de entrega no está sobre el predio colindante de los intervinientes, de acuerdo a las coordenadas que aparecen en la fecha predial de la ANI y el plano del Geo-portal de IGAC. No obstante, la poderdante de los petentes cuestionó ese concepto con fundamento en que el catastro no prueba el derecho de dominio ni discute la posesión de otras personas. A su vez, censuró que el auxiliar de la justicia no hubiese realizado visita al lugar, en consecuencia solicitó la actualización de los linderos del bien. La autoridad judicial encontró varias familias indígenas, de modo que otorgó 20 días para que salieran del predio. (Folios 82 – 92 Cuaderno 1 y disco compacto que se encuentra en el folio 208 del Cuaderno1)

- Concepto antropológico sobre el uso y manejo sociocultural de los cerros de la Sierra Flor de Sincelejo y el impacto de la construcción de la doble calzada de Sincelejo – Toluviejo elaborado por el Antropólogo y Consultor Luis Cadena Tejada, quien pertenece a C&C-Asesores y Consultores. De su visita a los montes, el profesional en ciencias sociales reseñó que ese sitio tiene una gran importancia para la integridad y autonomía del pueblo Zenú, dado que soportan el modelo de pensamiento tradicional que poseen los descendientes de esa colectividad, el cual se encuentra estrechamente ligado a su cosmovisión representado en la Sierra Flor. Además, ese accidente geográfico es un lugar utilizado para realizar rituales sagrados que tienen la finalidad de curar la tierra. Para los cabildos demandantes, el territorio es un aspecto vital que desarrolla su cosmogonía, *"toda vez que los sitios de índole sagrada pertenecientes a los otros cabildos se integran como red espiritual y simbólica en los Cerros de la Sierra Flor"*. Así mismo, los montes referidos cuentan con varias plantas necesarias para el desarrollo de la medicina tradicional, conocimiento fundamental para la preservación de la autodeterminación indígena y la riqueza inmaterial de la cultura Zenú. En ese estado de cosas, se conceptuó que se debe surtir el trámite de consulta previa con las parcialidades de Maisheshe La Chivera, Flores de Chinchelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanarla Palito y Lomas de Palito, debido a que la zona de influencia del proyecto perturba a tales comunidades. (Folios 93 - 95 Cuaderno 1)

- Copia del Acuerdo No 007 del 29 de Julio 2000, Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Sincelejo, proferido por el Consejo Municipal de esa ciudad. En ese acto administrativo, se evidencia que la serranía la Flor se incluyó como área de cerros y bosque de protección, de acuerdo establece el artículo 21. (Folios 96 - 99 Cuaderno 1)

- Copia de la Resolución No 0532 del 3 Julio de 2014 proferida por la Corporación Autónoma Regional de Sucre, acto administrativo que concertó y aprobó el proyecto del plan de ordenamiento territorial de segunda generación del Municipio de Sincelejo. Se constata que esa decisión avaló que en los corregimientos de la ciudad exista protección sobre áreas de especial interés ambiental y paisajístico, verbigracia la formación Sierra Flor (Folios 100 – 103 Cuaderno 1).

- Copia de la respuesta de la queja presentada por el señor Norbey Moreno Romero por minería ilegal, proferida por la Agencia Nacional de Minería el 6 de enero de 2015. En ese documento se reseñó que el quejoso había solicitado el cierre inmediato de la cantera ubicada en las coordenadas Este: 853.931 Norte: 1.524.317 y Altura: 185 m.s.n.m en jurisdicción del Municipio de Sincelejo. La entidad señaló que el sitio denunciado se encuentra sobre el título minero JHT-15451, empero ese contrato no se puede explotar, toda vez que carece de licencia ambiental. Además, señaló que es inexistente una solicitud de legalización sobre ese título. También precisó que la ANLA es la entidad competente para determinar si la compañía A.S. S.A.S. tiene una autorización que incluye zonas de relleno y de corte. En caso de respuesta sea afirmativa, se debe establecer si se están sobrepasando los límites de ese permiso. Resaltó que las explotaciones mineras sin título son ilegales, de modo que deben ser cerradas. (Folios 104 – 107 Cuaderno 1)

- Copia del oficio con radicación No 20159020005501 proferido por la Agencia Nacional de Minería, documento que indica los hallazgos que se encontraron en la visita de seguimiento y control que existe sobre los títulos localizados entre la vía de Sincelejo y Toluviejo. Al respecto, la entidad manifestó que había evidencia que en la zona la compañía A.S. S.A.S. ha extraído gran material para la construcción de la carretera del proyecto, pero se desconoce el sitio de extracción inicial. Insistió que esa empresa carece de autorización para sacar los productos de construcción del título minero

estudiado y utilizarlos en la obra, o comercializar esos insumos. En caso de que se esté realizando tales actos, la sociedad estaría incurriendo en actividades ilegales. (Folios 108 – 109 Cuaderno 1).

- Copia en medio magnético de la Resolución No 0588 del 10 de junio de 2014 proferida por parte de la Autoridad de Licencias Ambientales –ANLA-. En ese acto administrativo se otorgó la licencia ambiental para la construcción de la doble calzada de la carretera de Sincelejo-Toluviejo en los kilómetros PR 1+500 al PR 17+000.

En los considerandos, se reseñó que: i) la empresa A.S. S.A.S allegó al procedimiento administrativo los preacuerdos pactados con las comunidades indígenas la Palmira y la Unión Floresta; ii) la ANLA solicitó al Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior que certificara la presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia del proyecto; iii) mediante oficio No 4120-E2-24740, la ANLA informó al Ministerio del Interior que en audiencia pública ambiental del 24 de abril de 2014, miembros del grupo étnico Zenú habían comunicado que en el cerro de la Sierra Flor se encontraba un sitio espiritual y ritual, lugar en que se van a desarrollar labores de edificación; iv) a través de oficio No 4120-E1-26896, el Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior respondió la postulación señalada en el numeral anterior. En ese documento se explicó que el acto administrativo No OFI11-3993-GCP0201 del 26 de julio de 2011 había certificado que en la zona de intervención del proyecto se registró exclusivamente la presencia de las comunidades indígenas de La Palmira y la Unión Floresta. De ahí que concluyó que el resguardo indígena de Chinchelejo no hace parte del área de certificación; v) la audiencia pública ambiental que se ordenó en auto del 24 de febrero de 2014 y se desarrolló el 24 de abril de esa anualidad. En esa reunión, el señor Luis Rafael Martínez, primera autoridad del resguardo de Chinchelejo, y otros *"manifestaron pertenecer al pueblo zenú y en tal sentido ser sujetos de Consulta Previa, dada la intervención del proyecto sobre parte del sector denominado Sierra Flor, el cual según ellos es sitio espiritual y ritual de su pueblo; manifestaron además que el proyecto causaría impactos sobre la salud"* ***[11]****;* y vi) los acuerdos que se pactaron con las comunidades indígenas de la Unión Floresta y la Palmira, por ejemplo compensación forestal, inventario de plantas medicinales traslado de las mismas, así como la compra de agua a un tercero para la obra y etc.

En la parte resolutiva, se fijaron programas de control y manejo de los riesgos e impactos ambientales. Además, se implementó un modelo de seguimiento para los acuerdos que se pactaron con las comunidades indígenas de la Unión Floresta y la Palmira. (Disco compacto que se encuentra en el folio 132 y 208 del Cuaderno No 1)

- Copia en medio magnético de la Resolución 1283 del 27 de octubre de 2014 proferida por parte de la Autoridad de Licencias Ambientales –ANLA-. Ese acto administrativo otorgó la licencia ambiental para la construcción de la doble calzada de la carretera de Sincelejo-Toluviejo en los kilómetros K0+000 al K1 17+500. En los considerandos, se precisó que: i) el cerro de Sierra Flor, ubicado aproximadamente desde el PR1+350, es un área de intervención con restricciones. Así, en esa zona se deberán implementar medidas de preventivas o correctivas del manejo especial para afectar únicamente la cobertura vegetal autorizada en ese acto juídico; ii) existen una medidas para revertir los efectos negativos de la obra, los cuales se fijaron en el plan de manejo ambiental. (Disco compacto que se encuentra en el folios 132 y 208 del Cuaderno No 1)

- Copia de la Resolución 1016 del 4 de septiembre de 2014 proferida por parte de la Autoridad de Licencias Ambientales –ANLA. Ese acto administrativo resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 0588 del 10 de junio de 2014, que otorgó la licencia ambiental a la sociedad S.A.S S.A. para que adelantara la construcción de la segunda calzada del tramo Sincelejo-Toluviejo PR 1+500 al PR17 + 000. El Señor Norbey Monero, Presidente de la Veeduría de Sincelejo, repuso el referido acto, por cuanto la autorización de la obra traía daños ambientales en la zona de intervención del proyecto, el trazado de la vía por el casco urbano de Sincelejo podría traer peligros y se desconoce que varios terrenos de intervención se encuentran protegidos por el plan de ordenamiento territorial del municipio. La autoridad confirmó la decisión que había otorgado al concesionario la licencia ambiental para adelantar la intervención del proyecto de construcción. (Disco compacto que se encuentra en el folio 208 del Cuaderno 1)

- Copia del Auto 0502 del 25 de febrero de 2014 emitido por la Autoridad de Licencias Ambientales –ANLA-, acto administrativo que ordenó la celebración de una audiencia ambiental para el proyecto de construcción de la doble calzada del municipio de Sincelejo a Toluviejo. Se constata que la entidad adoptó esa decisión como consecuencia de una petición que había

presentado el señor Norbey Moreno Romero, Presidente de la Veeduría Ciudadana de Sincelejo. Además, se evidencia la empresa A.S. S.A.S había realizado el trámite de consulta previa con las comunidades de la Unión Floresta y la Palmira, al momento de la expedición de dicho acto jurídico. (Disco compacto que se encuentra en el folio 208 del Cuaderno 1)

- Copia del acta de la audiencia púbica ambiental sobre la socialización del proyecto de la doble calzada de la carretera Sincelejo-Toluviejo, reunión que se realizó en el teatro de Sincelejo el 4 de abril 2014. En esa diligencia, se informó sobre el alcance de la participación en las audiencias, los impactos ambientales de la obra y su manejo. Además, contó con la presencia de miembros de la comunidad, instituciones de la zona y la empresa A.S. S.A.S. Entre los asistentes, se hallaron a personas que hacen parte de las parcialidades indígenas de la Unión Floresta y la Palmira. (Disco compacto que se encuentra en el folio 208 del Cuaderno 1)

- Copia del acta de la audiencia púbica ambiental sobre la socialización del proyecto de la doble calzada de la carretera Sincelejo-Toluviejo, reunión que se realizó en el teatro de Sincelejo el 24 de abril 2014. En esa diligencia, se recibieron documentos y opiniones de la comunidad. Además, contó con la presencia de miembros de la sociedad, instituciones de la zona y la empresa A.S. S.A.S. Entre los asistentes, se hallaron a personas que hacen parte de los cabildos indígenas de Chinchelejo y de Flores de Chinchelejo. (Disco compacto que se encuentra en el folio 208 del Cuaderno 1)

- Copia de la certificación No OFI11-31993-GCP-0201 del 16 de julio de 2011 proferida por la Coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior, Paola Beltrán Valencia. En ese oficio se constató que las comunidades indígenas de la Palmira y la Unión Floresta son las únicas parcialidades étnicamente diferenciadas que se encontraron en el área de influencia del proyecto de construcción de la doble calzada Sincelejo – Toluviejo. (Folios 62-63 y 139 Cuaderno 2)

- Copia de respuesta No OFI13-000037458-DCP-2500 del Director de Consulta Previa del Ministerio del interior, emitida el 5 de diciembre de 2013, al oficio radicado con el EXTMI13-0038308 del 8 de octubre de ese año

presentado por la ANLA. La entidad solicitante pidió volver a certificar la presencia de comunidades étnicas para el proyecto de construcción de la doble calzada Sincelejo-Toluviejo, Departamento de Sucre, Concesión Vial Córdiba – Sucre, con el fin de verificar la presencia de la parcialidad indígena Chinchelejo y el Cabildo Umaken en la zona de influencia de la obra. Después de revisar las bases de datos de las comunidades étnicas disponibles en la dirección de consulta previa, el Ministerio del Interior indicó que no se halló la existencia de dichas comunidades referidas en el área de intervención de la construcción. Además, mediante oficio OFI13-000020816 del 16 de julio de 2013, la Dirección de Consulta Previa respondió ese cuestionamiento, al registrar que las comunidades de Chinchelejo no tenían presencia en la franja del proyecto vial. También, señaló que, a través de oficio OFI13-000021136, se pronunció sobre el reconocimiento de las colectividades referidas y aseveró que en aquella ocasión había manifestado que: "*una vez consultadas nuestras bases de datos institucionales, no encontramos como registrados el denominado resguardo de Chinchelejo ni la denominada comunidad de Umaken en el departamento de Sucre*". En conclusión, el ente del nivel nacional y sector central de la administración estimó que *"es pertinente indicar que la certificación contenida en el OFI11-31993-GCP-0201 del 3 de agosto de 2011, está vigente y no procede por tal motivo razón jurídica para revocarla".* (Disco compacto que se encuentra en el folio 208 del Cuaderno 1)

- Copia del informe presentado el 28 de mayo de 2015 por el Consorcio el Pino, interventor del contrato de concesión No 002 de 2007, sobre la afectación de los cerros de Sierra Flor que alegó la comunidad indígena de Chinchelejo derivado de la construcción de la doble calzada de la vía Sincelejo-Toluviejo. En ese documento, el interventor informó que las parcialidades de la zona habían llevado a cabo diversas acciones para manifestar su inconformidad con la obra, actos que constituían vías de hecho. Además, advirtió que en el inmueble identificado con la ficha Predial No. CCS-ST-051 no se evidenciaba construcción alguna, empero hace poco se había iniciado la edificación de unos *"caney"* o *"cambuches",* según se demuestra con las fotografías del 30 de marzo de 2015. Frente a las condiciones ambientales y étnicas, el Consorcio el Pino recordó que la licencia ambiental No 0558 de 2014 había precisado que en los cerros de Sierra Flor no se encuentran reconocidos resguardos indígenas. En relación con los criterios técnicos, adujo que se requerían cortes más amplios en la vía para que los vehículos tuvieran una adecuada circulación. *"Es importante tener muy en cuenta que en la construcción de carreteras, es práctica común utilizar materiales aptos, provenientes de las excavaciones o cortes del terreno, en la conformación de*

los rellenos o terraplenes, optimizando el uso de los materiales, con lo cual se evita la mayor disposición de materiales en las zonas de depósitos y botaderos". Entonces, las actividades del Concesionario tendientes al corte y remoción de materiales para la construcción del proyecto vial no es una explotación que requiera un título minero. (Folios 15-21 Cuaderno 2)

- Certificado emitido el 25 de julio de 2015 por parte de la sociedad Naturus Fragrances y Flavors S.A., documento que constató que las parcialidades de Flores de Chinchelejo, Umaken, Maisheshe La Chivera y Chayewaspa participaron en el proyecto *"construcción y puesta en marcha de una planta piloto para la obtención y refinación de aceites esenciales de alta calidad primera fase".* También, se verificó que ese programa se había realizado en el marco de la convocatoria 523 de Colciencias sobre investigación de las plantas aromáticas y medicinales empleadas por la cultura ancestral. Adicionalmente, confirmó que esas comunidades hacen parte de la segunda fase del proyecto, etapa que comenzó el 14 de abril de 2015. En dicho estadio, las colectividades indígenas *"están realizando la siembra y cultivo de las plantas aromáticas y recibiendo capacitación y entrenamiento en el procesamiento para la industria de aceites esenciales desde el marco científico y tecnológico, propuesto por el comité técnico del proyecto".* En ese escrito, el representante de la compañía indicó que los cultivos se encuentran en el predio ubicado en la parte alta del cerro de Sierra la Flor en el margen izquierdo de la vía de Sincelejo – Toluviejo. Finalmente, aseveró que ese programa beneficia 20 familias indígena y se sustentó en el contrato de financiamiento de recuperación contingente No. FP44842-426-2014 celebrado entre la Fiduprevisora S.A. actuando como vocera y administradora del Fondo Nacional de Financiamiento para la ciencia, la tecnología y la innovación, Fondo Francisco José de Caldas, Corporación Incubadora de empresas de Sucre INCUBAR Sucre y Miguel Antonio Leyva Ricardo. (Folios 93-95 Cuaderno 2)

- Copia del oficio de presentación del programa de investigación y transferencias de tecnologías para el incremento de valor de las plantas aromáticas y medicinales en el caribe Colombiano, proferido por la Gobernación de Sucre y dirigido a Colciencias. En esa comunicación, la entidad territorial informó que el programa asciende a un valor de $ 8.780.044.170 pesos colombianos moneda corriente, y en consecuencia solicitó $ 7.282.907.127 pesos colombianos moneda corriente provenientes de los cupos asignados en el fondo del sistema general de regalías. Precisó que los participantes del programa son los siguientes: i) Universidades de Sucre y de Córdoba; ii) Natarus Fragrances & Flavors S.A.S.; iii) Asociación Promotora

para el Desarrollo Social, Económico, y Ambiental de la Costa Caribe – Asoproagros-; iv) Servicio Nacional de Aprendizaje Regional Sucre; v) Gobernación de Sucre; vi) Centro de Investigación en Biomoléculas CIBIMOL-CENIVAM-UIS; vii) cabildos indígenas de Challawaspa, de Flores de Chinchelejo, de Javazues, de Memechischis, de Piedra Padilla, de Humaken. (Folio 96 – 97 Cuaderno 2).

- Copia de escrito presentado en trámite la acción de tutela que formuló el señor Juan Carlos Payares Quessep contra el Juzgado Tercero Civil Oral del Circuito, en razón de la presunta vulneración del derecho al debido proceso que ocurrió en el trámite de expropiación del predio que fue objeto de entrega anticipada en la diligencia del 23 de abril de 2015. En ese documento, el actor de ese procedimiento informó que el juez del despacho cuestionado se reunió con los abogados de la ANI, de A.S. S.A.S. y otros funcionarios, así como con el perito en un exclusivo restaurante de la ciudad de Sincelejo. (Folio 98-100 Cuaderno 2)

- Copia de la certificación No 926 del 25 de julio de 2013 proferida por el Ministerio del Interior, oficio que certificó la presencia de la comunidad indígena Maisheshe La Chivera en el trazado del gasoducto la Creciente – Tolú, según estipuló su artículo 1º. (Folio 175 – 192 Cuaderno 2 y 1- 6 Cuaderno 3)

- Copia de la demanda de acción popular promovida por parte del director de veedurías de Sincelejo, Norbey Moreno Romero, y otros contra la ANLA, la A.S S.A.S., el Municipio de Sincelejo, la ANI y la Corporación Autónoma Regional de Sucre – CARSUCRE- para que se protejan sus derechos colectivos del debido proceso, de la participación, del goce de un ambiente sano, de la existencia de equilibrio ecológico y el manejo así como del aprovechamiento racional de los recursos naturales para organizar un desarrollo sostenible, la conservación de las especies animales y vegetales, así como la protección de áreas de especial importancia ecológica de los suelos y los bosques de los cerros de la Sierra Flor de Sincelejo-Sucre. Los actores populares adujeron que la vulneración de sus derechos ocurrió por la intervención de la empresa A.S S.A.S., al construir la segunda calzada de la carretera Sincelejo-Toluviejo. El proyecto ha causado la devastación de zonas boscosas que tienen la protección del plan de ordenamiento territorial del municipio. Además, censuraron que A.S. S.A.S. abriera una cantera, lugar donde se extrae material de construcción tipo balasto, el cual se utiliza para la construcción de la vía. Resaltaron que esa

actividad carece de título minero que la autorice, de modo que es ilegal. Inclusive, advirtieron que la sociedad accionada ha omitido implementar las medidas de mitigación de impacto ambiental reconocidas en la resolución No 0588 del 2014, licencia ambiental otorgada por la ANLA. Así mismo, denunciaron que la movilización de la maquinaria pesada ha causado derrumbes y resquebrajamientos de las viviendas de los habitantes de las veredas "El Cielo" o "Nuevo Panorama". Conjuntamente indicaron que las obras impiden que la comunidad se desplace al aljibe natural ubicado en la finca el Gallinero, sitió en que se extrae el agua. En el escrito introductorio de libelo, los miembros del resguardo indígena de Chinchelejo comunicaron que también eran demandantes en ese proceso, debido a que sus derechos se ven perturbados con la destrucción del cerro de Sierra Flor, elevación que tiene un gran significado ecológico, ambiental y espiritual para esa comunidad. La parcialidad de Flores de Chinchelejo comunicó a la A.S. S.A.S. la importancia de ese accidente geográfico para el pueblo Zenú. (Folios 25 – 30 Cuaderno 4)

- Copia del auto de admisión de la demanda de acción popular presentada por el director de la veeduría de Sincelejo, Norbey Moreno Romero, y otros contra la ANLA, la A.S S.A.S., el Municipio de Sincelejo, la ANI y la Corporación Autónoma Regional de Sucre – CARSUCRE-, por la vulneración del daño al ambiente producto de la construcción de la doble calzada Sincelejo – Toluviejo. El Tribunal Administrativo de Sucre emitió ese proveído el 21 de abril de 2015. En ese proceso, el reguardo indígena de Chinchelejo de la etnia Zenú fue reconocido como coadyuvante de la demanda. (Folios 1-15 Cuaderno 4)

- Copia del auto de estudio de medidas cautelares del proceso de acción popular iniciado por el director de la veeduría de Sincelejo, Norbey Moreno Romero, y otros contra la ANLA, la A.S S.A.S., el Municipio de Sincelejo, la ANI y la Corporación Autónoma Regional de Sucre – CARSUCRE-. Los actores de ese proceso colectivo fundamentaron su petitorio en que se requieren medidas urgentes para evitar que la construcción de la segunda calzada de la carretera Sincelejo-Toluviejo causara daño irreparable al ecosistema de cerro de Sierra la Flor, y en consecuencia pidieron que se ordenara la suspensión de la tala de árboles, la caza de animales, la extracción y explotación minera. Además, manifestaron que esa superficie se encuentra protegida en el acuerdo 007 de 2000, Plan de Ordenamiento Territorial de Sincelejo. También censuraron que la empresa A.S. S.A.S. no ha implementado las acciones de

mitigación de impacto ecológico que establecieron la Resolución 0588 de 2014, la licencia ambiental del proyecto. El 20 de mayo de 2015, el Tribunal Administrativo de Sucre negó la protección precautelar solicitada, porque carece de prueba el daño denunciado. A su vez, señaló que el acto administrativo cuestionado fijó a la sociedad A.S. S.A.S la obligación de concertar con el Municipio de Sincelejo la intervención en las áreas protegidas. Frente a la explotación minera, el juez colegiado estimó que no era claro que se trata de esa actividad. Inclusive, aclaró que la licencia otorgó al concesionario el derecho a hacer cortes y rellenos, actuación que hasta ese momento ésta había adelantado. Empero, la autoridad judicial precisó que la acción popular es el medio judicial idóneo para proteger los derechos colectivos al ambiente de cualquiera de las actuaciones de la administración. (Folios 16 – 24 Cuaderno 4)

- Copia del informe de verificación de existencia o no de comunidades indígenas y/o negras en los proyectos de la empresa autopistas de la Sabana en los Departamentos de Sucre y Córdoba, proferido por el Ministerio del Interior el 18 de agosto de 2010. Entre el 11 de julio de 2011 y el 15 de ese mes y año, el funcionario Gustavo Martínez realizó una visita de verificación que buscaba establecer la presencia de comunidades étnicamente diferenciadas en los Municipios de Sincelejo, Sampues y Toluviejo en el Departamento de Sucre, y la entidad territorial de Sahagun en el Departamento de Córdoba. Para el caso que ocupa la Sala, el desplazamiento tenía la finalidad de efectuar un estudio para el proyecto de construcción de la doble calzada de Sincelejo – Toluviejo. La actividad registrada pretendió identificar la afectación directa e indirecta que pueden sufrir las comunidades indígenas derivada de los programas de intervención de infraestructura. Para ello, analizó los siguientes parámetros: i) consideraciones de las autoridades locales en la reivindicación de los derechos de las comunidades tribales; ii) el reconocimiento de la Dirección de Asuntos Indígenas de las comunidades en el área de intervención de las obras y objeto de verificación; iii) caracterización de las colectividades encontradas y su relación con sus asentamientos, así como con el gran resguardo de San Andrés de Sotavento; y iv) la incidencia de los proyectos frente a las comunidades.

A partir de la base de datos del DANE, de las Autoridades Tradicionales, de la Asociación de Cabildos y Dirección de Asunto Indígenas Minorías y Room del Ministerio, la autoridad verificadora referenció que en el área de construcción de la doble calada Sincelejo-Toluviejo se encontraban las comunidades de La Palmira y La Unión Floresta. A su vez, después de revisar el sistema de información del INCODER, señaló que no se hallaron tierras tituladas en los

corregimientos de la Gallera y el Choco en el Municipio Sincelejo Sucre. Lo propio sucedió en la ciudad de Toluviejo localizada en esa misma entidad territorial de nivel intermedio.

El funcionario informó que se había reunido con varios miembros de las administraciones locales, quienes suministraron los datos que se enuncian a continuación: i) en Sincelejo, el señor Rafael Paternina, Coordinador del Plan de Ordenamiento Territorial, comunicó que varias comunidades indígenas se encontraban en la zona de intervención; y ii) en Toluviejo, el Secretario de Desarrollo Comunitario, el señor Rudencio Blanco, indicó que existen 14 colectivos indígenas en el Municipio, grupos que poseen reconocimiento del Ministerio del Interior. Entre esas parcialidades, se hallan la Palmira y la Unión Floresta.

Así mismo, precisó que el proyecto de construcción analizado carece de antecedentes de certificación de presencia de comunidades. En el espacio de esa obra, el servidor aclaró que la construcción de la doble calzada Sincelejo-Toluviejo tiene influencia directa en las comunidades indígenas la Unión Floresta y la Palmira, parcialidades que cuentan con la idea de conformar el resguardo "Yuma de las Piedras".

Entre los efectos negativos del proyecto, el servidor público halló diversos riesgos, por ejemplo la posible contaminación de aguas residuales y/o subterráneas por derrames accidentales de combustibles, grasas, aceites materiales peligrosos, o por disposición inadecuada de residuos sólidos y líquidos de las instalaciones de las obras. En algunos sectores existirá el peligro de que se afecte la fauna y la flora, dado que la construcción requiere remover la vegetación. (Folios 110 – 125 y 136 – 151 Cuaderno 4)

- Copia de la solicitud de nulidad del Despacho Comisorio No 16 del día 4 de septiembre de 2015 presentada por la abogada de los actores en el proceso de expropiación con radicado No 2015-00099-00. En dicho memorial, la profesional en derecho pidió la nulidad de esa diligencia, por cuanto se han vulnerado los derechos fundamentales de la comunidad indígena en ese trámite de enajenación forzosa, por ejemplo el debido proceso y la consulta previa. La conculcación de sus garantías ha consistido en que se ha privado del derecho de dominio a sus poderdantes sobre un inmueble, al expropiar otro terreno. Informó que el Juzgado estaría avalando la omisión en la concertación del trazado del proyecto en que incurrieron la ANLA, la ANI y la empresa A.S. S.A.S. (Folios 197 -200 Cuaderno 4)

- Copia del auto del 15 de septiembre de 2015 proferido por parte del Juzgado Primero Civil del Circuito en el proceso de expropiación No. 2015-00099-00. Esa autoridad judicial suspendió la ejecución del despacho comisorio, por cuanto existe duda sobre si el predio objeto de diligencia es el mismo que se benefició con el amparo de derechos que había dispuesto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el trámite de tutela que se identifica con el No 59079. (Folios 203 – 207 Cuaderno 2)

- Copia del acta de visita efectuada a la parte alta del cerro de Sierra Flor por parte del interventor del proyecto de la doble calzada Sincelejo-Toluviejo el 24 de noviembre de 2015. El señor Juan Carlos Payares Quessep manifestó que los predios identificados con las cédulas catastrales No 001-0002-0003-0660, No 001-0002-0003-0661 y 001-0002-0003-0663 se han visto afectadas por la maquinaria pesada del concesionario, de modo que han destruido diferentes árboles y causado inestabilidad del suelo. El capitán del cabildo Flores de Chinchelejo, Luis Martínez Martínez, indicó que la compañía A.S. S.A.S. había causado grave daño al cerro sagrado de Sierra Flor. (Folio 252 Cuaderno 4)

- Copia del acta de reunión de la etapa de apertura del procedimiento de consulta previa en el marco del proyecto de construcción de la segunda calzada Sincelejo-Toluviejo. El 1º de diciembre de 2015, se adelantó dicha sesión en cumplimiento de la sentencia de primera instancia proferida por parte del Tribunal Administrativo de Sucre, decisión que la Sala revisa en esta oportunidad. La concertación se realizó entre el cabildo de Flores de Chinchelejo con empleados de A.S. S.A.S., contratistas de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, el personero municipal y un delegado suyo, así como un representante de la Gobernación de Sucre. La reunión comenzó con una evocación histórica del pueblo Zenú. Acto seguido, los representantes del Ministerio explicaron el marco jurídico de la consulta previa. Después, los trabajadores del concesionario presentaron el proyecto vial, es decir, esbozaron que su longitud sería de 18 kilómetros y se dividiría en tres tramos, entre otras especificaciones. En ese momento, la comunidad cuestionó los trabajos sobre el cerro de Sierra Flor, pregunta que el concesionario respondió de la siguiente manera: *"la vía se contempla desde La Llanera hacia Sierra-flor inicia en el Kilómetro K1 + 300. Explica que el separador en el sector de Sierra –flor donde se proyecta un retorno tiene un*

ancho de aproximadamente 49 mts desde el eje proyectado hasta el borde de la vía existente. Se explica que este ancho no es constante en el tramo de la sierra flor por que (sic) hay sectores donde es menor". A continuación, los miembros de la comunidad indígena adujeron que el consentimiento de la parcialidad no está siendo libre, previo e informado. Inclusive, señalaron que la permanencia de la obra impide una concertación libre, pues no pueden decidir sobre el trazado de la vía. Recordaron que la ejecución del proyecto se encuentra causando daños en el accidente geográfico citado con la explotación de una cantera ilegal y con cortes antitécnicos en el monte. A su vez, la empresa A.S. S.A.S ha afectado el proyecto productivo que tiene la comunidad sobre plantas aromáticas. Del documento se extrae que no hubo concertación sobre el taller de identificación de impactos y formulación de medidas de manejo, propuesta de acuerdos y protocolización de los mismos. (Folios 253 – 261 Cuaderno 4)

- Copia de la resolución 0051 del 5 de febrero de 2016 proferida por la Corporación Autónoma Regional Sucre. En ese acto administrativo, la autoridad conoció de las denuncias formuladas por el capitán del cabildo de Flores de Chinchelejo, Luis Rafael Martínez Martínez, sobre la extracción de materiales pétreos que la compañía A.S. S.A.S. ha realizado en el cerro de Sierra Flor. El referido ente autónomo constitucional ordenó al alcalde de Sincelejo que decretara la suspensión de las actividades de extracción de materiales pétreos que ha ejecutado el concesionario. A su vez, impuso esa prohibición a la empresa A.S. S.A.S. (Folio 280 -284 Cuaderno 4)

- Copia del acta de reunión de la etapa de apertura del procedimiento de consulta previa en el marco del proyecto de construcción de la segunda calzada Sincelejo-Toluviejo. El 21 de julio de 2016, se adelantó dicha sesión en cumplimiento de la sentencia proferida por parte del Tribunal Administrativo de Sucre, decisión que la Sala revisa en esta oportunidad. La concertación se realizó entre el cabildo de Flores de Chinchelejo con empleados de A.S. S.A.S. y del interventor el consorcio El Pino, así como delegados de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, de la ANLA, de la ANI, de la defensoría del Púeblo y de la Gobernación de Sucre. La reunión comenzó con una evocación ancestral de la comunidad indígena. Luego, los niños del cabildo realizaron una muestra cultural del tejido del trenzado de caña flecha que se utiliza para la elaboración del sombrero vueltiao y el capitán explica como esa actividad cultural ha pasado de generación en generación. Acto seguido, la consultora explica el proyecto, por ejemplo muestra el trazado. Después, los

indígenas formularon varias preguntas y el ingeniero residente respondió cada una de ellas de la siguiente manera:

i) ¿Por qué la segunda calzada se hizo tan alejada de la primera? ¿Cuál es la razón que la carretera se hubiese hecho tan cerca del cerro de Sierra Flor? RTA: El ingeniero indicó que *"No se podía calcar la vía nueva como la existente, debido a que la existente no cumple con la normatividad vigente. La Ley 105 de 1993 establece medidas, franjas de retiros, bermas y otra normatividad como el manual del diseño del INVIAS, establece lineamientos relacionados con pendientes, radios de giros y demás aspectos técnicos que deben cumplirse en la construcción de la nueva via".*

ii) ¿Cuántos metros cúbicos se han sacado de Sierra Flor? RTA: aseveró que han excavado 460.000 metro cúbicos de ese monte y en el ZODME se han dispuesto 100.000 metros cúbicos de la capacidad total que es de 513 mil, el resto de los 360.000 metros se han reutilizado como relleno para la construcción del terraplén de las vías y la estabilización del alud.

Al final de la reunión, un representante de la comunidad censuró que se expropio más terreno del predio que era objeto de enajenación forzosa, al punto que se afectó parte de un predio de su propiedad. Además, denunció varios daños que sufrieron por la incursión de la maquinaria pesada del concesionario y del ESMAD. También, adujo que la concertación no se está dando en igualdad de condiciones, en la medida en que A.S S.A.S continua destruyendo el cerro de Sierra Flor. Finalmente, solicitan que la compañía demandada se retractara de las afirmaciones infundadas y falsas que realizaron el gerente de la sociedad y el Vicepresidente de la República, German Vargas Lleras, quienes manifestaron en diversos medios de comunicación que la comunidad ha pedido un dinero cercano a los dos mil millones de pesos. (Folio 78–89 Cuaderno Principal)

- Fotos de la comunidad que constatan: i) el cambio en la vegetación y el paisaje que sufrió el cerro de Sierra Flor con la ejecución del proyecto de construcción de la doble calzada Sincelejo Toluviejo (Folios 15 y 18 Cuaderno 1); ii) la realización de rituales y pagamentos por parte del resguardo indígena Chinchelejo en el cerro de Sierra Flor (Folios 19-20 Cuaderno 1); iii) la entrega a la parcialidad indígena de Flores de Chinchelejo semillas de maracuyá y fertilizantes por parte del SENA en el predio denominado Bolivia en el cerro de Sierra Flor. Tales suministros se produjeron en torno al proyecto *"procesamiento y comercialización de productos derivados de frutas y*

hortalizas". Además, diferentes fotografías que demuestran la existencia de ese programa producto, pues los miembros de la comunidad han recibido capacitaciones (Folio 12 Cuaderno principal); y iv) enfrentamientos entre los indígenas del cabildo Flores de Chinchelejo con el ESMAD (Folio 13 Cuaderno principal).

- Recortes de prensa, los cuales muestran que: i) el 14 de junio de 2015, el diario El Meridiano reseñó los rituales que se efectuaron en Sierra Flor por parte del resguardo indígena de Chinchelejo (Folio 21 Cuaderno 1); y ii) el 26 de mayo de 2016, el periódico El Heraldo precisó que se presentaron disturbios en el cerro de Sierra Flor cuando se procedió a un desalojo (Folio 168 Cuaderno principal)

12. Actividad surtida en el proceso de revisión.

12.1. Mediante auto del 14 de junio de 2016, el Magistrado Sustanciador ofició al Instituto Colombiano de Antropología e Historia –ICANH- para que emitiera concepto sobre el significado espiritual y ritual que tienen los cerros de Sierra Flor –Departamento de Sucre- para el pueblo Zenú, y en especial para las parcialidades indígenas de Maisheshe La Chiviera, Flores de Chinchelejo, Tatachio Maribel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito. A su vez, solicitó al Ministerio del Interior que informara los trámites que se han adelantado en el procedimiento de consulta previa con los cabildos menores indígenas que fungen como demandantes, de acuerdo con las órdenes que adoptaron el Tribunal Administrativo de Sucre y la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el proceso de la referencia.

12.2. A través de oficio No 2936, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia –ICANH- explicó que los elementos sagrados en las comunidades amerindias no son sitios cerrados o limitados territorialmente. En realidad, son redes flexibles, móviles y adaptables que se nutren de las relaciones sociales. En la cultura Zenú, los cerros son marcas de significación social, religiosa y política. En el caso de Sierra Flor, el ICANH esbozó que esos montes hacen parte de un sistema espiritual que une el inframundo y el mundo de los vivos. Ese modelo comprende un caimán de oro que se encuentra debajo de la iglesia de San Andrés de Sotavento, así como lagunas, pozos arroyos y ojos de agua viva en los montes. Ese mundo subterráneo puede proporcionar líquido en verano o en invierno y se encuentra unido a nuestro orbe por caminos de agua

que surgen de los cerros como Sierra Flor. En ese inframundo se encuentran espíritus, encantos y seres del mundo de abajo. Por su función, los cerros se convierten en sitios para realizar rituales de pagamento, ofrendas y oficios de milagros, dado que son lugares donde las *"deidades pueden ser manipuladas con el objetivo de curar a enfermos, conseguir trabajo amor, detener huracanes y provocar lluvias".* Es más, en esos montes se encuentran los santos vivos, los espíritus vigilantes, además reinan los encantos y crecen las plantas más poderosas. *"Los cerros fungen de lugares de peregrinación en épocas especiales del año, como la semana santa".* La siguiente grafica resume la cosmovisión descrita:

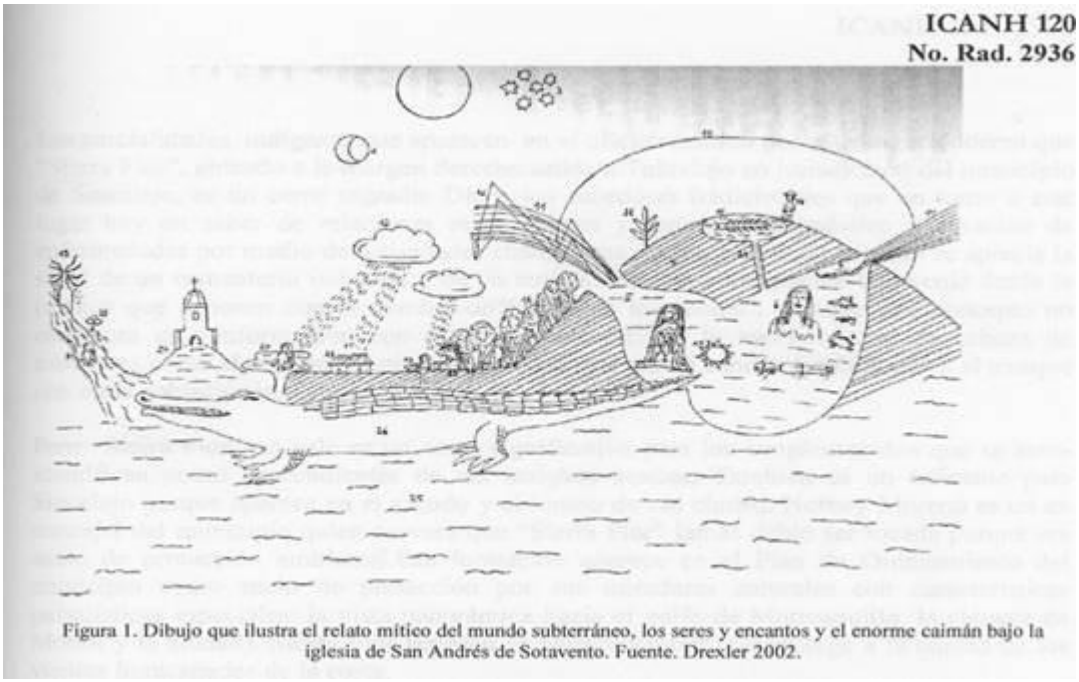

Figura 1. Dibujo que ilustra el relato mítico del mundo subterráneo, los seres y encantos y el enorme caimán bajo la iglesia de San Andrés de Sotavento. Fuente. Drexler 2002.

También, indicó que *"las parcialidades indígenas que aparecen en el oficio remitido por ustedes, consideran que 'Sierra Flor', ubicado a la margen derecha de la salida a Toluviejo en jurisdicción del municipio de Sincelejo, es un cerro sagrado".* A su vez, en dicho accidente geográfico existen vestigios de un cementerio indígena y de un antiguo camino prehispánico que venía desde la costa, trayecto que se conocía con el nombre de Sillete de los Indios. Conjuntamente, el Instituto advirtió que la zona tiene una gran importancia arqueológica, de modo que había solicitado a la empresa A.S. S.A.S. que hiciera un monitorio detallado en los frentes de obra, cuando fuese a ejecutar el plan de manejo arqueológico. Sin embargo, en visita de abril de 2016, la entidad corroboró que tales solicitudes no estaban siendo atendidas.

La autoridad concluyó que *"por el papel que tienen los cerros en la cosmología y en la medicina tradicional de los Zenues, por la importancia que tienen como referente de identidad y área de protección ambiental dentro de una zona de alto potencial arqueológico, conviene adelantar un proceso de consulta con las comunidades y revertir la situación de posible daño cultural".*

12.3. Por medio de oficio OPTB-661/2016 del 20 de junio de 2016, Álvaro Echeverry Londoño, Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, indicó que se iniciaron los diálogos con las comunidades amparadas por parte de los jueces de instancia. Así, explicó cada etapa de concertación con la respetiva parcialidad. Para mayor precisión de la reseña de ese medio de convicción, la Sala presentará el procedimiento de consulta previa según la comunidad y se detendrá en cada acta para advertir elementos relevantes de esas sesiones.

12.3.1. **Comunidad indígena Maisheshe La Chiviera:** Mediante oficio No OFI15-000036378-DCP-2500 del 29 de septiembre de 2015, se convocó a la reunión de pre-consulta y apertura para el día 17 octubre de ese año. En dicha sesión, las comunidades solicitaron al Ministerio del Interior que ofreciera una capacitación en consulta previa. El 30 de octubre y 14 de noviembre de 2015, se llevó acabo la formación sobre el trámite de concertación. A través de oficio No OFI15-00041687, se invitó a la apertura de dicho proceso para el 21 de noviembre de 2015, empero no se desarrolló el dialogo, por cuanto los actores adujeron que era inexistente la logística necesaria para la asistencia de la comunidad.

En el oficio No OFI15-000043859-DCP-2500 del 24 de noviembre de 2015, se citó a una nueva reunión de apertura para el día 28 de ese mes y año. En esa sesión, se precisó que no se pactaría sobre la ruta metodológica hasta que se resolvieran las siguientes tres peticiones de la comunidad: i) la capacitación del Ministerio del Interior sobre la Directiva 10 de 2013; ii) el pago de los asesores del cabildo por parte de la empresa A.S. S.A.S; y iii) el establecimiento de la fecha de los pre-talleres y los recorridos en la zona de afectación.

Por medio de oficio No OFI16-00001844-DCP-2500, se comunicó a la parcialidad indígena para que acudiera a la reunión de análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo el 18 de febrero de 2016. En dicha sesión, se resaltó que no existía acuerdo sobre los honorarios de los asesores de la parcialidad. Y se concertó la ruta metodológica para continuar con la etapa de análisis e identificación de impactos y formulación de medidas

de manejo. En oficio No OFI16-000006196-DCP-2500 del 1º de marzo de 2016, se procedió a citar a reunión para ese estadio el día 8 de abril del año en curso.

A través de oficio No. OFI16-00012897-DCP-250 del 19 de abril de 2016, se convocó a reuniones de análisis e identificación y concertación de medidas de manejo para los días 5 y 6 de mayo de esa anualidad. La idea era realizar un recorrido en la zona de afectación del proyecto por parte de los extremos en consulta, caminata que ocurrió la primera jornada señalada. En la fecha 6, se socializaron los riesgos y se llegaron a acuerdos importantes entre la empresa y la parcialidad indígena.

El día 19 de mayo de 2016, previo a la constitución de la matriz de impactos y medidas de manejo, se adelantó la reunión de formulación de acuerdos. En esa sesión, la parcialidad manifestó compartir los impactos y medidas de mitigación de daños. Así, se pactó que la colectividad recibiría una suma de $ 83.000.000 como medida de compensación económica con el fin de los actores compraran un terreno para la comunidad y llevaran a cabo las capacitaciones de fortalecimiento cultural. En efecto, la comunidad comprendió que había sido consultada sobre la ejecución del proyecto de la segunda calzada Sincelejo-Toluviejo. Finalmente, se protocolizaron las medidas objeto de consenso.

A continuación, la Sala reseñará las actas que justifican el i*ter* de dialogo expuesto en precedencia.

- Copia del acta de reunión de la etapa de pre-consulta y apertura del procedimiento de consulta previa en el marco del proyecto de construcción de la segunda calzada Sincelejo-Toluviejo. El 25 septiembre de 2015, se adelantó dicha sesión en cumplimiento de la sentencia de primera instancia proferida por parte del Tribunal Administrativo de Sucre, decisión que la Sala revisa en esta oportunidad. La concertación se realizó entre el cabildo de Maisheshe La Chiviera con empleados de A.S. S.A.S., contratistas de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, de la Corporación Autónoma Regional de Sucre CARSUCRE y la supervisora social de la ANI. El representante de la parcialidad manifiestó que la mayoría de la comunidad no pudo asistir. Ante esa situación, se prescindió de la explicación del marco jurídico de la consulta previa, de la presentación el proyecto vial, de la definición y concertación de la metodología a desarrollar en los diálogos. (Disco compacto que se encuentra en los folio 57 del Cuaderno principal)

- Copia del acta de reunión de la etapa de pre-consulta y apertura del procedimiento de consulta previa en el marco del proyecto de construcción de la segunda calzada Sincelejo-Toluviejo. El 17 octubre de 2015, se adelantó dicha sesión en cumplimiento de la sentencia de primera instancia proferida por parte del Tribunal Administrativo de Sucre, decisión que la Sala revisa en esta oportunidad. La concertación se realizó entre el cabildo de Maisheshe La Chiviera con empleados de A.S. S.A.S., la profesional social de AMBIOTEC LTDA, ingeniero del consorcio el Pino, contratistas de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, y delegado de la ANLA. La reunión comenzó con una evocación histórica del pueblo Zenú. Acto seguido, los representantes del Ministerio explicaron el marco jurídico de la consulta previa. La comunidad cuestionó las razones por la que la concertación se ha efectuado después de que había iniciado el proyecto. La autoridad respondió que ese dialogo ocurre en cumplimiento de un fallo judicial.

Más adelante, los trabajadores del concesionario presentaron el proyecto vial. Sin embargo, la comunidad formuló varias preguntas sobre la obra, de modo que advirtió que requería información. Además, solicitó una capacitación en relación con las reglas jurisprudenciales de la consulta previa. En las conclusiones, se entendió completa la etapa de la pre-consulta y se pactó la metodología que se seguiría en la concertación (Disco compacto que se encuentra en los folio 57 del Cuaderno principal)

- Copia del acta de reunión de la etapa de pre-consulta y apertura del procedimiento de consulta previa en el marco del proyecto de construcción de la segunda calzada Sincelejo-Toluviejo. El 25 noviembre de 2015, se adelantó dicha sesión en cumplimiento de la sentencia de primera instancia proferida por parte del Tribunal Administrativo de Sucre, decisión que la Sala revisa en esta oportunidad. Esa reunión se realizó entre el cabildo de Maisheshe La Chiviera con empleados de A.S. S.A.S., la profesional social de AMBIOTEC LTDA, el profesional social con el consorcio el Pino y los contratistas de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior. Los representantes del Ministerio explicaron el marco jurídico de la consulta previa. Más adelante, los trabajadores del concesionario presentaron el proyecto vial, sus características y el proceso de licenciamiento ambiental así como el plan de manejo. Acto seguido, la comunidad señaló que la empresa ha incumplido en el suministro de agua. También reiteró la petición sobre i) capacitación del Ministerio del Interior sobre la Directiva 10 de 2013; ii) el pago de los asesores del cabildo pro par de la empresa A.S. S.A.S; y iii) el establecimiento de la fecha de los

pre-talleres y los recorridos en la zona de afectación. Adicionalmente, se propuso la ruta metodológica que se debe seguir en la concertación. En las conclusiones, se estimó que se abría el proceso de consulta previa y la comunidad presentaba una propuesta de la contratación de los asesores de la parcialidad. (Disco compacto que se encuentra en los folio 57 del Cuaderno principal)

- Copia del acta de reunión de la etapa de análisis e identificación de impactos y de concertación de medidas en el procedimiento de consulta previa en el marco del proyecto de construcción de la segunda calzada Sincelejo-Toluviejo. El 18 febrero de 2016, se adelantó dicha sesión en cumplimiento de la sentencia de primera instancia proferida por parte del Tribunal Administrativo de Sucre, decisión que la Sala revisa en esta oportunidad. Esa reunión se realizó entre el cabildo de Maisheshe La Chiviera con empleados de A.S. S.A.S., la profesional social de AMBIOTEC LTDA, el profesional social con el consorcio el Pino, los contratistas de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, el coordinador del plan de ordenamiento de la alcaldía de Sincelejo, los delegados de la oficina de control y vigilancia de la CARSUCRE, de la Defensoría del pueblo –Sucre- y de la ANLA. Los representantes del Ministerio esbozaron que el acuerdo de los asesores de la comunidad era inexistente, pacto sin el cual no podía acordarse la ruta metodológica. Ante esa situación, la autoridad fijó una fecha mensual para llegar a un consenso. Sin embargo, se concertó una ruta metodológica y la entrega a la colectividad indígena de unos documentos. (Disco compacto que se encuentra en los folio 57 del Cuaderno principal)

- Copia del acta de reunión de la etapa de análisis e identificación de impactos y de concertación de medidas en el procedimiento de consulta previa en el marco del proyecto de construcción de la segunda calzada Sincelejo-Toluviejo. El 8 de abril de 2016, se adelantó dicha sesión en cumplimiento de la sentencia de primera instancia proferida por parte del Tribunal Administrativo de Sucre, decisión que la Sala revisa en esta oportunidad. Esa reunión se realizó entre el cabildo de Maisheshe La Chiviera con empleados de A.S. S.A.S., la profesional social de AMBIOTEC LTDA, el profesional social con el consorcio el Pino, los contratistas de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, el coordinador del plan de ordenamiento de la alcaldía de Sincelejo, los delegados de Asuntos Étnicos de la Gobernación de Sucre, de la ANLA y de la ANI. La comunidad adujo que un primer riesgo correspondía con la afectación material de las casas y precisó que ese recorrido no se hizo antes, dado que el Ministerio del Interior había certificado la inexistencia de

comunidades indígenas en la zona de influencia del proyecto. Para la identificación de riesgos e impactos, se acordó un recorrido de campo y una socialización por medio de talleres, actuaciones que se llevarían a cabo el 5 y 6 de mayo del año en curso (Disco compacto que se encuentra en los folio 57 del Cuaderno principal)

- Copia del acta de reunión de la etapa de análisis e identificación de impactos y de concertación de medidas en el procedimiento de consulta previa en el marco del proyecto de construcción de la segunda calzada Sincelejo-Toluviejo. El 5 y 6 de mayo de 2016, se adelantó dicha sesión en cumplimiento de la sentencia de primera instancia proferida por parte del Tribunal Administrativo de Sucre, decisión que la Sala revisa en esta oportunidad. Esa reunión se realizó entre el cabildo de Maisheshe La Chiviera con empleados de A.S. S.A.S., la profesional social de AMBIOTEC LTDA, el profesional social con el consorcio el Pino, y los delegados de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, de la ANLA y del personero de Sincelejo. En la primera jornada, se efectuó el recorrido al proyecto, es decir, desde el Mirador de Los Alpes (PR1+300) hasta la Palmira (KM 10 o PR10+0). En la segunda fecha, la reunión inició con una evocación ancestral. Luego, se realizó un pre-taller que contextualizaría a la comunidad sobre proyecto con el objeto de que pudiera identificar los impactos y establecer las medidas de manejo. La parcialidad se dividió en tres grupos para trabajar tres componentes, a saber: i) Bióticos; ii) Abióticos así como físicos; y iii) sociocultural. La identificación y socialización de impactos y medidas de manejo contó con la participación de delegados de la comunidad. Entre las consecuencias negativas se encuentran las afectaciones a pozos y jagüey, la emisión de polvo, la contaminación auditiva, la tala de árboles, la desaparición de plantas medicinales, el deterioro de viviendas, a la movilidad de peatones, el deterioro de patrimonio inmaterial etc. (Disco compacto que se encuentra en los folio 57 del Cuaderno principal)

- Copia del acta de reunión de la etapa de formulación y protocolización de acuerdos en el procedimiento de consulta previa, en el marco del proyecto de construcción de la segunda calzada Sincelejo-Toluviejo. El 19 de mayo de 2016, se adelantó dicha sesión en cumplimiento de la sentencia de primera instancia proferida por parte del Tribunal Administrativo de Sucre, decisión que la Sala revisa en esta oportunidad. Esa reunión se realizó entre el cabildo de Maisheshe La Chiviera con empleados de A.S. S.A.S., la profesional social de AMBIOTEC LTDA, el coordinadora social del consorcio el Pino, el profesional especializado y Técnico administrativo de la CARSUCRE, la Defensoría del Pueblo y los delegados de la Dirección de Consulta Previa del

Ministerio del Interior, así como de la ANLA. La comunidad realizó una evocación ancestral. Más adelante, se complementó la matriz de impacto y se concertaron las medidas de manejo. En este punto, se precisó que ese consenso correspondió con prevenir, corregir, mitigar y compensar tales consecuencias. La colectividad indígena compartió dicha relación de afectaciones y remedios. A su vez, aceptó como compensación económica la suma de $ 83.000.000 con el fin de que comprara un terreno que sea destinado a programas de fortalecimiento cultural de la parcialidad. Las partes se comprometieron a observar las estipulaciones concretadas. También se conformó el comité de seguimiento, órgano compuesto por miembros del cabildo, de la empresa, del Ministerio del Interior y del Ministerio Público. Además, se precisó que la comunidad deberá informar a la empresa en caso de que ocurran nuevos impactos en la ejecución de la obra. (Disco compacto que se encuentra en los folio 57 del Cuaderno principal)

12.3.2. **Comunidad Flores de Chinchelejo:** El 30 de septiembre de 2015, el Ministerio consideró que la etapa de pre-consulta se había cumplido. Empero, no se procedió a la apertura, debido a que la comunidad indígena solicitó una capacitación de consulta previa, petición que se materializó. Mediante oficio OFI15-000043497-DCP-2500 del 20 de noviembre de 2015, se citó a la reunión de apertura el 1º de diciembre de ese año. En la última fecha, la parcialidad solicitó la suspensión de las obras, la respuesta sobre la apropiación presupuestal para pagar los honorarios de los asesores de la colectividad, la entrega del plan de manejo ambiental, los estudios de la explotación y extracción de materiales pétreos de la zona de Sierra Flor, copia de la licencia arqueológica. Además, indicó que existe riesgo que se desplome la torre de energía eléctrica que se encuentra en la parte alta de ese cerro sagrado.

Mediante oficio OFI16-000001843 del 26 de enero de 2016, el Ministerio convocó a la reunión de apertura de la consulta previa. Empero, la empresa A.S S.A.S informó que se presentó controversia con la comunidad en relación con el sitio destinado para los diálogos. En escrito No. OFI16-000003436 del 10 de febrero de 2016, la autoridad invitó a las partes que se reunieran en el auditorio Regional Golfo de Morrosquillo –COMFASUCRE-. La parcialidad no asistió al evento y jamás precisó sus razones. Sin embargo, manifestó que la entidad había cambiado el sitio de la concertación, modificación que desconocía su territorio indígena y el lugar en que debe efectuarse el consenso, el predio Bolivia.

A través de oficio No. OFI16-00006195, la autoridad nuevamente procedió a convocar a las partes para que se adelantara la reunión de consulta previa en la etapa de apertura el 19 de marzo de 2016. La comunidad no acudió a la concertación, toda vez que solo dialogarían en el inmueble Bolivia. Por medio de documento No OFI16-000020749, el Ministerio citó a la conversación referida el 21 de junio de la presente anualidad.

La Sala procederá a reseñar las actas que sustentan la información esbozada por el Ministerio del Interior. Aunque, no repetirá las constancias aportadas por la comunidad, que refieren a los mismos registros de las reuniones que aportó la autoridad, dado que esas relatorías se explicaron en el acápite de pruebas.

- Copia del acta de 30 de septiembre de 2015, en la que consta la reunión de consulta previa, etapa de pre consulta, entre la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, la comunidad indígena "Flores Chinchelejo" y los delegados de "Autopistas de la Sabana", que tuvo como objetivo garantizar el cumplimiento de la Sentencia de tutela 197 de 2015 del Tribunal Administrativo de Sucre. El Ministerio del Interior efectuó la presentación del marco jurídico de la consulta previa. De dicha reunión se concluyó que la comunidad indígena no se siente conforme con las exposiciones del Ministerio del Interior, por lo cual manifestaron que continúa la situación de la vulneración del derecho a la consulta previa. Resaltó que la autoridad había omitido explicar de manera omnicomprensiva las garantías de la comunidad en la concertación y en la titulación de tierras. También, advirtieron que continuaban en situación de vulnerabilidad, dado que las obras no fueron suspendidas. Por último, se estimó que se surtió la etapa de pre-consulta. (Disco compacto que se encuentra en los folio 57 del Cuaderno principal)

- Copia del acta de 20 de febrero de 2016, escrito que consta la reunión de consulta previa, etapa de apertura, entre la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, la ANLA, representantes de "Autopistas de la Sabana S.A.S", Ambiotec, Oficina de Asuntos étnicos de la Gobernación de Sucre, Oficina de Gestión Ambiental CarSucre, y la ANI. La sesión tuvo lugar en el Auditorio Regional Golfo de Morrosquillo –COMFASUCRE- y tenía la finalidad de continuar con la etapa de apertura de la concertación en el marco del proyecto "Construcción de la Segunda Calzada Sincelejo Toluviejo" en cumplimiento de lo ordenado en el fallo de Tutela No. 2015-0197 del Tribunal Administrativo de Sucre. No obstante, debido a que la comunidad no asistió, el encuentro fue cancelado. (Disco compacto que se encuentra en los folio 57 del Cuaderno principal)

- Copia del acta de 19 de marzo de 2016, en la que consta la reunión de consulta previa, etapa de apertura, entre la Comunidad Indígena Flores de Chinchelejo y los representantes de "Autopistas de la Sabana S.A.S.", Ambiotec, Interventoría el Pino, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, la Oficina de Asuntos Étnicos de la Gobernación de Sucre, Carsucre, y Personería Municipal de Sincelejo. El encuentro no pudo desarrollarse, en atención a que la comunidad indígena exige que las reuniones se lleven a cabo en el predio "Bolivia". Por el contrario, la empresa contratista encargada de la obra consideró que el predio es objeto de litigio con un tercero, por lo cual, no existe acuerdo sobre el lugar. "*Por lo anterior, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior respetuosamente invita a la empresa a dialogar, a tener acercamiento con la comunidad y a participar activamente el proceso*". (Disco compacto que se encuentra en los folio 57 del Cuaderno principal)

- Copia del acta de 27 de abril de 2016, documento que consta de reunión de consulta previa, etapa de apertura, entre la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, la ANLA y los representantes de "Autopistas de la Sabana S.A.S", Ambiotec, Oficina de Asuntos étnicos de la Gobernación de Sucre, Oficina de Gestión Ambiental CarSucre, y la ANI. Esa reunión tenía la finalidad de continuar la etapa de apertura del proceso de consulta previa en el marco del proyecto "Construcción de la Segunda Calzada Sincelejo Toluviejo" en cumplimiento de lo ordenado en el fallo de Tutela No. 2015-0197 del Tribunal Administrativo de Sucre. No obstante, la comunidad no asistió, porque han solicitado de manera reiterada que los diálogos se presenten en su territorio ancestral, es decir, el predio Bolivia. Por su parte, la empresa A.S. S.A.S. aseveró que el espacio propicio para que se efectuara las conversaciones es el auditorio de la ciudad de Sincelejo. El interventor señaló que no es procedente discutir en el cerro de Sierra Flor, en la medida en que la comunidad se asentó en ese lugar en marzo de 2015. El Ministerio del Interior reseñó las tres invitaciones a la parcialidad indígena para iniciar la etapa de concertación. Subrayó que ha citado a las partes a lugares neutrales con el fin de que discutan y conversen. (Disco compacto que se encuentra en los folio 57 del Cuaderno principal)

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para pronunciarse en sede de revisión en relación con el presente fallo de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política Colombiana, así como en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Presentación del caso, formulación de los problemas jurídicos y metodología de la decisión:

2. El 16 de junio de 2015, los señores Félix Paternina Romero, Luis Rafael Martínez Martínez, Arelis del Carmen Álvarez Camargo, Jorge Eliécer López Bettín, José del Tránsito Bettín Ozuna, Rafael Antonio Álvarez Arroyo y Luis Francisco Atencia Parra en calidad de representantes de las parcialidades indígenas Maisheshe La Chivera, Flores de Chinchelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito formularon acción de tutela contra la ANLA, el Ministerio del Interior, la ANI y la A.S S.A.S, porque vulneraron sus derechos fundamentales del debido proceso y de la consulta previa, al iniciar la construcción de la doble calzada Sincelejo-Toluviejo sin que se hubiese concertado con la comunidad.

De manera secundaria, los petentes señalaron que la ejecución del proyecto causará un perjuicio irremediable al ambiente de la zona, toda vez que el concesionario ha talado árboles de manera indiscriminada y ha cazado animales silvestres. A lo largo de este proceso, cuestionaron la actuación de los Jueces Primero y Tercero Civil del Circuito de Sincelejo –Sucre-, autoridades jurisdiccionales que conocieron de los procesos de expropiación que fueron iniciados por la sociedad A.S. S.A.S. y la ANI para la edificación de la carretera. Lo anterior, en razón de que los jueces eliminaron el derecho de dominio del predio Argentina sobrepasando sus linderos y afectando una franja del bien Bolivia

2.1. La sociedad A.S. S.A.S, la ANI, la ANLA y el Ministerio del Interior resistieron las pretensiones de los solicitantes con los argumentos que se enuncian a continuación: i) la acción de tutela incumplió el requisito de inmediatez, porque los actores formularon la demanda 24 meses después de los hechos que dieron origen a la vulneración de sus derechos, esto es, la primera petición que elevaron los petentes sobre las consecuencias negativas de la construcción de la doble calzada de la carretera Sincelejo-Toluviejo y de la expedición de los actos administrativos que otorgaron la licencia ambiental al proyecto referido; ii) la demanda es improcedente, ya que pretende dejar sin efectos actos administrativos y proteger el derecho al ambiente. Para la materialización de sus pretensiones, los actores tienen a su disposición las acciones de la jurisdicción contenciosa, ya sea de nulidad o popular; iii) no vulneraron el derecho fundamental de la consulta previa, dado que carecía de necesidad de que se concertara con las colectividades demandantes. Ello, porque el Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior señaló que esas comunidades no se encuentran en el área de la obra. Es más, ese órgano certificó que los grupos étnicos La Palmira y la Unión Floresta eran las únicas parcialidades presentes en la zona de influencia de la edificación.

2.2. El Tribunal Administrativo de Sucre amparó el derecho de la consulta previa de las parcialidades indígenas Flores de Chinchelejo y Maisheshe La Chiviera, debido a que han sido perturbadas por la ejecución del proyecto de construcción de la doble calzada Sincelejo-Toluviejo derivado de su cercanía con la obra. Así, ordenó que se adelantara la concertación en un tiempo máximo de 30 días contados a partir de la notificación de la providencia de instancia. Empero, no suspendió las labores de construcción, toda vez que las comunidades protegidas se hallan ubicadas en un sitio alejado de la obra, al punto que se puede efectuar el dialogo de manera tranquila.

Apelada la decisión, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado confirmó la providencia de primera instancia con fundamento en que las comunidades de Maisheshe La Chiviera y Flores de Chinchelejo se encontraban en la zona de intervención de la construcción y estaban siendo afectadas por el mismo.

Los jueces de instancia no estudiaron la presunta conculcación del derecho al ambiente, porque las acusaciones fueron tangenciales y esos hechos fueron judicializados en un trámite de acción de acción popular. Lo propio sucedió con la censura que realizaron los petentes contra un proceso de expropiación, en la medida en que no se identificó la providencia que había vulnerado sus

derechos fundamentales y esos actos están siendo analizados por un juez de tutela en otra acción de amparo de derechos.

3. Conforme a los hechos y planteamientos expuestos en los antecedentes, la Sala Octava de Revisión debe resolver los siguientes asuntos de forma y de fondo.

3.1. Inicialmente, se debe establecer la procedibilidad del amparo. Para ello, esta Corporación debe determinar si: i) la acción de tutela es procedente para solicitar la protección del derecho a la consulta previa derivado de la ausencia de concertación en un proyecto de infraestructura que ya comenzó y que se encuentra en marcha, pretensión que además implica el cuestionamiento de las licencias ambientales que autorizaron esa edificación –Resoluciones No 0588 y 1283 de 2014-, actos administrativos que tienen medios ordinarios de control para su ataque (subsidiariedad); y (ii) se encuentra satisfecho el requisito de la inmediatez, cuando la respectiva acción se propone 2 años después de que los actores evidenciaron la vulneración de sus derechos fundamentes, u 8 meses con posterioridad de la expedición del último acto administrativo que otorgó la licencia ambiental de la construcción de la doble calzada Sincelejo-Toluviejo (inmediatez).

3.2. Más adelante, en caso de que las respuestas a las anteriores incógnitas sean afirmativas, la Corte deberá emprender el examen de fondo del caso. Así, debe definir si:

(i) ¿El Ministerio del Interior quebrantó el derecho a la consulta previa de las parcialidades indígenas de Maisheshe La Chivera, Flores de Chinchelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito al certificar que no había presencia de comunidades tribales en el área de influencia de la construcción de la segunda calzada de la carretera de Sincelejo-Toluviejo, porque no tuvo en cuenta parámetros que evaluaran el impacto espiritual y ritual del proyecto en los cerros de Sierra Flor, una visión amplia del territorio de las comunidades étnicas diferenciadas y los diversos informes de otras autoridades sobre las denuncias de la comunidad en relación con los efectos negativos que causaría la obra?

(ii) ¿La ANLA vulneró el derecho de la consulta previa de las comunidades indígenas Maisheshe La Chivera, Flores de Chinchelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito, toda vez que, mediante

las resoluciones No 0588 y 1283 de 2014, autorizó la edificación de la segunda calzada de la vía referida sin que hubiese concertado con esas parcialidades, omisión que se fundamentó en que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior había certificado la ausencia de esas colectividades en zona de influencia de la obra, pese a que varias comunidades manifestaron que serían perturbadas con la construcción?

(iii) ¿La empresa A.S S.A.S. conculcó el derecho de la consulta previa de las colectividades indígenas demandantes, en la medida en que inició obras de construcción de la segunda calzada de Sincelejo-Toluviejo sin haber agotado la concertación con esas parciales bajo el argumento de que el Ministerio del Interior certificó la inexistencia de comunidades étnicas diferenciadas en el área de intervención del proyecto, actuación que soslayó las aseveraciones de la comunidad sobre las afectaciones que causaría el proyecto?

3.3. En esta oportunidad, la Sala aclara que no estudiará el problema jurídico que supone el desconocimiento del derecho al ambiente, debido a que los argumentos y referencias fácticas son secundarias en la demanda de tutela y en los múltiples escritos que la apoderada de los actores radicó en el curso del presente proceso. Esta Corporación resalta que esa pretensión tiene un medio de control específico, el cual corresponde a la acción popular y cuenta con una finalidad diferente de la protección de derechos fundamentales como es la consulta previa.

Además, en el trámite No. 2015-00044-00, el Tribunal Administrativo de Sucre se encuentra estudiando una demanda de acción popular promovida por la vulneración del derecho del ambiente, como resultado de la intervención de la empresa A.S S.A.S. en el cerro de Sierra Flor, al construir la segunda calzada de la carretera Sincelejo-Toluviejo. Los ciudadanos cuestionaron que el proyecto ha causado la devastación de zonas boscosas que tienen la protección del plan de ordenamiento territorial del municipio. Además, censuraron que A.S. S.A.S. abriera una cantera de donde extrae el material de construcción tipo balasto, el cual se utiliza para la construcción de la vía. Resaltaron que esa actividad carece de título minero que la autorice, de modo que es ilegal. Inclusive, advirtieron que la sociedad accionada ha omitido implementar las medidas de mitigación de impacto ambiental reconocidas en la resolución No 0588 del 2014, licencia ambiental otorgada por la ANLA.

En ese proceso, el reguardo indígena de Chinchelejo de la etnia Zenú fue reconocido como coadyuvante de la demanda[12]. Entonces, una autoridad

judicial se halla analizando la pretensiones de los actores entorno al desconocimiento del derecho al ambiente y sería inadecuado que esta Corporación usurpe esa funciones, máxime cuando dicha conculcación no es el centro de la demanda de tutela.

3.4. De igual forma, la Sala Octava de Revisión no evaluará el proceso de expropiación Expediente No. 2015-00039-00, trámite que ha estado bajo la dirección de los Jueces Primero y Tercero Civiles del Circuito de Sincelejo, porque su censura ha sido tangencial en la presente acción de tutela, al punto que los actores no identificaron la providencia que vulneró sus derechos fundamentales, ni esbozaron las razones que justifican esa pretensión. Sin esos elementos, la Sala no puede iniciar un estudio de esas actuaciones jurisdiccionales.

Así mismo, en trámites de tutela, varias autoridades judiciales han estudiado las actuaciones que los Juzgados Primero y Tercero Civiles del Circuito de Sincelejo han realizado en el proceso de expropiación No. 2015-00039-00, escenario que refuerza la exclusión de ese asunto en la actual providencia de revisión.

En el plenario con Radicación n°. 70001-22-14-000-2015-00138-01, diferentes personas que pertenecen al resguardo indígena de Chinchelejo y que tiene su asentamiento en el cerro de Sierra Flor formularon acción de tutela contra el Juzgado Tercero Civil de Sincelejo y otros, por cuanto expropió una franja del terreno Bolivia de propiedad de la comunidad, al eliminar el derecho de dominio de un predio contiguo llamado Argentina. Los actores censuraron que la autoridad judicial procedió a la entrega anticipada del inmueble sin tener claro los linderos de éste y afectando una parte de un bien de su propiedad. Ante esa situación, los petentes de ese proceso solicitaron suspender temporalmente la orden de entrega anticipada del bien identificado con Matricula Inmobiliaria No. 34056032 fechada para el 30 de junio de 2015. El Tribunal Superior de Sincelejo[13] y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia[14] negaron la demanda con fundamento en que los actores carecen de la legitimidad en la causa por activa para cuestionar las actuaciones de ese proceso, en la medida en que ese trámite discute la privación del derecho de dominio que recae sobre el inmueble de propiedad de Juan Carlos Payares Quessep, bien que no se relaciona con los derechos de los tutelantes. Mediante Auto del 28 de octubre de 2015, esa decisión hizo tránsito a cosa juzgada,

cuando la Sala Decima de Selección de la Corte Constitucional excluyó ese caso para revisión.

En el expediente No. 70001-22-14-000-2016-00021-01, el señor Juan Carlos Payares Quessep interpuso acción de tutela contra las actuaciones que adelantaron los Jueces Primero y Tercero Civil de Circuito en el proceso de expropiación No. 2015-00039-00. El actor censuró que las autoridades judiciales: i) hubiese procedido a la entrega anticipada del inmueble sin que quedara ejecutoriada el auto de admisión de la demanda; y ii) ordenaran la diligencia de dación del inmueble pese a que el demandante y lo indígenas intervinientes advirtieron que los linderos del predio Argentina eran inciertos, de modo que la expropiación incluía una franja del bien Bolivia, finca que pertenece a la comunidad Flores de Chinchelejo. El Tribunal Superior de Sincelejo vinculó al proceso a la parcialidad étnicamente diferenciada referida. Ese Juez Colegiado y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia negaron la demanda porque: i) la tutela inobservó el requisito de inmediatez, puesto que promovió esa acción 11 meses después del auto que procedió a la entrega anticipada de inmueble objeto de expropiación; ii) el actor no interpuso los recursos ordinarios contra esa decisión; iii) la sentencia que decreta la enajenación forzosa del inmueble puede ser apelada; y iv) los argumentos de la tutela fueron los mismos fundamentos de la petición de la nulidad, incidente que se encuentra en trámite de alzada.

En este momento, la Sala Séptima de Selección de la Corte Constitucional se halla estudiando si escoge ese proceso para revisión. Entonces, un juez constitucional ha analizado los actos cuestionados por parte de los demandantes. Nótese que los peticionarios no fueron claros en identificar los hechos que vulneraron sus derechos fundamentales. Además, en demandas de amparo más recientes[15], los petentes censuraron situaciones posteriores al supuesto fáctico analizado en esta ocasión y que dieron a conocer en sede de revisión, por ejemplo las actuaciones realizadas por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Sincelejo. Esos escenarios están siendo estudiados en un proceso que no ha hecho a tránsito a cosa juzgada.

4. Para abordar los problemas descritos, la Sala comenzará por reiterar la jurisprudencia en materia de procedibilidad de la acción de tutela para proteger el derecho de consulta previa. Más adelante, señalará el marco jurídico sobre la concertación de los pueblos tribales. Al respecto, esta Corporación se detendrá en el concepto de afectación y su relación con el territorio indígena en

la protección especial de éste cuando se trata de áreas sagradas así como de importancia cultural para las comunidades, franjas que se hallan fuera de los resguardos titulados. A continuación, hará referencia al alcance de la certificación de la presencia de comunidades étnicas diferenciadas en zonas de intervención de los proyectos de infraestructura, documentos que emite la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior. Finalmente, llevará a cabo el análisis del caso concreto.

Procedibilidad de la acción de tutela para proteger el derecho de consulta previa

5. La Corte Constitucional ha manifestado de manera uniforme y reiterada[16] que la acción de tutela tiene la finalidad de proteger los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular en determinados casos. Sin embargo, ese medio de control constitucional es una herramienta residual que se debe proponer en un tiempo razonable a la ocurrencia de los hechos que se constituyen como vulneradores de las normas superiores. Para realizar esa valoración, el ordenamiento jurídico ha creado los principios de subsidiariedad e inmediatez, mandatos que tienen reglas específicas cuando se trata de analizar su cumplimiento en las demandas de tutela formuladas por parte de comunidades étnicas diferenciadas para proteger su derecho a la consulta previa.

Subsidiariedad

5.1. Como regla general, el Decreto 2591 de 1991 y la Corte Constitucional han indicado que la acción de tutela es procedente, siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial. Lo anterior, en razón de que el amparo no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico[17]. La citada norma tiene dos excepciones, que comparten como supuesto fáctico la existencia del medio judicial ordinario, a saber[18]: i) insaurar la acción de tutela de forma transitoria para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y ii) promover el amparo como mecanismo principal, situación que ocurre en el evento en que las acciones ordinarias carecen de idoneidad o de eficacia para defender los derechos fundamentales del accionante[19].

5.1.1. De un lado, la jurisprudencia ha señalado que el perjuicio irremediable se presenta:

"*cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen*"[20]. *Sobre el particular, la Corte ha precisado que una lesión es irremediables siempre que existan los elementos que se enuncian a continuación*: "***(i)*** *inminente, es decir, por estar próximo a ocurrir;* ***(ii)*** *grave, por dañar o menoscabar material o* moralmente *el haber jurídico de la persona en un grado relevante;* ***(iii)*** *que requiera medidas urgentes para conjurarlo; y* ***(iv)*** *que la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad".*[21]

5.1.2. De otro lado, el juez constitucional debe analizar la eficacia e idoneidad de las acciones judiciales ordinarias que tiene el interesado para solicitar la protección de sus derechos fundamentales. Dicha evaluación se efectuará a la luz de las circunstancias particulares en que se encuentre el solicitante[22] y definir si el amparo desplaza los medios de defensa existentes en las jurisdicciones ordinaria y especializada.

Al estudiar la idoneidad de la acción común, el juez deberá evaluar la aptitud del medio judicial ordinario para proteger el derecho del demandante o satisfacer la pretensión de éste[23]. Ese análisis requiere observar las características procesales del mecanismo, el derecho en discusión y el estado en que se encuentra el solicitante[24]. Los parámetros referidos indican que se debe definir si la acción ordinaria ofrece una solución "*clara, definitiva y precisa*"[25] al debate constitucional planteado y una protección de los derechos invocados[26]. En otras palabras "*el otro medio de defensa judicial existente, debe, en términos cualitativos, ofrecer la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela"*[27].

En la eficacia del medido judicial, el funcionario jurisdiccional debe analizar si éste suministra una protección rápida y oportuna al derecho amenazado o vulnerado[28]. Para evaluar esa cualidad de la acción ordinaria, la Corte ha estimado conducente tomar en consideración entre otros aspectos *"(a) el objeto del proceso judicial que se considera que desplaza a la acción de tutela*"; "(*b) el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales;*[29]" y (c) el estado del interesado y las circunstancia en que se encuentra.

5.1.3. En relación con la subsidiariedad de la acción de tutela para proteger el derecho de la consulta previa de las comunidades indígenas, esta Corporación ha precisado que las acciones contenciosas carecen de idoneidad para salvaguardar ese principio constitucional,

en el evento en que las autoridades avalan actuaciones ausentes de concertación y que afectan a esas colectividades. Esa conclusión no varió con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011[30].

El Decreto 01 de 1984, antiguo Código Contencioso Administrativo, consignaba las acciones de nulidad simple así como de nulidad y restablecimiento del derecho, medios de control que existían para cuestionar las decisiones que adoptara la administración. El ciudadano podía cuestionar los actos administrativos cuando[31]: (i) desconocían las normas en que debía fundarse; (ii) eran emitidos por un órgano que carecía de competencia; (iii) eran proferidos de manera irregular; (iv) violaban el derecho de audiencia y defensa del ciudadano; (v) incurrían en falsa motivación; o (vi) su expedición configuraba una desviación de las atribuciones propias de la autoridad que lo emitía. Las causales de nulidad reseñadas eran taxativas.

Nótese que nada se señalaba ante el desconocimiento de la consulta previa, omisión apenas obvia, dado que ese estatuto era una norma proferida antes de la Constitución de 1991 y de la elaboración del convenio 169 de la OIT.

En vigor del anterior estatuto adjetivo contencioso, las diferentes Salas de la Corte Constitucional advertían que la acción de tutela era el único medio judicial que tenían las comunidades étnicas diferenciadas para solicitar la protección de su derecho a la consulta previa, en el evento en que la administración autorizaba un proyecto que implicara la afectación de esas colectividades. Dicha consideración se fundamentaba en que las herramientas procesales de la nulidad, así como nulidad y restablecimiento carecían de la idoneidad requerida para resolver esas situaciones inconstitucionales. En Sentencia SU-383 de 2003, se precisó que:

> "no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia, por consiguiente compete al Juez de Tutela emitir las ordenes tendientes a asegurar su supervivencia, en los términos del artículo 86 de la Carta"

La Constitución de 1991 significó un giro importante en el sistema jurídico colombiano, toda vez que se concibió una Carta política participativa, pluralista, personalista, fundada en la dignidad humana. Al mismo tiempo, se le pensó como una norma jurídica aplicable por los

funcionarios de la administración y jueces, de modo que para su eficacia no fuese necesaria la mediación de la ley.

Como consecuencia de lo antepuesto, muchas de las codificaciones nacionales pre-constitucionales no eran coherentes con la norma suprema de 1991 en su ideología y estructura. Así, se produjeron cambios institucionales dentro de la administración resultado de la constitucionalización de principios finalistas y organizacionales de la función administrativa.

En ese escenario, el legislador expidió un nuevo código contencioso, la Ley 1437 de 2011, con el objetivo de desarrollar los contenidos constitucionales en el procedimiento que se surte ante la administración y en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción contencioso administrativa. En Sentencia C-951 de 2014, la Sala Plena indicó que "*la Ley 1437 de 2011 comporte un punto de inflexión en las categorías jurídicas frente a la tradicional concepción basada en el poder público del derecho administrativo, al equiparar al administrado con la administración, ubicándolos en un plano de estricta igualdad administrativa y procesal".*

Para nuestro caso, el artículo 46 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo es un ejemplo de la adaptación normativa de los mandatos superiores, disposición que añadió otra causal de nulidad de los actos administrativos. Esa hipótesis corresponde a que una decisión de las autoridades será inválida siempre que se adopte desconociendo la consulta previa con las comunidades afectadas.

A pesar de la existencia de la nueva regulación, las diferentes Salas de Revisión de la Corte Constitucional continúan considerando que las herramientas procesales ordinarias que cuestionan la legalidad de los actos administrativos son inidóneas para proteger el derecho de la consulta previa de las comunidades indígenas. Lo anterior, en razón de que los medios de control reconocidos en la Ley 1437 de 2011 revisan la validez de una decisión de la administración, ámbito que carece de la aptitud para evaluar la omisión del trámite de consulta previa. A su vez, la concertación es un derecho fundamental en cabeza de comunidades históricamente marginadas en la sociedad. En Sentencia T-576 de 2014, se precisaron los argumentos expuestos de la siguiente manera:

> "Los medios de defensa ante la jurisdicción contenciosa no son idóneos. Esto debido a que solo pueden resolver aspectos relativos a la legalidad de la decisión administrativa, más no está en capacidad de resolver temas relacionados con la

> omisión del procedimiento de consulta previa. En ese sentido, la Corte ha puesto de presente en casos similares al que ahora ocupa a la Sala que ante controversias relativas al amparo del derecho a la consulta previa en las que se plantee la necesidad de que los accionantes agoten otros mecanismos ordinarios de defensa, el juez constitucional deba considerar i) el carácter de derecho fundamental que se le reconoce a la consulta previa, ii) que es él el funcionario responsable de asegurar el ejercicio eficaz de esa categoría de derechos y que iii) las condiciones especiales de vulnerabilidad que suelen enfrentar las comunidades indígenas y tribales justifica que sea esta vía excepcional el escenario idóneo para evitar la lesión de sus derechos."

Esta Corporación ha indicado que las vías procesales ordinarias ofrecen una protección insuficiente del derecho cuestionado en relación con la acción de tutela, puesto que 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[32]. Entonces, la acción ordinaria no brinda una solución clara, definitiva y precisa al debate que se cierne sobre una omisión del trámite de consulta previa de una comunidad éticamente diferenciada.

Inclusive, ha precisado que el nuevo régimen de medidas cautelares regulado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no desplaza a la acción de tutela, porque *"la tutela y la medida de suspensión provisional protegen derechos de distinta naturaleza. Así, mientras la primera persigue la salvaguarda de derechos constitucionales fundamentales, la segunda busca impedir la ejecución de actos administrativos que violan el ordenamiento jurídico y que, por ello, perjudican a alguna persona"* ***[33]***.

No se desconoce que el legislador flexibilizó la procedencia de las medidas precautelativas en los procesos contenciosos, empero esa ampliación es insuficiente para proteger los derechos de una comunidad que se encuentra afectada por la decisión inconsulta de la administración, pues se deben adoptar remedios judiciales adicionales a la suspensión de un acto administrativo.

Por consiguiente, la Sala Octava de Recisión reitera que:

> *"la consagración expresa por parte de la ley 1437 de 2011 de una causal de nulidad autónoma por desconocimiento al derecho a la consulta previa, no puede ser entendida como un impedimento para la prosperidad de la tutela en un caso concreto. En igual medida, la flexibilización de los requisitos para acceder al decreto de medidas cautelares bajo el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tampoco puede entenderse como un limitante que impida el conocimiento del amparo"*[34].

En aplicación de ese criterio jurisprudencial, la Corte ha manifestado que la acción de tutela que pretende proteger el derecho a la consulta previa de colectividades étnicamente diferenciadas, demanda que implica el cuestionamiento de actos administrativos, es procedente, dado que los medios de control ordinarios que se ejercen ante la jurisdicción contenciosa carecen de idoneidad para proteger ese derecho. Lo anterior, en razón de que la concertación con dichas comunidad incluye la preservación de su supervivencia y sus visiones del mundo. Además, el acceso a los mecanismos ordinarios es restringido para los sujetos que cuentan con vulnerabilidad y especial protección constitucional. Y la consulta previa cumple con el rol primordial de involucrar a las comunidades en decisiones que tienen la virtualidad de afectar su identidad.

Por ejemplo, en providencia T-385A de 2014, la Sala Cuarta de Revisión estudió la demanda promovida por las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas del municipio de Taraira, Vaupés, contra la Resolución No 2079 del 27 de octubre de 2009 proferida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, debido a que ese acto administrativo creó el Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis sin su consentimiento y en tierras de la colectividad. En esa oportunidad, determinó que la acción de tutela era procedente para cuestionar decisiones de la administración, dado que es el recurso judicial idóneo para proteger los derechos fundamentales que tienen la categoría de sujetos de especial protección[35]. Es más, resaltó que la existencia de los medios de control de la jurisdicción contenciosa para cuestionar licencias ambientales o actos administrativos no excluye la procedencia de la acción de tutela. En ese contexto, señaló que:

> "*Es así como, dado el vínculo inescindible de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas con su supervivencia y, ante la constatación de que el acceso a los mecanismos judiciales ordinarios suele ser más restringido para los sujetos en condiciones de vulnerabilidad; la Corte Constitucional reivindicó la acción de tutela como el mecanismo judicial idóneo para proteger los derechos fundamentales de dichas comunidades*".

Más adelante, en Sentencia T-766 de 2015, se concluyó que la acción de tutela era procedente para discutir los actos administrativos que ponen en riesgo la supervivencia de una comunidad étnicamente diferenciada. Ello ocurre cuando una licencia ambiental autoriza un proyecto sin la debida concertación. En ese caso, la Sala Cuarta de Revisión consideró que era adecuado analizar de fondo si el Ministerio de Minas y Energía así como la Agencia Nacional de Minería quebrantaron el derecho a la consulta previa y al territorio de varias comunidades afrodescendientes del departamento del Choco, al expedir las Resoluciones N.°180241 y 0045 de 2012, actos administrativos que declararon y delimitaron Áreas Estratégicas Mineras sobre su territorio[36]. Es más, estudió ese asunto sin importar que la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado había suspendido tales decisiones de la administración. La Corte fundamentó su determinación en que las medidas cautelares proferidas en el proceso contencioso pueden ser revocadas en cualquier estadio del mismo. También, señaló que la protección de los derechos conculcados o amenazados debe quedar en firme a la mayor brevedad, condición que cumple de manera más célere un amparo dictado en un proceso de tutela.

De manera reciente, en el Fallo T-197 de 2016, esta Corporación señaló que los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho eran inidóneos para proteger el derecho de la consulta previa de las comunidades éticamente diferenciales, puesto que no son adecuados para garantizar la pervivencia física y la protección de la costumbres así como tradiciones de los pueblos indígenas. Lo anterior, toda vez que se concretan en revisar la legalidad de los actos administrativos y no están en capacidad de atender temas relacionados con la omisión de la concertación con las comunidades. Inclusive, advirtieron que la ausencia de idoneidad de los mecanismos ordinarios se mantiene con independencia de que el legislador hubiese flexibilizado la procedencia de las medidas cautelares en el proceso contencioso. Máxime si se tiene en cuenta que es un remedio judicial diseñado para fines diferentes de la protección de derechos fundamentales y que las comunidades indígenas y tribales se hallan en condiciones de vulnerabilidad y pobreza. Esa regla se aplicó en un asunto en que miembros del Consejo Comunitario de Ma-Majari del Níspero, del Consejo Comunitario de Flamenco y del Consejo de Pasacaballo cuestionaron la construcción y operación del Gasoducto Loop-San Mateo- Mammal, así como la Resolución No 0805 de 2015, acto administrativo que otorgó licencia ambiental al proyecto, en la medida en que tales actuaciones no fueron consultadas con la comunidad.

Las consideraciones expuestas no son desvirtuadas por la posición adoptada en la Sentencia T-288ª de 2016. En esa decisión, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional manifestó que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es un mecanismo idóneo para cuestionar los actos administrativos que desatienden la consulta previa. Así, la acción de tutela solo procedería para evitar la configuración de un perjuicio irremediable de los derechos de la colectividad diversa en materia étnica. Dicha postura se justificó en que el artículo 46 del CPACA estableció como causal de nulidad de los actos jurídicos la ausencia de concertación.

> "*Al respecto, esta Corporación considera que dicho instrumento judicial es idóneo, porque el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho fue instituido por el Legislador para que toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, pueda pedir que: (i) se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, (ii) se le restablezca su derecho, y (iii) se reparen los daños causados[37]. En ese sentido, es pertinente reiterar que la prerrogativa a la consulta previa es un derecho subjetivo protegido por la Constitución y por el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*"

La Sala Octava de Revisión estima que la postura defendida por la providencia reseñada desatiende que el análisis del juez contencioso se circunscribe a un juicio de legalidad, mas que a un análisis de protección de derechos fundamentales. Esa situación advierte que los medios de control ordinarios carecen de aptitud para estudiar una compleja discusión del trámite de la concertación con una colectividad étnicamente diferenciada. Esa ausencia de idoneidad se hace evidente cuando existe dificultad para establecer si una comunidad es titular del derecho a la consulta previa, por cuanto se encuentra en proceso de reconfiguración o reconstrucción de identidad. El juez administrativo y el mecanismo procesal de nulidad así como restablecimiento del derecho no se encuentran diseñados para debatir tales asuntos, de modo que el grupo social solo tiene la acción de tutela para proteger sus garantías.

Cabe precisar que el vínculo entre los derechos fundamentales de las comunidades étnicamente diferenciadas y su supervivencia torna a la acción de tutela en el mecanismo adecuado para salvaguardar esas garantías, máxime cuando los titulares han sido parte de un grupo discriminado históricamente. En ese escenario, la autoridad judicial de amparo de derechos fundamentales se convierte en el órgano mejor dotado para resolver las situaciones que implican una discusión sobre comunidades étnicas diversas y entender la relación principio – hecho que comprenden esos asuntos en que colisionan el interés general y el minoritario[38].

La nulidad de un acto administrativo y los mecanismos de reparación producto del restablecimiento del derecho en muchos casos son insuficientes para proteger y restaurar la vulneración de la consulta previa, y garantizar la supervivencia de las colectividades étnicas diversas. Un ejemplo de ello, ocurre en la imposibilidad que tienen los remedios judiciales ordinarios para restaurar las posibles afectaciones culturales o espirituales que padezca una comunidad producto de la ejecución de un proyecto. Inclusive, las medidas de resarcimiento

son ciegas ante la protección o recuperación de las costumbres o tradiciones de los pueblos indígenas pérdidas por la ejecución de algunas medidas.

Aunado a los argumentos esbozados, la postura de la Sentencia T-288ª de 2016 es una posición aislada en la jurisprudencia de la Corte, al punto que no da cuenta ni explica de manera completa y omnicomprensiva el balance constitucional actual en la materia. En efecto, esa decisión no es precedente vinculante en el presente caso, pues es una postura insular, la cual omitió justificar su apartamiento de las reglas de derecho judicial explicadas en precedencia.

5.1.4. Ahora bien, la idoneidad de la acción de tutela no se reduce con el hecho de que el proyecto de construcción o de explotación de recursos mineros hubiese comenzado su elaboración o ejecución. Lo anterior, en razón de que el paso del tiempo carece de potencialidad de tornar adecuada una herramienta procesal que no tiene la aptitud para salvaguardar de manera suficiente los derechos de un sector históricamente discriminado de la sociedad colombiana. Nótese que la procedibilidad de la demanda de amparo de garantías fundamentales se concreta en que los medios de control de nulidad así como de nulidad y restablecimiento del derecho no ofrecen una respuesta clara, definitiva además de precisa al debate constitucional que implica la omisión en el trámite de concertación la comunidad.

Precisiones en ese sentido pueden encontrarse en jurisprudencia temprana de la Corte. Por ejemplo, la providencia T-652 de 1998 estudió el caso de la demanda promovida por la comunidad Embera-Katío del Alto Sinú. En esa oportunidad, dicha colectividad denunciaba que las autoridades y el concesionario habían pretermitido el trámite de consulta previa en la expedición de la licencia ambiental que autorizó la construcción de la hidroeléctrica Urrá (1) en el río Sinú. La Sala Quinta de Revisión se pronunció sobre el fondo del asunto, pese a que la obra ya se había ejecutado. Ante esa situación, resolvió ordenar la indemnización de la comunidad, la unificación del resguardo, la concertación del régimen especial en salud de los afectados, la supervivencia de la comunidad y el etnodesarrollo de los afectados, entre otras medidas. Nótese que ni siquiera la imposibilidad de restaurar el estado de cosas a la situación anterior de la intervención del proyecto conlleva a la improcedencia de la tutela.

Años después, la Corte retomó el análisis del estudio de la consulta previa en ese ámbito de procedibilidad, al revisar un asunto de esa naturaleza que dio origen al fallo T-129 de 2011. Esta Corporación protegió el derecho a la consulta previa de las comunidades Embera Katío de los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito por la construcción de una carretera en el municipio de Acandí, Chocó, y por las actividades de prospección y de exploración legal e ilegal que se estaban llevando a cabo en sus territorios. La Corte entró a analizar el caso de

fondo con independencia de que el proyecto ya hubiese iniciado y ordenó suspender la construcción del corredor vial en zonas de titularidad de la comunidad.

En la Sentencia T-800 de 2014, la Sala Cuarta de Revisión protegió el derecho a la consulta previa de una comunidad raizal, porque el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo no realizó la concertación con esa colectividad para el desarrollo del proyecto Spa-Providencia. Censuró que la autoridad hubiese iniciado la intervención del territorio habitado por la agrupación raizal sin haber dialogado con ésta. También reprochó que no se hubiesen consultado las medidas administrativas como convenios interadministrativos o decretos de asignación de fondos del programa. Para ese juez colegiado no fue un impedimento adoptar esa decisión el hecho de que las construcciones del proyecto hubiesen comenzado. De ahí que precisó que era necesario que se profiriera una pronta decisión, pues el Spa ya estaba en edificación[39].

Otra muestra de esa línea jurisprudencial es la providencia T-660 de 2015. En ese caso, esta Corporación analizó la vulneración de los derechos fundamentales a la consulta previa, a la integridad territorial, a la autonomía, al medio ambiente sano y a la diversidad étnica de varios Consejos Comunitarios de población Negra y Afrodescendientes ubicados en los departamento del Cesar y Magdalena, como quiera que se edificó una línea férrea en cercanía de sus lugares de residencia, para el transporte de carbón, e inició la construcción de una segunda vía sin que se hubiera llevado a cabo la consulta previa por parte de los accionados. Al momento de la presentación de la tutela, los actores de ese proceso aseveraron que existía la primera línea férrea y se estaba construyendo la segunda. La Sala Séptima de Revisión estimó que la acción de tutela era procedente, pues las edificaciones presentes no eliminaban la posibilidad de que éstas fuesen cuestionadas por medio de acción de amparo de derechos. Inclusive, indicó que era urgente la intervención del juez de tutela, por cuanto la construcción de la segunda línea férrea podría empeorar la conculcación de la garantía de la concertación de los peticionarios. Empero, el Tribunal Constitucional desechó la conculcación del derecho a la consulta previa, puesto que el transporte de carbón no perturbaba los valores culturales, sociales y económicos de la parcialidad, es decir, era inexistente una afectación de la comunidad étnica diferenciada. A pesar de lo anterior, amparó el derecho a la participación en megaproyectos de las colectividades accionantes y de otros grupos sociales que sufrían las consecuencias negativas del polvillo del mineral transportado en trenes de carga.

Finalmente, en la referida Sentencia T-197 de 2016, la Corte consideró que era irrelevante la formulación de tutela con posterioridad al inicio del proyecto, de modo que estudió de fondo el desconocimiento del derecho de la consulta previa. Cabe resaltar que el proyecto ausente de concertación correspondía con un gasoducto, el cual ya había sido construido y se encontraba en operación. En esa ocasión, se advirtió que:

"Es necesario reconocer que hay situaciones en las cuales la consulta no se lleva a cabo de manera previa. En tales casos, puede ocurrir que el proyecto, obra o actividad, ya haya causado daños e impactos. Lo dicho anteriormente respecto del carácter eminentemente preventivo de la consulta previa no significa que no se deba realizar la consulta una vez ha sido ejecutado el proyecto respectivo. Las consultas en tales casos deben ir encaminadas, principalmente, a corregir los impactos debidamente identificados, que hayan sido causados a los derechos colectivos de la comunidad. Sin embargo, dichas consultas no pueden desnaturalizarse convirtiéndose únicamente en mecanismos de compensación e indemnización de los daños causados a los miembros de la comunidad individualmente considerados. Esto debilitaría la autoridad de las instituciones y las formas organizativas propias de dichas comunidades".

5.1.5. En suma, la Sala Octava de Revisión advierte que la acción de tutela es el mecanismo judicial adecuado para proteger el derecho a la consulta previa de las comunidades éticas diferenciadas. De ahí que los medios de control de nulidad, así como de nulidad y restablecimiento del derecho carecen de la idoneidad para resolver la situación inconstitucional que produce la omisión del trámite de concertación de una decisión. Lo anterior, por cuanto esas herramientas procesales no ofrecen una solución clara, omnicomprensiva y definitiva a la vulneración de derechos de las comunidades que tienen una especial protección constitucional y vulnerabilidad. La ausencia de idoneidad denunciada no se elimina con la flexibilización de la procedencia de las medidas cautelares en el proceso contencioso, toda vez que si la suspensión provisional del acto queda en firme de manera expedita, continuará la impotencia de esos recursos para salvaguardar integralmente los derechos de las comunidades indígenas o tribales.

A su vez, la iniciación de un proyecto que afecta a las colectividades diversas culturalmente no torna improcedente la acción de tutela, puesto que ese hecho evidencia que es necesario estudiar el caso para impedir que continúe la vulneración de derechos de las comunidades. En esos eventos, no se sanea el vicio de la ausencia de concertación, empero permite que la colectividad perturbada intervenga en las etapas restantes del proyecto y se entere de las acciones que van a afectar su territorio con el fin de pedir la mitificación de los perjuicios o la compensación de los mismos. Aunque, ello no significa que la consulta previa se convierta solamente en una vía de resarcimiento, dado que esa concepción desnaturalizaría esa concertación y debilitaría la autoridad de las instituciones ancestrales así como sus formas organizativas. Inclusive, la acción de tutela es procedente cuando es imposible volver al estado de cosas anterior a la intervención del proyecto u obra.

Inmediatez

5.2. El principio de inmediatez exige que la acción de tutela sea promovida dentro del plazo razonable al hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales de las personas[40]. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el principio de inmediatez surge de la naturaleza de la acción de tutela, pues la finalidad última del amparo es proteger de forma *inmediata* los derechos constitucionales.

5.2.1. Para verificar el cumplimiento de este principio, el juez debe confrontar el tiempo trascurrido entre la posible afectación o amenaza del derecho con la fecha de la presentación de la demanda, con el objeto de establecer si esa interposición es razonable[41]. En caso de que se llegue a una conclusión contraria, se debe evaluar si existe una justificación para la demora del interesado en interponer la acción de tutela. En esa labor, el juez de tutela debe evaluar el cumplimiento de este requisito en relación con las circunstancias que rodean el caso concreto, entre las cuales se encuentran[42]: i) la pertenencia del actor a un grupo vulnerable; ii) las situaciones personales o coyunturales que le hayan impedido acudir de forma inmediata ante la jurisdicción constitucional; iii) el aislamiento geográfico; iv) la vulnerabilidad económica, además de la persistencia o agravación de la situación del actor; v) la eventual vulneración de derechos de terceros; vi) la ausencia absoluta de diligencia por parte del afectado; y vii) la posibilidad de que el amparo represente una seria afectación a la seguridad jurídica[43].

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha manifestado que los siguientes factores justifican el transcurso de un lapso prolongado entre el momento de la vulneración del derecho y la fecha de interposición de la acción:

> *"(i) que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo en el entendido de que si bien el hecho que la originó es muy antiguo, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto a sus derechos continúa y es actual; y (ii) que la especial situación del actor convierta en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de ejercer los medios ordinarios de defensa judicial*"[44].

5.2.2. En materia de los derechos de las comunidades étnicas diferenciadas, la Corte Constitucional ha considerado que se respeta el principio de inmediatez como requisito de procedibilidad cuando la omisión de la consulta previa, la vulneración o amenaza sobre otra garantía de esa colectividad se mantiene en el tiempo y el peticionario ha sido diligente para buscar la protección del derecho. Así mismo, se entiende que la conculcación de garantías es actual cuando se agrava con el paso de los años y recae sobre derechos imprescriptibles.

En el caso sometido a estudio, resulta relevante la Sentencia T-235 de 2011[45], proveído en que la Sala Novena de Revisión analizó la demanda formulada por la gobernadora del resguardo indígena ubicado en el cañón del río Pepitas contra el Municipio de la Dagua y las autoridades encargadas de atender los desastres naturales, debido a que tuvieron una actitud omisiva en la ola invernal del año 2008. Con independencia de que la acción de tutela se interpuso 2 años después de los hechos que se consideraron como inconstitucionales, esta Corporación concluyó que la vulneración continuaba en el tiempo, dado que la comunidad tenía amenazado su derecho fundamental de la vivienda, en la medida en que cada vez que crecía el río pepitas se inundaban los caminos del territorio del grupo indígena y se afectaban sus viviendas. Además, la comunidad elevó varios derechos de petición ante la administración local, sin que se hubiese emitido respuesta alguna. En efecto, se entendió cumplido el requisito de inmediatez.

De igual forma, en la Sentencia T-657 de 2013, la Corte determinó que la comunidad negra de Mulaló presentó la demanda en un plazo razonable desde que inició el proyecto de construcción de la carretera Malaló-Loboguerrero 4 años atrás, como quiera que la vulneración persistió en el tiempo y los actores acudieron a las autoridades para reclamar la protección de sus derechos. De un lado, señaló que no se adelantó la consulta previa con la comunidad, omisión que había desatendido que el Ministerio del Interior y de Justicia certificó su presencia en zona de influencia de la obra. De otro lado, reseñó que los petentes interpusieron múltiples derechos de petición para que se efectuar la concertación con la comunidad.

En la Sentencia T-969 de 2014, la Sala Sexta de Revisión evaluó la demanda de tutela formulada 10 años después de ocurrida la consulta con las demás comunidades ubicadas en el área de influencia de un proyecto de disposición de aguas residuales en Cartagena. Las personas jurídicas cuestionadas solicitaron al Ministerio del Interior que constatara la presencia de grupos diversos culturales, parcialidades con quienes se concertó. Después de la modificación del trazado del proyecto, el trayecto terrestre pasaba por el territorio los Consejos Comunitarios de Tierra Baja y Puerto Rey, autoridades ancestrales que no fueron consultadas.

En la inmediatez, precisó que no era aplicable el precedente fijado en la Sentencia C-253 de 2013, fallo que había declarado exequible una ley pese a la ausencia de concertación con la comunidad étnica diferenciada. Ello, por cuanto: i) en la decisión de constitucionalidad se cuestionaba la ausencia de consulta en una medida legislativa, mientras en el asunto del control concreto se debatía la falta de concertación en una obra, en la cual la afectación de la comunidad puede ser irreversible; y ii) la decisión de declarar constitucional una disposición correspondió a que las reglas jurisprudenciales de consulta previa fueron desarrolladas con posterioridad al trámite de la Ley 70 de 1993 y el Decreto 2374 de 1993, fundamentos que no tienen que ver con la interposición de la demanda con posterioridad de los hechos que quebrantaron normas superiores.

Adicionalmente, el plazo razonable de presentación de la acción de la tutela solo puede ser exigible en el año 2008, anualidad en que las comunidades demandantes se enteraron de la construcción del proyecto, cuando las edificaciones iniciaron en su territorio. No puede censurarse que la colectividad omitiera utilizar la acción de tutela dos años, porque para ello se requiere conciencia de derechos e identidades de su grupo. Dicho reconocimiento ha ocurrido de manera lenta en las comunidades afrodescendientes del caribe colombiano como son los actores.

Un año más tarde, la Sala Primera de Revisión precisó que la verificación de la observancia del principio de inmediatez debe partir de un análisis flexible, cuando los actores son comunidades étnicas diversas. Tal regla se esbozó en la Sentencia T-661 de 2015, providencia en que se debía determinar si el Incora, hoy en día Incoder, desconoció los derechos fundamentales al territorio colectivo, la consulta previa y el debido proceso del clan epinayú de la etnia wayúu, al adjudicar los predios aralia, patka, patka 1, putsimalu y putsimalu 1 de forma individual, a miembros de los clanes epiayú y pushaina, cuando, de acuerdo con la narración de la tutela, el predio hace parte del territorio ancestral del clan epiayú. Entre el acto de reconocimiento y la demanda de amparo transcurrieron más de 10 años. La Corte encontró cumplido el principio de inmediatez, toda vez que la vulneración de derechos persiste y los peticionarios fueron diligentes en la protección de sus garantías. Lo primero, porque la disposición sobre las tierras tituladas de los indígenas produce violación permanente, al ser terrenos imprescriptibles e inalienables. Lo segundo, en razón de que los demandantes de ese proceso persiguieron la protección de sus derechos en distintos trámites y procedimientos, de naturaleza policiva, constitucional y contencioso-administrativa.

En un pronunciamiento reciente, la Corte Constitucional consideró que una tutela presentada 50 años con posterioridad de la instalación de una base militar y de varias antenas de comunicación, datos y electricidad en un predio ancestral de la comunidad Arhuaca de la Sierra Nevada de Santa Marta, ubicado en el cerro El Alguacil, había cumplido con el principio de inmediatez[46]. Los actores cuestionaron que las edificaciones castrenses, así

como de telecomunicaciones y energía se construyeron sin concertación con la comunidad. Inclusive, resaltaron que las instalaciones militares impiden el acceso a zonas de pagamentos. En Sentencia T-005 de 2016, se advirtió que la situación de vulneración de derechos fundamentales es actual con independencia de que la adjudicación del predio a las fuerzas armadas hubiese ocurrido en los años 60. De hecho, indicó que la conculcación se ha agravado con el paso del tiempo.

Esa posición se sustentó en la siguiente cronología de sucesos: i) los Arhuacos han habitado desde tiempos inmemorables la Sierra Nevada de Santa Marta; ii) en el siglo XX, esa colectividad fue despojada de su territorio ancestral, y anulados como personas así como grupo étnico; iii) en 1964, el Municipio de Valledupar entregó al Ministerio de Guerra la titularidad del predio El Alguacil, inmueble ancestral de la comunidad; iv) ese autoridad construyó una edificación; v) en 1982, iniciaron la edificación de las antenas de comunicación y energía; v) la construcción paulatina del Batallón de Artillería Núm. 2 La Popa al igual que el encerramiento del cerro; y vi) la imposición de trámites para obtener permiso para realizar ceremonias de pagamento, al punto que los indígenas Arhuacos no pueden ingresar a su territorio de forma libre. La Sala subrayó que los hechos que motivaron la acción de tutela iniciaron en el pasado, pero solo en el presente revistieron tal gravedad que los Arhuacos tuvieron que acudir a este mecanismo judicial. Paralelamente, la colectividad realizó diferentes actos para proteger su derecho al territorio y a la consulta previa, por ejemplo adelantó movilizaciones sociales para acceder al cerro, presentó peticiones al Gobierno Nacional y a diferentes organismos internacionales.

De la línea jurisprudencia descrita, esta Corporación subraya que el paso del tiempo por largo que sea no elimina la razonabilidad de la presentación de una acción tutela en relación con los derechos de las comunidades étnicamente diferenciadas, por ejemplo la consulta previa o la propiedad sobre sus territorios ancestrales. Esa conclusión se sustenta en que se comprende cumplido el principio de inmediatez cuando: i) la vulneración o amenaza de los derechos se mantiene o agrava en el tiempo, o recae sobre derechos imprescriptibles; y ii) las colectividades indígenas o tribales fueron diligentes para solicitar la protección de sus derechos, verbigracia formularon derechos de petición, acciones judiciales o manifestaron ante las autoridades que los proyectos o medidas los afectaba, al punto que es necesario concertar con ellos.

Con base en las consideraciones previas, la Sala Octava de Revisión estima que la determinación adoptada en la Sentencia T-154 de 2009, providencia referenciada por la Cámara de infraestructura para sustentar la declaratoria de improcedencia de la presente acción de tutela, es una decisión insular que no constituye precedente para descartar las reglas descritas en el párrafo anterior. Además, es una posición desproporcionada que desconoce la persistencia de la vulneración de los derechos de las comunidades indígenas y la diligencia de las mismas para obtener la salvaguarda de sus garantías.

En la providencia de 2009, la Sala Séptima de la Corte revisó el caso de la acción de tutela interpuesta por los Gobernadores de los resguardos indígenas Kogui, Kankuano, Arhuaco y Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta en contra de los Ministerios del Interior y de Justicia, del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Iconder) y la Corporación Autónoma Regional de la Guajira (Corpoguajira), porque se omitió el proceso de consulta previa al momento de la expedición de la licencia ambiental para la construcción de la presa del cercado y el distrito de riego del río Ranchería. En esa ocasión, se denegó el amparo solicitado, porque la acción inobservó el requisito de inmediatez, al ser interpuesta dos años después de la firmeza de la licencia ambiental que omitió la consulta. Censuró que las colectividades accionantes no acudieran a la concertación, mientras algunas parcialidades de la etnia Arhuaco sí lo hicieron.

Esta Corporación considera que esa posición rígida de la valoración del cumplimiento del principio de inmediatez es una determinación aislada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que no constituye precedente ni elimina la posición decantada por parte de las diferentes Salas de Revisión de la Corte.

Además, la postura insular de la Sala Séptima de Revisión del año 2009 es desproporcionada frente a las comunidades indígenas o tribales, puesto que desconoce que son colectividades que han sido objeto de una discriminación histórica en Colombia, y se encuentran en situación de vulnerabilidad así como de extrema pobreza. A su vez, desatiente que el estudio del principio de inmediatez se flexibiliza frente a los sujetos de especial protección constitucional. La posición de la Sala Séptima de Revisión le hace un flaco favor al respeto y materialización del derecho de la igualdad, y al cumplimiento del Convenio 169 de la OIT, norma que hace parte del bloque de constitucionalidad.

Nótese que la visión rígida de ese requisito de procedibilidad soslaya la vulneración persistente que se produce por el desconocimiento del derecho de la consulta previa. También obvia que el quebrando de esa garantía se puede agravar por el simple paso del tiempo, situación que puede implicar afectar la supervivencia de la comunidad indígena. El Salvamento de Voto de la Sentencia T- 154 de 2009[47] evidenció las falencias señaladas en el estudio del caso concreto, al llamar la atención sobre la omisión de la mayoría de atender las circunstancias específicas de ese asunto. El Magistrado disidente adujo que:

> "*el proceso de comunicación de la consulta previa no se surtió conforme a todas las costumbres tradicionales de los grupos indígenas involucrados, lo cual*

impidió el acceso a la información sobre el proyecto por parte de la comunidad Wiwa. Por consiguiente, se impidió la expresión del consentimiento informado de la comunidad Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta que resultó afectada por el proyecto y por tal motivo debió ser convocada a la consulta, situación ésta que no impidió la expedición de la Licencia Ambiental N° 3158, lo cual de manera evidente vulnera el derecho a la consulta previa de la referida comunidad".

De la misma forma, la evaluación poco flexible no tendría en cuenta la diligencia que tuvo la comunidad para proteger sus derechos fundamentales por medios diversos a la acción de tutela. Entonces, el análisis no puede ser simple y pasar por alto parámetros que imponen el derecho de la igualdad y las circunstancias del caso, tal como lo ha hecho a jurisprudencia reiterada de la Corte.

5.2.3. En suma, la Sala Octava de Revisión estima que el paso del tiempo por largo que sea no elimina la razonabilidad de la presentación de una acción tutela en relación con los derechos de las comunidades étnicamente diferenciadas, por ejemplo la consulta previa o la propiedad sobre sus territorios ancestrales. Esa conclusión se sustenta en que se comprende cumplido el principio de inmediatez cuando: i) la vulneración o amenaza de los derechos se mantiene o se agrava con el transcurso del tiempo, o recae sobre derechos imprescriptibles; y ii) las colectividades indígenas o tribales fueron diligentes para solicitar la protección de sus derechos, verbigracia formularon derechos de petición, acciones judiciales o manifestaron ante las autoridades que los proyectos o medidas los afectaba, al punto que es necesario consultar con ellos.

El derecho fundamental de la consulta previa y ámbitos de protección. Reiteración jurisprudencial[48]

6. Esta Corporación ha manifestado que la consulta previa de las comunidades étnicamente diferenciadas es un derecho fundamental y desarrolla elementos esenciales del Estado Social de Derecho. Debido a que el Convenio 169 de la OIT establece criterios generales de concertación, la Corte ha concretado tales parámetros, de acuerdo a las circunstancias fácticas que ha revisado. Por ejemplo ha precisado el ámbito de aplicación de la consulta previa a partir del concepto de afectación. En este punto y en virtud de los supuestos fácticos de la causa estudiada en esta oportunidad, se tornan relevantes los impactos negativos que sufren las colectividades indígenas o tribales derivado de la construcción de vías o carreteras. A su vez, es importante relacionar esa acepción de interferencia con la denotación del territorio y definir si aquella

solo se presentan en el espacio titulado de la comunidad. Así mismo, este Tribunal ha precisado las reglas que se refieren a la titularidad de la consulta previa y a los estadios de ese trámite dialógico.

6.1. En el balance constitucional actual, la Corte ha indicado de manera constante y uniforme que la consulta previa es un derecho de rango fundamental[49]. Ello se sustenta en que esa garantía materializa los principios de participación de los grupos vulnerables. Inclusive, ese mandato de optimización adquiere una obligación reforzada en esos sujetos de especial protección constitucional, por ejemplo participación en los asuntos públicos (Art. 40 C.P). Así mismo, el precepto 7º de la Carta Política reconoce la diversidad cultural. El artículo 330 Superior establece al Estado el deber de consultar a las comunidades indígenas antes de la explotación de recursos naturales en sus territorios. Tales normas advierten que la concertación implica la protección de las formas de vida y saberes de las comunidades tribales o indígenas[50].

En la reciente Sentencia T-226 de 2016, la Sala Novena de Revisión indicó que "*la idea de que ese valor se salvaguarda permitiendo que las comunidades étnicamente diferenciadas decidan autónomamente sobre sus propios asuntos explica la importancia del papel que cumple la consulta previa dentro del marco jurídico que rige las relaciones entre esos colectivos y el Estado*".

De igual forma, la concertación desarrolla los compromisos que ha adquirido el Estado frente a los pueblos diversos culturalmente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El Convenio 169 de la OIT de 1989, compendio que hace parte del bloque de constitucionalidad en estricto sentido, define los lineamientos de la consulta previa, a saber: i) los grupos indígenas o tribales deben ser consultados por las medidas administrativas o legislativas que los afecta de manera directa (Art. 6º, Inciso 1º, Literal a); ii) define los medios para garantizar la participación; iii) formula los criterios centrales de la concertación, por ejemplo los principios de buena fe, la flexibilidad en su realización y la búsqueda del consentimiento de los pueblos perturbados (art. 6 literal 2º); iv) protección de los valores sociales, culturales y religiosos de las colectividades tribales (Art. 5); v) la garantía de la participación en los planes de desarrollo nacionales y locales (Art. 7); vi) la obligación de consultar a las comunidades antes de emprender los proyectos de exploración y explotación de recursos existentes en sus tierras. Al igual que el derecho a participar de los réditos de esas actividades (Art. 15); y vii) el deber de obtener el consentimiento de la colectividad, cuando ésta va ser trasladada.

Tales parámetros deben materializarse con un procedimiento que respete las directrices del Convenio. La concertación debe efectuarse con las instituciones representativas de la comunidad y con trámites que promuevan el dialogo entre las partes.

A continuación, la Sala se referirá a cada uno de esos aspectos. Para ello, seguirá la metodología explicativa que adoptó la Corte en las Sentencias T-226 de 2016, T-197 de 2016 y T-661 de 2015, de modo que tendrá como parámetros prescriptivos el Convenio 169 de la OIT y las reglas de decisión de la jurisprudencia constitucional, al igual que los criterios de interpretación fijados en la doctrina autorizada sobre la materia. Como resultado de las particularidades del caso, la Sala se detendrá en la afectación que padecen las colectividades producto de la construcción de las vías y la relación de esa interferencia con el concepto de territorio.

El ámbito de aplicación de la consulta previa.

6.2. El Convenio 169 de la OIT consagra la obligación que existe de que los pueblos indígenas y tribales sean consultados *"cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente"*. Así mismo, establece unas hipótesis de medidas que deben ser sometidas a consulta, estas son[51]: i) las acciones que involucran la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales[52]; ii) las actividades que implican el traslado o reubicación de las colectividades de las tierras que ocupan ancestralmente[53]; iii) las regulaciones que se relacionan con la capacidad que tienen esos grupos para enajenar sus tierras o de transmitir sus derechos sobre éstas fuera de su comunidad[54]; iv) las reglamentaciones que se refieren a la organización y el funcionamiento de programas especiales de formación profesional[55]; v) la determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación así como autogobierno[56] y vi) los programas que poseen la finalidad de desarrollar la enseñanza y la conservación de su lengua[57] .

Sin embargo, las hipótesis señaladas no son una lista taxativa de causales que indica cuando debe consultarse con los grupos tribales o indígenas. En realidad, existe la obligación de que se someta a dialogo cualquier medida susceptible de afectar directamente a la comunidad. En Sentencia SU-383 de 2003, la Sala Plena estimó que la aspersión de químicos para la erradicación de cultivos ilícitos debía ser sometida a consulta previa por las comunidades en donde se realizaba la fumigación. Ello, dado que existía una afectación directa a sus grupos. Nótese que esa actividad no se encontraba en las medidas descritas en el Convenio 169 de la OIT.

Las acciones que no se incluyen en dicha enumeración se someterán al criterio de la afectación directa. En esas situaciones, el juez debe evaluar las circunstancias del caso e identificar el grado de interferencia que produce la medida, de acuerdo los criterios fijados por el Convenio 169 y el precedente constitucional[58]. En palabras de la Corte:

> *"El ámbito de aplicación de las consultas debe determinarse frente a cada caso particular, considerando la manera en que la decisión de que se trate pueda constituirse en una hipótesis de afectación de los intereses de esas colectividades. Así lo confirma el artículo 7° del Convenio, que les impuso a los Estados signatarios el deber de asegurar que los pueblos interesados participen en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo que sean "susceptibles de afectarles directamente"*[59].

De manera retrospectiva, la Sala Novena de Revisión explicó las etapas jurisprudenciales que ha tenido la Corte sobre el concepto de afectación directa

> "La primera valoró la exigibilidad de la consulta, solamente, frente a medidas que implicaban una afectación de los territorios ancestrales de las comunidades indígenas, considerando que el artículo 330 de la Carta alude a la necesidad de propiciar la participación de los representantes de esas comunidades en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios[60]. En una segunda etapa, la Corte admitió que la ejecución de obras de infraestructura, la entrega de concesiones mineras, la construcción de puertos y cualquier otro proyecto de desarrollo que afectara directamente a una comunidad étnica debía

ser objeto de consulta *previa*[61], aun si no implicaba la explotación de recursos naturales en sus territorios"[62].

En la referida Sentencia SU-383 de 2003[63], la Sala Plena advirtió que la restricción que establece el artículo 330 de la Constitución respecto de la obligatoriedad de la consulta en la extracción de recursos naturales en territorios indígenas no descarta que *"el derecho de estos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles"*.

Más adelante, la Sentencia T-661 de 2015[64], la Sala Primera de Revisión recogió los criterios que se han utilizado para identificar cuándo se presenta una afectación directa de una comunidad. Ello sucedió en el examen de una disputa que se presentó entre tres clanes del pueblo Wayúu por la titularidad de unas tierras ubicadas en el Departamento de la Guajira.

A partir de los criterios previstos en los fallos de tutela y de unificación de esta Corporación, de sus sentencias de constitucionalidad y de los pronunciamientos del Relator de la Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Corte reseñó tres estándares para determinar la afectación directa, a saber: i) en sede de control concreto, las Salas de Revisión y la Sala Plena han precisado que la afectación directa hace referencia a la interferencia de una medida (política, plan o proyecto) específica que recae sobre cualquier derecho de los pueblos tribales o indígenas; ii) en sede control abstracto, la Corte ha indicado que en una demanda de inconstitucionalidad contra una ley se puede identificar una afectación directa, al verificar que: a) la regulación desarrolle el Convenio 169 de la OIT; y b) la norma imponga una carga o un beneficio a la comunidad, al punto que modifique su situación jurídica; y iii) de acuerdo con el Relator de sobre los derechos de los indígenas, la afectación directa "*consiste en una incidencia diferencial de la medida frente a los pueblos indígenas y en comparación con el resto de la población"*

En concreción de los criterios descritos, la Sala Novena de Revisión adujo que "*La afectación directa se presentaría cuando la incidencia que la medida tiene*

sobre estas comunidades es distinta de la que genera frente al resto de la población, cuando se orienta a desarrollar el Convenio 169 y cuando le atribuye cargas o le impone beneficios a una comunidad de una manera que supone la modificación de su situación o de su posición jurídica" ***[65]***.

Reiterando lo antepuesto, la Sala Octava de Revisión advierte que una medida debe ser sometida a consulta cuando afecta de manera directa a una comunidad indígena o tribal. Ello ocurre en el evento en que el programa, meta o plan: i) interfiere cualquier derecho de la colectividad; ii) establece una diferencia del grupo étnicamente diverso frente a la demás población; iii) desarrolla el Convenio 169, iv) atribuye una carga o beneficio a la parcialidad; y v) modifica la situación de la comunidad o su posición jurídica.

La afectación directa en los proyectos de construcción de vías y su relación con el concepto de territorio

6.2.1. La jurisprudencia de la Corte ha precisado que los proyectos de construcción de vías producen afectación directa en las comunidades indígenas o tribales cuando tales programas intervienen los territorios titulados de esas comunidades, zonas que incluyen las áreas necesarias para su desarrollo espiritual, ritual, económico y social. En esos eventos, las autoridades y los contratistas tienen la obligación de consultar con esos grupos étnicos diferenciados.

6.2.2. En esta oportunidad, la Sala reiterará el precedente fijado en las Sentencias T- 428 de 1992, T-745 de 2010, T-129 de 2011, T-993 de 2012 y T-657 de 2013, decisiones en que la Corte se pronunció acerca de la construcción de carreteras en el territorio de comunidades indígenas.

En su jurisprudencia temprana, en el fallo T-428 de 1992, la Corte protegió el derecho de la consulta previa del resguardo indígena de Cristianía, localizado en el Municipio de El Jardín en el Departamento de Antioquia, porque no se

concertó con esa comunidad, al ampliar, rectificar y pavimentar la carretera que de Remolinos conducía a Jardín que continua en la Troncal del café, vía contratada por el Ministerio de Obras Públicas y ejecutado por el consorcio de ingenieros. Esta Corporación ordenó *"que se mantenga la suspensión de las labores de ampliación de la carretera Andes-Jardín en el tramo que corresponde a la zona afectada, (Km 5+150 a Km 6+200) hasta tanto se hayan hecho los estudios de impacto ambiental y tomado todas las precauciones necesarias para no ocasionar perjuicios adicionales a la comunidad (…)"*.[66]

Años más tarde, la Sala Octava de Revisión retomó el estudio de la necesidad de la consulta previa ante la ejecución de los proyectos de edificación vías. En la providencia T-745 de 2010, se examinó la demanda de tutela promovida por una comunidad afrodescendientes, debido a que no se concertó la construcción y mejoramiento de una obra vial en los corregimientos de Pasacaballos y Barú. En ese caso, se concluyó que se había conculcado el derecho a la consulta previa, porque las obras iniciaron y se otorgó la licencia ambiental sin que se hubiese concertado con las comunidades negras. Ese trámite era obligatorio, en la medida en que, los actores se encontraban en el área de influencia del proyecto. En consecuencia, la Sala ordenó "*suspender las actividades iniciadas en desarrollo del proyecto 'para la construcción y mejoramiento de la vía transversal de Barú' hasta tanto se lleve a cabo la consulta a las comunidades afrocolombianas asentadas en su zona de influencia*".

En la providencia T-129 de 2011, la Sala Quinta de Revisión se concentró en analizar la acción de tutela interpuesta contra un proyecto de construcción de la carretera Acandí – Unguía, porque esa obra no se consultó con los resguardos afectados que pertenecían a la etnia Embera Katío. La Sala sintetizó que ese proyecto debía ser dialogado con la comunidad, dado que la vía implicaría la afectación de éstas. Lo anterior, en razón de que la carretera atravesaría los resguardos e implicaría el traslado de sus habitantes. En consecuencia, ordenó al Ministerio del Interior que iniciara el proceso de consulta previa, "*haciéndola extensiva a todas las partes involucradas en el proceso de planeación y ejecución de la carretera, teniendo en cuenta la búsqueda del consentimiento previo, libre e informado de la comunidad y ponderando las alternativas reales de modificar el trazado de la vía a las opciones descritas en el informe de la Defensoría del Pueblo que reposan en el proyecto Redes Territoriales de Apoyo a la Gestión Defensorial Descentralizada - Seccional Urabá*". Además, ordenó suspender la construcción de la vía en el sector que se solapa con el territorio de las colectividades actoras.

En la Sentencia T-993 de 2012, la Sala Primera de Revisión se ocupó de una acción de tutela acerca de la construcción de una carretera que estaba siendo erigida sin haber concertado con la comunidad indígena, bajo el argumento que no existían esos grupos en la zona de influencia de la obra, de acuerdo con la certificación del Ministerio del Interior. El Cabildo la Luisa solicitaba que fuese realizada la consulta previa, dado que el proyecto afectaría a la colectividad. La Sala constató que la comunidad se encontraba en el área de influencia del proyecto, de modo que era necesario consultar. Además, advirtió que la obra tenía la licencia ambiental del proyecto. Ante ese escenario, la Sala ordenó la suspensión de las obras, mientras se adelantaba el proceso de consulta previa. Empero, no procedió a revocar la licencia ambiental, en razón del impacto económico desproporcionado que traería esa determinación.

Otro ejemplo de la referida línea corresponde con la ya reseñada providencia T-657 de 2013. En esa causa, la Sala resolvió que se había vulnerado el derecho de la consulta previa de las comunidades negras de Mulaló, porque no se concertó el trazado de la carretera de Mulaló-Loboguerrero, pese a que esa vía afectaría a la comunidad. Inclusive, precisó que las entidades accionadas debían dialogar con el grupo étnico con independencia que el INCODER hubiese certificado que en zona de la construcción no se encontraban titulados resguardos indígenas ni territorios colectivos de las comunidades negras. Dicha postura se sustentó en que "*el hecho de que los integrantes del Consejo Comunitario de Mulaló no se encuentren asentados en un territorio colectivo, no justifica que no se realice el derecho a la consulta previa, porque del Convenio 169 se desprende que se deben consulta aquellas medidas que afecten directamente. En el presente caso, está clara la afectación porque el trazado de la carretera. Mulaló-Loboguerrero se encuentra en el ámbito territorial del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Mulaló, ubicado en el corregimiento de Mulaló del municipio de Yumbo*". En efecto, ordenó que se realizara la consulta previa con la colectividad. Descartó la suspensión de la obra, como quiera que la edificación no había comenzado.

6.2.3. Como se mostró en el último precedente, el concepto de afectación que se presenta en la construcción de carreteras no se sujeta a un concepto de territorio restringido y material. De hecho, la acepción de interferencia sobrepasa el derecho de propiedad y se incrusta en dinámicas sociales,

económicas, espirituales así como rituales de las comunidades étnicas diferenciadas.

Entonces, no es necesario que existan territorios colectivos afectados por parte de una obra de infraestructura, para que surja el deber de consultar. Lo anterior, por cuanto el artículo 6o del Convenio 169 de la OIT estableció que los Estados tiene la obligación de "*consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*".

En una interpretación sistemática del Convenio, se puede concluir que éste consignó un concepto amplio de territorio que no se circunscribe a las zonas tituladas. El artículo 13.2 de ese documento estipuló que "*la utilización del término 'tierras' en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera*". A su vez, el Convenio reiteró esa denotación extendida de territorio, al explicar la importancia de que los pueblos indígenas y tribales poseen *"prioridades de desarrollo en la medida que éste afecte (…) a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera*".

En aplicación de ese criterio, en Sentencia T-197 de 2016, la Corte precisó que:

> "En virtud de su naturaleza cultural, el territorio no se define exclusivamente en términos geográficos. Si bien su demarcación juega un papel vital para su adecuada protección jurídica y administrativa, no debe perderse de vista que este tiene un efecto expansivo, que comprende lugares de significación religiosa o cultural, aunque estén por fuera de sus límites físicos"

La regla reseñada tiene la pretensión de que se identifiquen las afectaciones que provienen de elementos espirituales o culturales, aspectos que son difíciles de cuantificar y comprender. Entonces:

"una persona "occidentalizada" al adentrase en un territorio étnico y divisar un árbol, puede llegar a considerarlo como una fuente de madera o materia prima para la construcción, mientras un pueblo diferenciado puede mirar el mismo árbol como una deidad o un complejo elemento ecosistémico que no puede ser alterado o destruido. De ahí, la importancia de ampliar el concepto de territorio de las comunidades étnicas a nivel jurídico".

En la Sentencia T-693 de 2011, la Corte defendió un concepto de territorio que se compone de: i) las áreas tituladas, habitadas y exploradas por una comunidad; ii) zonas que desarrollan el ámbito tradicional de las actividades culturales y económicas del colectivo; iii) 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. Es más, debe ponerse de relieve la relación espiritual que se presenta del hombre con la tierra, puesto que esas colectividades poseen el derecho a que se protejan sus sitios sagrados con independencia de que se encuentren fuera de sus resguardos. Al respecto y en atención a la doctrina, se reconoció que:

"Según la cosmovisión indígena, algunos seres animados encarnan una multitud de fuerzas benéficas o maléficas; todas ellas imponen pautas de comportamiento que deben ser rígidamente respetadas. Para muchos pueblos, especies determinadas de árboles eran veneradas y protegidas, y veíanse en el pasado grandes bosques intocados de ellas; se conoce por las crónicas de la conquista que, por ejemplo, en la sabana de Bogotá los muiscas mantenían unos bosques de altísimas palmas de ramos y palmas de cera a las cuales veneraban, hasta el obispo Cristóbal de Torres mandó talar y destruir el bosque entero para extirpar la idolatría"[67].

Además, no puede perderse de vista que los pueblos indígenas poseen una visión especial del mundo natural, al punto que sus sitios sagrados pueden ser accidentes geográficos o elementos del ambiente. Tales ritos superan la lógica escritural y se inscriben en nexos en que se desarrolla la vida cotidiana de la comunidad, de modo que el territorio se une como un aspecto de supervivencia de identidad[68]. La sentencia T-576 de 2014 explicó esta situación en los siguientes términos:

"*el deber de celebrar consultas se activa siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos interesados en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad, lo cual puede ocurrir cuando la respectiva decisión se*

relaciona con los intereses o las condiciones específicas de estas comunidades diversas (…) reconociendo además que el impacto que se genera para los pueblos indígenas o tribales es distinto del que produce respecto del resto de la sociedad".

Como se indicó en la Sentencia T-009 de 2013, en aras de garantizar la protección a los derechos de las comunidades indígenas, especialmente los culturales relacionados con la práctica de rituales, y reconociendo el carácter espiritual que ellos tienen en su cosmovisión la tierra y los recursos naturales que provienen o se encuentran en ella, es necesario que el concepto de territorio indígena tenga una connotación jurídica en donde se reconozcan las definiciones antes expresadas y no sea exclusivamente una acepción geográfica. En ese sentido, el Tribunal Constitucional se pronunció en la citada providencia de este año:

"Dada la relación de las comunidades con el hábitat, su concepto de territorio es dinámico, pues para ellas comprende, como indica la doctrina, "todo espacio que es actualmente imprescindible para que un pueblo indígena acceda a los recursos naturales que hacen posible su reproducción material y espiritual (…) || De ahí, la importancia de ampliar el concepto de territorio de las comunidades étnicas a nivel jurídico, para que comprenda no sólo las áreas tituladas, habitadas y explotadas por una comunidad –por ejemplo bajo la figura del resguardo-, sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades culturales y económicas, de manera que se facilite el fortalecimiento de la relación espiritual y material de estos pueblos con la tierra y se contribuya a la preservación de las costumbres pasadas y su transmisión a las generaciones futuras"[69].

En consecuencia, el concepto de afectación directa de las comunidades indígenas sobrepasa la concepción formal de territorio y se articula con una denotación que incluye los lugares económicos, sociales, rituales y espirituales que requiere la comunidad para mantener su identidad. En aplicación de ese criterio, la Corte ha protegido los derechos de las comunidades indígenas que se ven quebrantados por fuera de la frontera de su terreno titulado.

En la fallo T-547 de 2010, la Corte ordenó suspender la construcción de un puerto que se venían adelantando en una zona sagrada de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, porque la intervención no había sido consultada y se estaba lesionando el derecho a la integridad cultural de las comunidades.

En la Sentencia T-693 de 2011, la Sala Séptima de Revisión se ocupó de una demanda formulada por la comunidad indígena Achagua del Resguardo Turpial-La Victoria, debido a que se había construido de manera inconsulta un oleoducto que interfería su territorio. El Ministerio del Interior señaló que no era necesario concertar con la parcialidad indígena, porque su ubicación carecía de correspondencia con la zona de influencia del proyecto. De hecho, las compañías aseveraron que el grupo diverso étnicamente se hallaba localizado fuera del área de intervención. Ante esa situación, la Sala se planteó analizar si era necesaria la consulta previa, pese a que el tubo del oleoducto no cruza el resguardo, pero al parecer atraviesa un área dedicada a prácticas tradicionales y religiosas de la comunidad y que, por esta razón, es reclamada como parte de su territorio ancestral. En el caso concreto, se concluyó que las entidades demandadas vulneraron el derecho a la consulta previa de los actores, por cuanto afectaron su territorio, zona que no estaba dentro del resguardo, empero era utilizada para realizar rituales. Ello ocurrió, en la medida en que la construcción del oleoducto implicó intervenir varios cauces de río, afluentes que son sitios de pagamentos y de los cuales se extraía agua para que la comunidad hiciera rituales. En esa ocasión, la Corte subrayó que las comunidades étnicas diferenciadas tienen el "*derecho a la protección de las áreas sagradas o de especial importancia ritual y cultural, incluso si están ubicadas fuera de los resguardos"*

Otro ejemplo corresponde con la Sentencia T-698 de 2011. En esa ocasión, la Sala Novena de Revisión estudió si Alcaldía de Riosucio, Caldas, y Comcel vulneraron los derechos fundamentales de los habitantes del resguardo de Cañamomo-Lomaprieta, la primera por conceder una licencia para la construcción de una estación de telefonía móvil, sin verificar que la colectividades fueran consultadas al respecto; y la segunda por omitir dicho proceso de concertación antes de construir la estación en un predio que los accionantes han reconocido como parte de su territorio ancestral, a pesar de que está registrado a nombre de un particular. La Corte amparó el derecho de la concertación de la comunidad y ordenó la suspensión de las obras para que existiera consulta. Para sustentar su determinación, precisó que:

> "La jurisprudencia constitucional que impide ligar el concepto de territorio de una comunidad étnica a su ubicación geográfica o a su reconocimiento por parte del Estado revela que ese no es el punto. Sencillamente, porque la consulta previa es exigible cuando una medida legislativa o administrativa afecta territorios habitados por minorías étnicas, independientemente de que su relación con dichos territorios no esté amparada por un título de propiedad ajustado a los estándares de la legislación civil. El criterio de que deben consultarse las medidas susceptibles de provocar efectos apreciables en áreas que hacen parte del hábitat natural de las comunidades indígenas, aunque no hayan sido delimitadas formalmente como territorios ancestrales ni asignadas como propiedad colectiva, avala esa conclusión de modo suficiente".

Finalmente, en la Sentencia T-849 de 2014, la Sala Octava de Revisión aplicó de manera clara el precedente que concibe el territorio indígena como un espacio donde confluyen ámbitos sociales, económicos y rituales, al punto que las zonas ancestrales se extienden a los sitios sagrados de la comunidad. En esa oportunidad, se estudió la demanda de tutela formulada por la comunidad indígena Arhuaca contra la Corporación Autónoma del Cesar, porque autorizó el inicio de procesos de explotación de recursos naturales no renovables al interior del área denominada la línea negra, sin realizar el proceso de consulta previa. La Corte tuteló los derechos vulnerados de los actores y consideró que todo proyecto de explotación dentro de esa zona de terreno debía ser concertado. Esa posición se fundamentó en que toda el área de la línea negra es un lugar sagrado para dicha comunidad que debe ser protegido.

6.2.4. En conclusión, los proyectos de infraestructura vial tienen la posibilidad de afectar de manera directa a las comunidades que se encuentran en su zona de influencia, de modo que las colectividades deben ser consultadas sobre esas medidas. La interferencia que padecen los grupos étnicos diferenciados en sus territorios comprenden las zonas que se encuentran tituladas, y todas aquellas franjas han sido ocupadas ancestralmente y que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas, religiosas y espirituales. En esta denotación amplia de territorio adquieren importancia los lugares sagrados que no se encuentran al interior de los resguardos, pues en ellos la comunidad indígena puede desenvolverse libremente según su cultura y mantener su identidad.

Los titulares de la consulta previa

6.3. Los titulares de la consulta previa es un aspecto que responde la pregunta de ¿a quién debe consultarse? La resolución de ese cuestionamiento se encuentra en el artículo 1º del Convenio 169 de la OIT. Esa disposición advierte que deben ser concertados los pueblos indígenas y tribales que cumplen con el factor subjetivo y objetivo.

El primer parámetro hace referencia a la conciencia étnica y puede explicarse de la siguiente manera:

> *"es la percepción que tienen los miembros de su especificidad, es decir, de su propia individualidad a la vez que de su diferenciación de otros* grupos *humanos, y el deseo consciente, en mayor o menor grado, de pertenecer a él, es decir, de seguir siendo lo que son y han sido hasta el presente*[70]*".*

El segundo criterio se relaciona con los elementos materiales que identifican al grupo y se conocen como cultura. Este último concepto ha sido definido por la Corte como:

> *"conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano. En este conjunto se entienden agrupadas, entonces, características como la lengua, las instituciones políticas y jurídicas, las tradiciones y recuerdos históricos, las creencias religiosas, las costumbres (folklore) y la mentalidad o psicología colectiva que surge como consecuencia de los rasgos compartidos"*[71].

Sin embargo, no es una la labor fácil identificar si una comunidad es titular del derecho a la consulta previa, puesto que el juez se enfrenta a múltiples desafíos. En esos eventos, la Corte ha manifestado que el funcionario jurisdiccional debe seguir los derroteros del Convenio 169, por ejemplo

> "*valorar si la comunidad que se identifica como titular del derecho a la consulta tiene rasgos culturales y sociales compartidos u otra característica que la distinga de la sociedad mayoritaria. También, si tiene conciencia sobre su pertenencia a un grupo humano étnicamente diverso. En esos términos está planteada la declaración de cobertura del Convenio. El instrumento internacional se aplica a los pueblos indígenas y tribales que reúnan unos elementos objetivos de identificación y el elemento subjetivo de auto reconocimiento*[72]"[73].

La caracterización de una colectividad como titular de los derechos de las comunidades étnicas diferenciadas requiere una reivindicación que se vincule a una historia compartida, vivencia que evidencie rasgos comunes como la lengua, la fisiología o las tradiciones compartidas[74]

Así mismo, las diferentes Salas de esta Corporación han precisado que los aspectos raciales, espaciales o formales son importantes, empero no son los factores determinantes para que una comunidad sea titular de derechos étnicos. Por ejemplo, los censos, las certificaciones de Estado o la titulación son insuficientes para demostrar esa calidad[75].

Por el contrario, la ausencia de los mismos no puede ser el único sustento para lograr un reconocimiento de derechos, porque los interesados pueden demostrar su condición de comunidad étnica diferencia por medio de estudios etnológicos y otras pruebas pertinentes.

Así, en la Sentencia C-864 de 2008, la Corte señaló que la colectividad que observe los elementos objetivo y subjetivo del Convenio 169 de la OIT puede ser considerada como comunidad negra, aunque no se encuentre ubicada en las zonas rurales ribereñas del Pacífico colombiano. Con base en esa regla, la Corte concluyó que las comunidades negras de la Cuenca del Pacífico son similares a otras colectividades del país y a los grupos raizales del Archipiélago de San Andrés y Providencia. Su paridad consiste en que son sujetos de especial protección constitucional, que tienen derecho a contar con servicios de salud adecuados, organizados y prestados a nivel comunitario bajo su propia responsabilidad y control, según lo previsto en el instrumento internacional.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha propuesto unos criterios para solucionar el dilema de la identidad en casos difíciles. En tales supuestos, esa disputa surge porque el asunto de titularidad de derechos no se ha podido definirse por vía de la aplicación de los criterios objetivos de identificación

contemplados en el Convenio 169 de la OIT. Ello se presenta por dos motivos "*o porque la comunidad accionante está inmersa en un proceso de configuración o reconfiguración de su identidad, o porque los elementos distintivos a los que asocia su carácter diferenciado han sido disputados por otras comunidades o por el Estado*[76]. En esas causas, el juez debe estudiar las razones que sustenta la auto-identificación de la comunidad e indagar por su trayectoria social y la forma en que se demuestra la construcción identitaria que proteja la Constitución. No puede soslayarse que en esas situaciones de frontera étnica, se debe evaluar las circunstancias de la causa y otorgar una mayor prevalencia al criterio subjetivo de auto-reconocimiento[77]

Criterios de aplicación de las consultas

6.4. Existen varios criterios generales que se aplican a la consulta con el fin de que se cumplan el Convenio 16º de la OIT. Tales pautas son las siguientes***[78]***.

El primero de los parámetros significa que el procedimiento del dialogo sea adelantado con anterioridad de la ejecución o adopción de la medida administrativa o legislativa que genere la afectación directa. De aquí que se encuentra vedado para el Estado y los particulares buscar el consentimiento de la comunidad mientras la medida se encuentra materializándose o ya ocurrió. El carácter previo de la consulta garantiza la incidencia material de los acuerdos alcanzados en ese espacio[79].

Sin embargo, existen situaciones en que la concertación no se realiza de manera previa y las actuaciones han causado impacto en la colectividad. En dichos eventos, puede llevarse a cabo la consulta previa con los tramos restantes del proyecto que no han sido ejecutados, o para pactar las medidas de mitigación de los daños y los perjuicios[80]. Ello no significa que la consulta se convierta en un mero mecanismo de compensación de lesiones.

El segundo criterio hace relación a que la consulta previa debe realizarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias. "*Esto impone desarrollarla en un clima de confianza mutua, que respete las tradiciones culturales y sociales de los pueblos interesados, que propicie negociaciones genuinas y constructivas y que asegure el cumplimiento de los acuerdos pactados****[81]***. En los términos de la Sentencia T-769 de 2009[82] la consulta resulta satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional cuando propicia *"espacios de participación que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar.*"

El tercer requisito establece la necesidad de que las partes dialoguen con el fin de llegar a un acuerdo. La consulta no debe entenderse como un escenario de lucha entre las autoridades del Estado y las tradicionales. En realidad es un trámite de participación activa de las comunidades en las decisiones que las afecta[83]. La idea es obtener el consentimiento de la comunidad. Además, se ha expuesto que esa aquiescencia es necesaria cuando se va intervenir el territorio de la colectividad[84].

En cuarto lugar, la consulta previa obliga a que la concertación se adelante a través de procedimientos apropiados. Ello se logra, siempre que las comunidades interesadas pueden participar de forma activa así como efectiva, y cuando el proceso se orienta a obtener su consentimiento[85] "*No existe, un procedimiento único para que las consultas se lleven a cabo. La idea es que se determine, en cada caso, qué tipo de escenario sería el más propicio para abordar el tema, para confrontar las posiciones de los participantes y para plantear las observaciones pertinentes, en unas condiciones que, se repite, favorezcan el consenso"****[86]***.

La jurisprudencia constitucional ha insistido en que tales aspectos deben discutirse en el escenario del trámite de pre-consulta[87]. Las conversaciones deben iniciar con el pacto sobre la socialización del proyecto y la concertación en relación con la metodología que se seguirá[88]. Así

"*Circunscribir el trámite del proceso a (sic) al agotamiento de etapas o exigencias predeterminadas desnaturalizaría el carácter flexible que el instrumento internacional imprimió a la consulta y generaría una restricción injustificada del derecho de los pueblos indígenas y tribales a participar efectivamente en las decisiones que los afectan*[89]*. La cantidad de reuniones que habrán de realizarse, el momento en el que deberán llevarse a cabo, su periodicidad y los demás aspectos que puedan incidir en el trámite consultivo deben determinarse, como se ha dicho, atendiendo al contexto específico de la comunidad concernida y a los impactos y el alcance de la medida objeto de consulta. Tales condiciones, que por regla general se pactan en la pre consulta, pueden en todo caso modificarse, en la medida en que contribuyan a facilitar el diálogo intercultural al que aspira el Convenio 169"*[90].

Por último, la consulta debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o la comunidad interesada. El Estado debe emprender las conversaciones con las organizaciones e instituciones que posean la facultad para tomar una decisión a nombre de la comunidad[91]. "*De ahí el compromiso que vincula a los gobiernos signatarios con la identificación y verificación de la representatividad de las organizaciones e instituciones con las que pretenden llevar a cabo cada proceso"****[92]***. Sin embargo, la comunidad mantiene la posibilidad para elegir sus representantes y diseñar los órganos de autogobierno. En caso de que las comunidades no cuentan con instituciones que los representen, el Estado debe apoyar su formación y proveer recursos para tal efecto[93].

El alcance de la certificación de la presencia de comunidades indígenas proferida por parte del Ministerio del Interior

7. En el precedente, la Corte Constitucional ha precisado que la obligación de consultar la ejecución de un proyecto con la comunidad étnicamente diferenciada surge de la titularidad de los derechos derivados de la identidad étnica diversa. Esa calidad se origina en factores objetivos así como subjetivos, y no deriva de registros del Estado. La certificación de la presencia de colectividades étnicas es una medida que racionaliza la actuación de la administración y de los particulares, empero carece de la idoneidad para demostrar la presencia de esos grupos étnicos, al punto que la realidad prevalecerá cuando a esa constatación formal no obedece a aquella. En atención a dicho criterio, diferentes Salas de Revisión han descartado las certificaciones de existencia de comunidades indígenas o tribales, en el evento en que esa verificación es insuficiente frente a la presencia de las colectividad o no comprenda las realidades sociales, económicas, espirituales y rituales que implica una concepción amplia de territorio.

7.1. La regla jurisprudencial descrita se sustenta en un concepto amplio de territorio, denotación que se explicó anteriormente. Además, el artículo 13 del Decreto 1320 de 1998[94] reguló una hipótesis de deber de consultar. Tal situación implica descartar la certificación proferida por el ministerio, decisión en que se indicó que no había presencia de comunidades étnicas en la zona de influencia de un proyecto. Así, esa disposición reconoció que:

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

7.2. A continuación, se reseñarán varios pronunciamientos en los cuales la Corte ha descartado la certificación que ha emitido el Ministerio del Interior, constatación que advierte la inexistencia de comunidades étnicas y tribales en zona de influencia de un proyecto, porque desatienden la realidad o tiene parámetros insuficientes que impiden comprender un concepto amplio de territorio, acepción que incluye afectaciones a elementos culturales, rituales, sociales y económicos que carecen de titulación.

En la Sentencia hito SU-383 de 2003, la Sala Plena construyó la regla jurisprudencial que advierte que la ausencia de titulación de los terrenos de las comunidades indígenas o tribales es una razón insuficiente para justificar la omisión en el trámite de consulta previa. De ahí que, siempre deberá concertarse con la colectividad una medida que la afecte con independencia de un registro o constatación formal. En ese caso, la Corte evaluó la demanda formulada contra las fumigaciones de cultivos ilícitos en territorio de los indígenas de la Amazonía colombiana. Así, ordenó al Gobierno efectuar una concertación con el objeto de delimitar el ámbito territorial, diálogo que a su vez comprendería la consulta previa de la fumigación de cultivos de uso ilícito que afectaba a comunidades indígenas del Amazonas, ya reconocidas y especificadas.

La garantía del derecho a la participación en la delimitación territorial de la consulta se estableció, como quiera que: i) la concepción territorial de los pueblos indígenas y tribales no concuerda con la visión espacial; ii) la delimitación de las tierras comunales de los grupos étnicos no puede desconocer los intereses espirituales, como tampoco los patrones culturales

sobre el derecho a la tierra, usos así como conductas ancestrales; y iii) "*se realizará el examen periódico de los límites de las entidades territoriales y se publicará el mapa oficial de la república*".

Tres años más adelante, la Corte aplicó ese precedente de concepto amplio de territorio y de descarte de elementos formales ante la real presencia de grupos étnicos diferenciados en zonas de interferencia de proyectos. Ello ocurrió en el fallo T-880 de 2006, proveído que se originó en la tutela promovida por las autoridades indígenas del pueblo Motilón Bari, dado que estaba siendo afectado por un proyecto de exploración petrolera en su territorio. En esa ocasión, la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior había expedido inicialmente certificaciones en las que afirmaba la existencia de comunidades indígenas, pero con posterioridad había proferido una nueva verificación, documento que negaba su presencia en la zona. La segunda constatación se sustentó en un sobrevuelo del área en que los funcionarios de la entidad no avizoraron "*ningún poblado ni caserío*".

La Corte consideró que se había vulnerado el derecho de la consulta previa. Además, indicó que se había quebrantado "*la confianza legítima que las autoridades tradicionales indígenas depositan en las autoridades públicas, sumado al desconocimiento del deber de ceñirse a los postulados de la buena fe, de respetar los derechos ajenos, de no abusar de las prerrogativas, de defender y difundir los derechos humanos, de propender por el logro y el mantenimiento de la paz y de proteger los recursos culturales y naturales del país*". Entre otras determinaciones adoptadas, ordenó suspender las actividades de exploración, hasta tanto la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior efectuara una consulta con las autoridades del Pueblo Indígena Motilón Barí, para efectos de establecer su presencia en la zona y concertar la influencia del Pozo Alamo 1 en la integridad cultural, social y económica de dicho pueblo.

En la providencia T-547 de 2010[95], la Corte ordenó suspender la construcción de un puerto que se venía adelantando en el cerro sagrado Jukulwa de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, porque la intervención no había sido consultada y se estaba lesionando el derecho a la integridad cultural de las comunidades. La solicitud de amparo constitucional se interpuso, debido a que, con base en reiteradas certificaciones de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, que niegan la presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia del Proyecto de Puerto Multipropósito de Brisa, el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial concedió la referida licencia ambiental. La Corte descartó la certificación y advirtió que existía una afectación directa a los miembros de

la comunidad indígena, al intervenirse un área sagrada que se encontraba fuera de la línea negra.

A su vez, en la ya referida providencia T-693 de 2011, la Sala Séptima de Revisión analizó la ausencia de concertación con algunas colectividades afectadas por un proyecto de construcción de un oleoducto. En esa causa, el Ministerio del Interior certificó que no se presentaban comunidades en la zona de influencia, decisión que sirvió de fundamento para negar la petición de inicio de consulta previa. La Corte propuso como problema jurídico si esa ausencia de constatación quebrantaba de los derechos de los actores. Al respecto, censuró que las autoridades dieran validez a la certificación y obviaran las demás pruebas que evidenciaban la presencia de la comunidad actora. Es más, subrayó que la omisión en el diálogo no se puede justificar con el acto administrativo de verificación de presencia de grupos indígenas o tribales. En relación con el Ministerio, la Corte llamó la atención a esa autoridad, dado que no realizó la visita de campo, de modo que inobservó sus obligaciones Constitucionales y legales. También advirtió que en caso de efectuarse la diligencia al lugar, la constatación de la presencia de las comunidades debe incluir una evaluación sobre el desarrollo actual y regular de las prácticas tradicionales de supervivencia, rituales o simbólicas y no se agota en un contraste físico o geográfico.

En Sentencia T-693 de 2012[96], la Corte estudió una acción de tutela por violación del debido proceso interpuesta por una compañía beneficiaria de una concesión, porque la autoridad ambiental solicitó que pidiera un nuevo certificado de presencia de comunidades étnicas diversas. Luego de la celebración del contrato para la construcción de una carretera se le exigió al constructor nuevas certificaciones de presencia de grupos étnicos, aunque en el 2007 y en el 2008 se había certificado que no había presencia de éstos en el área de influencia del proyecto. La autoridad ambiental solicitó las constancias, debido a que con posterioridad al 2009, varios consejos comunitarios reclamaron su derecho a la consulta previa por encontrarse en el área de influencia del proyecto. Al resolver este asunto, la Sala encontró que no se había vulnerado el derecho al debido proceso de la sociedad actora (quien habría de construir la carretera), porque el Ministerio del Interior al certificar que existían comunidades afrodescendientes en la zona de influencia de proyecto cumplió con las obligaciones previstas en el Decreto 1320 de 1998 "*Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio"*. Se ordenó entonces al Ministerio del Interior que se realizara una consulta previa con las comunidades ubicadas en el área de influencia del proyecto.

Más adelante, en Sentencia T-172 de 2013, esta Corporación tuteló el derecho a la consulta del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de la Unidad Comunera de Gobierno de Barú, porque el Ministerio del Interior desconoció la presencia de comunidades indígenas en el área de influencia del proyecto. Esa autoridad había expedido un informe de verificación de presencia de comunidades negras en la isla de Barú, acto administrativo que excluyó a la colectividad demandante, a pesar de que el informe de visita que soportaba dicha certificación se constataba su existencia por parte del funcionario que acudió a la zona. Como consecuencia de esa omisión, la entidad responsable de la construcción del muelle multipropósito "Puerto Bahía" no incluyó a la colectividad actora en trámite de consulta que se adelantó con los representantes de otras organizaciones negras de la isla. En ese escenario, la Corte otorgó el amparo solicitado y ordenó integrar a la comunidad demandante al proceso de consulta que estaba en curso.

En la Sentencia T-294 de 2014, la Corte estudió la demanda de tutela interpuesta por la comunidad indígena de Venado, etnia Zenú, debido a que se estaba construyendo, de manera inconsulta, un relleno sanitario que afectaba a la parcialidad. En esa oportunidad, el contratista y el Ministerio del Interior negaron el reconocimiento del pueblo diverso. Inclusive, la autoridad pública certificó la inexistencia de la colectividad. Ante esa situación, la Sala Primera de Revisión concluyó que las entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales a la consulta previa así como al reconocimiento y subsistencia actores, en la medida en que se negaron a reconocer y certificar su presencia en la zona, así como a efectuar la consulta previa al otorgamiento de la licencia ambiental y el inicio de la construcción del relleno sanitario de Cantagallo.

De un lado, reprochó a la empresa de servicios públicos que no hubiese implementado un procedimiento efectivo para verificar la presencia de comunidades indígenas en el área de intervención del proyecto. De otro lado, censuró al Ministerio del Interior que hubiese certificado la inexistencia de esas colectividades, decisión que olvidó las manifestaciones del Cabildo Mayor del Resguardo de San Andrés de Sotavento que indicaban que en zona del proyecto se encontraban comunidades indígenas afectadas. Ante ese escenario, la entidad debía realizar una visita al lugar e implementar un mecanismo intersubjetivo de diálogo con las autoridades tradicionales. Tales decisiones, se sustentaron en la siguiente regla jurisprudencial:

> *"No cabe desconocer la existencia de comunidades étnicas en la zona de influencia de un proyecto, con el único argumento de que su presencia no ha sido certificada por la entidad respectiva. En consecuencia, cuando se haya certificado la no presencia de comunidades étnicas en la zona de influencia de un proyecto pero, no obstante, otros mecanismos de prueba permiten constatar su existencia, el responsable del proyecto deberá tenerlas en* cuenta *en los*

respectivos estudios y dar aviso al Ministerio del Interior, para efectos de garantizar su derecho a la consulta previa".

7.3. En tal virtud, la obligatoriedad del trámite de la consulta previa con comunidades indígenas o tribales afectadas por los proyectos de infraestructura no se reduce con la certificación proferida por parte del Ministerio del Interior que advierta la inexistencia de esos grupos en la zona de intervención. Dicha constatación es una medida que racionaliza la actuación de la administración y de los particulares, empero carece de la plena idoneidad para demostrar la presencia de esos grupos étnicos, al punto que la realidad prevalecerá cuando esa constatación formal no obedece a aquella. Así, la concertación es obligatoria cuando, pese a la certificación de ausencia de colectividad, se verifica su presencia por otros medios probatorios.

Además, las certificaciones de inexistencia de comunidades son insuficientes para eludir la consulta previa con esos grupos, en el evento en que se elaboraron sin acudir al sitio de influencia del proyecto. Sucede lo mismo, siempre que esos actos administrativos se construyan con base en una visita al área del programa que no tenga: i) los parámetros que permitan un diálogo intercultural e intersubjetivo con los interesados; y ii) una comprensión de la afectación de territorio que incluya el desarrollo actual y regular de las prácticas tradicionales de supervivencia del grupo, así como una visión cultural, ritual o simbólica de éste, que no se agota en un contraste físico o geográfico del terreno del resguardo.

IV. CASO CONCRETO

8. En el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, se estudia la demanda de tutela formulada por varios capitanes de diversas parcialidades que pertenecen al pueblo indígena Zenú, dado que, según ellos, la ANLA, el Ministerio del Interior, la ANI y la A.S S.A.S vulneraron sus derechos fundamentales del debido proceso y de la consulta previa, al iniciar la

construcción de la doble calzada Sincelejo-Toluviejo sin que se hubiese concertado con la comunidad.

8.1. La sociedad A.S. S.A.S, la ANI, la ANLA y el Ministerio del Interior resistieron las pretensiones de los solicitantes con los argumentos que se enuncian a continuación: i) la acción de tutela incumplió el requisito de inmediatez, porque los actores formularon la demanda 24 meses después de los hechos que dieron origen a la vulneración de sus derechos, esto es, la primera petición que elevaron los petentes sobre las consecuencias negativas de la construcción de la doble calzada de la carretera Sincelejo-Toluviejo y de la expedición de los actos administrativos que otorgaron la licencia ambiental al proyecto referido; ii) la demanda es improcedente, ya que pretende dejar sin efectos actos administrativos y proteger el derecho al ambiente. Para la materialización de sus pretensiones, los actores tienen a su disposición las acciones de la jurisdicción contenciosa, ya sea de nulidad o popular; iii) no vulneraron el derecho fundamental de la consulta previa, dado que carecía de necesidad de que se concertara con las colectividades demandantes. Ello, porque el Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior señaló que esas comunidades no se encuentran en el área de la obra. Es más, ese órgano certificó que los grupos étnicos La Palmira y la Unión Floresta eran las únicas parcialidades presentes en la zona de influencia de la edificación.

8.2. El Tribunal Administrativo de Sucre amparó el derecho de la consulta previa de las parcialidades indígenas Flores de Chinchelejo y Maisheshe La Chiviera, debido a que han sido perturbadas por la ejecución del proyecto de construcción de la doble calzada Sincelejo-Toluviejo derivado de su cercanía con la obra. Así, ordenó que se adelantara la concertación en un tiempo máximo de 30 días contados a partir de la notificación de la providencia de instancia. Empero, no suspendió las labores de construcción, toda vez que las comunidades protegidas se hallan ubicadas en un sitio alejado de la obra, al punto que se puede efectuar el dialogo de manera tranquila.

Apelada la decisión, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado confirmó la providencia de primera instancia con fundamento en que las comunidades de Maisheshe La Chiviera y Flores de Chinchelejo se encontraban en la zona de intervención de la construcción y estaban siendo afectadas por el mismo.

9. Conforme a los hechos y planteamientos expuestos en los antecedentes, la Sala Octava de Revisión debe resolver los siguientes asuntos de forma y de fondo.

9.1. Inicialmente, se debe establecer la procedibilidad del amparo. Para ello, esta Corporación debe determinar si: i) la acción de tutela es procedente para solicitar la protección del derecho a la consulta previa derivado de la ausencia de concertación en un proyecto de infraestructura que ya comenzó y que se encuentra en marcha, pretensión que además implica el cuestionamiento de las licencias ambientales que autorizaron esa edificación –Resoluciones No 0588 y 1283 de 2014-; y (ii) se encuentra satisfecho el requisito de la inmediatez, cuando la respectiva acción se propone 2 años después de que los actores evidenciaron la vulneración de sus derechos fundamentes, o 8 meses con posterioridad de la expedición del último acto administrativo que otorgó la licencia ambiental de la construcción de la doble calzada Sincelejo-Toluviejo.

9.2. Más adelante, en caso de que las respuestas a las anteriores incógnitas sean afirmativas, la Corte deberá emprender el examen de fondo del caso. Así, debe definir si:

(i) ¿El Ministerio del Interior quebrantó el derecho a la consulta previa de las parcialidades indígenas de Maisheshe La Chivera, Flores de Chinchelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito al certificar que no había presencia de comunidades tribales en el área de influencia de la construcción de la segunda calzada de la carretera de Sincelejo-Toluviejo, porque no tuvo en cuenta parámetros que evaluaran el impacto espiritual y ritual del proyecto en los cerros de Sierra Flor, una visión amplia del territorio de las comunidades étnicas diferenciadas y los diversos informes de otras autoridades sobre las denuncias de la comunidad en relación con los efectos negativos que causaría la obra?

(ii) ¿La ANLA vulneró el derecho de la consulta previa de las comunidades indígenas Maisheshe La Chivera, Flores de Chinchelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito, toda vez que, mediante las resoluciones No 0588 y 1283 de 2014, autorizó la edificación de la segunda calzada de la vía referida sin que hubiese concertado con esas parcialidades, omisión que se fundamentó en que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior había certificado la ausencia de esas colectividades en

zona de influencia de la obra, pese a que varias comunidades manifestaron que serían perturbadas con la construcción?

(iii) ¿La empresa A.S S.A.S. conculcó el derecho de la consulta previa de las colectividades indígenas demandantes, en la medida en que inició obras de construcción de la segunda calzada de Sincelejo-Toluviejo sin haber agotado la concertación con esas parciales bajo el argumento de que el Ministerio del Interior certificó la inexistencia de comunidades étnicas diferenciadas en el área de intervención del proyecto, actuación que soslayó las aseveraciones de la comunidad sobre las afectaciones que causaría el proyecto?

La Sala entrará a resolver los problemas jurídicos en el orden que fueron formulados. Ello implica que realizará el análisis de forma. En caso de que ese escrutinio sea superado, continuará con el estudio de fondo.

Verificación de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela.

Subsidiariedad

10. Las entidades accionadas señalaron que la demanda es improcedente, ya que los peticionarios pretenden dejar sin efectos actos administrativos. Para la materialización de sus pretensiones, los actores tienen a su disposición el medio de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa. La Cámara de Comercio de la Infraestructura agregó que no se puede cuestionar mediante tutela un proyecto que ya había comenzado.

10.1. La Sala Octava de Revisión recuerda que la acción de tutela es el mecanismo judicial adecuado para proteger el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas diferenciadas. De ahí que los medios de control de nulidad, así como de nulidad y restablecimiento del derecho carecen de la idoneidad para resolver la situación inconstitucional que produce la omisión del trámite de concertación de una decisión. Lo anterior, por cuanto esas herramientas procesales no ofrecen una solución clara, omnicomprensiva y definitiva a la vulneración de derechos de las comunidades que tienen una especial protección constitucional y vulnerabilidad. La ausencia de idoneidad denunciada no se elimina con la flexibilización de la procedencia de las medidas cautelares en el proceso contencioso, toda vez que si la suspensión provisional del acto queda en firme

de manera expedita, continuará la impotencia de esos recursos para salvaguardar integralmente los derechos de las comunidades indígenas o tribales. (Supra 5.1.5)

A su vez, la iniciación de un proyecto que afecta a las colectividades diversas culturalmente no torna improcedente la acción de tutela, puesto que ese hecho evidencia que es necesario estudiar el caso para impedir que continúe la vulneración de derechos de las comunidades. En esos eventos, no se sanea el vicio de la ausencia de concertación, empero permite que la colectividad perturbada intervenga en las etapas restantes del proyecto y se entere de las acciones que van a afectar su territorio con el fin de pedir la mitificación de los perjuicios o la compensación de los mismos. Aunque, ello no significa que la consulta previa se convierta solamente en una vía de resarcimiento, dado que esa concepción desnaturalizaría esa concertación y debilitaría la autoridad de las instituciones ancestrales así como sus formas organizativas. Inclusive, la acción de tutela es procedente cuando es imposible volver al estado de cosas anterior a la intervención del proyecto u obra.

10.2. En el caso concreto, la Sala considera que los medios de control de nulidad así como de nulidad y restablecimiento del derecho son herramientas procesales inidóneas para proteger el derecho de la consulta previa de las parcialidades actoras, quienes pertenecen a la etnia Zenú. Los capitanes de las comunidades formularon argumentos plausibles que podrían evidenciar una omisión en el trámite de consulta previa, procedimiento obligatorio si se tiene en cuenta la denunciada afectación que trae la construcción de la carretera Sincelejo-Toluviejo.

La posibilidad de cuestionar las licencias ambientales que avalaron la construcción de la doble calzada referida por medio de mecanismos ordinarios no ofrece una protección clara, omnicomprensiva y definitiva a la ausencia de concertación con la comunidad Zenú. La flexibilización de la procedibilidad de la medida cautelar de suspensión provisional sobre las Resoluciones No 0588 y 1283 de 2014, proferidas por la ANLA, no elimina el hecho de que quitarle los efectos a las licencias ambientales jamás restaurará la ausencia de diálogo y reemplazará la participación que pueden tener los grupos demandantes con la concertación. Además, la medida precautelativa no tiene la finalidad de salvaguardar la supervivencia de los sujetos étnicos diferenciados.

A su vez, la iniciación del proyecto de construcción de la segunda calzada de la carretera Sincelejo-Toluviejo no torna improcedente la presente acción de tutela, porque las obras han cambiado la situación ambiental del cerro de la Sierra Flor, al punto que es urgente que el juez constitucional analice la presunta conculcación del derecho a la consulta previa. Esa aseveración se demuestra con el material fotográfico aportado por los actores, el cual evidencia el cambio en la vegetación y en el paisaje que sufrió el cerro de Sierra Flor con la

ejecución del proyecto de construcción de la doble calzada Sincelejo Toluviejo (Folios 15 y 18 Cuaderno 1). Así mismo, en caso de que se conceda el amparo, las parcialidades demandantes podrán intervenir en las etapas restantes de la obra con el fin de mitigar los impactos de la intervención y deliberar con las partes de modo que se preserve su identidad cultural.

Inmediatez

11. La sociedad A.S. S.A.S, la ANI, la ANLA y el Ministerio del Interior manifestaron que la acción de tutela incumplió el requisito de inmediatez, porque los actores formularon la demanda 24 meses después de los hechos que dieron origen a la vulneración de sus derechos, esto es, la primera petición que elevaron los petentes sobre las consecuencias negativas de la construcción de la doble calzada de la carretera Sincelejo-Toluviejo y de la expedición de los actos administrativos que otorgaron la licencia ambiental al proyecto referido.

11.1. En esta providencia, la Sala Octava de Revisión estimó que el paso del tiempo por largo que sea no elimina la razonabilidad de la presentación de una acción de tutela en relación con los derechos de las comunidades étnicamente diferenciadas, por ejemplo la consulta previa o la propiedad sobre sus territorios ancestrales. Esa conclusión se sustenta en que se entiende cumplido el principio de inmediatez cuando: i) la vulneración o amenaza de los derechos se mantiene o se agrava con el transcurso del tiempo, o recae sobre derechos imprescriptibles; y ii) las colectividades indígenas o tribales fueron diligentes para solicitar la protección de sus derechos, verbigracia formularon derechos de petición, acciones judiciales o manifestaron ante las autoridades que los proyectos o medidas los afectaba, al punto que es necesario consultar con ellos.

11.2. En el caso *sub-examine,* la Corte concluye que la demanda de tutela formulada por los señores Félix Paternina Romero, Luis Rafael Martínez Martínez, Arelis del Carmen Álvarez Camargo, Jorge Eliécer López Bettín, José del Tránsito Bettín Ozuna, Rafael Antonio Álvarez Arroyo y Luis Francisco Atencia Parra en calidad de representantes de las parcialidades indígenas Maisheshe La Chivera, Flores de Chinchelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito.A.S observó el requisito de inmediatez, dado que se promovió en un plazo razonable a la ocurrencia de los hechos. Es más, dicha conculcación es actual y persiste. Además, los peticionarios fueron diligentes para solicitar la protección de los derechos de esas colectividades.

La Sala estima que la posible infracción de los derechos de la comunidad persiste en el tiempo, puesto que las obras continúan su construcción sin ser consultadas. Además, la tensión social que existe entre la colectividad y los demandados ha aumentado, derivado de la defensa que han ejercido los indígenas Zenú en la zona. Cabe resaltar que los actores son sujetos de especial protección constitucional, de modo que el análisis de inmediatez debe ser flexibilizado. Tampoco se puede perder de vista que el reconocimiento de las comunidades actoras como parcialidades indígenas ocurrió a partir del año 2011. Ese hecho evidencia que hace poco la colectividad ha asumido una identificación étnica, y en consecuencia sería desproporcionado sancionar la demanda de tutela con una improcedibilidad y obviar la construcción identitaria naciente de esa colectividad constituiría reforzar la discriminación histórica que han padecido. (Supra 5.2.3.)

De la misma forma, se considera que los capitanes de las parcialidades demandantes han sido diligentes para que sea salvaguardado su derecho, entre ellos la consulta previa. Por ejemplo, se tienen las siguientes actuaciones:

i) derecho de petición formulado por el señor Felix Valois Paternina Romero ante el Ministerio del Interior el 1º diciembre de 2014. En esa solicitud, el capitán del cabildo indígena de Maisheshe La Chivera informó a esa autoridad de nivel central que la sociedad A.S. S.A.S. había iniciado las obras de la segunda calzada Sincelejo-Toluviejo, sin que hubiese realizado el trámite de consulta previa (Folio 78 Cuaderno 1).

ii) derecho de petición interpuesto el 21 de mayo de 2013 por parte de los señores Luis Rafael Martínez Martínez y José Luis Mercado Narvaez, capitanes de los cabildos indígenas de Flores de Chinchelejo y Umaken, ante el Ministerio de Transporte. En esa postulación, los representantes de las comunidades manifestaron su preocupación sobre la construcción de la doble calzada Sincelejo-Toluviejo, porque esas labores podrían afectar los cerros de Sierra Flor, accidentes geográficos que tienen un significado espiritual y ritual para el pueblo Zenú. Explicaron que ese lugar tuvo el nombre de la esposa del cacique Chinchelejo, hecho que ocurrió cuando esa comunidad se asentó en lo que hoy es Sincelejo en el año 1212. Los montes referidos son el sitio de culto del águila roja, ave que nunca muere. Advirtieron que la destrucción de los cerros de Sierra Flor traería grandes catástrofes a Sincelejo, dado que su protección natural dejaría de existir. Tales perturbaciones se producirían sin que se hubiese efectuado el trámite de consulta previa. (Folios 79 – 81 Cuaderno 1).

iii) acta de la audiencia púbica ambiental sobre la socialización del proyecto de la doble calzada de la carretera Sincelejo-Toluviejo, reunión que se realizó en el teatro de Sincelejo el 24 de abril 2014. En esa diligencia, miembros del grupo étnico Zenú habían comunicado que en el cerro de la Sierra Flor se encontraba un sitio espiritual y ritual, lugar en que se van a desarrollar labores de edificación, de modo que es necesario que se adelante el trámite de la concertación.

iv) Copia de la participación como coadyuvantes de los demandantes en el proceso de acción popular No. 2015-00044-00 que cursa en el Tribunal Administrativo de Sucre. Esta autoridad jurisdiccional se encuentra estudiando una demanda promovida por la vulneración del derecho del ambiente, como resultado de la intervención de la empresa A.S S.A.S. en el cerro de Sierra Flor, al construir la segunda calzada de la carretera Sincelejo-Toluviejo. De igual forma, por medio de acción de tutela que originaron los procesos n°. 70001-22-14-000-2015-00138-01 y 70001-22-14-000-2016-00021-01, los petentes cuestionaron la expropiación de un predio que presuntamente era de su propiedad e iba a ser enajenado de manera forzosa para la construcción de la carretera Sincelejo-Toluviejo.

Conclusión del análisis formal.

11.3. La Sala Octava de Revisión sintetiza que la demanda de tutela formulada por los señores Félix Paternina Romero, Luis Rafael Martínez Martínez, Arelis del Carmen Álvarez Camargo, Jorge Eliécer López Bettín, José del Tránsito Bettín Ozuna, Rafael Antonio Álvarez Arroyo y Luis Francisco Atencia Parra en calidad de representantes de las parcialidades indígenas Maisheshe La Chivera, Flores de Chinchelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito.A.S es procedente, en la medida en que observó los principios de subsidiariedad e inmediatez.

Lo primero, por cuanto la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para proteger el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas diferenciadas. A su vez, el inició de la construcción de la doble calzada de la vía Sincelejo-Toluviejo no impide que la Corte estudie de fondo la presente acción de tutela, porque se requiere con urgencia que el juez constitucional analice si se está afectando de manera directa a la comunidad. Y en caso de que se conceda el amparo de derechos, las parcialidades demandantes pueden intervenir en la edificación restante de la carretera para reducir los impactos que hubiese sufrido el cerro de Sierra Flor.

Lo segundo, toda vez que la omisión del trámite de concertación evidenciaría una vulneración actual del derecho a la consulta previa, en caso de que la medida afecte a las comunidades del pueblo Zenú. Además, los capitanes de las parcialidades peticionarias han sido diligentes para salvaguardar los derechos de la colectividad, tal como se demuestra con las siguientes actividades: i) la formulación de varios derechos de petición a las entidades demandadas para que se efectuara el diálogo respectivo; ii) la manifestación en audiencias públicas del proyecto vial que la realización de éste afectaría a su comunidad y los sitios sagrados; y iii) la interposición de acciones constitucionales para cuestionar las actuaciones del concesionario y las expropiaciones de bienes habitados por parte de las comunidades.

Análisis de fondo

12. Conforme a lo verificado en el expediente, la Sala advierte que para resolver los problemas jurídicos planteados comenzará con definir si existía la necesidad de efectuar la consulta previa con las comunidades peticionarias. Acto seguido, se evaluará la conductas de las entidades encartadas.

El proyecto de construcción de la doble calzada de Sincelejo-Toluviejo debía ser consultado con las parcialidades actoras, ya que las afecta espiritualmente de manera directa

12.1. De acuerdo con la parte motiva de la presente providencia, la concertación con las comunidades indígenas o tribales es una obligación cuando éstas son titulares de derechos étnicos y padecen una afectación directa a sus derechos fundamentales (Supra 6). Ello ocurre en el evento en que el programa, meta o plan: i) interfiere cualquier derecho de la colectividad; ii) establece una diferencia del grupo étnicamente diverso frente a la demás población; iii) desarrolla el Convenio 169, iv) atribuye una carga o beneficio a la parcialidad; y v) modifica la situación de la comunidad o su posición jurídica.

El concepto de afectación directa de las comunidades indígenas sobrepasa la concepción formal de territorio y se articula con una denotación que incluye los lugares económicos, sociales, rituales y espirituales que requiere la comunidad para mantener su identidad. En

aplicación de ese criterio, la Corte ha protegido los derechos de las comunidades indígenas que se ven quebrantados por fuera de la frontera de su terreno titulado.

Los proyectos de infraestructura vial tienen la posibilidad de afectar de manera directa a las comunidades que se encuentran en su zona de influencia, de modo que las colectividades deben ser consultadas sobre esas medidas. La interferencia que padecen los grupos étnicos diferenciados en sus territorios comprenden las zonas que se encuentran tituladas, y todas aquellas que franjas han sido ocupadas ancestralmente y que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas, religiosas y espirituales. En esta denotación amplia de territorio adquieren importancia los lugares sagrados que no se encuentran al interior de los resguardos, pues en ellos la comunidad indígena puede desenvolverse libremente según su cultura y mantener su identidad.

12.1.1. En el caso concreto, no existe duda de que las parcialidades indígenas Maisheshe La Chivera, Flores de Chinchelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito. son titulares de derechos étnicos, puesto que esa calidad ha sido reconocida por parte de diversas resoluciones del Ministerio del Interior. Además, ningún sujeto procesal ha cuestionado esa posición.

Conjuntamente, los capitanes de cada parcialidad han actuado dentro del proceso con la autorización de sus comunidades, en la medida en que fueron electos por sus colectividades, según se ejemplifica en las actas de posesión aportadas al plenario.

12.1.2. Para la Corte, la construcción de la doble calzada de Sincelejo-Toluviejo requería ser consultada con las parcialidades indígenas Maisheshe La Chivera, Flores de Chinchelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito, toda vez que ese proyecto genera una afectación directa a esas comunidades. Lo anterior, en razón de que la edificación vial perturba un lugar sagrado de dichas colectividades, es decir, el cerro de Sierra Flor. La interferencia ocurre con independencia de que ese accidente geográfico se halle por fuera del territorio titulado.

La edificación de la vía de Sincelejo-Toluviejo constituye un programa que interfiere el derecho al territorio ancestral que tiene el pueblo Zenú, denotación que comprende la protección de sus sitios sagrados y rituales como es Sierra Flor. A su vez, dicha medida significó el cambio de la situación de la comunidad, ya que no puede acceder con facilidad al cerro para realizar sus pagamentos y rituales.

A través de oficio No 2936, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia –ICANH- explicó que los elementos sagrados en las comunidades amerindias no son sitios cerrados o limitados territorialmente. En realidad, son redes flexibles, móviles y adaptables que se nutren de las relaciones sociales. En la cultura Zenú, los cerros son marcas de significación social, religiosa y política. En el caso de Sierra Flor, el ICANH esbozó que esos montes hacen parte de un sistema espiritual que une el inframundo y el mundo de los vivos.

También, indicó que "*las parcialidades indígenas que aparecen en el oficio remitido por ustedes, consideran que 'Sierra Flor', ubicado a la margen derecha de la salida a Toluviejo en jurisdicción del municipio de Sincelejo, es un cerro sagrado*". A su vez, en dicho accidente geográfico existen vestigios de un cementerio indígena y de un antiguo camino prehispánico que venía desde la costa, trayecto que se conocía con el nombre de Sillete de los Indios.

La autoridad concluyó que *"por el papel que tienen los cerros en la cosmología y en la medicina tradicional de los Zenues, por la importancia que tienen como referente de identidad y área de protección ambiental dentro de una zona de alto potencial arqueológico, conviene adelantar un proceso de consulta con las comunidades y revertir la situación de posible daño cultural".*

Además, ese significado se demuestra con fotos que constatan que el resguardo indígena Chinchelejo ha realizado rituales y pagamentos en la Sierra Flor (Folios 19-20 Cuaderno 1). Lo propio ocurre con los recortes de prensa. El 14 de junio de 2015, el diario El Meridiano reseñó los rituales que se efectuaron en Sierra Flor por parte del resguardo indígena de Chinchelejo (Folio 21 Cuaderno 1)

Para la Sala existe certeza de que el cerro de Sierra Flor es un lugar sagrado del pueblo Zenú, sitio que preserva la identidad cultural de esa etnia. La perturbación de ese accidente geográfico implica afectar de manera directa el territorio de las comunidades accionantes con independencia de la distancia que se encuentren de la obra o del monte. Al mismo, tiempo es irrelevante para el

concepto de interferencia que ese lugar no halle titulado a la colectividad, puesto que es un territorio ancestral de las parcialidades indígenas Maisheshe La Chivera, Flores de Chinchelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito.

Nótese que no son de recibo los argumentos formulados por parte de los jueces de instancia que circunscribieron la afectación directa de las comunidades demandantes a la cercanía de la obra. Lo antepuesto, en razón de que el territorio ancestral de las parcialidades actoras se extiende hasta el cerro de Sierra Flor derivado de su significado espiritual y ritual.

En igual sentido, la Sala señala que las autoridades judiciales que emitieron los fallos de instancia fueron poco sensibles a la concepción diversa religiosa y espiritual de los pueblos amerindios, pues olvidaron que éstas tienen un nexo especial con la tierra y que su lugar sagrado no es un sitió cerrado, sino un sistema interconectado como explicó el ICANH. Inclusive la visión de los jueces otorgó un trato discriminatorio en relación con la cultura mayoría, dado que soslayó que las afectaciones religiosas no dependen de un espacio. Por ejemplo, cualquier católico colombiano se sentiría afectado en caso de que se destruyera la Basílica de San Pendro en Roma con independencia que se encuentre a miles de kilómetros. Entonces, no podría restringir el amparo del derecho a la consulta previa con fundamento en la distancia de la zona de influencia del proyecto, ya que la perturbación recae sobre un lugar sagrado que hace parte del territorio ancestral de pueblo Zenú y que permite el desarrollo cultural de esas colectividades.

Ahora bien, las parcialidades indígenas Flores de Chinchelejo y Maisheshe la Chivera sufren una afectación adicional, que corresponde a la dificultad que tiene para desarrollar su proyecto productivo de plantas aromáticas. La medida de la carretera cambió su situación en relación con ese programa.

Como prueba del proyecto, la Sala reseña el documento del 25 de julio de 2015. Esa certificación fue expedida por parte la empresa Naturus Fragrances y Flavors S.A., documento que constató que las parcialidades de Flores de Chinchelejo, Umaken, Maisheshe La Chivera y Chayewaspa participaron en el proyecto *"construcción y puesta en marcha de una planta piloto para la obtención y refinación de aceites esenciales de alta calidad primera fase".* También, se verificó que ese programa se había realizado en el marco de la convocatoria 523 de Colciencias sobre investigación de las plantas

aromáticas y medicinales empleadas por la cultura ancestral en ejecución de los recursos del sistema general de regalías.

Adicionalmente, confirmó que esas comunidades hacen parte de la segunda fase del proyecto, etapa que comenzó el 14 de abril de 2015. En dicho estadio, las colectividades indígenas *"están realizando la siembra y cultivo de las plantas aromáticas y recibiendo capacitación y entrenamiento en el procesamiento para la industria de aceites esenciales desde el marco científico y tecnológico, propuesto por el comité técnico del proyecto".* En ese escrito, el representante de la compañía indicó que los cultivos se encuentran en el predio ubicado en la parte alta del cerro de Sierra la Flor en el margen izquierdo de la vía de Sincelejo – Toluviejo. (Folios 93-95 Cuaderno 2).

Así mismo, el programa se evidencia con la entrega a la parcialidad indígena de Flores de Chinchelejo de semillas de maracuyá y fertilizantes por parte del SENA en el predio denominado Bolivia en el cerro de Sierra Flor. Tales suministros se produjeron en torno al proyecto *"procesamiento y comercialización de productos derivados de frutas y hortalizas".* Además, diferentes fotografías que demuestran la existencia de ese programa producto, pues los miembros de la comunidad han recibido capacitaciones (Folio 12 Cuaderno principal)

Los actores advirtieron que ese proyecto se ve amenazado por la construcción de la carretera, pues se encuentra en la zona de obra e impide la ejecución del programa. Ese hecho cambia la situación de la comunidad en su sistema productivo, y en consecuencia esa comunidad debe ser consultada.

12.1.3. En suma, se concluye que el proyecto de construcción de la carretera Sincelejo-Toluviejo afecta de manera directa el territorio ancestral de las parcialidades de indígenas Maisheshe La Chivera, Flores de Chinchelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito.A.S, toda vez que interfiere el cerro sagrado de Sierra Flor.

El Ministerio del Interior vulneró el derecho a la consulta previa al negarse a certificar la presencia de las comunidades accionantes

12.2. La Sala advierte que el Ministerio del Interior vulneró el derecho a la consulta previa de las parcialidades indígenas de Maisheshe La Chivera, Flores de Chinchelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito, porque certificó que no había presencia de comunidades tribales en el área de influencia de la construcción de la segunda calzada de la carretera de Sincelejo-Toluviejo, concepto que no tuvo en cuenta parámetros que evaluaran el impacto espiritual y ritual del proyecto en los cerros de Sierra Flor y una visión amplia del territorio de las comunidades étnicas diferenciadas. A su vez, la autoridad señalada infringió los mismos derechos, al omitir los diversos informes de otras autoridades sobre las denuncias de la comunidad en relación con los efectos negativos que causaría la obra en el cerro de Sierra Flor.

12.2.1. En la parte motiva de esta decisión, la Sala precisó que la obligatoriedad del trámite de la consulta previa con comunidades indígenas o tribales afectadas por los proyectos de infraestructura no se reduce con la certificación proferida por parte del Ministerio del Interior que advierta la inexistencia de esos grupos en la zona de intervención (Supra 7). Dicha constatación es una medida que racionaliza la actuación de la administración y de los particulares, empero carece de la plena idoneidad para demostrar la presencia de esos grupos étnicos, al punto que la realidad prevalecerá cuando esa constatación formal no obedece a aquella. Así, la concertación es obligatoria cuando, pese a la certificación de ausencia de colectividad, se verifica su presencia por otros medios probatorios.

Además, las certificaciones de inexistencia de comunidades son insuficientes para eludir la consulta previa con esos grupos, en el evento en que se elaboraron sin acudir al sitio de influencia del proyecto. Sucede lo mismo, siempre que esos actos administrativos se construyen con base en una visita al área del programa que no tenga: i) los parámetros que permitan un diálogo intercultural e intersubjetivo con los interesados; y ii) una comprensión de la afectación de territorio que incluya el desarrollo actual y regular de las prácticas tradicionales de supervivencia del grupo, así como una visión cultural, ritual o simbólica de éste, que no se agota en un contraste físico o geográfico del terreno del resguardo.

12.2.2. En la certificación No OFI11-31993-GCP-0201 del 16 de julio de 2011, la Coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior, Paola Beltrán Valencia, constató que las comunidades indígenas de la Palmira y la Unión Floresta son las únicas parcialidades étnicamente diferenciadas que se encontraron en el área de influencia del proyecto de construcción de la doble calzada Sincelejo – Toluviejo. (Folios 62-63 y 139 Cuaderno 2)

Esa decisión se sustentó en el informe de verificación de existencia o no de comunidades indígenas y/o negras en los proyectos de la empresa autopistas de la Sabana en los Departamentos de Sucre y Córdoba, proferido por el Ministerio del Interior el 18 de agosto de 2010. Entre el 11 de julio de 2011 y el 15 de ese mes y año, el funcionario Gustavo Martínez realizó una visita de verificación que buscaba establecer la presencia de comunidades étnicamente diferenciadas en los Municipios de Sincelejo, Sampues y Toluviejo en el Departamento de Sucre, y la entidad territorial de Sahagun en el Departamento de Córdoba. Para el caso que ocupa la Sala, el desplazamiento tenía la finalidad de efectuar un estudio para el proyecto de construcción de la doble calzada de Sincelejo – Toluviejo. La actividad registrada pretendió identificar la afectación directa e indirecta que pueden sufrir las comunidades indígenas derivada de los programas de intervención de infraestructura. Para ello, analizó los siguientes parámetros: i) consideraciones de las autoridades locales en la reivindicación de los derechos de las comunidades tribales; ii) el reconocimiento de la Dirección de Asuntos Indígenas de las comunidades en el área de intervención de las obras y objeto de verificación; iii) caracterización de las colectividades encontradas y su relación con sus asentamientos, así como con el gran resguardo de San Andrés de Sotavento; y iv) la incidencia de los proyectos frente a las comunidades.

A partir de la base de datos del DANE, de las Autoridades Tradicionales, de la Asociación de Cabildos y Dirección de Asunto Indígenas Minorías y Room del Ministerio, la autoridad verificadora referenció que en el área de construcción de la doble calada Sincelejo-Toluviejo se encontraban las comunidades de La Palmira y La Unión Floresta. A su vez, después de revisar el sistema de información del INCODER, señaló que no se hallaron tierras tituladas en los corregimientos de la Gallera y el Choco en el Municipio Sincelejo, Sucre. Lo propio sucedió en la ciudad de Toluviejo localizada en esa misma entidad territorial de nivel intermedio.

El funcionario informó que se había reunido con varios miembros de las administraciones locales, quienes suministraron los datos que se enuncian a continuación: i) en Sincelejo, el señor Rafael Paternina, Coordinador del Plan de Ordenamiento Territorial, comunicó que varias comunidades indígenas se encontraban en la zona de intervención; y ii) en Toluviejo, el Secretario de Desarrollo Comunitario, el señor Rudencio Blanco, indicó que existen 14 colectivos indígenas en el Municipio, grupos que poseen reconocimiento del

Ministerio del Interior. Entre esas parcialidades, se hallan la Palmira y la Unión Floresta.

Así mismo, precisó que el proyecto de construcción analizado carece de antecedentes de certificación de presencia de comunidades. En el espacio de esa obra, el servidor aclaró que la construcción de la doble calzada Sincelejo-Toluviejo tiene influencia directa en las comunidades indígenas la Unión Floresta y la Palmira, parcialidades que cuentan con la idea de conformar el resguardo "Yuma de las Piedras".(Folios 110 – 125 y 136 – 151 Cuaderno 4)

De la reseña expuesta, la Sala concluye que la certificación de la no presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia de la construcción de la doble calzada del municipio Sincelejo a Toluviejo se sustentó en un informe que careció de un dialogo intercultural e intersubjetivo con las comunidades. Lo anterior, en razón de que el funcionario que visitó la zona se entrevistó con autoridades locales, empero no buscó entablar una deliberación con las comunidades actoras. Es más, en el acta de la visita se demuestra que se hizo caso omiso a la advertencia del Coordinador del Plan de Ordenamiento Territorial de Sincelejo, quién comunicó que varias colectividades indígenas se encontraban en la zona de intervención. Tampoco existe registro de que el funcionario del Ministerio del Interior hubiese conversado con las autoridades del Resguardo de San Andrés de Sotavento con el fin de indagar sobre las parcialidades de la zona.

Adicionalmente, los parámetros utilizados para verificar la presencia de comunidades se restringieron a criterios geográficos de terreno y no incluyeron una visión amplia del territorio de las comunidades indígenas, acepción que tuviese en cuenta las prácticas tradicionales de la colectividad. Por ejemplo, el funcionario verificó las bases de datos del INCODER sobre titulación de zonas a grupos étnicos o la información del DANE. La Corte llama la atención en que la autoridad no tiene criterios para identificar los lugares sagrados de las comunidades tribales o indígenas, sitios fundamentales para la supervivencia de las identidades aborígenes, los cuales además hacen parte de su territorio ancestral.

Cabe resaltar que, el Ministerio del Interior había reconocido la calidad de parcialidades indígenas a las comunidades de Maisheshe de la Chiviera y Tatachio Mirabel en abril de 2011. Entonces, la autoridad conocía de la existencia de grupos étnicos diversos que tenían prácticas culturales, rituales y espirituales en las inmediaciones de la carreta Sincelejo - Toluviejo.

12.2.3. Aunado a lo anterior, el Ministerio del Interior vulneró el derecho a la consulta previa y a la participación de las comunidades censoras que pertenecen a la etnia Zenú, toda vez que omitió realizar una nueva visita a la zona del proyecto de la doble calzada de la vía Sincelejo-Toluviejo, después de que la ANLA solicitó la certificación la presencia de la parcialidad indígena Chinchelejo y el Cabildo Umaken.

En No OFI13-000037458-DCP-2500 del 5 de diciembre de 2013, el Director de Consulta Previa del Ministerio del interior respondió el oficio radicado con el EXTMI13-0038308 del 8 de octubre de ese año por la ANLA. La entidad solicitante pidió volver a certificar la presencia de comunidades étnicas para el proyecto de construcción de la doble calzada Sincelejo-Toluviejo, Departamento de Sucre, Concesión Vial Córdiba – Sucre, con el fin de verificar la presencia de la parcialidad indígena Chinchelejo y el Cabildo Umaken en la zona de influencia de la obra. Después de revisar las bases de datos de las comunidades étnicas disponibles en la dirección de consulta previa, el Ministerio del Interior indicó que no se halló la existencia de dichas comunidades referidas en el área de intervención de la construcción. Además, mediante oficio OFI13-000020816 del 16 de julio de 2013, la Dirección de Consulta Previa había respondido ese cuestionamiento, al registrar que las comunidades de Chinchelejo no tenían presencia en la franja del proyecto vial. También, señaló que, a través de oficio OFI13-000021136, se había pronunciado sobre el reconocimiento de las colectividades referidas y aseveró que en aquella ocasión había manifestado que: "*una vez consultadas nuestras bases de datos institucionales, no encontramos como registrados el denominado resguardo de Chinchelejo ni la denominada comunidad de Umaken en el departamento de Sucre*". En conclusión, el ente del nivel nacional y sector central de la administración estimó que *"es pertinente indicar que la certificación contenida en el OFI11-31993-GCP-0201 del 3 de agosto de 2011, está vigente y no procede por tal motivo razón jurídica para revocarla".* (Disco compacto que se encuentra en el folio 208 del Cuaderno 1 y subrayado fuera de texto)

La respuesta citada evidenció que el Ministerio omitió una obligación constitucional y legal, la cual se identifica con el deber de volver a visitar el área de influencia del proyecto y entablar un diálogo con las comunidades étnicamente diversas. Si la entidad hubiese observado esa prescripción, no habría vulnerado el derecho de la consulta previa de las parcialidades accionantes.

Inclusive, el Ministerio del Interior desconoció el artículo 13 del Decreto 1320 de 1998, disposición establece que "i*gualmente, se realizará consulta previa cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras, de conformidad con lo establecido en el siguiente artículo"*

La ANLA vulneró los derechos de la consulta previa de las comunidades demandantes

12.3. La Sala Octava de Revisión manifiesta que la ANLA quebrantó los derechos de las parcialidades parcialidades indígenas de Maisheshe La Chivera, Flores de Chinchelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito, al emitir las resoluciones No 0588 y 1283 de 2014, licencias ambientales que autorizaron la construcción de la doble calzada Sincelejo-Toluviejo, porque no atendieron las informaciones de esas comunidades sobre la afectación que trae la obra y la necesidad de realizar el trámite de consulta previa. Ello sucedió, porque la autoridad otorgó plena conducencia al certificado que emite el Ministerio del Interior.

En la Resolución No 0588 del 10 de junio de 2014, la Autoridad de Licencias Ambientales –ANLA- otorgó la licencia ambiental para la construcción de la doble calzada de la carretera de Sincelejo-Toluviejo en los kilómetros PR 1+500 al PR 17+000. En los considerandos de ese acto administrativo, se reseñó que: i) la ANLA solicitó al Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior que certificara la presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia del proyecto; iii) mediante oficio No 4120-E2-24740, la ANLA informó al Ministerio del Interior que en audiencia pública ambiental del 24 de abril de 2014, miembros del grupo étnico Zenú habían comunicado que en el cerro de la Sierra Flor se encontraba un sitio espiritual y ritual, lugar en que se van a desarrollar labores de edificación; iv) a través de oficio No 4120-E1-26896, el Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior respondió la postulación señalada en el numeral anterior. En ese documento se explicó que el acto administrativo No OFI11-3993-GCP0201 del 26 de julio de 2011 había certificado que en la zona de intervención del proyecto se registró exclusivamente la presencia de las comunidades indígenas de La Palmira y la Unión Floresta. De ahí que concluyó que el resguardo indígena de Chinchelejo no hace parte del área de certificación; y v) la audiencia pública ambiental que

se ordenó en auto del 24 de febrero de 2014 y se desarrolló el 24 de abril de esa anualidad. En esa reunión, el señor Luis Rafael Martínez, primera autoridad del resguardo de Chinchelejo, y otros *"manifestaron pertenecer al pueblo zenú y en tal sentido ser sujetos de Consulta Previa, dada la intervención del proyecto sobre parte del sector denominado Sierra Flor, el cual según ellos es sitio espiritual y ritual de su pueblo; manifestaron además que el proyecto causaría impactos sobre la salud"* ***[97]****;*

De los antecedentes de las licencias ambientales, la Corte señala que la ANLA tenía claro toda la discusión constitucional del caso. Así sabía de la presencia de parcialidades indígenas en el área de influencia del proyecto, al punto que pidió que el Ministerio del Interior certificara su existencia. A su vez, conocía de las alegaciones de los peticionarios en torno a la afectación espiritual que traería el proyecto a su comunidad. Inclusive, conoció las denunciadas de que el cerro de Sierra Flor era un lugar sagrado para el pueblo Zenú. Todos esos hechos eran prueba de que las comunidades que intervinieron en el licenciamiento podrían perturbarse con el proyecto, de modo que no debían emitirse las resoluciones reseñadas. No obstante, la ANLA otorgó mayor credibilidad a los errados pronunciamientos del Ministerio del Interior y desechó las demás pruebas.

Ante la vulneración de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas accionantes derivada de la expedición de las licencias ambientales, la Sala encuentra que los actos administrativos que autorizaron la ejecución de la vía de Sincelejo-Toluviejo son inconstitucionales, puesto que no fueron objeto de consulta previa. No obstante, ese vicio debe ser subsanado, de modo que esas licencias deben estar acorde con la Carta Política. Para ello, esta Corporación ordenará modificar las resoluciones No. 0588 y 1283 de 2014 conforme con los acuerdos protocolizados en los procedimientos de consulta previa realizados con las parcialidades peticionarias. De un lado, esta determinación materializa las garantías de los actores y armoniza los preceptos normativos en conflicto. De otro lado, la decisión respeta la competencia del juez contencioso para definir sobre la validez de los actos administrativos y de la ANLA para adoptar decisiones técnicas en materia ambiental.

Autopistas la Sabana desconoció el derecho a la consulta previa de las parcialidades accionantes

12.4. La Corte Constitucional considera que la empresa A.S. S.A.S. vulneró el derecho a la consulta previa de las parcialidades demandantes, en razón de que no implementó un procedimiento efectivo para verificar la presencia de comunidades indígenas en el área de intervención del proyecto e inició la obra pese a las advertencias de la comunidad indígena del Zenú-. Así mismo, omitió dar aviso a las dependencias competentes del Ministerio del Interior para que llevaran a cabo los estudios etnológicos correspondientes y, sobre esta base, dieran inicio al proceso de consulta previa con la comunidad indígena Zenú.

En lugar de ello, la compañía A.S. S.A.S se ha rehusado a reconocer la existencia de las pacialidades de flores de Chinchelejo y Maisheshe La chiviera como una comunidad étnica y culturalmente diversa, pese a que éstos informaron a los funcionarios de la sociedad, que realizaban el recorrido topográfico para la ejecución del proyecto, que el trazado de la segunda calzada de la vía Sincelejo – Toluviejo afectaba el territorio de la comunidad indígena. Esa determinación se ha creado por creencia ciega en el oficio de certificación emitido por parte del Ministerio del Interior

Órdenes a impartir en la presente decisión

13. La Sala Octava de Revisión confirmará parcialmente los fallos emitidos por parte del Tribunal Administrativo de Sucre y de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en relación con el amparó el derecho de la consulta previa de las parcialidades indígenas Maisheshe la Chivera y Flores de Chinchelejo. Paralelamente, revocará la decisión de negar la protección de ese derecho a las parcialidades Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito.

Así mismo, modificará el plazo de 30 días de periodo máximo que fijó el Tribunal Administrativo para celebrar la consulta previa, porque el Convenio 169 y la jurisprudencia de la Corte no han dispuesto un tiempo límite para la concertación. Además, una decisión en ese sentido atentaría contra el criterio flexible que rige el trámite de la consulta previa.

13.1. En relación con las colectividades amparadas por los fallos de instancia, la Sala debe proferir algunas órdenes específicas de acuerdo al estado del

trámite de la consulta previa en que se encuentran. De ahí que, se ordenará que se continúe el procedimiento de concertación con la comunidad Flores de Chinchelejo, dialogo que se halla en curso y no ha concluido, según las pruebas del plenario.

En el caso de la parcialidad Maiseheshe La Chiviera, la Sala recuerda que el proceso consultivo concluyó el 19 de mayo del año en curso, al protocolizarse los pactos entre la colectividad y la empresa. Empero, ese escenario no significa que se configure un hecho superado frente al derecho de la consulta previa, porque el alcance y la protección de éste abarca el cumplimiento al igual que el seguimiento de los acuerdos. De la misma forma, existe la posibilidad de que la comunidad sufra nuevos efectos negativos producto de la ejecución de la construcción de la doble calzada Sincelejo-Toluviejo. En ese evento, la colectividad étnica deberá informar esa situación a la empresa e iniciar la concertación. Por lo anterior, esta Corte considera adecuado mantener el amparo del derecho de la consulta previa de dicho grupo y ordenar que se materialicen las estipulaciones pactadas, así como que se verifique su cumplimiento.

A su vez, se dispondrá que se inicié el procedimiento de consulta previa con las parcialidades de Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito.

13.2. De acuerdo con el precedente fijado en las Sentencias T- 428 de 1992, T-745 de 2010, T-129 de 2011, T-993 de 2012 y T-657 de 2013, se suspenderán las obras de la construcción de la segunda calzada de la vía Sincelejo-Toluviejo en el tramo que corresponde al cerro de la Sierra Flor. Esa medida se adopta con el fin de que se presente una concertación guiada por el principio de buena fe y se obtenga el consentimiento libre e informado de la comunidad. Tales condiciones se alcanzaran, siempre que las parcialidades puedan entablar un diálogo abierto y fluido con la compañía A.S., lo que sucede con una comunicación ausente de presiones derivadas de la ejecución de la obra. Además, la suspensión del proyecto vial es indispensable para detener el deterioro cultural y espiritual que están sufriendo los grupos demandantes.

En el balance constitucional reseñado, la Corte ha ponderado el principio de interés general y el de protección de la diversidad, integridad y autonomía de los grupos étnicamente no dominantes. En aplicación de esa metodología, las diferentes salas de revisión se han inclinado por el segundo mandato de optimización, porque éste se encuentra vinculado a la protección de derechos fundamentales de las comunidades indígenas o afrodescendientes, de allí que han procedido a la suspensión del proyecto de construcción mientras se realiza la concertación. El resultado de esa operación analítica se ha justificado en las siguientes razones:

> "La norma que establece la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos fundamentales de unos pocos en beneficio del interés de todos. Aquí, en esta imposibilidad, radica justamente uno de los grandes avances de la democracia y de la filosofía política occidental en contra del absolutismo y del utilitarismo. La persona es un fin en sí mismo; el progreso social no puede construirse sobre la base del perjuicio individual así se trate de una minoría o incluso de una persona. La protección de los derechos fundamentales no está sometida al vaivén del interés general; ella es una norma que encierra un valor absoluto, que no puede ser negociado o subestimado"[98].

13.3. Adicionalmente, la Sala ordenará a la ANLA que modifique las resoluciones No. 0588 y 1283 de 2014, actos administrativos que autorizaron la construcción de la segunda calzada Sincelejo-Toluviejo. El cambio consiste en que se incluya en las licencias ambientales los acuerdos que resulten de la consulta previa celebrada con las parcialidades indígenas demandantes y se deroguen las normas contrarias a esas estipulaciones. Nótese que esa adecuación normativa de las licencias ambientales es necesaria, porque, en la actualidad, esos actos son incompatibles frente a la Carta Política, dado que vulneraron los derechos de las comunidades étnicamente diferenciadas, al ser expedidas sin agotar el procedimiento de la consulta previa.

13.4. Por último, ordenará al Ministerio del Interior que incluya parámetros de enfoque diferencial en materia cultural en sus protocolos de verificación de la presencia de comunidades indígenas o tribales, pautas que den cuenta del

concepto amplio de territorio de las colectividades indígenas y su relación con las prácticas espirituales y rituales. También, advertirá a esa entidad que debe abstenerse de soslayar las solicitudes de certificaciones de la presencia de comunidades indígenas o tribales en la zona de influencia de un proyecto formuladas por los particulares o por otras autoridades, bajo el sustento de que en el pasado verificó la ausencia de colectividades en ese mismo programa.

Síntesis de la decisión

14. La Sala estudió la demanda de tutela formulada por varios capitanes de diversas parcialidades que pertenecen al pueblo indígena Zenú, dado que la ANLA, el Ministerio del Interior, la ANI y la A.S S.A.S vulneraron sus derechos fundamentales del debido proceso y de la consulta previa, al iniciar la construcción de la doble calzada Sincelejo-Toluviejo sin que se hubiese concertado con la comunidad.

14.1. La sociedad A.S. S.A.S, la ANI, la ANLA y el Ministerio del Interior resistieron las pretensiones de los solicitantes con los argumentos que se enuncian a continuación: i) la demanda es improcedente, ya que pretende dejar sin efectos actos administrativos; ii) la acción de tutela incumplió el requisito de inmediatez, porque los actores formularon la demanda 24 meses después de los hechos que dieron origen a la vulneración de sus derechos, esto es, la primera petición que elevaron los petentes sobre las consecuencias negativas de la construcción de la doble calzada de la carretera Sincelejo-Toluviejo y de la expedición de los actos administrativos que otorgaron la licencia ambiental al proyecto referido; y iii) no vulneraron el derecho fundamental de la consulta previa, dado que carecía de necesidad de que se concertara con las colectividades demandantes. Ello, porque el Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior señaló que esas comunidades no se encuentran en el área de la obra. Es más, ese órgano certificó que los grupos étnicos La Palmira y la Unión Floresta eran las únicas parcialidades presentes en la zona de influencia de la edificación.

14.2. Ante esa situación fáctica y en el escrutinio de forma, la Corte precisó que la acción de tutela es el mecanismo judicial adecuado para proteger el derecho a la consulta previa de las comunidades éticas diferenciadas. De ahí que los medios de control de nulidad, así como de nulidad y restablecimiento del derecho carecen de la idoneidad para resolver la situación inconstitucional

que produce la omisión del trámite de concertación de una decisión. Lo anterior, por cuanto esas herramientas procesales no ofrecen una solución clara, omnicomprensiva y definitiva a la vulneración de derechos de las comunidades que tienen una especial protección constitucional y vulnerabilidad. La ausencia de idoneidad denunciada no se elimina con la flexibilización de la procedencia de las medidas cautelares en el proceso contencioso, toda vez que si la suspensión provisional del acto queda en firme de manera expedita, continuara la impotencia de esos recursos para salvaguardar integralmente los derechos de las comunidades indígenas o tribales.

A su vez, adujo que la iniciación de un proyecto que afecta a las colectividades diversas culturalmente no torna improcedente la acción de tutela, puesto que ese hecho evidencia que es necesario estudiar el caso para impedir que continúe la vulneración de derechos de las comunidades. En esos eventos, no se sanea el vicio de la ausencia de concertación, empero permite que la colectividad perturbada intervenga en las etapas restantes del proyecto y se entere de las acciones que van a afectar su territorio con el fin de pedir la mitificación de los perjuicios o la compensación de los mismos. Aunque, ello no significa que la consulta previa se convierta solamente en una vía de resarcimiento, dado que esa concepción desnaturalizaría esa concertación y debilitaría la autoridad de las instituciones ancestrales así como sus formas organizativas. Inclusive, la acción de tutela es procedente cuando es imposible volver al estado de cosas anterior a la intervención del proyecto u obra.

Ahora bien, indicó que el paso del tiempo por largo que sea no elimina la razonabilidad de la presentación de una acción tutela en relación con los derechos de las comunidades étnicamente diferenciadas, por ejemplo la consulta previa o la propiedad sobre sus territorios ancestrales. Esa conclusión se sustenta en que se entiende cumplido el principio de inmediatez cuando: i) la vulneración o amenaza de los derechos se mantiene o se agrava con el transcurso del tiempo, o recae sobre derechos imprescriptibles; y ii) las colectividades indígenas o tribales fueron diligentes para solicitar la protección de sus derechos, verbigracia formularon derechos de petición, acciones judiciales o manifestaron ante las autoridades que los proyectos o medidas los afectaba, al punto que es necesario consultar con ellos.

En el caso concreto, se sintetizó que la demanda de tutela formulada por los señores Félix Paternina Romero, Luis Rafael Martínez Martínez, Arelis del Carmen Álvarez Camargo, Jorge Eliécer López Bettín, José del Tránsito Bettín Ozuna, Rafael Antonio Álvarez Arroyo y Luis Francisco Atencia Parra en calidad de representantes de las parcialidades indígenas Maisheshe La Chivera, Flores de Chinchelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito.A.S es procedente, en la medida en que observó los principios de subsidiariedad e inmediatez.

Lo primero, por cuanto la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para proteger el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas diferenciadas. A su vez, el inició de la construcción de la doble calzada de la vía Sincelejo-Toluviejo no impide que la Corte estudie de fondo la presente acción de tutela, porque se requiere con urgencia que el juez constitucional analice si se está afectando de manera directa a la comunidad. Y en caso de que se conceda el amparo de derechos, las parcialidades demandantes pueden intervenir en la edificación restante de la carretera para reducir los impactos que hubiese sufrido el cerro de Sierra Flor.

Lo segundo, toda vez que la omisión del trámite de concertación evidenciaría una vulneración actual del derecho a la consulta previa, en caso de que la medida afecte a las comunidades del pueblo Zenú. Además, los capitanes de las parcialidades peticionarias han sido diligentes para salvaguardar los derechos de la colectividad, tal como se demuestra con las siguientes actividades: i) la formulación de varios derechos de petición a las entidades demandadas para que se efectuara el diálogo respectivo; ii) la manifestación en audiencias públicas del proyecto vial que la realización de éste afectaría a su comunidad y los sitios sagrados; y iii) la interposición de acciones constitucionales para cuestionar las actuaciones del concesionario y las expropiaciones de bienes habitados por parte de las comunidades.

14.3. Frente al análisis fondo, esta Corporación señaló que la concertación con las comunidades indígenas o tribales es una obligación cuando éstas son titulares de derechos étnicos y padecen una afectación directa. Ello ocurre en el evento en que el programa, meta o plan: i) interfiere cualquier derecho de la colectividad; ii) establece una diferencia del grupo étnicamente diverso frente a la demás población; iii) desarrolla el Convenio 169, iv) atribuye una carga o beneficio a la parcialidad; y v) modifica la situación de la comunidad o su posición jurídica.

El concepto de afectación directa de las comunidades indígenas sobrepasa la concepción formal de territorio y se articula con una denotación que incluye los lugares económicos, sociales, rituales y espirituales que requiere la comunidad para mantener su identidad. En aplicación de ese criterio, la Corte ha protegido los derechos de las comunidades indígenas que se ven quebrantados por fuera de la frontera de su terreno titulado.

Los proyectos de infraestructura vial tienen la posibilidad de afectar de manera directa a las comunidades que se encuentran en su zona de influencia, de modo que las colectividades deben ser consultadas sobre esas medidas. La interferencia que padecen los grupos étnicos diferenciados en sus territorios comprenden las zonas que se encuentran tituladas, y todas aquellas franjas han sido ocupadas ancestralmente y que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas, religiosas y espirituales. En esta denotación amplia de territorio adquieren importancia los lugares sagrados que no se encuentran al interior de los resguardos, pues en ellos la comunidad indígena puede desenvolverse libremente según su cultura y mantener su identidad.

En el asunto estudiado, la Sala estimó que la construcción de la doble calzada de Sincelejo-Toluviejo requería ser consultada con las parcialidades indígenas Maisheshe La Chivera, Flores de Chinchelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito.A.S, toda vez que ese proyecto genera una afectación directa a esas comunidades. Lo anterior, en razón de que la edificación vial perturba un lugar sagrado de dichas colectividades, es decir, el cerro de Sierra flor. La interferencia ocurre con independencia de que ese accidente geográfico se halle por fuera del territorio titulado.

14.4. Conjuntamente, la Sala precisó que la obligatoriedad del trámite de la consulta previa con comunidades indígenas o tribales afectadas por los proyectos de infraestructura no se reduce con la certificación proferida por parte del Ministerio del Interior que advierta la inexistencia de esos grupos en la zona de intervención. Dicha constatación es una medida que racionaliza la actuación de la administración y de los particulares, empero carece de la plena idoneidad para demostrar la presencia de esos grupos étnicos, al punto que la realidad prevalecerá cuando esa constatación formal no obedece a aquella. Así, la concertación es obligatoria cuando, pese a la certificación de ausencia de colectividad, se verifica su presencia por otros medios probatorios.

Las certificaciones de inexistencia de comunidades son insuficientes para eludir la consulta previa con esos grupos, en el evento en que se elaboraron sin acudir al sitio de influencia del proyecto. Sucede lo mismo, siempre que esos actos administrativos se construyen con base en una visita al área del programa que no tenga: i) los parámetros que permitan un diálogo intercultural e intersubjetivo con los interesados; y ii) una comprensión de la afectación de territorio que incluya el desarrollo actual y regular de las prácticas tradicionales de supervivencia del grupo, así como una visión cultural, ritual o simbólica de

éste, que no se agota en un contraste físico o geográfico del terreno del resguardo.

En el asunto sometido a revisión, se concluyó que el Ministerio del Interior había vulnerado el derecho a la consulta previa de las parcialidades indígenas de Maisheshe La Chivera, Flores de Chinchelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito, porque certificó que no había presencia de comunidades tribales en el área de influencia de la construcción de la segunda calzada de la carretera de Sincelejo-Toluviejo, concepto que no tuvo en cuenta parámetros que evaluaran el impacto espiritual y ritual del proyecto en los cerros de Sierra Flor y una visión amplia del territorio de las comunidades étnicas diferenciadas. A su vez, la autoridad señalada infringió los mismos derechos, al omitir los diversos informes de otras autoridades sobre las denuncias de la comunidad en relación con los efectos negativos que causaría la obra en el cerro de Sierra Flor.

Por su parte, se señaló que la ANLA había quebrantado los derechos de las parcialidades referidas, al emitir las resoluciones No 0588 y 1283 de 2014, licencias ambientales que autorizaron la construcción de la doble calzada Sincelejo-Toluviejo, porque no atendieron las informaciones de esas comunidades sobre la afectación que trae la obra y la necesidad de realizar el trámite de consulta previa. Ello sucedió, en la medida en que la autoridad otorgó plena conducencia al certificado que emite el Ministerio del Interior.

Al final, la Corte Constitucional consideró que la empresa A.S. S.A.S. había infringido el derecho a la consulta previa de las parcialidades demandantes, en razón de que no implementó un procedimiento efectivo para verificar la presencia de comunidad indígenas en el área de intervención del proyecto e inició la obra pese a las advertencias de la comunidad indígena del Zenú-. Así mismo, omitió dar aviso a las dependencias competentes del Ministerio del Interior para que llevaran a cabo los estudios etnológicos correspondientes y, sobre esta base, dieran inicio al proceso de consulta previa con la comunidad indígena Zenú.

V. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR PARCIALMENTE los fallos emitidos por parte del Tribunal Administrativo de Sucre y del Consejo de Estado, Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en tanto tuteló el derecho fundamental a la consulta previa de las parcialidades indígenas Maisheshe la Chivera y Flores de Chinchelejo.

Segundo. REVOCAR los fallos emitidos por parte del Tribunal Administrativo de Sucre y del Consejo de Estado, Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en cuanto negaron la protección del derecho de la consulta previa de las parcialidades indígenas Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito, y restringieron el tiempo de concertación a treinta (30) días. En su lugar, **CONCEDER** el amparo de la consulta previa a las cuatro (4) parcialidades indígenas señaladas.

Tercero. ORDENAR al Ministerio del Interior que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, inicie los trámites respectivos de la consulta previa con las parcialidades indígenas de Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito. La consulta previa y la búsqueda del consentimiento informado deberá observarse bajo los criterios y garantías descritas en esta providencia. Entre tanto, **SUSPENDER** la ejecución de las obras de la carretera denominada Sincelejo-Toluviejo, en el sector del cerro de Sierra Flor, ubicado entre el PR1+350 y PR1-500, en lo que tenga que ver con el territorio ancestral de las comunidades referidas.

Cuarto. ORDENAR al Ministerio del Interior que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, realice el seguimiento de los acuerdos pactados y protocolizados en la consulta previa efectuada con el cabildo Maisheshe la Chiviera por la construcción de la doble calzada de Sincelejo-Toluviejo, estipulaciones que se fijaron en el acta del 19 de mayo de 2016. También se ordena a la referida entidad que suministre su apoyo y asistencia en caso de que la comunidad informe de un nuevo efecto negativo de la ejecución de la obra.

Quinto. ORDENAR a la Agencia Nacional de Licencias Ambiente –ANLA- que, en el término de diez (10) días siguientes a la protocolización de los acuerdos derivados del trámite de la consulta previa con las parcialidades accionantes, modifique las resoluciones No. 0588 y 1283 de 2014, actos administrativos que autorizaron la construcción de la segunda calzada Sincelejo-Toluviejo. La adecuación de tales licencias ambientales debe realizarse conforme a los acuerdos que resulten de la consulta previa celebrada con las parcialidades indígenas de Maisheshe La Chiviera, Flores de Chinchelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito.

Sexto. ORDENAR al Ministerio del Interior que, en el término de dos (2) meses contados a partir de la notificación de esta providencia, incluya parámetros de enfoque diferencial en materia cultural en sus protocolos de verificación de la presencia de comunidades indígenas o tribales, pautas que den cuenta del concepto amplio de territorio de las colectividades indígenas y su relación con prácticas espirituales y rituales.

Séptimo. ADVERTIR al Ministerio del Interior que debe abstenerse de soslayar las solicitudes de certificaciones de la presencia de comunidades indígenas o tribales en la zona de influencia de un proyecto formuladas por los particulares o por otras autoridades, bajo el sustento de que en el pasado verificó la ausencia de colectividades en ese mismo programa.

Octavo. SOLICITAR a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación apoyar, acompañar y vigilar el pleno cumplimiento de lo determinado en el presente fallo, con el fin de garantizar la efectividad de los derechos aquí protegidos.

Noveno. LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase,

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

---

[1] Lo actores citaron la Sentencia T-129 de 2011

[2] Tribunal Superior de Sincelejo, Sala Civil-Familia-Laboral, Sentencia del 15 de Julio de 2015, Radicación Radicación n° 70001-22-14-000-2015-00138-00.

[3] Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 8 de octubre de 2015, STC13836-2015 Radicación n° 70001-22-14-000-2015-00138-01

[4]Sentencias T-001 de 2012, T-693 y T-698 de 2011.

[5] Cabe precisar que los accionantes formularon solicitud de aclaración contra el fallo de primera instancia, empero, en auto del 13 de julio de 2015, el Tribunal Administrativo de Sucre consideró que esa petición tenía la finalidad de cuestionar esa sentencia y sus alcances. Entonces, el *a-quo* otorgó el tratamiento de recurso de alzada a dicho escrito.

[6] Folio 652 cuaderno 3.

[7] Sentencia C-123 de 2014

[8] Sección Primera, auto del 25 de junio de 2015.

[9] Folio 264 Cuaderno 4

[10] Corte Constitucional, Sentencia C-461 de 2008.

[11] Resolución 0588 del 10 de junio de 2014, Hoja No 37

[12] Folios 1-15 Cuaderno 4

[13] Tribunal Superior de Sincelejo, Sala Civil-Familia-Laboral, Sentencia del 15 de Julio de 2015, Radicación Radicación n° 70001-22-14-000-2015-00138-00.

[14] Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 8 de octubre de 2015, STC13836-2015 Radicación n° 70001-22-14-000-2015-00138-01

[15] El proceso de tutela No. No. 70001-22-14-000-2016-00021-01 se admitió el 22 de febrero de 2016, de modo que cuestionó hechos posteriores a la tutela que se revisa.

[16] Sentencias T-1029 de 2012, T-553 de 2012, T-179 de 2003, T-620 de 2002, T-999 de 2001 y T-037 de 1997.

[17] Sentencias T-162 de 2010, T-034 de 2010 y T-099 de 2008.

[18]Sentencias T-623 de 2011, T-498 de 2011, T-162 de 2010, T-034 de 2010, T-180 de 2009, T-989 de 2008, T-972 de 2005, T-822 de 2002, T-626 de 2000 y T-315 de 2000.

[19] Sentencia T-235 de 2010.

[20] Sentencia T-634 de 2006.

[21] Sentencia T-111 de 2013. Sobre las características del perjuicio irremediable, observa la sentencia T-225 de 1993. Allí sostuvo la Corte que: "*Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente: A) El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. (...) B) Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. (...) C) No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea*

grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. (...) D) La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. (...)"

[22] Sentencia T-721 de 2012 y T- 142 de 2013.

[23] Sentencia T-717 de 2013

[24]Sentencia T-888 de 2012.

[25] Sentencia T-803 de 2002.

[26] Sentencia T-717 de 2013

[27] Sentencia T-384 de 1998, citada por la sentencia T-206 de 2004.

[28]Sentencias T-106 de 1993; T-480 de 1993; T-847 de 2003,T-888 de 2012 y T-717 de 2013.

[29]Sentencias T-822 de 2002. y T-888 de 2012

[30] Sentencias T-766 de 2015 y T-197 de 2016

[31] El artículo 83 de ese código advertía que : *"toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió".*

[32] Sentencia T-485 de 2015

[33] Sentencia T-576 de 2014

[34] Sentencia T-196 de 2016

[35] En esa ocasión, la Corte precisó que *"esta Corporación, les ha otorgado la categoría de sujetos de especial protección constitucional en razón de la existencia de una cultura mayoritaria que amenaza la preservación de las costumbres ancestrales de los pueblos indígenas, su percepción sobre el desarrollo y la economía, su particular forma de ver la vida y de relacionarse con su entorno y el grave impacto que ha tenido el conflicto armado sobre sus territorios".*

[36] En esa decisión se protegieron los derechos a la consulta previa y al territorio, con efectos inter comunis, de todas las comunidades indígenas y afrodescendientes que resultaron afectadas directamente con la expedición de las Resoluciones N.°180241, 0045 de 2012 y la Resolución N.°429 de 2013.

[37] Ley 1437 de 2011

[38] Sentencias T-406 y T-428 de 1992

[39] En esa ocasión se precisó que "*realizar la consulta previa con posterioridad al inicio del proyecto o a la adopción de la medida administrativa, no sanea el vicio que generó no realizarla previamente, pero permite que la comunidad afectada intervenga en el proceso restante a la finalización del proyecto, obra o actividad y tenga conocimiento de qué es lo que se va a desarrollar en su territorio para solicitar la mitigación o compensación de impactos culturales que puedan generarse*"

[40] Sentencia T-069 de 2015

[41] Sentencia T-841 de 2014

[42] Sentencia T-069 de 2015

[43] Sentencia T-079 de 2010 y T-447 de 2013

[44] Ver Sentencias T-1110 de 2005, T-158 de 2006, T- 429 de 2011, T-998 de 2012, SU-158 de 2013, T-521 de 2013, T-447 de 2013, y T-841 de 2014. Allí la Sala Plena y las diferentes Salas de Revisión han hecho alusión a estas situaciones excepcionales al abordar la procedibilidad de acciones de tutela mediante las cuales se pretendía obtener acceso a una defensa técnica, a un recalculo del monto base de la pensión, a la indemnización por daños y perjuicios, a la sustitución pensional, a la pensión de sobreviviente, a la pensión de invalidez, reintegro derivado de estabilidad laboral reforzada y pago de acreencias laborales a trabajadores sindicalizados respectivamente.

[45] La Sentencia T-009 de 2013 aplicó la regla jurisprudencial reseñada. Ello ocurrió en el cuestionamiento de un proceso de titulación de tierras que comenzó en el año de 1998, trámite que se censuró por medio de tutela en mayo de 2012. Sobre el particular, la Sala Séptima de Revisión estimó que se había observado el requisito de inmediatez, porque "*durante este tiempo, la comunidad demostró haber presentado derechos de petición con el objeto de conocer el estado del proceso, sin obtener una solución adecuada. Tal situación, conduce a considerar que el hecho que originó la vulneración y amenaza de los derechos fundamentales del pueblo indígena, permanece en la actualidad y continúa generando perjuicios a la identidad cultura*l".

[46] Sentencia T-005 de 2016

[47] Mp. Humberto Sierra Porto

[48] En este aparte, se reiteraran las reglas jurisprudenciales expuestas en las sentencias T-197 de 2016, T-226 de 2016, T-661 de 2015, T-550 de 2015 y T-376 de 2012.

[49] Sentencia T-661 de 2015.

[50] Sentencia T-226 de 2016

[51] Sentencia T-226 de 2016

[52] Convenio 169, Artículo 15

[53] Convenio 169, Artículo 16.

[54] Convenio 169, Artículo 17.

[55] Convenio 169. Artículo 22.

[56] Convenio 169, Artículo 27.

[57] Convenio 169. Artículo 28.

[58] Sentencia T-226 de 2016

[59] Sentencia T-576 de 2014.

[60] Tal fue el enfoque de las sentencias T-380 de 1993, T-405 de 1993 y SU-039 de 1997 Las providencias protegieron los derechos fundamentales que les fueron vulnerados a la comunidad indígena Embera Katío de Chajeradó, a las comunidades indígenas del medio Amazonas y a la comunidad indígena U'wa por cuenta de la ejecución de un proyecto de explotación maderera, de la instalación de una base militar y de las actividades de exploración petrolera que se estaban llevando a cabo en terrenos que se ubicaban en sus resguardos. Las tres resaltaron la importante relación de las comunidades indígenas con los territorios que habitan y las implicaciones que conlleva para su supervivencia la contaminación de esos ecosistemas.

[61] La Sentencia T-652 de 1998 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) protegió el derecho del pueblo Embera Katío del alto Sinú, a ser consultado sobre la construcción del proyecto hidroeléctrico Urrá I en una zona cercana a sus territorios tradicionales. El fallo determinó que el hecho de no haber sometido a consulta el otorgamiento de la licencia ambiental para la construcción de la represa había generado daños irreversibles a la comunidad indígena accionante, representados en los cambios culturales, sociales y económicos a los que se verían expuestos por cuenta de la imposibilidad de examinar y pronunciarse oportunamente sobre los impactos del proyecto.

[62] Sentencia T-226 de 2016

[63] M.P. Álvaro Tafur.

[64] M.P. María Victoria Calle.

[65] Sentencia T-226 de 2016

[66] El Magistrado José Gregorio Hernández Galindo presentó aclaración de voto a la sentencia referida, ya que a su juicio: *"la Corte no está llamada en principio a fallar el caso concreto sobre el cual recayeron ya las sentencias de los jueces de instancia, sino a revisar dichas sentencias dentro de la perspectiva de la Constitución. Cosa distinta es que, con motivo de esa revisión, la Corte encuentre que la interpretación o aplicación de las normas constitucionales ha sido errónea y deba por eso revocar total o parcialmente las providencias que examina, pues entonces sí está obligada a resolver el caso específico a la luz de los principios que considera válidos, sustituyendo así la decisión revocada; al hacerlo, debe partir de los supuestos fácticos que el expediente le ofrece, salvo casos excepcionalísimos".*

[67] Universidad de Caldas. Revista Luna Azul. Gustavo Adolfo Agredo Cardona "El TERRITORIO Y SU SIGNIFICADO PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS". 2006-11-23.

[68] En el mismo sentido, la Sentencia T-849 de 2014 manifestó que "*Por ello, aunque el concepto de territorio para las comunidades indígenas escapa a la visión moderna relativa a la titularización de una determinada porción de terreno, es importante recordar que vivimos en una sociedad que tiene* el *propósito común de bienestar general. Si bien, la definición de territorio para las comunidades indígenas haga referencia, mayormente, al ámbito tradicional de sus actividades culturales, religiosas y económicas, el gobierno colombiano consideró oportuno delimitar de manera geográfica una zona de indiscutible influencia de aquellas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta, la cual fue geo-referenciada, en un primer momento, en la Resolución 02 del 4 de enero de 1973 proferida por el entonces Ministerio de Gobierno y con posterioridad en la Resolución número 837 de 1995 emitida por el Ministerio del Interior*".

[69] Sentencia T-009 de 2013.

[70] Sentencia T-349 de 1996.

[71] Sentencia T-349 de 1996.

[72] Convenio 169, artículo 1º: *"La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio".*

[73] En su artículo 1º, el Convenio establece que se aplica a a) los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial y a b) los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

[74] Sentencias T-197 de 2016 y T-576 de 2015

[75] En su artículo 1º, el Convenio establece que se aplica a a) los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial y a b) los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

[76] La Sentencia T-792 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas) propone algunos criterios para determinar la viabilidad de atribuir derechos asociados a la identidad étnica diferenciada cuando existan dudas razonables al respecto, porque la comunidad que proclama esa diversidad no reúne criterios objetivos de reconocimiento o los reúne, pero su manifestación al respecto es controvertida. En los términos del fallo, el amparo de la diversidad étnica y cultural, en estos casos, procede cuando: i) los miembros de la comunidad tienen conciencia de su identidad diversa y pueden dar razones que sustentan esta auto identificación; ii) la comunidad está adelantando un proceso de reconstrucción étnica, que aspira a recuperar o reapropiarse de los elementos que conforman los criterios objetivos de identificación de las comunidades indígenas o tribales; iii) el proceso se realiza de buena fe, y sin la intención de apropiarse indebidamente de los recursos del Estado o de abusar de los derechos de los pueblos indígenas y tribales y iv) la protección de otros principios constitucionales involucrados o la aplicación de las reglas del derecho de la sociedad mayoritaria, no reviste una mayor importancia que la protección del proceso de reconstrucción étnica en el caso concreto. Sobre el mismo tema, puede revisarse la Sentencia T-294 de 2014

[77] Sentencia T-197 de 2016

[78] Sentencia T-661 de 2015, tales criterios se plantearon en la siguiente cita: *i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (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 afrodescendientes*

[79] En los términos de la Sentencia C-175 de 2009, el carácter previo de la consulta materializa el principio de buena fe, en tanto garantiza que los acuerdos alcanzados en el marco de los

espacios participativos tengan una incidencia real en la ejecución de la medida que se sometió a consulta. La Sentencia T-979 de 2014, por su parte, relaciona la exigencia de que la consulta sea previa con el principio de prevención de las afectaciones. Según el fallo, los acuerdos deben dirigirse a prevenir, en la mayor medida posible, los impactos no deseados por las comunidades.

[80] Sentencias T-197 de 2016, T-969 de 2014 y T-652 de 1998

[81] Sentencia T-226 de 2016

[82] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[83] Sentencia C-457 de 2010

[84] Sentencia T-661 de 2015

[85] *"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".* Sentencia T-661 de 2015

[86] Sentencia T-197 de 2016

[87] El proceso pre consultivo se orienta, específicamente, a definir los parámetros bajo los cuales deberá llevarse a cabo el proceso de consulta previa. La Corte ha establecido que, en atención a la diversidad de este tipo de procesos y a la flexibilidad que frente a su desarrollo concede el Convenio 169, no tienen que responder a un modelo único. Lo relevante, por el contrario, es que el trámite garantice los usos y costumbres de la comunidad consultada, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones. Sobre este punto pueden revisarse, entre muchas otras, las sentencias T-737 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur), C-461 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda) y T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio).

[88] Sentencias T-129 de 2011 y C-461 de 2008

[89] Las consultas no pueden ser utilizadas para imponer una decisión ni para eludir el cumplimiento de una obligación. Su papel consiste en crear las condiciones para que los pueblos indígenas y tribales expongan su punto de vista sobre las medidas de que se trate, en ejercicio de sus derechos fundamentales a la participación, a la integridad cultural y la autonomía (*Cfr.* Sentencia SU 383 de 2003. M.P. Álvaro Tafur) y en asegurar que el punto de vista expresado en ese escenario sea efectivamente valorado. La participación efectiva de las comunidades étnicamente diferenciadas en las decisiones que las afectan se materializa, entonces, cuando los acuerdos alcanzados tienen una incidencia real en la adopción o en la implementación de la medida objeto de consulta.

[90] La Sentencia T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio) llamó la atención sobre la imposibilidad de fijar un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento. Dicho término, dice el fallo, debe adoptarse bajo una estrategia de enfoque diferencial, en atención a las particularidades del grupo

étnico consultado y de sus costumbres. La sentencia advierte, además, que es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta mediante un proceso pre consultivo y post consultivo. La participación, precisa la providencia, *"ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo"*.

[91] Sentencia T.769 de 2009

[92] Sentencia T-226 de 2016

[93] Sentencia T-550 de 2015

[94] "*Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio".*

[95] La Corte estudió un caso similar en la Sentencia T-745 de 2010. En ese caso, la Corte amparó el derecho a la consulta previa de una comunidad afrodescendiente, pese a que el Ministerio del Interior había certificado su ausencia en la zona del proyecto.

[96]En Sentencia T-993 de 2012, se aplicó el precedente reseñado y se descartó el certificado de ausencia de constatación del Ministerio. Los supuesto facticos corresponden con la ausencia de consulta previa en la construcción de una carretera en el Guamo, departamento del Tolima, como se reseñó en esta providencia en el acápite anterior.

[97] Resolución 0588 del 10 de junio de 2014, Hoja No 37

[98] Sentencia T-428 de 1992.