



Sentencia T-444/19

Referencia: Expediente T- 6.839.494

Acción de tutela instaurada por la comunidad indígena *Mokaná* de Malambo contra el Ministerio del Interior, la Agencia Nacional de Infraestructura, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y la Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S.

Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

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

Magistrada sustanciadora:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

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

SENTENCIA

En el trámite de revisión de la decisión de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el 31 de mayo 2019, que revocó¹ la sentencia del 20 de febrero de 2019 proferida por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Barranquilla que declaró improcedente el amparo para, en su lugar, negarlo.

¹ Cuaderno 5. Folio 16. La decisión de instancia fue expresamente “*modificar*” la decisión de la primera instancia.

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

I. ANTECEDENTES

El 19 de diciembre de 2017, la comunidad indígena *Mokaná* de Malambo promovió acción de tutela en contra del Ministerio del Interior, la Agencia Nacional de Infraestructura, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y la Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S., a quienes señala de afectar su derecho a la consulta previa al haber desarrollado el proyecto vial Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad, sin su participación.

A. Hechos y pretensiones

1. A través de su Gobernador Roque Jacinto Martínez Blanco, la comunidad *Mokaná* de Malambo señaló que está asentada en los municipios de Malambo, Tubará, Galapa, Baranoa, Usiacurí, Piojó y Puerto Colombia, como lo reconoce el Ministerio del Interior en los Oficios N°2353 del 16 de junio de 1999 y N°12023-DET-1.000 del 25 de mayo de 2006. La Organización Nacional Indígena, también reconoció su constitución como grupo étnico el 14 de septiembre de 2006.

Las familias que componen la comunidad se asientan en varias veredas: siete habitan en Tamarindo, 29 en La Bonga, siete en Montecristo, 144 en Caracolí, 12 en Cascarón, 19 en La Aguada y seis en Villa Herrera².

2. La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (en adelante, ANLA) emitió la Resolución N°1382 del 29 de octubre de 2015 en la que concedió licencia ambiental para el proyecto vial Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad. En su artículo 1° se estableció que en el área del proyecto no se registra presencia de comunidades tribales, sin advertir la existencia del territorio ancestral de la comunidad *Mokaná* y la consecuente necesidad de llevar a cabo un proceso de consulta previa.

Con fundamento en dicho acto administrativo, la Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S. inició las obras relacionadas con el proyecto vial en mención.

3. A pesar de que la ejecución del proyecto afecta directamente el territorio ancestral de la comunidad *Mokaná* hasta el punto de ser, en palabras de la accionante, “una invasión de su territorio ancestral y un atentado con su cultura y su relación con la tierra”³, el proyecto vial no les fue consultado.

² Cuaderno 1. Folio 5.

³ Cuaderno 1. Folio 4.

Tal proyecto de infraestructura vial, según lo manifestado en el escrito de tutela, se lleva a cabo en territorio *Mokaná*, en el lugar que *“actualmente es habitado por varias familias perteneciente (sic.) a la comunidad indígena, y sitio donde se practica (sic.) sus usos y costumbres, y el cultivos (sic.) de los alimento (sic.) (...) las (sic.) cuales han sido notablemente limitados (sic.) por la ejecución de la obra”*⁴.

Como parte del proyecto vial, se cerraron caminos ancestrales, lo que incrementa el tiempo, el esfuerzo y el costo de los desplazamientos para los miembros de la comunidad y para los productos que comercializan. Por ejemplo, en la entrada a la vereda Montecristo se instaló una báscula de peso que dañó la Avenida Olivares y se han fijado separadores que superan el metro y medio de altura, los cuales dificultan las formas tradicionales de transporte de la comunidad (carros de mula y burros), lo que perjudica, entre otros, a los niños y niñas que deben desplazarse cerca de dos kilómetros más para acceder a sus lugares de estudio.

A causa del desarrollo de las obras, los miembros de la comunidad recorren cerca de cuatro kilómetros adicionales para salir de sus lugares de residencia y trabajo, lo que afecta el mínimo vital de las familias porque ello incide directamente en las posibilidades para sacar *“los productos como el bollo de yuca y los cultivos, hacia la parte urbana del municipio y demás lugares cercanos al municipio como la ciudad de Barranquilla”*⁵. Adicionalmente, la accionante denunció que las obras han ocasionado daño en una cantidad considerable de árboles frutales.

Incluso en la zona en la que se ejecuta el proyecto vial, se encuentran algunos vestigios arqueológicos de la comunidad. Estos *“se han extraído arbitrariamente del Territorio”*⁶ y en ocasiones la alfarería ha sido destruida, junto con el legado ancestral que representa para la comunidad.

4. La accionante destacó que encuentra un contrasentido en las decisiones judiciales respecto de ella. Censura que a pesar de que (i) el Juzgado 10 Civil del Circuito (circuito que no se especificó⁷) haya reconocido sus derechos al territorio, mediante una clarificación sobre aquel que puede predicarse del dominio de la comunidad *Mokaná*, (ii) se haya concedido un amparo sobre la consulta previa para la elección de etnoeducadores, entre tanto, (iii) las accionadas hayan omitido consultarle el proyecto vial Circunvalar de la Prosperidad.

5. Ante esta situación, la comunidad *Mokaná* acudió al juez constitucional, a través de su Gobernador Roque Blanco Martínez quien, el 19 de diciembre de 2017,

⁴ Cuaderno 1. Folio 3.

⁵ Cuaderno 1. Folio 5.

⁶ Cuaderno 1. Folio 4.

⁷ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 575 y ss. Sin embargo, en sede de revisión, se aportó el fallo del 8 de abril de 2016, en el que el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla resolvió una acción de tutela interpuesta por la Comunidad *Mokaná* de Malambo contra el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER). En esa decisión se resolvió proteger el derecho a la propiedad colectiva de la comunidad y, con ese fin se dispuso que la demandada clarificara el territorio del resguardo del pueblo indígena y concedió un término de seis meses para ello.

solicitó la protección a los derechos a la consulta previa, la identidad cultural, la diversidad étnica, social, cultural, la autonomía, los derechos de los niños a la vida e integridad personal, al debido proceso y al patrimonio cultural de la nación.

Como medidas para el amparo de aquellos derechos pidió que (i) se deje sin efecto la Resolución N°1382 del 29 de Octubre de 2015, mediante la cual la ANLA otorgó la licencia ambiental para el proyecto vial en cuestión; se le ordene (ii) a la Concesión Costera suspender las actividades ligadas con el desarrollo del proyecto, en especial, las que tienen relación con el cierre de los caminos tradicionales de la comunidad *Mokaná*; y (iii) a la ANLA que adelante el trámite de consulta previa en las obras que adelante en su territorio ancestral.

Además, solicitó la adopción de una medida provisional, consistente en la orden inmediata de suspensión de la aplicación de la Resolución N°1382.

B. Actuaciones en sede de tutela

Repartido el escrito de tutela al Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Barranquilla, este admitió la demanda por auto del 21 de diciembre de 2017 en el que, además, negó la medida provisional “*puesto que acceder a ello sería dar la decisión de fondo en la presente acción*”⁸. En aquella decisión, el *a quo* no vinculó a ningún posible interesado.

Respuesta de las entidades demandadas

La **Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S.** precisó que ejecuta el proyecto vial en el marco del programa de concesiones viales de cuarta generación, con el propósito de reducir las brechas del país en infraestructura y de consolidar la red vial nacional. De dicho programa surge el proyecto bajo el esquema APP004 de 2014, cuyo marco normativo fue diseñado por el Ministerio del Interior, la ANLA y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (en adelante, ICANH).

Durante el trámite de las licencias ambientales, sostiene haber elevado consulta al Ministerio del Interior para las Unidades Funcionales 5 y 6 del proyecto, a las que corresponden las Resoluciones N°1383 y N°1382 de 2015, respectivamente, mismas que se encuentran sustentadas en la Certificación N°987 del 13 de julio de 2015 del Ministerio del Interior.

En esta última certificación se dejó constancia de que en el área de influencia del proyecto no se encontraron comunidades étnicas en la etapa de pre-construcción ni en la de construcción, y enfatizó en que se trata de un acto administrativo cuya legalidad ha de presumirse.

⁸ Cuaderno 1. Folio 57.

Indicó que, de cualquier forma, la comunidad *Mokaná* no tiene presencia en la zona de influencia del proyecto y, de esta manera, no puede concebirse la configuración de una invasión a su territorio.

Llamó la atención sobre el hecho de que los caminos de acceso que fueron mencionados por la accionante no han sido declarados bienes de interés cultural. La estación de pesaje a la que se refirió se instaló, pero su área es parte de un predio privado que ha sido utilizado como paso de la comunidad. A la Avenida Olivares se le hace mantenimiento constante y se entregará en las mismas condiciones en que el concesionario la encontró, conforme inventario. Y, por último, los separadores sobre los que la accionante muestra inconformidad, son de aquellos de tipo New Jersey cuya instalación lejos de comprometer los derechos fundamentales, evita la invasión del carril contrario por parte de los vehículos para evitar accidentes de tránsito.

Informó que la Concesión ya inició labores en la Unidad Funcional 5 (Resolución N°1383 de 2015) y, en efecto, en Barranquilla y en Puerto Colombia se han hecho rescates arqueológicos con la autorización del ICANH, como lo prevé la Ley 397 de 1997 y el Decreto Reglamentario 763 de 2009. Expresa que, contrario a lo manifestado por la accionante, no se han llevado a cabo extracciones arbitrarias y, en todo caso, el material arqueológico pertenece a comunidades que ya no existen.

Para finalizar, argumentó que no concurre prueba de la afectación a los derechos fundamentales o de la existencia de un perjuicio irremediable, razón por la cual la accionante debe acudir al medio de control de nulidad o a la acción popular.

El **Ministerio del Interior** manifestó que en el proceso que dio origen a la “*certificación N° 0632 del 6 de septiembre de 2017*” la zona de influencia del proyecto no incluye al municipio de Malambo, pues el proyecto en el marco del cual se expidió se concentra en Puerto Colombia y Galapa. Además, indicó que las certificaciones sobre la presencia de comunidades indígenas fueron expedidas de conformidad con la información aportada por el ejecutor del proyecto.

La **Autoridad Nacional de Licencias Ambientales** informó que mediante la Resolución N°1382 de 2015 se concedió licencia ambiental para el proyecto ubicado en los municipios Galapa, Puerto Colombia y Barranquilla; la Resolución N°1383 del mismo año concedió la licencia ambiental para el proyecto con desarrollo en Galapa y Malambo. Ambas fueron expedidas con arreglo a la certificación del Ministerio del Interior, según la cual no se presentan comunidades étnicas en la zona de influencia del proyecto.

Manifestó que cumplió su deber de exponerle a las empresas las obligaciones que engendra para ellas la presencia de comunidades indígenas en la zona de desarrollo e influencia del mismo. Así, en su favor, alegó buena fe exenta de culpa y falta de legitimación por pasiva, como quiera que no es la encargada ni de certificar la presencia de comunidades en el área, ni de solicitar la certificación.

Además, consideró que no se acreditó un perjuicio irremediable y existe una vía judicial que debe emplear la accionante para ventilar este asunto, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

La **Agencia Nacional de Infraestructura (ANI)** planteó que el contrato de concesión, bajo el esquema APPN°004 del 14 de septiembre de 2014, no afecta a ninguna comunidad en lo que atañe a las Unidades Funcionales 5 y 6. Se opuso a las pretensiones por falta de soporte jurídico, fáctico y probatorio.

Informó que la variación en los accesos a la vereda Montecristo afecta a un predio que era usado por las personas con la aquiescencia de su propietario (Inversiones Agropecuarias Vergara Parra S.A.S.), sin que el mismo dejara de tener naturaleza privada. Con todo, las afectaciones sobre el acceso a las veredas representan, en el caso de la vereda Tamarindo, una carga de entre 50 segundos y dos minutos de desplazamiento y se proyectan soluciones de conexión a la vía. En el caso de la tala de árboles, indicó que se harán las compensaciones ambientales del caso.

Solicitó, así, que se declare la improcedencia de la acción de tutela en la medida en que no se predica afectación a ningún derecho fundamental, no existe inmediatez, ni subsidiariedad, como tampoco legitimación por pasiva.

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

El Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Barranquilla profirió sentencia el 4 de enero de 2018, en la que declaró improcedente el amparo, como quiera que la certificación que sustenta la licencia ambiental fue solicitada y el proyecto fue socializado con la comunidad.

La comunidad accionante impugnó esa decisión con el argumento de que el territorio ancestral debe ser considerado como aquel que es ocupado y utilizado por la comunidad étnica, conforme lo ha precisado la Organización Internacional del trabajo (OIT). Destacó que es necesario tener en cuenta que los accesos viales son empleados, entre otros, por los niños de la comunidad para llegar a las distintas instituciones educativas a las que asisten (p.ej. la de la Bonga y Caracolí).

Mediante sentencia del 1° de marzo de 2018, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla resolvió revocar la decisión para, en su lugar, negar el amparo porque si bien la acción de tutela es el medio idóneo para resolver la materia en debate, no se vulneró ningún derecho por cuanto la ANLA procedió conforme la certificación del Ministerio del Interior.

Actuaciones de la Corte Constitucional en el trámite de Revisión

El asunto fue remitido a esta Corporación por el juez de segunda instancia. Se escogió para revisión por la Sala de Selección N°7 de 2018, mediante **Auto del 13 de julio de 2018** en el que se acumuló al expediente T-6.823.931.

La Magistrada sustanciadora, mediante el **Auto del 11 de septiembre de 2018**, vinculó a terceros interesados que no habían sido llamados a participar a este debate constitucional y solicitó pruebas.

A las autoridades vinculadas les advirtió la posibilidad de solicitar la nulidad de lo actuado en el proceso, hasta entonces. Al expediente (i) T-6.823.931 vinculó a la Agencia Nacional de Tierras (en adelante, ANT); y al expediente (ii) T-6.839.494, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, al Ministerio de Transporte, al Instituto Nacional de Antropología e Historia (ICANH) y a la sociedad Inversiones Agropecuarias Vergara Parra S.A.S.⁹ Dos de estas entidades pidieron la nulidad de lo actuado:

- Por un lado, la Agencia Nacional de Tierras (ANT), mediante comunicación del 17 de septiembre de 2018¹⁰ manifestó que, notificada ese mismo día de la decisión de vincularla a los asuntos de tutela en trámite, solicitaba la nulidad de todo lo actuado *“a partir del auto admisorio de las acciones de tutela, con fundamento en que la entidad (...) no fue notificada de las mismas”*¹¹.
- Por su parte, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible solicitó declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio en las solicitudes de amparo formuladas por las tres comunidades indígenas accionantes en cada uno de los asuntos acumulados¹², mediante correo electrónico del 19 de septiembre de 2018¹³. Sustentó su petición en *“la nulidad por indebida notificación (...) contemplada en el artículo 133 del Código General del proceso (sic)”*¹⁴, pues como quiera que no había sido vinculado a ninguno de los expedientes acumulados, *“se violó por parte de los jueces de instancia el Debido proceso y del Derecho de defensa”*¹⁵ de esa entidad.

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

⁹ Si bien esta última fue convocada mediante oficio que fue devuelto con la anotación *“Dirección errada”* (Cuaderno de Revisión. Tomo 3. Folio 1250 y ss.), este trámite le fue comunicado por parte de la primera instancia mediante oficio 2470 del 23 de noviembre de 2018 (Cuaderno 4. Folio 33).

¹⁰ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 286.

¹¹ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 291.

¹² Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 547 vto.

¹³ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 552.

¹⁴ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 548.

¹⁵ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 551 vto.

La Magistrada Sustanciadora, a través del mismo **Auto del 11 de septiembre de 2018**, solicitó elementos de juicio adicionales para resolver sobre el expediente de la referencia y luego de su desacumulación.

El mencionado auto destacó que la declaratoria de nulidad *“tiene como consecuencia dejar sin efectos todos los actos procedimentales realizados en este proceso, salvo las pruebas recaudadas (Énfasis del texto original)”*, lo que implica que, si bien fueron presentadas antes de la declaratoria de nulidad, componen el acervo probatorio que es útil para adoptar la decisión que corresponda en el asunto de la referencia. Por ende, serán relacionadas a continuación.

Se le ofició a la accionante¹⁶, al Ministerio del Interior¹⁷, a la Autoridad Nacional de Infraestructura (ANI)¹⁸, al Gobernador del Departamento del Atlántico y a los

¹⁶ “Decimoctavo. OFICIAR a la comunidad indígena “Mokana”, a través de su Gobernador Roque Jacinto Martínez Blanco, para que, en el término de cinco (5) días siguientes a la notificación del presente auto responda el cuestionario y suministre la información relacionados a continuación: // a) En el escrito de tutela denunció la extracción arbitraria de hallazgos arqueológicos, precise las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que tuvo conocimiento de los hechos en los que se sustenta su afirmación y amplíe las afirmaciones al respecto. // b) Precise aproximadamente cuántos miembros de la comunidad se ven afectados por el proyecto vial en desarrollo. // c) Destaque particularmente cuál es la relevancia de las vías de acceso en la relación diferenciada que tiene la comunidad con el territorio y cómo impacta su identidad cultural. // d) Remita copia de las decisiones del Juez 10 Civil del Circuito al que aludió en su escrito de tutela en el proceso de clarificación de los resultados y pronúnciese sobre el estado actual del mismo. Aclare si la decisión fue recurrida y si el proceso está en curso, en caso negativo precise el juzgado de segunda instancia que lo conoce. // e) Explique la naturaleza del listado con identificaciones, nombre y parcelas que se aportó con el escrito de tutela. // f) Aclare quién es Guido Sandoval y qué función cumple dentro de la comunidad, dado que aparece como peticionario de la solicitud del 28 de septiembre de 2016 que dio origen a la visita llevada a cabo por el Ministerio del Interior en la vereda Montecristo el 19 de octubre de 2016, cuyo formato de seguimiento fue aportado con el escrito de tutela. // g) Explique los planos aportados con el escrito de tutela y contextualice la información obrante en los mismos. // h) Haga claridad sobre la resolución que, pretende, quede sin efectos, pues dada la unidad funcional a la que responde la Resolución 1383 de 2015 (es la UF5) y que aquella sobre la que versa la Resolución 1382 no tiene labores emprendidas.”

¹⁷ “Tercero. OFICIAR al Ministerio del Interior para que, en el término de tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto, precise si en sus protocolos de certificación de la presencia de comunidades étnicas en el marco de proyectos viales, tiene en cuenta las vías de acceso a los territorios ocupados por ellas. Deberá especificar además cuál el procedimiento que lleva a cabo ante la solicitud de certificación para proyectos, obras y actividades relacionadas con la infraestructura vial, y si en desarrollo del mismo convoca (y con qué criterio) a las comunidades de la zona, más allá del área de influencia propuesta por el ejecutor o el estructurador de un proyecto.” También, “Decimonoveno. OFICIAR al Ministerio del Interior para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la comunicación de esta decisión, responda el siguiente cuestionario: // a) ¿La comunidad “Mokana” ha sido reconocida como grupo étnico? En caso afirmativo aporte los actos administrativos de reconocimiento y aquellos en los que conste la representación de las mismas. // b) ¿En qué lugar(es) se asienta esa comunidad? Discrimine entre lugares titulados, ocupados y utilizados, y precise sus coordenadas de ubicación. Señale las fuentes de la información empleadas para llegar a las conclusiones expuestas en su contestación a esta pregunta. // c) Remita copia de los soportes empleados en la consolidación de la certificación 0632 del 6 de septiembre de 2017 y 987 del 13 de julio de 2015, precise si en relación con ellas efectuó alguna constatación en campo y describa sus resultados. // d) En relación con el proceso administrativo que suscitó la solicitud de certificación para el proyecto vial Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad, ¿notificó a alguna de las comunidades circundantes? Explique los medios a través de los cuales lo hizo y, en caso de respuesta negativa, justifique. // e) En el marco del proyecto vial Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad informe cuántas certificaciones de presencia o inexistencia de comunidades étnicas ha expedido (aporte cada una de ellas), como el motivo que llevó a su emisión, y precise las posibles variaciones entre ellas en razón de la extensión y proximidad con los asentamientos indígenas de las comunidades de la zona de influencia. // f) ¿En el marco del proceso de certificación de la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad se hicieron visitas técnicas de verificación? En caso afirmativo aporte los registros y actas asociadas a las visitas técnicas, en especial las que tengan relación con las unidades funcionales 5 y 6.”

¹⁸ “Vigésimo. OFICIAR a la Autoridad Nacional de Infraestructura (ANI) y a la Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S. para que, por separado, dentro de los cinco (5) días siguientes a la comunicación de esta decisión, responda el cuestionario y aporte los documentos relacionados a continuación: // a) Informe cuál es el polígono actual del proyecto vial Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad, y cómo ha variado desde su etapa de estructuración. Explique las variaciones. // b) ¿Cuál es el estado del proyecto Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad, y en especial de las unidades funcionales 5 y 6? Precise cómo y en qué tiempos se ha desarrollado el mismo. // c) Aporten copia del contrato que suscribieron para ejecutar el proyecto vial Cartagena-Barranquilla y

Alcaldes de los Municipios de Malambo, Tubará, Galapa, Baranoa, Usiacurí, Piojó y Puerto Colombia¹⁹, a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales²⁰, al Instituto Colombiano de Antropología e Historia²¹, al Consejo Nacional de

Circunvalar de la Prosperidad y su cartografía. // d) Aporte una comparación cartográfica de las variaciones que ha sufrido el proyecto. Tenga en cuenta que las convenciones deben ser legibles y distinguibles entre sí. // e) Aporte el estudio de impacto ambiental del proyecto, en su última versión y los estudios que sustentaron la expedición de las certificaciones solicitadas y expedidas en el marco del mismo. // f) Conforme las respuestas suministradas en el trámite de instancia, entre las obligaciones contractuales estaba la solicitud de la certificación sobre presencia de comunidades indígenas por parte del ejecutor del proyecto al Ministerio del Interior y al INCODER, en su momento. ¿Se hizo la solicitud de certificación de tierras tituladas a los resguardos indígenas en la zona a través del INCODER? ¿se ha hecho con posterioridad a la liquidación de esta entidad? ¿cuál fue el resultado? // g) ¿Actualmente existe acta de inicio del contrato en lo que atañe a las unidades funcionales 5 y 6? // h) Aporte las constancias de socialización del proyecto Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad, específicamente sobre las intervenciones de las unidades funcionales 5 y 6, y en el caso de vallas o medios masivos de comunicación identifique cartográficamente dónde, cuándo y durante cuánto tiempo fueron ubicadas. // i) ¿Durante el desarrollo del proyecto ha tenido alguna solicitud u contacto con las comunidades accionantes en relación con el proyecto vial? ¿en qué momento? ¿de qué tipo? // j) ¿Cuándo se enteró de la presencia de las comunidades accionantes en las zonas aledañas al proyecto? ¿cuál fue el tratamiento (constataciones y decisiones) al respecto en relación con el desarrollo del mismo? // k) Precise si ¿al momento de hacer el estudio del impacto ambiental se tuvo en cuenta la afectación a las vías de acceso que resultaban comprometidas con el proyecto? En caso de haberse advertido explique la decisión al respecto y señale ¿cómo influyó ese hallazgo en la fijación del polígono que corresponde al área de influencia del proyecto vial en cuestión que sirvió tanto para la certificación del Ministerio del Interior, como de la emisión de la licencia ambiental? En caso de haberse descartado, explique los motivos que lo llevaron a ello. // l) Aporte el diseño actual del proyecto y su descripción en función de las vías de acceso conservadas, eliminadas y modificadas por el mismo en la zona de las unidades funcionales 5 y 6. // m) ¿Cuáles han sido las consecuencias que ha traído para la ejecución del proyecto los hallazgos arqueológicos hechos en desarrollo del mismo? Ello más allá de la solicitud y del procedimiento de extracción de los vestigios arqueológicos, y más en relación con la posible de presencia de comunidades indígenas que pueden sugerir. ¿Cómo descartó la presencia de comunidades étnicas vinculadas a los hallazgos arqueológicos encontrados? // n) En el escrito de contestación de la ANI se expuso que los accesos a las veredas representan un incremento mínimo en el tiempo de desplazamiento de los pobladores, de entre 50 segundos y dos minutos, ¿sobre qué condiciones y medios de transporte se hizo este cálculo? // o) En el escrito de contestación de la ANI se especificó que en relación con las variaciones sobre los accesos a las veredas se proyectó una solución consistente en la conectividad a la vía ¿cuál es el plazo de construcción de la misma y cuál fue la participación de las comunidades asentadas en las veredas para la consolidación de las afectaciones y las soluciones mencionadas? // p) Aporte la contestación remitida al juez de primera instancia, en la medida en que la impresión contenida en el expediente aparece incompleta y en algunos apartados es ilegible.”

¹⁹ “Vigésimo primero. OFICIAR al Gobernador del Departamento del Atlántico y a los Alcaldes de los Municipios de Malambo, Tubara, Galapa, Baraona (sic.), Usiacuri, Piojo y Puerto Colombia para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la comunicación de esta decisión, responda el siguiente cuestionario: // a) ¿Cuál es la ubicación de la comunidad “Mokana”? // b) ¿Cuáles son las vías de acceso a los asentamientos de esta comunidad? ¿con qué medios de transporte es posible acceder a ellos a través de estas vías? ¿cuál es la diferencia en tiempo entre las vías de acceso existentes? // c) ¿Cuáles son las diferencias en tiempo recorrido y medios de transporte posibles en cada una de las vías de acceso para llegar a las instituciones educativas de la Bonga y Caracolí, en las que se forman los niños de esta comunidad? // d) ¿Cuáles de las vías de acceso tienen relación de conectividad con el proyecto Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad? ¿Hay algunas que hayan sido cerradas u obstaculizadas permanente o transitoriamente por el desarrollo de dicho proyecto, cuáles son? // e) ¿Tiene conocimiento de que se hayan efectuado socializaciones o publicidad sobre el proyecto Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad, en qué condiciones y en caso de la publicación, cuándo, dónde y durante cuánto tiempo fue efectuada?” Además: “Vigésimo cuarto. OFICIAR (...) al Gobernador del Departamento del Atlántico y a los Alcaldes de los Municipios de Malambo, Tubara, Galapa, Baraona (sic.), Usiacuri, Piojo y Puerto Colombia para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la comunicación de esta decisión precisen si en la zona en que se desarrolla el proyecto Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad hay sitios de interés cultural (nacional o local, según sus propias competencias) declarados o en proceso de declaración. Señale si son causa de los hallazgos arqueológicos hechos en ella, de conformidad con lo relatado por la accionante y por el consorcio accionado y si alguna de esas declaratorias tiene relación con la comunidad “Mokana”.”

²⁰ “Vigésimo segundo. OFICIAR a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la comunicación de esta decisión: // a) Aporte las Resoluciones 1382 y 1383 de 2017, mediante las cuales otorgó las licencias ambientales alas unidades funcionales 6 y 5 del proyecto vial Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad. // b) Aclare si para cada una de las unidades funcionales expidió una licencia ambiental específica y relacione todas las licencias ambientales expedidas para la ejecución del proyecto vial Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad, e identifique las diferencias entre ellas. // c) Aporte la solicitud de licenciamiento ambiental que respalda cada una de las licencias ambientales expedidas para este proyecto vial, y el estudio ambiental que las acompaña. // d) Aporte la ubicación autorizada hasta el momento para el desarrollo de las unidades funcionales 5 y 6, con convenciones visibles, legibles y distinguibles entre sí. // e) Aporte copia de la página 3 de la contestación remitida al juzgado de primera instancia, dado que aparece mutilada en el expediente.”

²¹ “Vigésimo tercero. OFICIAR al Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la comunicación de esta decisión: // a) Precise cuál fue su intervención en la normatividad a la que

Patrimonio Cultural²², a la Defensoría del Pueblo²³, al Instituto Geográfico Agustín Codazzi²⁴, al Ministerio del Interior²⁵, a la Agencia Nacional de Tierras

se someten los proyectos viales de cuarta generación en el país, en especial en los CONPES 3760 y 3800. // b) Señale cuál fue el alcance de las autorizaciones emitidas en el marco de las unidades funcionales 5 y 6 del proyecto vial Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad, y si se otorgó tenencia de los hallazgos al concesionario o a la ANI de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la Ley 397 de 1997. Aporte copia de todas las autorizaciones emitidas. // c) Pronúnciese sobre la posible relación entre los hallazgos arqueológicos hechos en las unidades funcionales 5 y 6 del proyecto Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad y la presencia de la comunidad indígena “Mokana”. También se le pidió responder “a) ¿Cuál es la función de las vías de acceso a los territorios ocupados por las comunidades indígenas en la conservación de su identidad cultural y costumbres propias? // b) ¿Puede considerarse cualquier afectación sobre acceso al territorio una injerencia en las dinámicas sociales y económicas de una comunidad indígena? ¿Puede llegarse a la misma conclusión cuando existen vías alternativas de acceso a las comunidades? ¿En qué condiciones si y en qué condiciones no? // c) ¿Las vías de acceso al territorio ocupado, pueden y con qué alcance, ser considerado territorio ancestral de las comunidades indígenas? ¿en qué medida o bajo qué circunstancias? // d) ¿En qué medida la variación en los medios de transporte tradicionales, modifica las dinámicas sociales y económicas de una comunidad, y específicamente de las comunidades accionantes? // e) ¿Cuáles son las particularidades de las comunidades indígenas accionantes? // f) ¿Cómo se determina el origen de los hallazgos arqueológicos en el país y bajo qué criterios se determina su relación con una comunidad existente en la actualidad? // g) Dada la proximidad geográfica, ¿podría establecerse una relación entre los hallazgos arqueológicos encontrados en el segundo de los casos acumulados (Expediente T- 6.839.494) y la comunidad Mokana? Explique las razones.”

²² “Vigésimo cuarto. OFICIAR al Consejo Nacional de Patrimonio Cultural (...) para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la comunicación de esta decisión precisen si en la zona en que se desarrolla el proyecto Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad hay sitios de interés cultural (nacional o local, según sus propias competencias) declarados o en proceso de declaración. Señale si son causa de los hallazgos arqueológicos hechos en ella, de conformidad con lo relatado por la accionante y por el consorcio accionado y si alguna de esas declaratorias tiene relación con la comunidad “Mokana”.”

²³ “Primero. OFICIAR a la Defensoría del Pueblo para que, a través de su Defensoría Delegada para Grupos Étnicos y con el apoyo de sus regionales Cauca y Atlántico, haga un informe sobre las afectaciones que ha supuesto la construcción de los proyectos viales en cuestión para las comunidades demandantes. Lo anterior, previas constataciones en terreno sobre la naturaleza y alcance de las mismas, en especial de aquellas que tienen que ver con los caminos de acceso al territorio en el que se encuentran asentados sus habitantes. Tal informe deberá remitirlo a esta Corporación dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta decisión. Además de lo anterior, podrá emitir su concepto sobre los expedientes acumulados de la referencia. // Para lo anterior, deberá suministrársele copia de los escritos de tutela y de sus anexos, de las contestaciones, de las sentencias, de los escritos de impugnación y de esta providencia.”

²⁴ “Segundo. OFICIAR al Instituto Geográfico Agustín Codazzi con el objetivo de que, a partir de las escrituras e información sobre la ubicación de los territorios indígenas de las comunidades accionantes y de los polígonos certificados por el Ministerio del Interior, precise cartográficamente si existen traslapes entre ellos. Una vez sean recibidos por parte de esta Corporación, le serán remitidos los documentos correspondientes con el propósito de que se identifique la información y, desde entonces, tendrá el término de cinco (5) días para aportar su concepto y la cartografía al respecto.”

²⁵ “Tercero. OFICIAR al Ministerio del Interior para que, en el término de tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto, precise si en sus protocolos de certificación de la presencia de comunidades étnicas en el marco de proyectos viales, tiene en cuenta las vías de acceso a los territorios ocupados por ellas. Deberá especificar además cuál el procedimiento que lleva a cabo ante la solicitud de certificación para proyectos, obras y actividades relacionadas con la infraestructura vial, y si en desarrollo del mismo convoca (y con qué criterio) a las comunidades de la zona, más allá del área de influencia propuesta por el ejecutor o el estructurador de un proyecto.” También le solicitó responder el siguiente cuestionario: “a) ¿Las comunidades “La Laguna Siberia” y “Las Mercedes” han sido reconocidas como grupos étnicos? En caso afirmativo aporte los actos administrativos de reconocimiento y aquellos en los que conste la representación de las mismas. // b) ¿En qué lugar(es) se asientan estas comunidades? Discrimine entre lugares titulados, ocupados y utilizados, y precise sus coordenadas de ubicación. Señale las fuentes de la información empleadas para llegar a las conclusiones expuestas en su contestación a esta pregunta. // c) Remita copia de los soportes empleados en la consolidación de la certificación 856 de 2013 y 018 de 2017, y precise si para esta última efectuó alguna constatación en campo y describa sus resultados. // d) En relación con el proceso administrativo que suscitó la solicitud de certificación para el proyecto de Segunda Calzada Popayán - Santander de Quilichao, por parte de la ANI en 2013 y de Nuevo Cauca en 2017, ¿notificó a alguna de las comunidades circundantes, mismas que fueron nombradas en la certificación 856 de 2017 la iniciación del mismo? Explique la razón de la decisión adoptada sobre ese particular. // e) En el marco del proyecto vial Segunda Calzada Popayán - Santander de Quilichao informe cuántas certificaciones se han expedido (aporte cada una de ellas) y precise las variaciones que se han verificado sobre el polígono de la unidad funcional 3, en razón de su extensión y proximidad con los asentamientos indígenas de las comunidades “La Laguna Siberia” y “Las Mercedes”. // f) En el marco del proceso de certificación de la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto Segunda Calzada Popayán - Santander de Quilichao se emitió un concepto el 12 de julio de 2016, conforme el cual las variaciones del proyecto implicaban la necesidad de desarrollar visitas técnicas. Aporte dicho concepto, como también los registros y actas y asociadas a las visitas técnicas, en especial las que tengan relación con la unidad funcional 3. // g) Explique la razón por la cual a diferencia de las Certificaciones expedidas en el caso de las unidades funcionales 1, 2 y 4 y aquella emitida para la 3, sobre (i) el análisis de elementos del contexto y de la dinámica de la zona, y (ii) la referencia a los canales de comunicación de la población y su incidencia en las distintas certificaciones.”

(ANT)²⁶ y a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA)²⁷.

Además en dicho auto se invitó a participar a la Facultad de Humanidades (Departamento de Antropología) de la Universidad Nacional de Colombia, a la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de los Andes, a la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas (Departamento de Antropología) de la Universidad de Antioquia, a la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales (Programa de Antropología) de la Universidad del Cauca, a la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), al Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) y a Autoridades Indígenas de Colombia (AIC), a quienes les planteó un cuestionario²⁸. Adicionalmente, invitó a participar a este debate a los grupos de investigación reconocidos por el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colciencias) que se concentran en el tema.

También se convocó a las Universidades Nacional, de los Andes, del Rosario, del Cauca, del Norte, Externado, de Antioquia y al Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Dejusticia, para que participaran con sus conceptos en relación con la problemática de la consulta previa ante impactos relacionados con las vías de acceso a territorio étnico ocupado y no titulado.

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

Roque Blanco Martínez, en calidad de Gobernador indígena *Mokaná* del territorio de Malambo (Atlántico), manifestó que aproximadamente un año antes de su intervención en sede de revisión, tuvo conocimiento de la destrucción de la artesanía ancestral de la comunidad, gracias a la alerta de una persona²⁹. A raíz de ello participó en reuniones con la sociedad ejecutora del proyecto, en las que

²⁶ “Sexto. OFICIAR a la Agencia Nacional de Tierras (ANT) para que, en el término de cinco (5) días siguientes a la notificación del presente auto, precise la ubicación de las tierras tituladas reconocidas a las comunidades accionantes.”

²⁷ “a) Aporte la Resolución 0923 del 8 de agosto de 2017, mediante la cual otorgó la licencia ambiental para la ejecución de la unidad funcional 3 del proyecto Segunda Calzada Popayán - Santander de Quilichao Pescador-Mondomo. // b) Aclare si para cada una de las unidades funcionales expidió una licencia ambiental específica y relacione todas las licencias ambientales expedidas para la ejecución de la Segunda Calzada Popayán - Santander de Quilichao, con las diferencias entre ellas. // c) Aporte la solicitud de licenciamiento ambiental que respalda cada una de las licencias ambientales expedidas para este proyecto vial, y el estudio ambiental que las acompaña. // d) Aporte la ubicación autorizada para el desarrollo de la unidad funcional 3, con convenciones visibles, legibles y reconocibles. // e) Aporte copia de los conceptos mediante los cuales desestimó la posibilidad de que el proyecto en mención se hiciera como un Plan de Mejoramiento a la Guía Ambiental (PAGA) y no con licencia ambiental.”

²⁸ “a) ¿Cuál es la función de las vías de acceso a los territorios ocupados por las comunidades indígenas en la conservación de su identidad cultural y costumbres propias? // b) ¿Puede considerarse cualquier afectación sobre acceso al territorio una injerencia en las dinámicas sociales y económicas de una comunidad indígena? ¿Puede llegarse a la misma conclusión cuando existen vías alternativas de acceso a las comunidades? ¿En qué condiciones si y en qué condiciones no? // c) ¿Las vías de acceso al territorio ocupado, pueden y con qué alcance, ser considerado territorio ancestral de las comunidades indígenas? ¿en qué medida o bajo qué circunstancias? // d) ¿En qué medida la variación en los medios de transporte tradicionales, modifica las dinámicas sociales y económicas de una comunidad, y específicamente de las comunidades accionantes? // e) ¿Cuáles son las particularidades de las comunidades indígenas accionantes? // f) ¿Cómo se determina el origen de los hallazgos arqueológicos en el país y bajo qué criterios se determina su relación con una comunidad existente en la actualidad? // g) Dada la proximidad geográfica, ¿podría establecerse una relación entre los hallazgos arqueológicos encontrados en el segundo de los casos acumulados (Expediente T- 6.839.494) y la comunidad Mokana? Explique las razones.”

²⁹ No precisó si pertenece o no a la comunidad.

reconocieron los hallazgos arqueológicos hechos en “*los mango (sic.)*”³⁰, lugar sagrado de la comunidad. En relación con ellos, se puso de presente a la Concesionaria que estos le pertenecían a la comunidad *Mokaná*.

Sostuvo que, con el desarrollo del proyecto vial en cuestión, se ve afectada la comunidad asentada en Malambo, pues el proyecto vial la divide y, así, afecta sus usos y costumbres, sus lugares sagrados y su actividad económica: la agricultura.

Los caminos ancestrales se han cerrado, a pesar de que son vía de acceso para acceder a múltiples servicios y transportar los alimentos que cultivan; si bien se han previsto retornos, estos no responden a sus dinámicas y necesidades.

Incluso han debido encerrar a sus animales y ahora, con la tala de árboles, las condiciones térmicas han variado considerablemente en la zona y las plantas medicinales, a cuyo cultivo se dedican, cada vez son más escasas. Además, el trazado vial ahoga los cultivos de la comunidad.

Puntualizó que pretende que quede sin efecto la Resolución N°1383 de 2015 porque desconoce la presencia de los *Mokaná* en el municipio de Malambo.

La **Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S.** explicó que el acta de inicio de la fase de construcción del proyecto fue suscrita el 3 de noviembre de 2015. Al 31 de agosto de 2018, se había ejecutado en un 88,07%: la Unidad Funcional 5 presenta un avance del 99,51% y las obras están finalizadas; por su parte, la Unidad Funcional 6, presenta un avance del 57.80% y tiene un plazo de ejecución de 30 meses que finaliza el 2 de octubre de 2019.

Anotó que, en el área de influencia directa, se hicieron socializaciones con la comunidad. Adicionalmente se instalaron vallas en varios puntos del proyecto.

Durante su desarrollo, el proyecto presentó una única variación en la Unidad Funcional 6, en el área urbana de Barranquilla y el Municipio de Puerto Colombia, en cuanto a su área de afectación. Modificado el trazado, el Ministerio del Interior certificó la NO presencia de grupos tribales en la zona afectada por la modificación, a través de las certificaciones N°0932 del 6 de septiembre y N°0413 del 19 de diciembre, ambas de 2017. A partir de ese criterio, se obtuvo la licencia ambiental a través de las resoluciones N°1382 y N°1383 del 2015.

La sociedad enfatizó en que el Ministerio del Interior es la autoridad pública con competencia privativa para certificar la presencia o existencia de comunidades en determinado sector, con el propósito de establecer la necesidad de adelantar los procesos de consulta previa que correspondan. En esa medida, reiteró que en la zona de influencia del proyecto no existen comunidades étnicas, de conformidad con los hallazgos hechos por el Ministerio del Interior.

³⁰ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 573.

En relación con la pregunta de si había tenido contacto alguno con la comunidad accionante, el Concesionario señaló que del 22 de junio de 2017 recibió un PQRS (el cual se adjuntó), a través del cual Edinson Martínez Cerra, Gobernador *Mokaná* Galapa, solicitó reunión para tratar temas referentes al proyecto y poner de manifiesto la presencia indígena de su etnia en las regiones por las que atraviesa la Circunvalar. El 3 de agosto de 2017, la sociedad le explicó al peticionario el proceso de obtención de la Licencia Ambiental y su apoyo en la certificación del Ministerio del Interior. La Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S. hizo énfasis en que, aun así, *“no ha encontrado ninguna comunidad étnica dentro del área de influencia, ni durante la fase de preconstrucción (...) ni durante la construcción”*³¹.

Explicó que los accesos veredales fueron considerados en el diseño y la ejecución del proyecto, de modo que aquellos interceptados por el proyecto *“se restituirán en iguales o mejores condiciones”*³². No existe necesidad de que haya cruces directos en la Circunvalar y los usuarios deben hacer los giros y retornos dispuestos en ella, mismos que si bien incrementan los tiempos de desplazamiento, lo hacen en entre 50 y 120 segundos³³, aproximadamente. Informó que ninguna vía de acceso veredal fue eliminada.

Por último, en relación con los hallazgos arqueológicos, precisó que diseñó e implementó el programa de arqueología preventiva, autorizado por el ICANH. Los materiales encontrados provienen de *“Puerto Colombia, Malambo, Galapa y el Distrito de Barranquilla”*³⁴ y una vez terminen los análisis, el inventario y el registro de materiales, se remitirá el informe del caso al ICANH. Hizo hincapié en que *“de acuerdo con los registros y análisis realizados hasta el momento, el material arqueológico encontrado, pertenece a comunidades que ya no existen en la zona, en la cual no se ha ubicado históricamente resguardo indígena alguno”*³⁵.

La **Gobernación del Atlántico** sostuvo que, según información suministrada por el Ministerio del Interior, las comunidades indígenas *Mokaná* del Departamento del Atlántico se ubican en los municipios de Baranoa (casco urbano y corregimientos de Sibarco y Pítal de Megua), Galapa (casco urbano y corregimiento de Paluato), Puerto Colombia (casco urbano), Malambo (casco urbano), Tubará (casco urbano y corregimientos de Bajo Ostión, Guaymaral, Juaruco, Cuatro Bocas, Puerto Caimán, Corrales de San Luís y el Morro) y Usiacurí (casco urbano y corregimientos de Luriza y Pueblo Nuevo). Diariamente, tiene contacto con sus autoridades por lo que da fe de su presencia en el territorio del departamento.

³¹ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 596 vto.

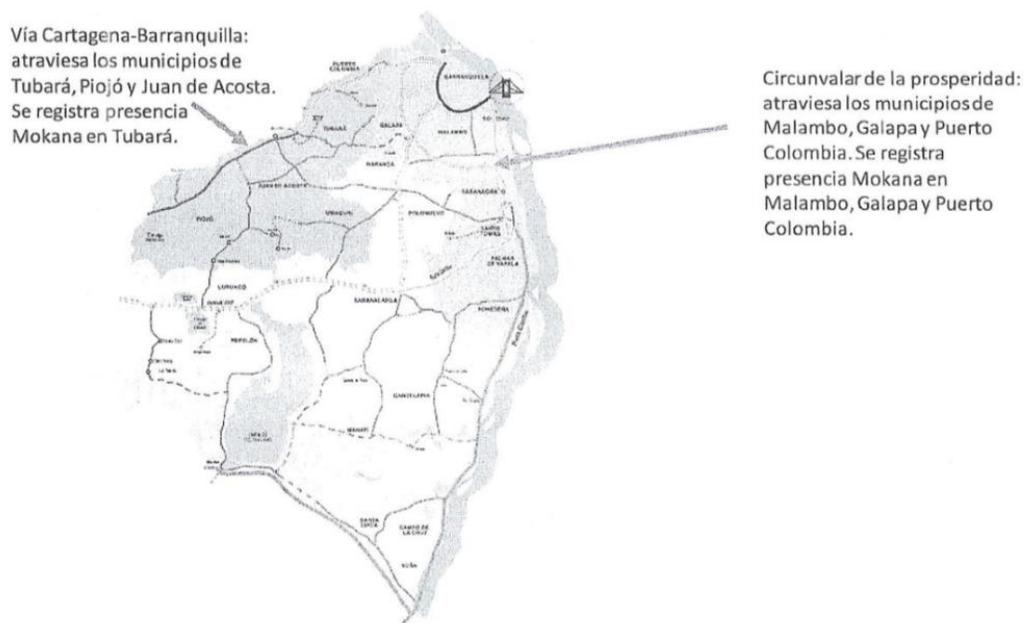
³² Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 597.

³³ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 599. Aclaró: *“La base para el cálculo se realizó sobre un medio de transporte automotor que circula sobre el proyecto con una velocidad igual a la velocidad de diseño, el análisis arrojó que los incrementos en tiempo oscilan entre 50 segundos y 120 segundos.”*

³⁴ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 598 vto.

³⁵ *Ibídem.*

Presentó un mapa en el que dio cuenta de los municipios con presencia *Mokaná* que tienen conexidad con el proyecto vial en cuestión:



En relación con el proyecto, sostuvo que este es de competencia del Gobierno central al corresponder a una vía de categoría principal o nacional. Sin embargo, aportó un “*Estudio de Tránsito de la Intersección de la Circunvalar de la Prosperidad con la Vía Malambo-Caracolí*” gestionado por la Gobernación y elaborado por la Sociedad de Ingenieros del Atlántico, como resultado de las quejas de la población, que se ha visto afectada por el corte que genera la obra sobre la vía Malambo-Caracolí-Cordialidad.

Según este estudio, de julio de 2018, es preciso considerar no solo el tiempo que implica toda la maniobra del retorno (demora en el cruce, entrecruzamiento, hasta el retorno, demora en el retomo para incorporarse, entrecruzamiento y recorrido hasta el sitio del cruce) como se ha analizado hasta ahora, sino los costos operacionales adicionales totales en que los que incurren los usuarios. Este análisis encontró que no se conoce el impacto real del proyecto y que este no responde a las preocupaciones de la comunidad en ese punto específico de la vía.³⁶

La **Alcaldía Municipal de Malambo** señaló que la comunidad *Mokaná* ha sido reconocida por el Ministerio del Interior, pero no tiene territorio definido.

Manifestó que, en relación con el proyecto, este ha sido socializado. Interrumpió temporalmente la vía Caracolí, lo que generó una problemática; la comunidad, en general, ha denunciado que los retornos son distantes y no cuentan con alumbrado y señalización. En razón de ello, se sugirió la construcción de un puente elevado o una glorieta, sin que el municipio haya obtenido respuesta al respecto.

³⁶ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folios 637 y ss.

Finalmente, aseguró que (i) tiene un contrato de transporte escolar terrestre para asegurar el acceso de los estudiantes a las instituciones educativas del Municipio de Malambo; y (ii) no cuenta con información sobre los hallazgos arqueológicos referidos por la accionante³⁷.

La **Alcaldía Municipal de Galapa** manifestó que la comunidad *Mokaná* no tiene ubicación específica, se encuentra dispersa en el territorio del municipio y corresponde a un 26,7% de la población que lo habita³⁸. Como quiera que el municipio fue un asentamiento *Mokaná* prehispánico, los hallazgos arqueológicos pueden tener relación con los actuales miembros del conjunto tribal.

La **Alcaldía Municipal de Usiacurí** aclaró que el Proyecto Vial Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad no tiene influencia en su territorio y ninguna de sus vías tiene relación de conectividad con él.

Sin embargo, adujo que la comunidad *Mokaná* tiene asiento en el Municipio, pero no se ubica en un lugar o resguardo particular. Sus miembros conviven y forman grupos familiares con el resto de los habitantes. Para movilizarse emplean los medios de transportes que usa el grueso de la población.

La **Alcaldía de Puerto Colombia** precisó que los *Mokaná* no tienen un asentamiento específico. Ellos siembran, cazan, pescan, comercializan productos en varias veredas (p.ej. Bajo Ostión, Capicúa y Cucamba, y en los corregimientos el Morro, Caño Dulce, Puerto Velero, Puerto Caimán y Playas de Tubará) en las que tienen presencia. Tienen acceso al territorio por la Vía al mar Barranquilla Cartagena, por la antigua ruta de la sal, la carretera vieja del corredor universitario, la vía a los manatíes, por las que se transita en motocicleta, carro, a pie, en burro, caballo, mula o bicicleta.

Informó que en Puerto Colombia “*la Autopista vía al Mar Cartagena Barranquilla tiene obstaculizada y cerrada la vía originaria al Corregimiento de Bajo ostión de Tubará*”, en donde los *Mokaná* tienen familiares y ejercen diferentes actividades agrícolas, pecuarias y de cacería. En esta vía se ha previsto un retorno que traslada la entrada al camino ancestral más de un kilómetro y “*cambia todo ambiente de transito (sic.) de las familias Mokaná*”³⁹.

Para finalizar, pone de presente que en la “*Y de los Chinos*” se encontraron piezas arqueológicas de la comunidad actora y, aparentemente, un cementerio de un caserío antiguo precolombino *Mokaná*.

La **Alcaldía Municipal de Baranoa** aseguró que es territorio ancestral de la etnia *Mokaná* y que los municipios por los que pasa la Circunvalar de la Prosperidad

³⁷ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 656.

³⁸ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 663.

³⁹ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 720.

(Malambo, Galapa, Tubará y Puerto Colombia) hacen parte de sus antiguos resguardos. Algunas de sus vías son ancestrales y sirven a su labor agricultora y al intercambio y la comunicación entre miembros de ese grupo étnico. La fijación de retornos distantes dificulta el uso de animales de carga e incrementa los costos de la comercialización de los productos agrícolas y de la comunicación entre los miembros del grupo tribal.

Llamó la atención sobre los desplazamientos de los menores de edad y planteó que el cierre de los caminos ancestrales no solo eleva los costos de la movilidad, sino que representa riesgos para los niños, por tratarse de vías de transporte rápido y pesado, con velocidades cercanas a los 80 km por hora.

Finalmente, precisó que la denuncia sobre la pérdida de los árboles y la biodiversidad del bosque seco tropical que predomina en el área, incrementa los niveles de temperatura en desmedro de las condiciones de vida de la comunidad indígena, pues hasta el momento no se han hecho las compensaciones forestales a las que hay lugar. También precisó las particularidades históricas del pueblo *Mokaná*, con argumentos que comparte con la Organización Nacional Indígena de Colombia (como se expondrá más adelante en el apartado dedicado a la respuesta de esta asociación)⁴⁰.

El **Ministerio de Cultura** informó que el Consejo Nacional de Patrimonio Cultural es el encargado de asesorar al Gobierno Nacional en la salvaguardia, protección y manejo del patrimonio cultural de la Nación. Dio respuesta a la petición de la Corte en el sentido de afirmar que, según el listado de bienes de interés cultural del ámbito nacional, en la zona no hay ninguno.

La **Defensoría del Pueblo**, durante dos días, llevó a cabo una visita de verificación a través de la Defensoría Delegada para los Grupos Étnicos y la Regional Atlántico, conforme lo ordenó el Auto del 11 de septiembre de 2018. Hizo un acercamiento inicial a las autoridades ancestrales para la concertación del proceso y se acordó una reunión inicial con el equipo técnico y la elección de los puntos geográficos por examinar.

En la reunión inicial: (i) se indagó por el acercamiento que había hecho la Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S. a la comunidad y se preguntó si se había llevado a cabo la consulta previa, en relación con lo cual los miembros de la comunidad sostuvieron que no fueron citados a un proceso de esa naturaleza, pese a que en 2016 esa sociedad citó a la comunidad en general; y (ii) se fijaron diez puntos de verificación a lo largo de la Circunvalar de la Prosperidad.

La comisión de verificación identificó afectaciones generalizadas en la zona y algunas específicas para la comunidad *Mokaná*. Pudo establecer que el lugar en el que se construyó la carretera estaba compuesto por un conjunto de parcelas y

⁴⁰ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 796 y ss.

caminos comunales, empleados por los campesinos e indígenas de la zona. Sin embargo, la interrupción de las vías ha generado una fractura grave en el “*relacionamiento tradicional de la zona*”⁴¹, pues las familias *Mokaná* fueron divididas por el proyecto.

Adicionalmente, el tránsito peatonal y el de carro de mula (medio de transporte tradicional *Mokaná*), se han visto restringidos, lo que representa dificultades para el desplazamiento de los miembros de la comunidad, especialmente de los menores de edad y de las personas en condición de discapacidad que ahora se ven limitadas para movilizarse en forma autónoma e independiente por el territorio⁴². Por otro lado, los cierres segregan el corregimiento de Caracolí, donde se encuentran la escuela, la biblioteca, el comercio y la casa indígena, entre otros lugares de interés para la comunidad.

Si bien existen algunas vías de conexión, estas se han mantenido debido a las manifestaciones de la comunidad, pese a lo cual se proyecta su cierre para el momento de la entrega de la obra. En cualquier caso, la Defensoría manifestó su preocupación porque no existen puentes peatonales o intersecciones que aminoren los impactos sobre las actividades y relaciones entre los miembros de la comunidad. En sus propios términos, en la zona, “*las afectaciones al desarrollo de la cultura, son de altísima preocupación, pues es este elemento el que permite la diferenciación entre las distintas comprensiones del mundo, y el reconocimiento y respeto por los derechos fundamentales, colectivos e integrales de estos pueblos para la garantía de su integralidad y pervivencia*”⁴³.

Algunos canales de conducción de agua generados por el proyecto se encuentran bajo la carretera y desembocan en el área que la comunidad dedica para su actividad predominante: la agricultura. La comunidad cultiva frutas, plantas medicinales tradicionales, teje hamacas y el totumo y el algodón, son indispensables para elaborarlas.



El pueblo *Mokaná* tiene una economía de subsistencia basado en la agricultura, algunos de los productos que cultivan y venden en Barranquilla son el melón, la sandía, la yuca, saragoza, entre otros. Como se puede apreciar en la foto 10, el desagüe cae directamente sobre un cultivo de yuca, sandía y melón.

⁴¹ Cuaderno de Revisión. Tomo 3. Folio 1242.

⁴² Cuaderno de Revisión. Tomo 3. Folio 1243 vto. Así lo sostiene una persona de la comunidad, que manifestó: “*Nos sentimos afectados por la construcción de la báscula en la entrada del camino, no nos sentimos seguros para salir, porque yo no veo ... y si quiero salir tengo hacerlo en compañía de alguien de mi familia, cuando antes lo hacía solo*”.

⁴³ Cuaderno de Revisión. Tomo 3. Folio 1242 vto.

El agua ha inundado parcelas y los cultivos han sido afectados, por lo que a la Defensoría del Pueblo le inquieta la seguridad alimentaria de la comunidad y, en relación con ella, la autonomía e independencia que logra este pueblo a través de la agricultura, para su subsistencia y su comercialización.

Otro aspecto sobre el que se manifestó la comunidad en la sesión de verificación en terreno fue la muerte de animales como los osos perezosos, iguanas y ardillas a causa del tránsito vehicular y de la construcción de separadores viales altos, mismos que también inciden negativamente en el proceso de su apareamiento.

Por último, la comunidad planteó que no dispone de información suficiente sobre el estado actual de las piezas arqueológicas encontradas, lo que compromete su integralidad cultural. Para la Defensoría, es necesario que la comunidad *Mokaná* acceda a la información relacionada con este material.

En conclusión, la Defensoría del Pueblo considera que las comunidades que conforman el pueblo Mokaná debieron ser convocadas un proceso de consulta previa en relación con el proyecto vial sobre el que trata esta acción de tutela, pues este se desarrolla sobre su territorio ancestral y, en él, se observan afectaciones e impactos graves para su existencia e identidad.

El **Ministerio del Interior** adujo que tiene la obligación de certificar la presencia de grupos étnicos en el área de influencia de los diferentes proyectos que surjan en Colombia. Para cumplirla, coteja el área de influencia, establecida a partir de las coordenadas suministradas por el solicitante, y las bases de datos de la ANT (anterior INCODER e INCORA), el IGAC y las de su Dirección de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras. El propósito es establecer si la zona delimitada por el solicitante “*coincide(...) con: a) un territorio legalmente constituido, o b) con presencia de comunidades étnicas*”⁴⁴.

Conforme los parámetros establecidos en la Directiva Presidencial N°10 de 2013, en los procesos de infraestructura, es necesario que las entidades del sector soliciten la certificación una vez se publique la contratación en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP). En su solicitud deben precisar las coordenadas del proyecto y el objeto del mismo, en todos sus tramos.

Ante la duda sobre la presencia de una comunidad étnica en la zona de influencia del proyecto, el Ministerio programa una visita de verificación en campo, con el acompañamiento de los interesados, pero concentrándose en la zona de influencia del proyecto. Sin embargo, la Directiva Presidencial no ofrece ningún criterio u orientación para el desarrollo de estas visitas.

⁴⁴ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 186 vto.

En relación con la comunidad *Mokaná*, el Ministerio informó que, consultadas las bases de datos⁴⁵, en el Departamento del Atlántico hay 14 parcialidades indígenas pertenecientes a ese pueblo. Están asentadas en los cascos urbanos de Galapa, Baranoa, Puerto Colombia, Malambo y Tubará, último municipio que no está en el área de influencia del proyecto vial en cuestión.

Según la “*Investigación y estudio etnológico de la comunidad Mokana ubicada en el Departamento del Atlántico, municipios de Puerto Colombia, Galapa, Malambo y Baranoa*”⁴⁶, presentado el 25 de mayo de 2006 por el Ministerio del Interior, para esa cartera los *Mokaná* descienden del grupo indígena Mocaná⁴⁷ de filiación lingüística Carib perteneciente a los Malibues, quienes para el momento de la Conquista habitaban la región. Se dedican a la agricultura, la recolección, la pesca y la caza, pese a que en algunas zonas se encuentra ganadería extensiva y una dependencia en aumento del trabajo asalariado por parte de sus miembros “*en las zonas urbanas como es el caso de Barranquilla, donde diariamente se desplazan cientos de pobladores*”⁴⁸.

Si bien, en buena medida, los miembros de la comunidad están integrados a la sociedad mayoritaria y ello ha significado la pérdida de algunos aspectos de su cultura, como lo es la lengua, los *Mokaná* “*conservan elementos propios que permiten identificarlos como un grupo indígena*”⁴⁹.

Ante los permanentes procesos de aculturación que pesan sobre la comunidad desde el mismo momento de la Conquista, este pueblo se ha esforzado por recuperar sus tradiciones y por exigir su reconocimiento por parte del Estado⁵⁰, en un proceso de constante reindigenización que parte de la renovación y la significación del pasado para consolidar un plan de vida y de identidad común⁵¹. Su autoadscripción identitaria es reconocida por los pueblos indígenas cercanos e incluso las autoridades locales han posesionado los cabildos, como uno de los ejes centrales de la organización política *Mokaná*⁵².

Para este conglomerado indígena el territorio constituye un nexo con su historia ancestral, “*al haber sido un lugar de encuentro entre grupos de filiación Carib y*

⁴⁵ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 190 vto. a 191. Las bases de datos que sirvieron de soporte a estas afirmaciones fueron aquellas “*propias de la Dirección de Consulta Previa y las que administran la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom, y la Dirección de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, la cartografía georeferenciada creada por el Ministerio del Interior, el IGAC y el INCODER. Para el caso particular de las comunidades y/o parcialidades de Mokaná, esta información se halló en las bases de datos de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior.*”

⁴⁶ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 201 y ss.

⁴⁷ Sobre las diferencias entre *Mokaná* y Mocaná, el Ministerio del Interior presenta una investigación sobre la cultura del pueblo, en la que una de sus habitantes sostiene: “*Ser indígena Mokaná es también, como la palabra Mokaná, significa indio trabajador con K y con C indio sin pluma, entonces de ahí viene que ser indígena Mokaná es ser un indio luchador, trabajador, un indio que busca el progreso para la comunidad*”.

⁴⁸ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 203 vto.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 204 vto. y 205.

⁵² Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folios 204 y 207.

Arawak”⁵³, de modo que, por ejemplo, Tubará es lo que los *Mokaná* llaman el centro del mundo.

La Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías precisó que este pueblo se caracteriza por:

“Conserva[r] buena parte de sus tradiciones económicas, estas son el cultivo de maíz millo, maíz tradicional, ñame, batata, yuca, entre otras especies, diferenciándose en forma radical de la concepción capitalista, puesto que realizan estas actividades en pequeña escala con escaso o nulo apoyo de las tecnologías modernas de producción: dentro de un concepto de economía integral, encontramos otras actividades de carácter tradicional, tales como la cría de animales domésticos (gallinas, pavos, cerdos, aves ornamentales, tortugas morrocoy, perros y gatos) a los cuales se les alimenta con las cosechas del campo: también se tiene buena parte de la gastronomía indígena como los bollos de millo, maíz o yuca, la chicha, las sopas y los dulces, que son complementados con alimentos como el arroz, la carne de res y en ocasiones los enlatados, además el pescado ha sido parte de la dieta tradicional indígena.

Con relación a la vivienda y recursos comunitarios los Mokaná tienen un patrimonio colectivo constituido por los caseríos, las instituciones educativas, los caminos, los centros de salud abandonados, los pozos artesanales que son el fruto del esfuerzo colectivo de los antiguos y actuales indígenas Mokaná, quienes en interacción con agentes externos son los artífices del actual patrimonio de sus creencias y tradiciones, no se puede entender la actual cultura del municipio sin el aporte indígena, porque este ha sido fundamental en el crecimiento y desarrollo del Atlántico donde la prueba fehaciente de la amalgama de culturas son las tradiciones populares, las fiestas religiosas y los carnavales, (...) [entre los pueblos que dan variedad cultura a la zona] encontramos la cultura Mokaná que ha sobrevivido hasta el presente y deja clara muestra de su existencia en las comunidades de Baranoa, Puerto Colombia, Malambo y Tubará, entre otros.

Las pocas tierras que poseen algunos comuneros Mokaná de Tubará, si bien no tienen el carácter de colectivas ni comunitarias, si benefician en alto grado a la comunidad, es por ello que aún se consumen muchas de las comidas tradicionales y aún se disfruta de las bondades de un territorio indígena, además en la conciencia de los Mokaná, todavía subsiste la imagen de territorio tradicional, aquel donde ha crecido la mayoría, donde se aprendieron los principales rudimentos para la vida del presente.

⁵³ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 205 vto.

La unidad básica de la organización social de las comunidades Mokaná (...) es la familia que (...) conserva ciertas características que la proyectan mucho más allá de la familia nuclear, mediante la conformación de redes de apoyo de familias amplias, que se fortalecen por solidaridad mutua”⁵⁴.

Todas las parcialidades *Mokaná* se reconocieron a partir del año 2006, cuando la cartera ministerial constató que tenían rasgos comunes y “*la existencia de un conjunto integral de valores identitarios que la distinguen de las demás, así como del resto de la población colombiana*”⁵⁵. Verificó que se trata de un “*conjunto de familias (...) que tienen conciencia de identidad y comparten valores, rasgos, usos y costumbres de su cultura, así como formas de gobierno, gestión, control social, sistemas normativos propios que la distinguen de otras comunidades tengan o no títulos de propiedad*”⁵⁶.

La Dirección precisó que las parcialidades *Mokaná* fueron tenidas en cuenta en el censo elaborado por el DANE en 2005. El Ministerio del Interior⁵⁷ las reconoció, aunque ninguna cuenta con territorio titulado o propio; se asume que los territorios ocupados por ellas coinciden con los referenciados en los actos administrativos de reconocimiento.

El Ministerio aportó las certificaciones N°987 de 2015 y N°932 de 2017, expedidas por solicitud de la Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S para las Unidades Funcionales 5 y 6 del “*Contrato de concesión para la financiación, elaboración de estudios y diseños definitivos, gestión ambiental, gestión predial, gestión social, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del corredor proyecto Cartagena-Barranquilla y circunvalar de la Prosperidad*”⁵⁸. En relación con la certificación N°0632 adujo que no se relaciona con el proyecto vial en mención.

Según lo manifestó la entidad, esas dos certificaciones (la N°987 de 2015 y N°932 de 2017), como todas las demás que refieren a la falta de presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto en mención, solo fueron notificadas al ejecutor del mismo, como quiera que no se advirtió la presencia de terceros en la actuación administrativa. Sin embargo, a todos los actos administrativos de la entidad se les da publicidad a través de su página web en la que pueden ser consultados por quienes se encuentren interesados en ellos.

⁵⁴ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 196 a 197.

⁵⁵ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 202.

⁵⁶ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 201.

⁵⁷ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 190 vto. Lo hizo a través de los siguientes actos administrativos: (i) OFI06-12023-DET-1000 (según anexo 14, 14 folios), (ii) Resolución 0043 del 7 de marzo de 2014 de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior (anexo 15, 9 folios); (iii) Resolución 030 del 28 de marzo de 2018 de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior (anexo 16, 6 folios); y (iv) Resolución 031 del 28 de marzo de 2018 de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior (anexo 17, 6 folios).

⁵⁸ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 191.

La **Agencia Nacional de Infraestructura (ANI)** informó que el desarrollo del proyecto vial Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad, fue previsto en varios periodos de ejecución. Una etapa preoperativa, compuesta por la fase de Preconstrucción y la de Construcción, y una etapa de Operación y Mantenimiento. La Preconstrucción se desarrolló entre el 4 de noviembre de 2014 y el 3 de noviembre de 2015 y ya concluyó; la Construcción entre el 4 de noviembre de 2015 y el 3 de noviembre de 2018, y se prolongará hasta el 2 de octubre de 2019, dados algunos eventos “*eximentes de responsabilidad*”; y la Operación y el mantenimiento tendrá lugar desde el día siguiente a la finalización de la construcción y se llevará a cabo hasta el 3 de noviembre de 2021⁵⁹.

La entidad destacó que, según la firma interventora, el proyecto tiene el siguiente avance:

DESCRIPCION	COMIENZO	FIN	PROGRAMADO	EJECUTADO
TOTAL	03-nov-15	25-sept-19	89,07%	87,55%
UF 1	01-abr-16	30-dic-18	85,14%	87,21%
UF 2	01-abr-16	18-oct-18	99,38%	99,86%
UF 4	01-feb-16	21-dic-17	100,00%	100,00%
UF 5	03-nov-15	18-oct-18	100,00%	95,21%
UF 6	01-feb-16	2-oct-19	63,91%	59,75%

ACTIVIDAD	UND	TOTAL A EJECUTAR	TOTAL EJECUTADO Km	FALTANTE Km
Construcción de doble calzada UF5	km	17,00	16,99	0,01
Construcción de doble calzada UF6	km	19,70	5,92	13,78

En relación con las unidades funcionales 5 y 6, la longitud y plazo en relación con esta última fueron afectados por virtud de los hallazgos arqueológicos hechos en desarrollo del programa de intervención.

Respecto de las vías de acceso, la interventoría del proyecto destacó que las mismas fueron verificadas dentro del área de influencia directa e indirecta, lo que permitió asegurar la continuidad del tránsito durante el proyecto y luego de él. Además, fueron tenidas en cuenta en la Resolución N°1383 de 2015, dentro del análisis del medio socioeconómico. Así “*a todas las vías veredales, de la red terciaria y/o secundarias existentes se les garantizo (sic.) su conectividad*”⁶⁰ segura, se implementaron retornos viales dobles: en la Unidad Funcional 5 hay siete y dos intersecciones y cuatro en la Unidad Funcional 6.

Ante la pregunta de cómo se había llevado a cabo el cálculo sobre la mínima cantidad de tiempo que implicaban las alteraciones sobre las vías de acceso a las veredas, la ANI sostuvo que sus manifestaciones en el escrito de contestación ante

⁵⁹ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 324.

⁶⁰ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 327 vto.

la primera instancia, se sustentan en cálculos hechos por el concesionario “*quien realizó el recorrido en un medio de transporte automotor que transita con una velocidad igual a la velocidad de diseño [80Km en longitud de 1.1Km y 2.70Km] (...) dicho análisis arrojó como resultado que los incrementos de tiempos oscilan entre 50 y 120 segundos*”⁶¹

Sobre las certificaciones de presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto, la ANI sostuvo que el Concesionario hizo las solicitudes correspondientes así:

Solicitud		Unidad Funcional	Certificación	
Radicado	Fecha		Número	Concepto
EXTM15-0004290	03-02-2015	6	103 de 09-02-2015 ⁶²	No se registra presencia de comunidades étnicas
			104 de 09-02-2015 ⁶³	
En el marco de las licencias ambientales N°1383 y N°1382 de 2015.		5 y 6	987 de 13-07-2015	
Modificación de licencia ambiental N° “1282 (sic.)” de 2015.			932 de 06-09-2017 1413 de 19-12-2017	

En relación con las Unidades funcionales 5 y 6 se hicieron socializaciones temáticas, entre 2015 y 2018, en las que se abordó particularmente el asunto de la “*movilidad vehicular y peatonal cruce Caracolí*”⁶⁴. Además (i) se instalaron cinco vallas, de conformidad con la Resolución N°0000542 del 9 de marzo de 2018, expedida por el Ministerio de Transporte; y (ii) el proyecto se dio a conocer a través de medios masivos de comunicación⁶⁵.

La ANI sostuvo que el Concesionario recibió una solicitud del pueblo *Mokaná* de Galapa⁶⁶, en virtud de la cual se llevó a cabo una reunión con sus autoridades⁶⁷. En ella, se les puso de presente las razones para no desarrollar el proceso de consulta previa y la existencia de las certificaciones que validaban la ausencia de grupos étnicos en la zona⁶⁸. Esta solicitud, llevó al radicado EXTM17-32145 del 21 de

⁶¹ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 328.

⁶² Archivada por desistimiento.

⁶³ Archivada por desistimiento.

⁶⁴ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 329 vto.

⁶⁵ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 331. La entidad menciona los siguientes: Cuñas radiales, espacios en Telecaribe, Canal de Cartagena, RCN y Caracol TV, y por escrito en el Diario El Heraldo de Barranquilla y el Universal de Cartagena. Además, informó que trimestralmente publica la “*Nota Costera*” en la zona de influencia del proyecto en la que presenta el estado del proyecto y que el mismo se encuentra plasmado en la página web del concesionario.

⁶⁶ Obrante a folio 352 y ss. del Tomo 2 del Cuaderno de Revisión.

⁶⁷ Obrante a folio 357 vto. y ss. del Tomo 2 del Cuaderno de Revisión.

⁶⁸ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 331 vto.

julio de 2017, en el que el concesionario le informó al Ministerio del Interior, las aseveraciones del grupo indígena en su petición⁶⁹.

La **Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA)** informó que una vez consultado el Sistema de Información de Licencias Ambientales (SILA), pudo constatar que (i) mediante la Resolución N°1382 del 29 de octubre de 2015 le otorgó licencia ambiental a la Concesión Costera Cartagena -Barranquilla S.A.S. para la Unidad Funcional 6, a desarrollarse en los municipios de Galapa, Puerto Colombia y Barranquilla; (ii) por Resolución N°859 del 12 de junio de 2018 modificó esta primera resolución ; y (iii) a través de la Resolución N°1383 del 29 de octubre de 2015, le otorgó a la misma sociedad la licencia ambiental para la Unidad Funcional 5, cuya implementación estaría localizada en los municipios de Galapa y Malambo.

El **Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible** solicitó que en relación con él se declare la falta de legitimación por pasiva, como quiera que no tiene injerencia en los hechos señalados en la demanda y que las pretensiones exceden sus competencias. Recalcó que no conoce el proceso de licenciamiento que fue desarrollado por la ANLA y, por ende, no puede dar cuenta de él. Por último, sostuvo que la accionante cuenta con otros mecanismos judiciales para plantear este debate⁷⁰.

El **Ministerio de Transporte** expresó que el asunto en estudio no es de su competencia sino de la ANI, pues es esta la entidad que tiene a cargo el seguimiento de las concesiones que ella celebra. Por ese motivo insistió en la falta de legitimación por pasiva en su caso puntual.

Con todo, desde su punto de vista y de conformidad con las contestaciones en este asunto, para esta cartera, las accionadas no desconocieron el derecho a la consulta previa y, por el contrario, actuaron de conformidad con el Convenio 169 de la OIT.

El **Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH)** presentó un informe en el que propone tener en cuenta una visión integral del concepto de “*territorio ancestral*”. Llamó la atención sobre el hecho de que los caminos de acceso en una comunidad son determinantes para la configuración y el mantenimiento de relaciones sociales y comerciales; su interrupción significa una fractura de los circuitos de intercambio. Adicionalmente el cambio en la forma de vivir la movilidad, genera un impacto en la interacción social y económica de cualquier pueblo tribal.

Dejó en claro que, sin llevar a cabo una visita, no puede determinar las afectaciones que el proyecto vial puede generar para la accionante.

⁶⁹ Obrante a folio 440 y ss. del Tomo 2 del Cuaderno de Revisión. En el documento se da cuenta de la solicitud, y de la programación de la reunión. Además, se hace hincapié en que el Concesionario no ha encontrado ninguna comunidad étnica en el desarrollo del proyecto vial.

⁷⁰ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folios 535 y ss.

Sobre la comunidad indígena *Mokaná* de Malambo, el ICANH afirma no haber efectuado investigaciones recientes. Actualmente el ICANH no dispone de los resultados de los análisis practicados a los materiales arqueológicos hallados en el marco del proyecto vial objeto de estudio.

Resaltó la obligatoriedad de implementar programas de arqueología preventiva en los proyectos viales que requieran licencia ambiental, permisos o autorizaciones equivalentes. Precisó que un plan de manejo arqueológico es un concepto técnico de atención obligatoria, sin cuya aprobación no pueden iniciar las obras.

Para el proyecto vial sobre el que versa esta acción de tutela, el ICANH manifestó haber expedido las autorizaciones del caso para las Unidades Funcionales 5 y 6. Sin embargo, para el momento de la contestación, el 5 de octubre de 2018, no cuenta con la información correspondiente a los resultados de los análisis practicados al material arqueológico encontrado. No obstante lo anterior, precisó que el problema en relación con él *“no es un problema en estricto sentido arqueológico sino que alude (...) a una relación social con el material arqueológico (contexto arqueológico) que puede generar vínculos de significado, pertenencia e identidad que en todo caso deberán ser tenidos en cuenta”*⁷¹.

Conceptos académicos

La **Universidad Nacional de Colombia**, a través del **Departamento de Antropología** de la Facultad de Ciencias Humanas (Sede Bogotá) explicó que las vías de acceso interno constituyen un factor decisivo en la consolidación y permanencia de la colectividad étnica, desde el punto de vista social y ambiental. Permiten acceder y ejercer la autonomía en el marco del territorio en el que se desenvuelven y desarrollan las actividades propias de su cultura. Adicionalmente, en la medida en que a través de ellas se accede a servicios como la salud y la educación, por parte de los niños y niñas que hacen parte de ella, resulta central para las actividades diarias; *“la discriminación y marginación [de los pueblos indígenas implica que] (...) cualquier afectación sobre el acceso a su territorio constituye una injerencia indebida en sus dinámicas sociales y económicas”*⁷².

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

Ahora bien, en relación con los hallazgos arqueológicos efectuados en el marco del desarrollo del proyecto vial en cuestión, la Universidad planteó que *“sí hay una relación entre (...) [ellos] y la comunidad mokana”*⁷³ en la medida en que entre sus

⁷¹ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 793.

⁷² Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 248 vto.

⁷³ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 249.

predecesores y sus miembros actuales existe un “*continuo cultural*”⁷⁴, que permite asegurar que “*en tanto los hallazgos arqueológicos encontrados corresponden a horizontes y periodos que involucran el pasado malibú, y que en ese sentido describen un área cultural característica, el pueblo mokaná tiene un legítimo derecho a sustentar su profunda relación cultural y afectiva con estos vestigios*”⁷⁵.

La **Universidad de los Andes**, a través del **Departamento de Antropología**, llamó la atención sobre el hecho de que las comunidades indígenas habitualmente se ubican en “*zonas de alta vulnerabilidad socionatural*”⁷⁶ en las que “*la cohesión social está directamente relacionada con la reproducción de un cierto tipo de paisaje (...) y donde la riqueza ecológica (...) depende a su vez de la reproducción de las prácticas sociales y formas de vida de los grupos que la habitan*”⁷⁷.

Los principales efectos directos que ha reconocido la literatura en relación con la ejecución de proyectos relativos a la construcción de nuevas vías o al cambio de las existentes, son cuando menos: (i) la fragmentación de los ecosistemas y de los hábitats de ciertas especies; (ii) el incremento de los índices de contaminación; (iii) la estimulación de proyectos de “*colonización inducida*”⁷⁸; (iv) la invasión de las tierras del resguardo; (v) la transformación de la tenencia de tierras en virtud de su encarecimiento y el acaparamiento; (vi) la deforestación incluso de zonas protegidas; y, (vii) los procesos desordenados de urbanización⁷⁹.

En cualquier caso, planteó que las preguntas que es preciso hacerse ante el desarrollo de un nuevo proyecto son “*¿qué tantas posibilidades van a tener estas comunidades de dirigir su futuro con los cambios que se introducen? Estos cambios ¿les van a dar recursos de poder, capacidades, nuevas expectativas acordes a su visión de mundo? O, por el contrario ¿van a implicar subordinación, dependencia, empobrecimiento? ¿Cuáles grupos se van a ver empoderados y cuáles van a ser excluidos?*”⁸⁰ y para responderlas es crucial que los grupos étnicos puedan pronunciarse sobre las repercusiones de los distintos proyectos en su entorno. Es la única forma de asegurar la dimensión cultural de estos, en la medida en que “*los planificadores y los técnicos tienden a despreciar el punto de vista de los indígenas*”⁸¹.

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

Finalmente, aclaró que encontrar el origen de los vestigios arqueológicos implica la elaboración de un ejercicio etnohistórico e histórico, e incluso genético, para

⁷⁴ *Ibídem.*

⁷⁵ *Ibídem.*

⁷⁶ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 253.

⁷⁷ *Ibídem.*

⁷⁸ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 253 vto.

⁷⁹ *Ibídem.*

⁸⁰ *Ibídem.*

⁸¹ *Ibídem.*

establecer la continuidad de la ocupación de un territorio. Bajo ese entendido, sí es posible establecer una relación entre los hallazgos arqueológicos hechos en desarrollo del proyecto vial y la comunidad *Mokaná*, pues el territorio en el que se encontraron fue aquel sobre el que se asentó este pueblo⁸².

La **Universidad Católica de Colombia** fue enfática en sostener que la condición de indígena no depende de un acto administrativo, pues no se adquiere por virtud de él, sino de la conciencia colectiva sobre la identidad étnica, conforme el Convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo (OIT). Así, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional la identificación de lo indígena depende de la “*autoidentificación y autodeterminación*”⁸³. Por lo tanto, para esta interviniente “*el concepto proferido por la Dirección de Asuntos Étnicos del Ministerio del Interior (...) no es determinante para establecer la existencia de (...) comunidades indígenas*”⁸⁴, como la accionante.

Aseguró que la consulta previa es una expresión del carácter democrático y pluralista del Estado colombiano, en virtud del cual se reconoce a las comunidades étnicas como conglomerados diferenciados y autónomos⁸⁵.

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

El **Grupo de Investigación “Derecho Constitucional, Administrativo y derecho Internacional Público”** de la **Universidad Libre (Seccional Cali)** precisó que el derecho a la consulta previa ha tenido un largo desarrollo en Colombia y pasó de ser una figura rechazada por los grupos étnicos, a ser reivindicada por ellos⁸⁶, en un verdadero ejercicio de diálogo intercultural⁸⁷.

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

⁸² Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 254. Para fundamentar esta aseveración, se sustenta en varios estudios como: “*investigaciones arqueológicas como las de Ramos y Archila (2008); Baquero 1996, 2003 y Angulo Valdez (1951, 1981), antropológicas como las de Escalante (2002); históricas como las de Blanco (1987, 1995); de tradición oral (Baquero Y De la Hoz, 2010) y estudios lingüísticos como los de Trillos (2001)*”

⁸³ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 110.

⁸⁴ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 114.

⁸⁵ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 110.

⁸⁶ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 119.

⁸⁷ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 119 vto.

Concretamente, respecto del proyecto vial de la Prosperidad, el grupo de investigación interviniente señaló que:

“la afectación se lleva a cabo debido a que los caminos de los resguardos se comunicarían con esta posible vía, situación que puede originar dos posibilidades, una primera que sería negativa ya que afecta las costumbres y tradiciones de la comunidad en su formas de transportarse, comunicarse y encontrarse en los diferentes espacios culturales o sitios considerados como sagrados y una segunda que es más aceptable, que el proyecto logre convertirse en una forma de mejorar la comunicación de la comunidad y se (sic.) transporte los alimentos para el consumo interno y externo de una forma más eficaz.”⁸⁸

Ocurra lo uno o lo otro, el grupo precisó la necesidad de que se lleve a cabo el proceso de consulta previa, con el fin de resguardar la autonomía de la comunidad accionante ante el proceso de construcción vial. Como quiera que se identifica un impacto en las vías de acceso a las veredas en las que habita la comunidad y sobre los caminos ancestrales, precisó que son imperiosos los escenarios de diálogo intercultural entre la comunidad *Mokaná* y la concesión ejecutora del proyecto, con el propósito de aminorar los efectos negativos sobre la primera.

Finalmente, llamó la atención sobre los vestigios arqueológicos encontrados en la zona y su relación con comunidades indígenas aun presentes en el área de los hallazgos⁸⁹.

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

Este grupo llamó la atención sobre el hecho de que tanto el Ministerio de Ambiente, como en su momento el INVIAS, definieron el área de influencia de un proyecto en relación con criterios puramente técnicos, que desconocen la dinámica propia de las comunidades étnicas⁹⁰. Adicionalmente precisó que un proyecto vial tiene un área de influencia y un área de afectación, que la Corte Constitucional distinguió en la Sentencia SU-217 de 2017.

La primera depende de factores estrictamente técnicos que son construidos por el Estado y que, luego de implementarlos, les son comunicados a las comunidades afectadas. En estos factores se enfoca el Ministerio del Interior para hacer las certificaciones sobre la presencia de comunidades indígenas, cuando su examen

⁸⁸ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 121.

⁸⁹ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 121 vto.

⁹⁰ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 273.

debería trascender al área de afectación. Sin embargo, en la identificación misma del área de afectación de cualquier proyecto, las comunidades potencialmente afectadas deben tener la facultad de diálogo efectivo⁹¹ para determinarla, pues en su caso ella corresponde al concepto de territorio ancestral, mismo que no es una figura ni formal, ni estática y que no se limita al territorio titulado a favor de una determinada comunidad.

La **Universidad Externado de Colombia** reclamó que el Ministerio del Interior sea claro y coherente al momento de definir un territorio ancestral, pues el mismo más allá del territorio titulado, es un conjunto compuesto por el entorno y los sitios sagrados de la comunidad. Para ese ejercicio es imprescindible “*escuchar a los pobladores (...) y evitar un desencadenamiento adicional de conflictividad*”⁹². Recalcó que en el caso de la comunidad *Mokaná* la consulta es imperativa, en tanto se encuentra comprometido el “*derecho a una alimentación sustentable*”⁹³ que no puede ceder por los defectos del proceso de certificación.

Coadyuvancia

La **Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC)** manifestó que las vías de acceso a los resguardos son trayectos que permiten “*la conexión vital con el territorio, y, más allá de eso, el sentido de que el destino de ese territorio involucra nuestras comunidades indígenas para la conservación de su identidad cultural y costumbres propias*”⁹⁴. Por lo tanto, la intervención de dichos caminos incide en la dinámica social, cultural y económica de las comunidades afectadas.

Esta organización hizo énfasis en que la modificación de las vías de acceso a un resguardo, más allá de los costos que acarrea para la comunidad, implica la desarmonización entre sus integrantes y la *Madre Naturaleza*, que resulta modificada en relación con la fauna y la flora que abarca. Además, la tala de árboles incrementa la temperatura y compromete la calidad de vida de los miembros de la comunidad *Mokaná*.⁹⁵

Sobre la comunidad accionante, planteó que cuenta con un territorio ancestral en el Departamento del Atlántico y, entre otros, habita los municipios por los que pasa la Circunvalar de la Prosperidad (Malambo, Galapa, Tubará y Puerto Colombia), donde hay vías ancestrales que sus miembros emplean para las labores de agricultura, pesca, transporte para intercambio de productos, caza y comunicación de familias y poblados. Tales vías hacen parte del territorio indígena y su afectación incrementa el costo y el riesgo en los desplazamientos.

La ONIC destacó que, dado que la comunidad no era un pueblo rico, poco se ha documentado sobre ella y “*muy pocos antropólogos e historiadores hablan o*

⁹¹ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 277.

⁹² Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 284.

⁹³ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 284.

⁹⁴ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 722.

⁹⁵ Replica algunos de los argumentos de la Alcaldía Municipal de Baranoa.

investigaron”⁹⁶ su pasado. Sin embargo, se conoce que el territorio del Departamento del Atlántico fue poblado por nativos Mokaná (que significa “*los pluma*”), “*razón para afirmar con exactitud que muchos de los hallazgos arqueológicos encontrados en [las] excavaciones provienen de esta familia lingüística*”⁹⁷. Ellos actualmente tienen cada vez menos posibilidad de indagar y consolidar su historia en la medida en que “*hoy divididos por la construcción de estas mega carreteras arrasan historias no contadas y desarmonizan la madre tierra y el tejido Mokana*”⁹⁸

Esa organización manifestó su disposición de constituirse como **coadyuvante** en este trámite, con el fin de defender los derechos, hacer acompañamiento y propender por la protección de la comunidad *Mokaná* de Malambo.

De conformidad con el Acuerdo 02 de 2015 “*Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional*”, en su artículo 64, las pruebas recaudadas fueron **puestas a disposición** por un lapso de dos días conforme lo dispuso el **Auto del 11 de septiembre de 2018**. En relación con ellas, únicamente, la **Concesión Costera Cartagena-Barranquilla S.A.S.** se manifestó y lo hizo en el siguiente sentido:

- Sobre las afirmaciones hechas por parte de la Alcaldía de Galapa sostuvo que, si bien puede haber una relación entre los vestigios arqueológicos encontrados y el pueblo *Mokaná*, es preciso que se hagan los análisis del caso para determinarlo, pues fueron varios los grupos humanos asentados en el área, lo que “*al parecer ha sido de común acuerdo entre investigadores*”⁹⁹.
- Respecto de las afirmaciones de la Alcaldía de Puerto Colombia, destacó que ella hace aseveraciones con fundamento en certificaciones expedidas por el Ministerio del Interior sobre otros proyectos que no están a su cargo.

Sostiene que no es cierto que no se haya socializado el proyecto, con los *Mokaná* porque en la respuesta al PQRS formulada por uno de sus gobernadores se les expuso el conjunto de elementos arqueológicos encontrados. Además, se explicó el proceso de excavación y los requisitos para la tenencia de aquellos.

- Ante las manifestaciones hechas por la comunidad accionante, destacó que es un contrasentido afirmar que las artesanías han sido destruidas por el consorcio y simultáneamente admitir que fueron exploradas por ellos durante la reunión. Al respecto precisó que el material arqueológico encontrado, en este y en otros proyectos arqueológicos, en ocasiones están fragmentados por razones ajenas al explorador, y ligadas con el periodo del que data el elemento, que en este

⁹⁶ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 724.

⁹⁷ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 724 vto.

⁹⁸ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 723 vto.

⁹⁹ Cuaderno 4. Folio 8 vto. Esta afirmación no tiene sustento doctrinario.

caso puede afirmarse, de modo preliminar, que es de un periodo de hace 3.000 años.

- Acerca de las aseveraciones del ICANH, el consorcio precisó que ya remitió los resultados preliminares del análisis que hizo sobre el material arqueológico encontrado. Con todo, la finalización del proceso de inventario, registro y propuesta de tenencia está previsto para cuando termine la actividad de campo.

Finalmente, en relación con los estudios arqueológicos que llevó a cabo, la concesión informó que implementó los programas de arqueología preventiva y que el ICANH emitió en su favor varias autorizaciones arqueológicas (N°4836, N°5055, N°5376 de 2015 y N°5468 de 2016) para su intervención y las correspondientes medidas de manejo. Suscribió un convenio interadministrativo con la Universidad del Atlántico, que será la tenedora de los materiales culturales, con ocasión de él.

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

Devuelto el expediente al juzgado de primera instancia, este resolvió dar cumplimiento a lo dispuesto en el Auto 651 de 2018 mediante providencia del 19 de noviembre de ese mismo año¹⁰⁰. Requirió a las personas vinculadas a este trámite constitucional para que se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones plasmados en la demanda¹⁰¹ y, para ese efecto, les corrió traslado de la acción de tutela a través de oficios del 23 de noviembre siguiente¹⁰².

Respuesta de las entidades demandadas¹⁰³

La **Corporación Autónoma Regional del Atlántico (CRA)** aseguró que no es de su competencia la emisión de permisos, cuando los asuntos corresponden a la ANLA, entidad que expidió la Resolución N°1382 del 29 de octubre de 2015. Por lo tanto, no ha adelantado ninguna actuación en relación con el proyecto vial mencionado y no puede ser sujeto pasivo de esta acción de tutela, al no haber transgredido ningún derecho.

El **Ministerio del Trabajo** replicó los argumentos ya expuestos en sede de revisión.

La **Agencia Nacional de Tierras (ANT)** aseguró que no es la entidad competente para satisfacer las pretensiones de la demandante, pues su cometido es ejecutar la política de ordenamiento social de la propiedad rural formulada por el Ministerio

¹⁰⁰ Cuaderno 4. Folio 2.

¹⁰¹ Cuaderno 4. Folio 3.

¹⁰² Cuaderno 4. Folios 29 a 41.

¹⁰³ Además de las respuestas reseñadas en este apartado han de tenerse como tales las comunicaciones referidas por las partes y las personas vinculadas, en el curso de la totalidad de este trámite constitucional, pues la declaratoria de nulidad no afectó las pruebas recaudadas en este asunto, de conformidad con el Auto 651 de 2018.

de Agricultura y Desarrollo Rural. No tiene ninguna injerencia en los procesos de consulta previa y por ese motivo reclama una declaración de falta de legitimación en la causa por pasiva, respecto de ella.

El **Ministerio del Interior** precisó que, para el proceso de certificación, abierto por solicitud del representante legal de la Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S., como en cualquier otro, comprobó dos circunstancias: que una comunidad se encuentre, con sus usos y costumbres, ubicada en dentro del área de influencia de un proyecto y, además, que reciba un impacto directo por la ejecución del proyecto.

Al valorar estos dos elementos, concluyó que no había comunidades étnicas en la zona de influencia del proyecto. El proyecto no tiene incidencia en el municipio de Malambo, sino en el de Puerto Colombia y Galapa.

Llamó la atención sobre la presunción de legalidad que pesa sobre los actos administrativos de certificación y, sostuvo que *“resultaría violatorio del debido proceso, en esta instancia modificar un acto administrativo que se encuentra en firme y que goza de la presunción de legalidad”*¹⁰⁴, para atender consideraciones subjetivas de la comunidad demandante.

D. Decisiones objeto de revisión

Primera instancia

Mediante sentencia del 20 de febrero de 2019, el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Barranquilla **declaró improcedente este amparo constitucional**. Encontró que las autoridades públicas demandadas procedieron conforme a la ley y a la Constitución, en la medida en que la licencia ambiental se expidió con arreglo a la certificación del Ministerio del Interior, que señalaba que en el área de influencia del proyecto no había comunidad étnica por consultar. Adicionalmente, el proyecto fue socializado y la población tuvo la oportunidad de conocerlo.

Enfatizó en que *“la obra en ejecución lo que trae a dichas zonas y a la región del Atlántico es progreso con la implementación de mejores vías de comunicabilidad entre esas fajas territoriales”*¹⁰⁵.

Impugnación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la comunidad accionante impugnó esa decisión. Para ello, argumentó que la sentencia desconoce que la vulneración del derecho a la consulta previa implica que la acción sea procedente. Además, la decisión no aplica un concepto amplio del territorio indígena y omite los

¹⁰⁴ Cuaderno 4. Folio 73.

¹⁰⁵ Cuaderno 4. Folio 110.

lineamientos del Convenio 169 de la OIT al respecto. Además, el juez omitió valorar las pruebas que dan cuenta de la presencia, rural y urbana, de la comunidad Mokaná en la zona.

Segunda instancia

A través de la sentencia del 31 de mayo de 2019, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla “*modificó la decisión*”¹⁰⁶ para “*denegar el amparo*”¹⁰⁷. Consideró que la jurisprudencia ha sido pacífica en establecer que la acción de tutela es el medio para la protección del derecho a la consulta previa, de modo que esta solicitud de amparo no puede predicarse improcedente.

Sin embargo, es claro que no hay ninguna comunidad étnica en el área de influencia del proyecto, de conformidad con la certificación del Ministerio del Interior; tal certificación es demandable ante la jurisdicción contencioso administrativa. Desde este punto de vista, concluyó que no puede predicarse una vulneración del derecho a la consulta previa.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

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

Cuestión previa: el carácter perentorio de los términos para resolver una acción de tutela.

2. Conforme ha precisado esta Corporación, la acción de tutela es un mecanismo constitucional para el cual se previó un procedimiento preferente y sumario. El propósito de adjudicar estas características a su trámite era fijar un mecanismo judicial efectivo y oportuno para la protección “*urgente e inmediata*”¹⁰⁸ de los derechos fundamentales, cuando estos se vean afectados o amenazados¹⁰⁹. La relevancia que le otorgó el constituyente a las garantías *ius fundamentales*, sustentan la previsión de este célere mecanismo, en el marco de los fines del Estado Social de Derecho.

Para estructurarlo de ese modo, la misma Constitución, en su artículo 86, prevé que “*en ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y*

¹⁰⁶ Cuaderno 5. Folio 16.

¹⁰⁷ Cuaderno 5. Folio 17.

¹⁰⁸ Sentencia T-465 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁰⁹ Sentencia T-346 de 2012. M.P. Adriana María Guillén Arango.

su resolución”, término que atiende a los fines ligados a esta acción, pues “*cuando se trata de proteger derechos fundamentales, no se admite dilación alguna para la resolución respectiva*”¹¹⁰.

3. De conformidad con ello, el Decreto 2591 de 1991 reitera el término constitucional para la emisión de la sentencia de primera instancia, da prevalencia a los asuntos de tutela sobre cualquier otro (excepto el habeas corpus) y dispone que, en cualquier caso, el plazo para la definición de una solicitud de amparo es “*perentorio e inexcusable*”¹¹¹.

4. El término judicial se contabiliza en días hábiles¹¹² e inicia en el momento en el que el juez que vaya a resolver la tutela, reciba la demanda¹¹³. Su incumplimiento injustificado genera una falta disciplinaria y, según el artículo 228 superior, debe ser sancionada¹¹⁴.

5. En este asunto llama la atención de la Sala de Revisión el hecho de que, una vez declarada la nulidad del proceso mediante el Auto 651 de 2018, el juez de primera instancia recibió el asunto nuevamente el 15 de noviembre de 2018, dispuso acatar lo dispuesto en esa decisión mediante auto del 19 de noviembre de ese mismo año, pero solo emitió su decisión el 20 de febrero de 2019, sin que haya ningún informe que dé cuenta que las razones que llevaron a ello, pese a que el plazo previsto venció el 30 de noviembre de 2018.

Adicionalmente se observa que, tras la emisión del fallo, el 28 de febrero siguiente se elaboraron los oficios que daban cuenta de él y la impugnación fue radicada el 4 de abril de 2019. Finalmente, el expediente fue recibido por el juez de segunda instancia el 9 de abril siguiente, para resolverlo el 31 de mayo, cuando debió hacerlo el día 27 anterior.

6. Establecido lo anterior resulta indispensable, de un lado, compeler a los juzgadores de primera y segunda instancia al estricto cumplimiento de los términos dispuestos en la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991 para el trámite y la decisión de las acciones de tutela. Por otra parte, se remitirá copia del cuarto y quinto cuaderno del expediente al Consejo Superior de la Judicatura, para lo de su competencia.

Asunto objeto de revisión y problemas jurídicos por resolver

7. Para efectos de decidir sobre la acción de tutela de la referencia es importante recordar que, tal como se pudo establecer, la accionante es una comunidad indígena autorreconocida y, a su vez, reconocida por el Ministerio del Interior y las autoridades públicas locales, en sus particularidades identitarias. Se sitúa en el

¹¹⁰ Sentencia T-1080 de 2001. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹¹¹ Sentencia T-465 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹¹² Sentencia T-346 de 2012. M.P. Adriana María Guillén Arango.

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ *Ibíd.*

Departamento del Atlántico desde la época prehispánica y, en él, actualmente se divide en numerosas familias asentadas indistintamente en varios de sus municipios, sin que tenga un territorio propio, como colectividad tribal.

Entre los municipios con presencia *Mokaná* se cuentan Malambo, Galapa, Puerto Colombia y Barranquilla, en los que presuntamente, según la parte actora, tiene incidencia el proyecto vial Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad, ejecutado por la Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S.

Dicho proyecto de infraestructura fue desarrollado en varias unidades funcionales. La UF5 y la UF6, se encuentran en los municipios mencionados, se iniciaron con fundamento en la licencia ambiental contenida en las Resoluciones N°1382 y N°1383 del año 2015; y, a su turno, estas resoluciones se profirieron bajo la premisa de que en el lugar de influencia del proyecto no registraba la presencia de comunidades étnicas, como lo aseguró el Ministerio del Interior en las certificaciones 987 de 2015 y 932 de 2017.

Los tramos del proyecto están avanzados, al punto en que la culminación de la fase de construcción se previó para el 2 de octubre de 2019, fecha concomitante al momento de expedición de esta providencia.

La comunidad, una vez se percató de la incidencia del proyecto sobre su dinámica y la exploración del que podría ser su material arqueológico, solicitó a la concesión una reunión, desarrollada el 3 de agosto de 2017, en la que se le informó sobre el proyecto¹¹⁵ y los hallazgos arqueológicos hechos en desarrollo del mismo.

Cuatro meses después, el 19 de diciembre de 2017, el Gobernador de la comunidad *Mokaná* acudió al juez de tutela enfocado en la protección al derecho a la consulta previa de los *Mokaná* del municipio de Malambo, pues a pesar de que el proyecto vial tiene consecuencias en su forma de vida, como también en su dinámica social y económica, no se les convocó para efecto de establecer un diálogo intercultural en relación con él.

8. Algunas entidades demandadas, por su parte, cuestionan la procedencia de esta acción de tutela en la medida en que consideran que los accionantes cuentan con la vía contencioso administrativa para formular este debate. Otras alegaron la inexistencia del derecho a la consulta previa, en tanto el Ministerio del Interior constató que en el área de influencia del proyecto no existen comunidades indígenas por consultar, ni mucho menos impactos directos sobre etnia alguna.

9. Los intervinientes destacan que, revisada la bibliografía arqueológica, lingüística, antropológica e historiográfica, la comunidad *Mokaná* tiene presencia ancestral en la zona, sin que tenga un territorio definido. Ello les permite inferir una alta probabilidad de que los hallazgos arqueológicos tengan relación y un

¹¹⁵ Como lo aseguró el Concesionario al momento de pronunciarse, tras la puesta a disposición de las pruebas recaudadas en sede de revisión.

significado identitario para ella.

Destacan que la agricultura es importante en su sistema de tradiciones y el proyecto la afecta directamente, por cuanto (i) ha representado el ahogamiento de los cultivos y (ii) las limitaciones para la comercialización de los productos.

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

5. Planteada así la situación, la Sala debe resolver varios problemas jurídicos. En primer lugar, evaluará si la acción de tutela es procedente. Examinará los requisitos formales y se concentrará en los aspectos que generaron controversia sobre esta materia, entre las partes e intervinientes. Si encuentra que, desde el punto de vista formal, la solicitud de amparo admite la intervención del juez de tutela, procederá al análisis de fondo de este asunto.

Una vez hecho el estudio formal de la acción y previamente a efectuar cualquier otra consideración, se pronunciará en relación con la posible sustracción de materia, bajo la modalidad del daño consumado, en la medida en que esta providencia se profiere mientras, en principio, finaliza la fase de construcción del Proyecto Vial Cartagena – Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad.

En segundo lugar, respecto al fondo del asunto la Sala deberá manifestarse en relación con si ¿las accionadas comprometieron el derecho a la consulta previa, al no haber certificado la presencia de la comunidad indígena *Mokaná* de Malambo (Atlántico) en la zona de influencia del proyecto vial y no haber desarrollado el proceso de participación étnico? Asimismo, deberá dilucidarse si ¿la falta de conocimiento y participación en el trámite de análisis y conservación de los vestigios arqueológicos hallados en desarrollo del proyecto vial Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad suponen una lesión a sus derechos étnicos?

Para efectos de determinar estos asuntos, la Sala (i) abordará el carácter pluralista y multicultural del Estado colombiano, en función del principio de igualdad; (ii) precisará los derechos propios de las comunidades étnicas en relación con dicho pluralismo multicultural, y entre ellos, hará énfasis en (iii) la relevancia de la consulta previa, como un mecanismo dialógico que permite la confluencia armónica de varias cosmovisiones culturales, la identidad cultural y la autonomía de los pueblos tribales. Finalmente, con fundamento en las reglas jurisprudenciales que se deriven de estos estudios, resolverá el caso concreto.

Análisis de procedencia formal¹¹⁶

Legitimación por activa

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

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

7. En relación con los grupos étnicos, es importante resaltar que, en tanto sujetos colectivos de derechos¹¹⁷, ellos tienen, como cualquier otra persona, la posibilidad de acudir a la acción de tutela cuando lo estimen conveniente para la defensa de sus intereses. Tienen capacidad jurídica y capacidad de obrar¹¹⁸, correspondiéndoles la defensa de sus propios intereses. Pero dadas sus particularidades, las autoridades ancestrales tienen legitimidad para formular la acción de tutela¹¹⁹ cuando vean amenazados sus derechos fundamentales.

Cabe recordar en este punto que los intereses *ius fundamentales* de estos sujetos colectivos¹²⁰ “*no son equivalentes a los derechos individuales de cada uno de sus miembros ni a la sumatoria de estos*”¹²¹, como tampoco son comparables a los derechos colectivos¹²². La jurisprudencia ha reconocido algunos derechos particulares y específicos de las comunidades étnicas, ligados a sus características y trayectoria histórica, y entre ellos, en efecto se encuentra el derecho fundamental a la consulta previa¹²³, como se desarrollará más adelante.

8. En el asunto que se analiza, Roque Blanco Martínez, en calidad de Gobernador de la comunidad indígenas *Mokaná* de Malambo, promovió esta acción de tutela

¹¹⁶ Consolidado a partir de las consideraciones de la Sentencia T-281 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹¹⁷ Sentencia T-300 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹¹⁸ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo y MORA RODRIGUEZ, Alexandra. Conflictos y judicialización de la política en la Sierra Nevada de Santa Marta. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2010. p. 179. Conclusión con sustento en las conclusiones de PECES-BARBA, Gregorio. Los derechos colectivos. Una discusión sobre derechos colectivos, 2001, p. 67-76.

¹¹⁹ Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

¹²⁰ Sentencia T-380 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. “*La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos*”.

¹²¹ Sentencia C-463 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

¹²² Sentencia T-300 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

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

en búsqueda de la protección a su derecho a la consulta previa. De tal suerte, el requisito de la legitimación por activa está satisfecho.

Legitimación por pasiva¹²⁴

9. La legitimación por pasiva se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción para responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental¹²⁵. Para esta Corte, *“refleja la calidad subjetiva de la parte demandada en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso, la misma, en principio, no se predica del funcionario que comparece o es citado al proceso, sino de la entidad accionada, quien finalmente será la llamada a responder por la vulneración del derecho fundamental, en caso de que haya lugar a ello”*.¹²⁶

Según el artículo 86 de la Constitución Política y los artículos 1º¹²⁷ y 5º¹²⁸ del Decreto 2591 de 1991, dicha aptitud solo puede predicarse de las autoridades públicas y de los particulares solo en ciertos eventos.

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

Si bien algunas de ellas¹²⁹ plantearon que no existía legitimación por pasiva en su contra, al no ser responsables directas de la amenaza, al no tener competencia e injerencia alguna en los procesos de consulta previa y al considerar que otras entidades debían responder por los hechos relacionados con ella, lo cierto es que ese es un argumento de fondo y no alude a su falta de capacidad jurídica para ser parte de este trámite constitucional.

En ese sentido, la Sala Sexta de Revisión encuentra que todas las entidades que conforman el extremo pasivo de esta acción de tutela, tienen legitimación por pasiva, lo que no significa que, desde el punto de vista del análisis de fondo, pueda atribuírseles necesariamente la responsabilidad en el presunto compromiso de los derechos fundamentales de las accionantes.

¹²⁴ Apartado sustentado en las consideraciones de la Sentencia T-279 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹²⁵ Sentencia T-373 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-416 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández).

¹²⁶ Sentencia T-416 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández.

¹²⁷ Artículo 1. Objeto. *“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto (...)”*.

¹²⁸ Artículo 5. *“Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley (...)”*.

¹²⁹ Para efecto de recordar se trata de la ANLA, la ANT y los Ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Transporte.

11. Ahora bien, en relación con la Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S., conviene recordar que en el caso de los particulares la acción procede, en términos generales, cuando (i) tengan a su cargo la prestación de un servicio público; (ii) su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo; o (iii) el solicitante se encuentre en una relación de subordinación o indefensión, respecto de ellos.

Al respecto, en relación con la persona jurídica particular que desarrolla el proyecto, ella tiene relación directa e interés en el objeto de esta controversia¹³⁰, y la accionante tiene una relación de indefensión respecto de ella, en tanto materialmente está sujeta a su labor como ejecutora del proyecto vial, sin tener una relación jurídica con ella. Desde este punto de vista, se concluye que el requisito de legitimación en la causa por pasiva se satisface en este caso concreto.

Inmediatez¹³¹

12. Esta Corporación ha resaltado que, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede interponerse “*en todo momento*” porque no tiene término de caducidad¹³². No obstante, la Corte también ha sido consistente al señalar que la misma debe presentarse en un término razonable y proporcionado, a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales¹³³.

El requisito de inmediatez pretende que exista “*una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho (...) vulnerador de los derechos fundamentales*”¹³⁴, de manera que se preserve la naturaleza de la acción de tutela, concebida como un remedio urgente que pretende la protección efectiva y actual de los derechos invocados¹³⁵.

Correlativamente, a partir de este requisito de procedencia, se desvirtúa la urgencia de la intervención del juez de tutela cuando el accionante deja pasar el tiempo sin enfrentar el perjuicio que dice sufrir sobre sus derechos fundamentales, sin ninguna justificación; evento en el cual ni siquiera él, como titular de los derechos, reconoce el carácter apremiante de la situación en la que se encuentra¹³⁶. Por ende, este requisito en últimas implica un juicio sobre la diligencia del accionante al reclamar la protección constitucional.

¹³⁰ Sentencia T-011 de 2019. (M.P. Cristina Pardo Schlesinger) y SU-123 de 2018 (MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes).

¹³¹ Apartado sustentado en las consideraciones de la Sentencia T-279 y T-345 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹³² Sentencia SU-961 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹³³ Sentencia T-038 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹³⁴ Sentencia SU-241 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹³⁵ Sentencia T-091 de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido.

¹³⁶ Sentencias T-996A de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1013 de 2006 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) y T-889 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

13. La valoración de este requisito, metodológicamente, implica la identificación del momento en el cual surgió la amenaza para el derecho fundamental y la determinación del tiempo transcurrido hasta cuando el actor acude a la acción de tutela¹³⁷. Dicha *“relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el hecho vulnerador de los derechos fundamentales, debe evaluarse en cada caso concreto, atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad”*¹³⁸.

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

14. De cara al caso concreto es preciso recordar que la accionante sostuvo que en el segundo semestre del año 2017 (un año antes de sus manifestaciones en sede de revisión), tuvo conocimiento de los hallazgos arqueológicos en la zona, con ocasión de la construcción del proyecto vial en cuestión. Luego de ello, junto con otras autoridades *Mokaná* se reunió con el concesionario el 3 de agosto de 2017, en una sesión en la que se mostraron los hallazgos arqueológicos y, como lo sostuvo la ejecutora del proyecto al controvertir las pruebas aportadas en revisión, se le informó a la comunidad sobre los detalles del proyecto; para la sociedad accionada, en ese momento se socializó el proyecto vial al suministrar información respecto de él a las autoridades tradicionales del grupo étnico.

No puede perderse de vista que, a pesar de que las operaciones asociadas a la fase de construcción del proyecto vial se desarrollaron desde el 3 de noviembre de 2015, para cuando ya se había llevado a cabo la etapa de preconstrucción e iniciaba la intervención en la UF5, según lo manifestó la comunidad accionante, solo hasta mediados del año 2017 (cerca de un año y medio después) sus miembros conocieron las intervenciones en terreno e identificaron los posibles efectos que ella tendría en su territorio ancestral, a causa del cierre de caminos y de los hallazgos arqueológicos efectuados en la zona; por ende, solicitaron a la Concesión información y participación.

Solo una vez llevada a cabo la reunión con el concesionario accionado, la comunidad se enteró de los detalles del proyecto. Una vez informada sobre estos, aquella pudo advertir el alcance del mismo y reconocer una amenaza proveniente de él, para posteriormente tratar de contenerla, como lo hizo cuatro meses después, con la presentación de esta acción de tutela, el 19 de diciembre de 2017. Para la Sala este es un término razonable para la interposición de esta acción, que permite concluir que se satisface el requisito de inmediatez.

Sin la información relacionada con el proyecto, suministrada solo hasta el 3 de agosto de 2017, la accionante no disponía de los elementos de juicio suficientes para establecer cuál era su posición en relación con el plan de intervención en la

¹³⁷ Sentencias T-606 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes) y T-058 de 2019 (M.P. Alejandro Linares Cantillo).

¹³⁸ Sentencia T-058 de 2019 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

infraestructura vial y si le afectaba o no. Solo hasta ese momento pudo reconocer su situación, y actuar jurídicamente para enfrentarla.

Desde esa perspectiva, la comunidad accionante actuó de forma diligente y, eventualmente, el juez de tutela pudo estar ante una situación actual que requiere su intervención urgente. Sin embargo, es claro que en este asunto la consulta (en caso de proceder), al no haberse efectuado antes de iniciar el proyecto, no tendría un carácter previo para la totalidad del proyecto vial en cuestión, pues algunas de sus fases ya habrían estado concluidas para el momento de proferir esta decisión y requerirán la participación étnica para la mitigación de los daños ocasionados.

15. Adicionalmente, es importante llamar la atención sobre la continuidad de los hechos que generaron esta acción de tutela, pues el argumento central de accionante es la afectación sobre la comunidad por la interrupción de los caminos ancestrales y de las formas productivas y alimentarias del grupo étnico. Esta situación sigue vigente y ello refuerza la conclusión conforme a la cual esta acción de tutela se presentó oportunamente, en tanto su propósito era frenar una amenaza que se mantiene en el tiempo.

*Subsidiariedad*¹³⁹

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

El principio de subsidiariedad implica el resguardo de las competencias jurisdiccionales, de la organización procesal básica, del debido proceso y de la seguridad jurídica, propias del Estado Social de Derecho. De este modo, *“siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico”*¹⁴⁰.

El Decreto 2591 de 1991 establece expresamente que solo procede la tutela cuando *“el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”*. Entonces, la procedencia de la acción se encuentra condicionada por el principio de subsidiariedad, bajo el entendido de que no puede desplazar los recursos ordinarios o extraordinarios de defensa¹⁴¹, ni mucho menos a los jueces competentes en la

¹³⁹ Apartado sustentado en las consideraciones de la Sentencia T-281 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁴⁰ Sentencia T-106 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁴¹ Sentencia T-480 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa¹⁴².

La inobservancia de tal principio es causal de improcedencia de la tutela a la luz de lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991¹⁴³, declarado exequible en la **Sentencia C-018 de 1993**¹⁴⁴. La consecuencia directa de ello es que el juez constitucional no puede entrar a discernir el fondo del asunto planteado.

17. En relación con el requisito de subsidiariedad ante acciones de tutela promovidas por comunidades indígenas, la **Sentencia SU-217 de 2017**¹⁴⁵ precisó que este se flexibiliza de manera intensa gracias a que, tanto ellas como sus miembros, son “*sujetos de especial protección constitucional, que han enfrentado patrones históricos de discriminación –aún no superados– y cuyos derechos inciden en la satisfacción de los fines esenciales del Estado*”, entre los cuales se encuentra el desarrollo de su carácter pluralista y multicultural.

En esa decisión, el Pleno de este Tribunal concluyó que, pese a que el artículo 46 de la Ley 1437 de 2011¹⁴⁶ prevé el desconocimiento de la consulta previa como una de las causales de nulidad de los actos administrativos, la acción de tutela es, por excelencia, el medio judicial con el que cuentan estos grupos étnicos para contener las afectaciones que surjan como consecuencia de la interacción de su cosmovisión, con la sociedad mayoritaria: “*la acción de tutela es, por regla general, el medio judicial adecuado y preferente para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y, en especial, del derecho a la consulta previa.*”

Para llegar a esta conclusión, incluso desde la Sentencia **SU-039 de 1997**¹⁴⁷, la Corte planteó que, mientras la acción de tutela se orienta por la protección efectiva e integral de los derechos fundamentales, las acciones con que cuenta el ciudadano en la jurisdicción contencioso administrativa se limitan a discernir litigios de rango legal. En relación con ellos, las medidas cautelares de suspensión de los actos administrativos estaban tan regladas en cuanto a su procedencia, que hacían casi imposible su concesión antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

Así mismo, la Sentencia **SU-383 de 2003**¹⁴⁸ sostuvo que la acción de tutela era el único recurso judicial con el que contaban las comunidades indígenas para enfrentar, a través de la consulta previa, las condiciones de opresión, explotación y

¹⁴² Sentencia SU-424 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁴³ “Artículo 6°. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante (...) Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización”.

¹⁴⁴ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁴⁵ M.P. María Victoria Calle Correa.

¹⁴⁶ “Artículo 46. Consulta obligatoria. Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, **so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar.**”

¹⁴⁷ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁴⁸ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

marginalidad que padecieron históricamente. Ello, según este fallo, habilita al juez constitucional a actuar en forma preferente.

La expedición de la Ley 1437 de 2017 no cambió la situación. En relación con ella la Corte continuó con la línea de la procedencia de la acción de tutela en casos en que las comunidades indígenas la interpusieran para defender su derecho a la consulta previa, bajo el entendido de que *“los procesos consultivos son un escenario esencial para asegurar la pervivencia física y la protección de las costumbres y tradiciones de esas colectividades”*, como lo señaló la **Sentencia SU-217 de 2017**¹⁴⁹. En ese sentido, esa misma decisión destacó que el problema que se debate en estos casos no solo atañe a derechos fundamentales, sino que, en virtud del pluralismo y la multiculturalidad, como mandatos superiores, implican la materialización de *“las bases del orden político establecido por el Constituyente de 1991.”*

En el mismo sentido, recientemente, la **Sentencia SU-123 de 2018**¹⁵⁰ destacó que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe otro mecanismo judicial de protección efectiva del derecho a la consulta previa, más que la acción de tutela, única vía judicial que permite dar *“una respuesta clara, omnicomprensiva y definitiva a la vulneración de derechos”* de los conglomerados indígenas, en tanto *“[l]a protección que ofrecen las acciones contenciosas del derecho a la consulta previa es insuficiente, porque ‘estudiar la legalidad de un acto administrativo no implica que se adopten modos de resarcimiento que serían propios del juez de amparo de derecho, rol que obedece a su función protectora de los derechos fundamentales’”*.

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

18. En esa misma línea, las **Sentencias T-011**¹⁵¹ y **T-281 de 2019**¹⁵², precisaron que la solicitud de amparo es el medio de protección de la consulta previa, pues su defensa *“solo puede brindarse de modo efectivo y completo a través de la acción de tutela, en la medida en que los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa tienen un objeto distinto, de rango legal, que se concentra en el acto administrativo”*¹⁵³ y no en la protección integral de los derechos de los grupos étnicos” de la que depende su supervivencia.

¹⁴⁹ M.P. María Victoria Calle Correa.

¹⁵⁰ MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

¹⁵¹ M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

¹⁵² M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁵³ Sentencia SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa. El objeto de los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa es el *“control de legalidad sobre el acto”*. Incluso las medidas cautelares que contempla, *“siempre operan en función del objeto final del trámite que, como se expresó, se cifra en el control de legalidad de los actos administrativos y no en la solución de complejos problemas constitucionales, como los que involucran los derechos de comunidades y pueblos indígenas”*.

19. En este caso, sin duda alguna, el centro del debate es el derecho a la consulta previa de la comunidad *Mokaná*, para cuya protección integral este conglomerado no dispone de ningún otro medio efectivo para su resguardo integral y completo. En consecuencia, el requisito de subsidiariedad se encuentra satisfecho, en contra de lo expuesto por los jueces de primera y segunda¹⁵⁴ instancia en este trámite constitucional.

20. En vista de la satisfacción de cada uno de los requisitos de procedencia de esta acción de tutela, la Sala pasará a considerar el fondo del asunto planteado por la comunidad indígena que solicitó el amparo. Ello no sin antes explorar si, en este asunto, la concomitancia de la finalización de la fase de construcción del proyecto vial y la emisión de esta decisión, pueden suponer una carencia de objeto.

El daño consumado¹⁵⁵ no se configura porque, pese a la inminente finalización de la fase de construcción del proyecto, persisten las afectaciones y el deber de consulta

21. La sustracción de los motivos que llevan a cualquier actor a solicitar el amparo de sus derechos, elimina la vocación protectora que es inherente a la acción de tutela, respecto del caso concreto.

Puede suceder que la intervención del juez de tutela, que se consideraba urgente y determinante cuando se formuló la acción, deje de serlo por el modo en que evoluciona la situación, bien porque la amenaza se concrete al punto en que el daño se materializó en forma irreversible (**daño consumado**), o ya porque las circunstancias que dieron lugar a la amenaza cesen y, con ellas, el riesgo para los derechos fundamentales a causa de situaciones externas (**situación sobreviniente**) o por la satisfacción de lo pretendido y la contención de cualquier otra amenaza que pueda ser advertida por el juez en uso de sus facultades *ultra y extra petita*¹⁵⁶ (**hecho superado**).

22. En esos eventos, el juez constitucional no tendrá materia sobre la que pueda concretar la protección y cualquier orden (i) caería en el vacío¹⁵⁷ y (ii) desbordaría las competencias que le fueron reconocidas por el artículo 86 superior, en consonancia con la naturaleza de esta acción constitucional.

23. El daño consumado ocurre cuando la amenaza se materializa, de modo que el juez no tiene forma efectiva de responder a la situación para restablecer su ejercicio, que por demás es imposible. En ese escenario, la protección no puede concretarse y no es posible restituir las cosas al estado anterior, de modo que lo que procede es

¹⁵⁴ Cabe recordar que el *ad quem*, planteó la misma tesis que se sostiene en este capítulo: la acción de tutela es el medio para la defensa del derecho a la consulta previa. Con arreglo a ella, modificó (o revocó) la sentencia, para destacar que la acción no podía considerarse improcedente como lo hizo la primera instancia. Sin embargo, concluyó que la comunidad accionante podía controvertir las certificaciones del Ministerio del Interior y las licencias ambientales, en la jurisdicción contencioso administrativa.

¹⁵⁵ Consideraciones soportadas en la Sentencia T-213 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁵⁶ Sentencia T-213 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁵⁷ Sentencias T-585 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-358 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

la retribución por la afectación, por lo que la acción de tutela, en principio y a primera vista, no sería el mecanismo para obtenerla.

Esta Corporación ha entendido que el daño consumado *“no se verifica únicamente con la constatación de que los hechos denunciados en la acción de tutela ocurrieron en el pasado (...), el juez de tutela debe establecer que efectivamente cualquier pronunciamiento de la jurisdicción constitucional carecería de objeto”*¹⁵⁸.

24. En relación con el daño consumado en consulta previa, esta Corporación ha fijado algunas directrices según las cuales, admitirlo, crea un incentivo al desconocimiento y la evasión de esta garantía de fundamento étnico¹⁵⁹.

24.1. Mediante la **Sentencia SU-123 de 2018**, la Sala Plena de esta Corporación señaló que la consulta previa debe materializarse antes de que la medida afecte a la comunidad étnica, es decir es necesario que anteceda a la iniciación del proyecto.

No obstante, en los asuntos en los que se advierta una afectación directa sobre una comunidad tribal y el proyecto a ser consultado está en fase de ejecución o ya se implementó en su totalidad, *“el deber de consulta no desaparece (...) de manera que existe una obligación de mantener abierto los canales de diálogo durante todo el seguimiento del proyecto”* y/o en sus fases restantes.

Incluso, en los eventos en los que el proyecto ya se terminó por completo existe un deber de consulta con el propósito de *“buscar los remedios para reparar, recomponer y restaurar la afectación al tejido cultural, social, económico o ambiental, los cuales, deben responder a la clase de daño sufrido por la comunidad étnica”*.

24.2. En ese mismo sentido, la **Sentencia T-011 de 2019**, que resolvió una acción de tutela presentada por la comunidad *Mokaná*¹⁶⁰ para la reivindicación a su derecho al territorio ante el despojo de las tierras tradicionalmente ocupadas por ella, entre otras, por causa de la implementación planes de adquisición de predios sin consulta previa, precisó que:

*“la consulta sobre actividades que afectaron a los pueblos indígenas y que no fueron sometidos a dicho proceso opera, incluso (i) **después del inicio de la ejecución de la actividad**: pues se trata de la vulneración de un derecho fundamental cuya afectación es continua en el tiempo (...), la jurisprudencia ha indicado que esta obligación exige la identificación de las nuevas afectaciones que surjan en la realización de la actividad, al igual que las fases restantes del proyecto; o (ii) **pese a su***

¹⁵⁸ Sentencia T-300 de 2017. M.P. Aquiles Arrieta Gómez.

¹⁵⁹ Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

¹⁶⁰ Formulada por Julio Manuel Viloria Ujueta, como Gobernador Mayor del Resguardo Indígena Mokaná de Tubará, y Digno Santiago Gerónimo, como Gobernador Mayor de la Regional Indígena Mokaná del Atlántico. En él se demandó a las autoridades y particulares relacionados con la construcción de la Vía al Mar.

implementación total: *evento ante el cual la consulta se dirige a buscar los remedios para reparar, recomponer y restaurar la afectación al tejido cultural, social, económico o ambiental, los cuales, deben responder a la clase de daño sufrido por la comunidad étnica. Tal regla tiene fundamento no solo en el principio general del derecho según el cual todo daño antijurídico debe ser reparado, sino porque el juez constitucional no puede avalar la vulneración de los derechos fundamentales o declarar la ocurrencia de un daño consumado en materia de consulta previa, pues se crearía un incentivo indebido para evadir esta obligación constitucional. (Resaltado y subrayado propio)*¹⁶¹

25. Desde esta óptica, es necesario advertir que, si bien el proyecto vial sobre el que versa esta acción constitucional está en desarrollo y casi llega al final de su fase de construcción, no se configura un daño consumado, en la medida en que la amenaza sobre el tejido social, la cohesión y las prácticas tradicionales de la comunidad *Mokaná*, puede estar vigente, de existir. La avanzada etapa del desarrollo del Proyecto Vial Cartagena – Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad, no impide un pronunciamiento efectivo que busque soluciones para superar, en caso de que exista, la afectación de los derechos fundamentales de los accionantes.

El principio de igualdad. Pluralismo y multiculturalidad en el Estado colombiano¹⁶²

26. Los procesos de universalización de los derechos, inspirados en un “*abstracto sujeto hombre*”¹⁶³, han sido complementados con el reconocimiento de la heterogeneidad al interior de las fronteras nacionales¹⁶⁴. Comoquiera que en el marco estatal convergen multiplicidad de capacidades¹⁶⁵, visiones, tradiciones y percepciones de mundo, es preciso un proceso de especificación de los derechos, que considere las situaciones y calidades particulares de todos los sectores y grupos sociales¹⁶⁶.

Un Estado pluralista, como el que el constituyente adoptó en Colombia desde 1991, se caracteriza por la coexistencia armónica de la diferencia. Identifica la necesidad de que las garantías constitucionales se generalicen y se apliquen en favor de todos los asociados, pero al mismo tiempo admite que para lograrlo es necesario tener en cuenta las circunstancias particulares, en especial de los grupos más vulnerables. De tal suerte, enfrenta desafíos en relación con la generalización de los derechos – ligados a su carácter universal- y la forma, articulada y diferencial, en que deben

¹⁶¹ Sentencia T-011 de 2019 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, en cita de la jurisprudencia, sin especificar la sentencia de la que se extrajo este apartado.

¹⁶² Consolidado a partir de las consideraciones de la Sentencia T-281 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁶³ BOBBIO, Norberto. El tiempo de los derechos. Editorial Sistema. Madrid, 1991. p. 110.

¹⁶⁴ HOBSBAWN, Eric. Naciones y nacionalismos desde 1780. Crítica. Barcelona, 1992. p. 42 y 197.

¹⁶⁵ Sentencia T-629 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁶⁶ BOBBIO, Norberto. El tiempo de los derechos. Editorial Sistema. Madrid, 1991.

concretarse en la sociedad. Entiende que la universalidad de las garantías constitucionales se logra mediante el trato diferencial, sin el cual la concreción de los postulados constitucionales sería deficitaria y tendría un impacto limitado.

Todas las diferencias deben armonizarse al punto en que la institucionalidad las cobije, proteja y convoque, y que aquellas puedan empoderarse y aportar en el proceso de construcción democrática de la sociedad y del Estado. Para ello es necesario entender el principio de igualdad, ya no desde el plano formal sino desde el material y superar la idea de que para generalizar los derechos es suficiente dar un trato idéntico a todas las personas¹⁶⁷. Precisa trascender hacia una concepción que articule el valor universal de los derechos y su eficacia jurídica en cada caso concreto¹⁶⁸; descender “*del plano ideal al real, [pues] una cosa es la historia de los derechos del hombre, de derechos siempre nuevos y siempre más extensos, y justificarlos con argumentos persuasivos, y otra es asegurarles una protección efectiva*”¹⁶⁹.

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

27. La armonización de las diferencias se consolida a través de la igualdad que, como principio constitucional “*es un mandato complejo*”¹⁷⁰, pues implica la garantía de la aplicación general de las normas y de su carácter abstracto, por lo que está prohibido hacer distinciones con motivos discriminatorios, excluyentes e irrazonables, que son contrarios a la Constitución.

Este principio impulsa:

“la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales”¹⁷¹, con lo que rehúye la idea de una ‘equiparación matemática (...) que exigiría absoluta homogeneidad, sino que [impone] tratos iguales entre iguales, tratos diferentes entre supuestos disímiles e, incluso, medidas distintas en beneficios (sic.) de grupos que aunque desde una perspectiva son iguales desde otra requieren mejor tratamiento por parte del Estado’¹⁷².

Tal principio constitucional conlleva entonces “*la protección de grupos tradicionalmente discriminados o marginados*”¹⁷³, que supone un doble encargo para el Estado: uno de **abstención –negativo-**, según el cual debe evitar generar o

¹⁶⁷ Ídem. p. 40 a 45

¹⁶⁸ Ídem.

¹⁶⁹ Ídem. p. 111

¹⁷⁰ Sentencia C-178 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

¹⁷¹ Ídem.

¹⁷² Sentencia C-862 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁷³ Sentencia T-629 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

permitir la discriminación, directa¹⁷⁴ o indirecta¹⁷⁵, en contra de ellos, y otro de **intervención –positivo–**, conforme el cual, ha de diseñar mecanismos de política pública destinados a superar o aminorar los efectos de la desigualdad material que enfrentan esos grupos, respecto del resto de la sociedad.¹⁷⁶

28. Entre los grupos tradicionalmente discriminados en Colombia, se encuentran las comunidades indígenas. En relación con ellas, el devenir histórico del Estado generó un estigma sobre sus formas de vida, usos y costumbres¹⁷⁷, que fijó una comprensión social equivocada sobre el carácter antagónico de la cosmovisión indígena y los procesos de modernización del Estado.

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

*“(i) la existencia de patrones aún no superados de discriminación, que afectan a los pueblos y las personas étnicamente diversas; (ii) la presión que la cultura mayoritaria ejerce sobre sus costumbres, su percepción sobre el desarrollo y la economía o, en términos amplios, su modo de vida bueno (usualmente denominado cosmovisión); y (iii) la especial afectación que el conflicto armado del país ha generado en las comunidades indígenas y otros grupos étnicamente diversos, entre otros motivos, por el despojo o uso estratégico de sus tierras y territorios”.*¹⁷⁸

29. Las diferencias ancladas en la etnia fueron abordadas en la Constitución. Los artículos 7° y 70 superiores, fijaron el deber estatal de reconocer y resguardar la diversidad étnica y cultural, lo que significa la necesidad de aceptar, respetar y promover la variedad de cosmovisiones y la multiplicidad de formas de percibir, pensar y actuar en la sociedad¹⁷⁹.

En Colombia “*existe un interés claramente definido dentro de los parámetros del Texto Superior, dirigido a que las culturas étnicas que integran la nacionalidad colombiana sobrevivan, se desarrollen, sean reconocidas, apoyadas y protegidas*

¹⁷⁴ Ibídem. “*por las cuales se coarta o excluye a una persona o grupo de personas del ejercicio de un derecho o del acceso a un determinado beneficio*”.

¹⁷⁵ Sentencia T-291 de 2009. M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez. “*aplicación de normas aparentemente neutras, pero que en la práctica generan un impacto adverso y desproporcionado sobre un grupo tradicionalmente marginado o discriminado*”.

¹⁷⁶ Sentencia T-629 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁷⁷ SERNA, Adrián. *Ciudadanos de la geografía tropical. Ficciones históricas de lo ciudadano*. Universidad Distrital Francisco José de Caldas. Bogotá, 2006. p. 244 “*las ciudadanías culturales se han visto sometidas a los desajustes históricos en la construcción de lo ciudadano. En primer lugar, porque esas identidades fueron el objeto privilegiado de la estigmatización colonial, que al imponerles unas calificaciones de inferioridad, de degeneración y de atraso, las convirtió en fuentes de los traumatismos del proyecto nacional. En segundo lugar, porque esas identidades fueron progresivamente desplazadas por el discurso del mestizaje, que pretendió homogeneizar a la nación en detrimento de las especificidades sociales y culturales. En tercer lugar, porque esas identidades fueron presentadas como remanentes o vestigios de un tiempo anterior que debía claudicar con el paso de la modernización. Si se quiere identidades sociales y culturales fueron contrapuestas a la identidad ciudadana y, en muchos casos, fueron utilizadas para negar la universalidad de la ciudadanía a las mujeres, a los indígenas y a los afrocolombianos*”.

¹⁷⁸ Sentencia SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

¹⁷⁹ Sentencia T-380 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

por el Estado”¹⁸⁰, que tiene el deber de impulsar la heterogeneidad y la convivencia entre distintas visiones y creencias sobre el mundo, como la base desde la cual ha de consolidarse el proyecto democrático que inició en 1991.

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

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

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

La diferencia étnico-cultural ha sido abordada en función de tres modelos. El primero fue el de la *asimilación*, conforme al cual la heterogeneidad implicaba que los grupos minoritarios abandonaran las costumbres propias y se plegaran a las mayoritarias. El segundo modelo, es conocido como el *crisol de culturas*¹⁸¹, en el que las diferencias culturales se desvanecían con su intercambio, en la medida en que propiciaba escenarios en los que las visiones se mezclaban, hasta conformar nuevas perspectivas culturales, distintas a las originarias.¹⁸² Ambas formas de tratar la diferencia, se estructuraban en pro de la homogenización de las culturas y en función del esfuerzo del grupo minoritario por responder a un contexto marcado por las mayorías, incluso con el sacrificio de sus particularidades.

Por el contrario, el multiculturalismo se caracteriza porque *“las diferentes culturas étnicas coexisten por separado en términos de igualdad, pero participan en la vida política y económica general de la sociedad”*¹⁸³, sin que la identidad étnica deba quedarse como un asunto privado (como en los paradigmas anteriores), sino

¹⁸⁰ Sentencia T-568 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁸¹ Según la traducción de GIDDENS, Anthony y SUTTON, Philip W. Conceptos esenciales de Sociología. Alianza editorial. Madrid, 2017. p. 773.

¹⁸² GIDDENS, Anthony y SUTTON, Philip W. Conceptos esenciales de Sociología. Alianza editorial. Madrid, 2017. p. 773 y 774.

¹⁸³ *Ibíd.*

reconociéndola como un elemento que tiene la potencialidad de influir en la esfera de lo público, en la democracia y en la construcción de lo que es de todos, a partir del diálogo intercultural y de lo que es cada uno.

Derechos de las comunidades étnicas en función del pluralismo multicultural¹⁸⁴

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

Dichos conflictos surgen por el encuentro entre dos culturas disímiles y han llevado a la consolidación de garantías externas¹⁸⁵ en favor de los valores tradicionales de los grupos étnicos minoritarios, que adquieren la forma de derechos diferenciados¹⁸⁶ o especiales en función de la pertenencia étnica¹⁸⁷, justificados en la insuficiencia de los derechos universales para responder a la situación social e histórica de las comunidades tribales¹⁸⁸.

32. Uno de los derechos reconocidos en forma particular a los grupos indígenas es el derecho a la identidad étnica y cultural, referida específicamente a su auto reconocimiento¹⁸⁹. Este derecho, según lo ha precisado la Corte Constitucional, responde a la preservación de la heterogeneidad cultural del Estado, en la medida en que implica que *“las comunidades que no ostentan los valores culturales y sociales de la sociedad mayoritaria puedan ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia manera de ver el mundo. Ello implica que (...) puedan expresarse y autodeterminarse de acuerdo con su cosmovisión cultural dentro y fuera de sus territorios”*¹⁹⁰, garantía que se predica tanto de las comunidades, como sujetos colectivos de derechos, como también de sus miembros¹⁹¹.

Este derecho, de conformidad con la **Sentencia C-882 de 2011**¹⁹², se traduce en la facultad que tienen las comunidades indígenas para:

- (i) Tener su propia vida cultural.
- (ii) Profesar y practicar su propia religión.

¹⁸⁴ Consolidado a partir de las consideraciones de la Sentencia T-281 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁸⁵ KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1996, p. 58.

¹⁸⁶ KYMLICKA, Will et al. *Cosmopolitismo: Estado-nación y nacionalismo de las minorías*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2003.

¹⁸⁷ BORRERO GARCÍA, Camilo. La cultura como derecho: acertijos e interrogantes. *Derechos culturales*, p. 185.

¹⁸⁸ KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1996, p. 17.

¹⁸⁹ Sentencia SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

¹⁹⁰ Sentencia T-778 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁹¹ Sentencia T-772 de 2005 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y C-882 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

¹⁹² M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

- (iii) Preservar, practicar, difundir y reforzar sus valores y tradiciones sociales, culturales, religiosas y espirituales, así como sus instituciones políticas, jurídicas, sociales y culturales, entre otras.
- (iv) Emplear y preservar su propio idioma.
- (v) No ser objeto de asimilaciones forzadas.
- (vi) Conservar, acceder privadamente y exigir la protección de los lugares de importancia cultural, religiosa, política, etc. para la comunidad.
- (vii) Conservar y exigir protección a su patrimonio cultural material e inmaterial.
- (viii) Utilizar y controlar sus objetos de culto.
- (ix) Revitalizar, fomentar y transmitir a las generaciones presentes y futuras sus historias, tradiciones orales, filosofía, literatura, sistema de escritura y otras.
- (x) Emplear y producir sus medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales.
- (xi) Participar en la vida cultural de la Nación.
- (xii) Seguir un modo de vida según su cosmovisión y relación con los recursos naturales.
- (xiii) Preservar y desarrollar sus modos de producción y formas económicas tradicionales.
- (xiv) Exigir protección de su propiedad intelectual relacionada con obras, creaciones culturales y de otra índole.

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

33. Las prerrogativas que tienen las comunidades indígenas para asegurar su derecho a la identidad étnica, implican varios elementos particulares. De ellos, para los efectos de este análisis de precisará el autorreconocimiento de su historia y la concesión de cierta libertad en el desarrollo de sus proyectos culturales particulares; o su autonomía.

33.1. La consolidación de la identidad indígena pasa por el reconocimiento del pasado común de los miembros del grupo y de su interacción con los demás conjuntos étnicos, como una forma de construir semejanzas internas y alteridades¹⁹³. En el proceso de construcción de la identidad étnica, los vestigios arqueológicos juegan un papel significativo¹⁹⁴, en la medida en que vinculan el presente del grupo étnico a sus antecedentes históricos, brindándole continuidad en el tiempo a sus valores y perspectivas sobre el mundo.

En vista de su importancia, el artículo 13 de la Ley 397 de 1997¹⁹⁵ establece derechos de las comunidades étnicas sobre el patrimonio cultural, al prever que pueden conservar el “*patrimonio arqueológico que sea parte de su identidad cultural*” y, para preservarlo tiene el derecho a recibir la asesoría de las autoridades estatales¹⁹⁶.

La **Sentencia T-129 de 2011**, consideró que la relevancia de los elementos arqueológicos para la configuración de la identidad étnica, deriva “*en la necesidad de que en los casos que impliquen intervención de los territorios indígenas el tratamiento de la protección del patrimonio arqueológico sea concomitante al dado al de la protección de los recursos naturales y el medio ambiente*”, de modo que genera un tratamiento equivalente que implica obligaciones estatales concretas.

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

Según la jurisprudencia, este derecho tiene tres ámbitos de protección¹⁹⁷. El primero es el ámbito externo, en virtud del cual se reconoce el derecho de las comunidades, como sujetos colectivos, a participar en las decisiones que les afectan (bien sea mediante la participación de la colectividad en igualdad de condiciones al resto de ciudadanos, el derecho a la consulta previa o la necesidad de la obtención del consentimiento previo libre e informado, de conformidad con el nivel de

¹⁹³ RESTREPO, Eduardo. Intervenciones en teoría cultural. Popayán: Editorial Universidad del Cauca, 2012. p. 132. La identidad étnica se fija con fundamento en “*una serie de prácticas de diferenciación y marcación de un ‘nosotros’ con respecto a unos ‘otros’*. Para decirlo en otras palabras, *identidad y alteridad, mismidad y otredad son dos caras de la misma moneda*”.

¹⁹⁴ BERÓN, Mónica. Relaciones interétnicas e identidad social en el registro arqueológico. *Género y etnicidad en la arqueología sudamericana*, 2006, no 4.

¹⁹⁵ “**ARTICULO 13. DERECHOS DE GRUPOS ETNICOS.** Los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica conservarán los derechos que efectivamente estuvieren ejerciendo sobre el patrimonio arqueológico que sea parte de su identidad cultural, para lo cual contarán con la asesoría y asistencia técnica del Ministerio de Cultura. // Con el fin de proteger lenguas, tradiciones, usos y costumbres y saberes, el Estado garantizará los derechos de autoría colectiva de los grupos étnicos, apoyará los procesos de etnoeducación, y estimulará la difusión de su patrimonio a través de los medios de comunicación.”

¹⁹⁶ Sentencia T-129 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁹⁷ Sentencias T-973 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo), T-973 de 2014 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-650 de 2017 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

impacto de la decisión¹⁹⁸). El segundo es la participación política de las comunidades en el Congreso y, el tercero, el ámbito interno, que implica la posibilidad de que al interior del grupo étnico surjan, se conserven o se modifiquen las formas gobierno y puedan autodeterminar sus dinámicas sociales. En relación con este último escenario, se ha erigido la jurisdicción indígena y se ha reconocido “*el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios, con los límites que señale la Constitución y la ley*”¹⁹⁹.

En razón de estos ámbitos de protección, en principio al Estado le está vedado intervenir en las decisiones de los pueblos indígenas²⁰⁰, so pena de anular su autonomía, su identidad cultural y, con ellas, el carácter plural y multicultural del orden jurídico y social. Sin embargo, estas garantías constitucionales no pueden leerse como facultades absolutas y, en caso de conflicto con los derechos de otras personas, deben ser ponderadas y pueden ceder en relación con otras normas superiores²⁰¹.

La autonomía indígena en su dimensión externa. La consulta previa alcance y requisitos para su satisfacción²⁰²

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

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

*“i) la simple participación, asociada a la intervención de las comunidades en los órganos decisorios de carácter nacional, así como en la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen; (ii) la consulta previa frente a cualquier medida que los afecte directamente; y (iii) el consentimiento previo, libre e informado cuando esa medida (norma, programa, proyecto, plan o política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial.”*²⁰³

La *simple participación* opera en virtud del mandato constitucional contenido en el artículo 40 superior, conforme al cual todos los ciudadanos pueden “*participar en*

¹⁹⁸ SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

¹⁹⁹ Sentencia T-973 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁰⁰ Sentencia T-979 de 2006. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

²⁰¹ Sentencia T-466 de 2016 (M.P. Alejandro Linares Cantillo) y T-080 de 2018 (M.P. Carlos Bernal Pulido).

²⁰² Consolidado a partir de las consideraciones de la Sentencia T-281 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²⁰³ Sentencia C-389 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa.

la conformación, ejercicio y control del poder político”, derecho que se refuerza cuando hacen parte de una comunidad étnica, dado el propósito de erradicar la discriminación que han sufrido históricamente²⁰⁴.

Por su parte, el *consentimiento previo, libre e informado* refiere a la exigencia que tiene el Estado de perseguir de manera especial un acuerdo con la comunidad. Es excepcional y solo opera en los casos en que la medida por adoptar implica “*i) el traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento; ii) (...) un alto impacto social, cultural y ambiental alto que pone en riesgo su subsistencia; o iii) (...) el almacenamiento o depósito de materiales peligrosos – tóxicos- en sus tierras y territorios.*”²⁰⁵

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

35. La consulta previa en sí misma, con arreglo a las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad²⁰⁶, ha sido considerada por esta Corporación como un derecho fundamental de los grupos étnicos²⁰⁷.

A través de él, el Estado garantiza que las comunidades indígenas participen de forma efectiva en las decisiones que les atañen, de modo que es una condición para la preservación de su autonomía y, a través de ella, de su identidad étnica²⁰⁸. Asegurarlo, supone también materializar los mandatos constitucionales de pluralidad multicultural y todas las autoridades, como los particulares²⁰⁹, deben coadyuvar en ese esfuerzo²¹⁰.

36. Se trata de una garantía conforme a la cual “*en un proceso de carácter público, especial, obligatorio, intercultural e interinstitucional, que debe realizarse previamente a la adopción, decisión o ejecución de alguna medida o proyecto*

²⁰⁴ Sentencia SU-097 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

²⁰⁵ Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

²⁰⁶ Conformado por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el Pacto Internacional sobre los Derechos, Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

²⁰⁷ Sentencias SU-039 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell. “*la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que puedan afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad (...) que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social*”; y SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

²⁰⁸ Sentencia T-576 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. “*los procesos consultivos son un escenario esencial para asegurar la pervivencia física y la protección de las costumbres y tradiciones de esas colectividades explica, en efecto, que la Corte haya respaldado, desde sus primeras sentencias, la competencia del juez de tutela para impartir las órdenes que aseguren que estas sean informadas oportunamente sobre los proyectos que impacten sobre sus territorios o sus formas de vida y para que cuenten con la oportunidad de evaluar su impacto y de incidir en la formulación de la decisión de que se trate*”.

²⁰⁹ Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

²¹⁰ Sentencia SU-383 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

público o privado susceptible de afectar directamente sus formas y sistemas de vida, o su integridad étnica, cultural, espiritual, social y económica”²¹¹, la comunidad indígena manifiesta, desde su cosmovisión, su postura en relación con los planes de la sociedad mayoritaria, en búsqueda de la armonización de aquellos con sus valores culturales, en la medida de lo posible. Implica un ejercicio de diálogo intercultural que permite la coexistencia participativa, efectiva y respetuosa de sistemas culturales distintos.

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

Tal deber se satisface únicamente cuando los grupos étnicos participen en forma activa y efectiva en las decisiones que les atañen, en relación con las medidas de cualquier orden que incidan o puedan incidir en la vida de la comunidad étnica²¹². Dicha participación solo puede derivar de un

*“diálogo intercultural entre iguales, en el entendido de que (...) ni los pueblos indígenas tienen un derecho de veto que les permita bloquear decisiones estatales, ni el Estado tiene un derecho a la imposición sobre los pueblos indígenas para imponerles caprichosamente cualquier decisión sino que opera un intercambio de razones entre culturas que tiene[n] igual dignidad y valor constitucional (CP art 70)”*²¹³.

El diálogo debe responder a las necesidades de las comunidades interactuantes, pero siempre bajo el entendido de que, materialmente, no se encuentran en las mismas condiciones, y que el Estado debe compensar las diferencias²¹⁴ para que pueda consolidarse un encuentro en igualdad de condiciones y oportunidades, en el que ninguna cultura se imponga a la otra.

Alcance del derecho a la consulta previa²¹⁵

37. Contextualizado de esa forma, como una de las vías para ejercer la autonomía de los grupos indígenas y para asegurar su derecho a la identidad étnica, el derecho a la consulta previa es una de las garantías asociadas a una perspectiva multicultural de las diferencias étnicas que, según lo reconoció el Convenio 169 de la OIT, tiene cuatro ejes: *“la autonomía de los pueblos indígenas y tribales, el respeto por la diferencia cultural, la defensa de los territorios y la participación”*²¹⁶.

²¹¹ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia. Editorial Universidad del Rosario, 2017. p.11.

²¹² Sentencias T-376 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa) y T-550 de 2015 (M.P. Myriam Ávila Roldán).

²¹³ Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

²¹⁴ Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

²¹⁵ Consolidado a partir de las consideraciones de la Sentencia T-281 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²¹⁶ Sentencia SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

38. Conforme al bloque de constitucionalidad, la relación entre distintas culturas precisa el reconocimiento de la participación y de la consulta como fundamentos de la misma, sustentados en el derecho a la autodeterminación de los pueblos²¹⁷, cuyo contenido implica *“tomar decisiones relativas a su desarrollo económico, social y cultural y a disponer de sus riquezas y recursos naturales en sus territorios, conforme a sus usos y costumbres, dentro de los límites constitucionales”*²¹⁸.

El Convenio hace referencia a una serie de medidas que, en principio, deberían ser concertadas con las comunidades tribales que puedan afectarse con ellas. La **Sentencia T-226 de 2016**²¹⁹ recogió estas medidas, con la salvedad de que la alusión a ellas no tiene un carácter taxativo²²⁰:

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

Ello implica que los Estados tienen el deber de consultar a los grupos tribales que puedan verse afectados directamente por medidas administrativas y legislativas, en búsqueda de un acuerdo con ellas, a través de sus autoridades²²¹.

²¹⁷ ONU. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *“Artículo 1. // 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. // 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. // 3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.”*

²¹⁸ Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

²¹⁹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²²⁰ Sentencia T-226 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. *“Las medidas que no encuadran en esas hipótesis deben examinarse bajo la óptica de la regla general de afectación directa. Esto, a su vez, exige valorar las especificidades de cada caso, pues es posible que el impacto que determinada medida cause en cierta comunidad sea mayor o menor del que le generaría a otra.”*

²²¹ OIT. Convenio 169. *“Artículo 6. 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: // (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; // b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; // (c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”*

La determinación de dicha afectación puede ameritar la realización de estudios, que deben hacerse *“en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.”*²²²

39. Para la jurisprudencia, el derecho fundamental a la consulta previa se traduce en la garantía que tienen los grupos indígenas (como otras colectividades tribales²²³) de participar en las decisiones que les conciernen en forma directa. Busca que intervengan en las medidas que incidan o puedan incidir²²⁴ en su forma de vida, en su dinámica social y en su interacción con otros sistemas culturales, para evitar interferencias indebidas en su organización²²⁵. En virtud de este derecho *“las comunidades indígenas y tribales deben ser consultadas sobre cualquier decisión que las afecte directamente, de manera que puedan manifestar su opinión sobre la forma y las razones en las que se cimienta o en las que se fundó una determinada medida”*²²⁶.

39.1. Se ha precisado que son **titulares** de la consulta previa los grupos sobre los que pueda predicarse la existencia de *“rasgos culturales y sociales compartidos u otra característica que la distinga de la sociedad mayoritaria[y] (...) conciencia sobre su pertenencia a un grupo humano étnicamente diverso”*²²⁷. Se trata de los grupos que sean identificables como culturalmente distintos (elemento objetivo) y que, al mismo tiempo se reconozcan a sí mismos como tales y como parte del grupo minoritario²²⁸ (elemento subjetivo).

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

39.2. La consulta previa es una garantía que en principio le corresponde al Estado, pero que convoca también a personas de derecho privado. En relación con el aparato estatal implica que este consulte sus proyectos y planes, en forma previa e interactiva, y en relación con los particulares implica la *“debida diligencia”* referida al esmero por *“identificar, prevenir, mitigar y responder a las*

²²² OIT. Convenio 169. Artículo 7.

²²³ Sentencias C-359 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); T-657 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa); T-766 de 2015 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo); T-026 de 2015 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez); y T-475 de 2016 (M.P. Alejandro Linares Cantillo).

²²⁴ Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

²²⁵ Sentencia T-436 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

²²⁶ Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

²²⁷ Sentencia T-226 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²²⁸ Sentencia C-169 de 2001. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

consecuencias negativas de sus actividades”²²⁹ en relación con los derechos de los grupos étnicos.

Requisitos de la consulta previa²³⁰

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

- Debe orientarse por su finalidad: lograr el consentimiento de los pueblos interesados. Como quiera que la consulta parte de la igualdad de las partes en diálogo, en ningún caso puede asumirse que ello implica un poder de veto²³¹. Sin embargo, la falta de acuerdo no habilita al Estado para que lleve a cabo la medida de forma arbitraria y, por el contrario, supone que en la ejecución del plan o proyecto se apliquen los principios de proporcionalidad y razonabilidad²³².
- Debe ser previa al desarrollo de la medida, con el objetivo de que el impacto sobre la comunidad no sea producto de una imposición sino de una concertación, que armonice los valores culturales y las posiciones de los sistemas culturales implicados²³³.
- Debe ser flexible, en el entendido de poder adaptarse al pueblo concernido²³⁴, al punto en que sea culturalmente adecuada. Incluso *“es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta)”*²³⁵ para lograr un diálogo efectivo con ellas.
- Debe adelantarse conforme al principio de buena fe, lo que implica que debe darse en *“un ambiente de confianza y claridad”*²³⁶, que se consolida solo a través del respeto mutuo. Ello significa que proceso *“no debe ser manipulado [por ninguna de las partes] y debe adelantarse en un ambiente de transparencia de la información, claridad, respeto y confianza”*²³⁷.
- Debe darse a través de las instituciones o autoridades propias de la comunidad.
- Debe ser un proceso adelantado con base en la información clara, veraz, oportuna y suficiente²³⁸ para que el grupo consultado puede manifestarse de

²²⁹ Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

²³⁰ Consolidado a partir de las consideraciones de la Sentencia T-281 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²³¹ Sentencia T-1080 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²³² Sentencia T-376 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

²³³ Sentencia T-475 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

²³⁴ Sentencia SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

²³⁵ Sentencia T-376 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

²³⁶ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia. Editorial Universidad del Rosario, 2017. p.30.

²³⁷ Sentencia T-1080 de 2012. M.P. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²³⁸ Sentencias C-030 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

forma consciente sobre la medida a desarrollar²³⁹. De tal suerte, el Estado debe garantizar a las comunidades indígenas implicadas “*la participación y el acceso a la información sobre un programa o plan que se pretenda realizar en su territorio, buscando que participativamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo, buscando salvaguardar la idiosincrasia de los pueblos indígenas y tribales que habitan el país*”²⁴⁰.

- Puede ser acompañado por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, para asegurar que se cumpla con estos requisitos y que el proceso sea efectivo²⁴¹.

Todos estos elementos²⁴², que integran el derecho fundamental a la consulta previa, aseguran la participación e incidencia de las comunidades indígenas en los proyectos y planes estatales, a partir de su cosmovisión y, en esa medida, aseguran el carácter multicultural del Estado. Al Estado le permite desplegar su actividad con directrices diferenciales y lograr una mayor incidencia de las entidades públicas en el territorio nacional.

La afectación directa como presupuesto para la consulta previa²⁴³

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

42. Si bien *afectación directa* es una noción ambigua exclusivamente desde el punto de vista del lenguaje, a partir de los instrumentos internacionales que

²³⁹ Sentencia T-769 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ Sentencia T-660 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁴² Algunas decisiones de esta Corporación, como las sentencias SU-097 y SU-217 de 2017, han agrupado estos requisitos en “**Criterios generales de aplicación de la consulta:** (i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afro descendientes sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (v) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afro descendientes. // **Reglas específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta:** (vii) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (viii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (pre consulta o consulta de la consulta); (ix) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad interesada; y, (x) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (xi) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social”.

²⁴³ Consolidado a partir de las consideraciones de la Sentencia T-281 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

componen el bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia²⁴⁴ ha fijado una serie de reglas que permiten valorar su configuración.

Según estas reglas habrá una *afectación directa* cuando la medida (i) pretenda desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (ii) aluda a una intervención sobre cualquiera de los derechos de la comunidad indígena; (iii) perturbe sus estructuras sociales, espirituales, culturales, médicas u ocupacionales; (iv) impacte las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (v) impida el desarrollo de los oficios de los que deriva el sustento; (vi) genere un reasentamiento de la comunidad; (vii) le imponga cargas o atribuciones, al punto en que modifique su posición jurídica; (viii) interfiera en los elementos que definan su identidad o su cultura; o (ix) pese a que se trata de una medida general, que afecta a los demás ciudadanos, tiene un impacto diferenciado y específico sobre la comunidad. Sin embargo, la discusión sobre el alcance de la afectación directa es actual y bien pueden surgir otras hipótesis en las que, razonablemente, pueda concluirse que se está ante una afectación directa²⁴⁵.

Con fundamento en esas reglas, recientemente, la Sala Plena de esta Corporación concibió la afectación directa como todo *“impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica”*²⁴⁶.

43. Si se entiende que todas estas condiciones a las que se refirió el Pleno de esta Corporación cohesionan a la comunidad y le dan sentido a su ser colectivo y diferenciado del resto de la sociedad, la afectación directa no puede entenderse solo en función de un aspecto geográfico, pues puede derivar de la intervención en las esferas social, económica, política, cultural y administrativa de la comunidad. Por lo tanto, a pesar de la relación especial que tienen los grupos étnicos con el territorio y de que dichas esferas puedan estar atravesadas por la interacción con la tierra, no puede asumirse que cuando se alude a la afectación directa se hace referencia, únicamente, a la tierra de la comunidad y, mucho menos, a la tierra titulada, que el Estado le ha reconocido. Ello cobra mayor sentido si se tiene en cuenta que la dinámica territorial de una comunidad puede variar por fuerzas internas o externas a ella²⁴⁷.

La Corte ha comprendido que la afectación directa no ocurre únicamente por proyectos o gestiones en el suelo titulado a favor de la comunidad, sino que trasciende el plano geográfico y registral del territorio, para proteger el ámbito cultural en que se desenvuelven los grupos étnicos²⁴⁸. Para hacerlo ha recordado en varias oportunidades que *“el concepto de territorio [ancestral o étnico] no se*

²⁴⁴ Como lo reconocen las Sentencias SU-217 de 2017 (M.P. María Victoria Calle Correa) y SU-123 de 2018 (MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes).

²⁴⁵ Sentencia SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

²⁴⁶ Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

²⁴⁷ Sala especial de Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004. Autos A-004 de 2009 y A-174 de 2011.

²⁴⁸ Sentencia SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

restringe a la ubicación geográfica de una comunidad o un resguardo indígena, sino que se asocia al concepto de ámbito cultural”²⁴⁹, ancestral y espiritual²⁵⁰. Por ende, la determinación de la afectación directa no se reduce a conclusiones técnicas en función de la cartografía física; un reconocimiento territorial sometido a ella es insuficiente para precisar el ámbito cultural de las comunidades étnicas y su relación con el territorio, al punto en que, por sí solo, no será concluyente para la identificar las incidencias de una medida proveniente del Estado.

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

No obstante lo anterior, la demarcación de los territorios titulados a favor de las comunidades indígenas es trascendental para la protección jurídica y administrativa de los pueblos tribales²⁵¹. Asimismo, esa demarcación puede operar como parámetro, en todo caso no exclusivo, para la identificación de los territorios cuya afectación directa deriva en la exigibilidad de eficacia del derecho a la consulta previa.

44. La **Sentencia T-693 de 2011**²⁵², en esa misma línea y con fundamento en las distintas miradas que tienen la cultura mayoritaria y las comunidades étnicas sobre el territorio, asumió que el territorio étnico está compuesto por:

“i) las áreas tituladas, habitadas y exploradas por una comunidad; ii) [las] zonas que desarrollan el ámbito tradicional de las actividades culturales y económicas del colectivo; iii) [y las] franjas que facilitan el fortalecimiento de la relación espiritual y material de esos pueblos con la tierra y contribuyan con la preservación de sus costumbres”²⁵³.

45. Ahora bien, en función de lo anterior, la Corte Constitucional ha precisado que los proyectos de infraestructura vial pueden generar afectaciones directas cuando intervienen el territorio ancestral o étnico, y no solo las tierras tituladas a favor de las comunidades²⁵⁴. Es decir, hay afectación directa cuando el plan o proyecto vial se concentra en áreas en las que la comunidad indígena se desarrolla espiritual, ritual, económica y/o socialmente. Con todo, también debe insistirse que, a pesar de esa concepción amplia, que no reduce el territorio ancestral a aquel que ha sido titulado, en todo caso la exigibilidad del derecho a la consulta previa depende, en

²⁴⁹ Sentencias T-235 de 2011 y T-617 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁵⁰ Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

²⁵¹ Sentencia T-197 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁵² M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁵³ Sentencia T-436 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

²⁵⁴ *Ibidem*. Esta conclusión es sustentada en las razones de la decisión expuestas en las sentencias T- 428 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón), T-745 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-993 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa) y T-657 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa), decisiones en que la Corte se pronunció acerca de la construcción de carreteras en el territorio de comunidades indígenas.

todos los casos, de la acreditación sobre una afectación directa y diferenciada respecto del pueblo étnico de que se trate.

La consulta previa para la mitigación o reparación de los efectos ya causados sobre la comunidad étnica (etno-reparaciones)

46. Como quedo esbozado al descartar un daño consumado en este caso (fundamentos jurídicos 21 a 25), si bien una de las características esenciales de la consulta es su carácter previo²⁵⁵, este atributo no puede emplearse para desconocer el deber de consulta cuando los impactos ya se hayan ocasionado o están ocasionándose²⁵⁶.

Lo ideal es que la consulta se efectúe antes de dar curso al proyecto, cualquiera que sea su naturaleza. Pero si ello no ocurrió y, en consecuencia, se vulneró el derecho a la consulta previa²⁵⁷, pues el programa o plan ya está en curso o, incluso, ya terminó en su totalidad, la utilidad constitucional de la consulta subsiste²⁵⁸.

En los eventos en los que el proyecto llegó a su fin, en cualquiera de sus fases o incluso en su totalidad, la consulta es una herramienta para asegurar los mismos propósitos relacionados con la protección de la integridad física, cultural y espiritual del colectivo étnico, pero desde otro enfoque: permite “*participar en la implementación del mismo o de obtener una reparación o compensación por los daños causados*”²⁵⁹ mediante *medidas de compensación cultural*²⁶⁰. Tal y como recientemente lo aclaró la Sala Plena:

*“el deber de consulta no desaparece con la iniciación del proyecto pues la jurisprudencia constitucional ha explicado que su obligatoriedad debe regir todas las etapas de la materialización de los programas y planes, de manera que existe una obligación de mantener abierto los canales de diálogo durante todo el seguimiento del proyecto. Bajo tal entendido, la consulta sobre actividades que afectaron a los pueblos indígenas y que no fueron sometidos a consulta previa opera, incluso (i) después del inicio de la ejecución de la actividad, o (ii) pese a su implementación total.”*²⁶¹

47. Luego del inicio del proyecto, la consulta es necesaria en relación con las afectaciones sufridas por las etapas ya desarrolladas, las fases restantes del mismo y sus variaciones sobrevinientes. Una vez terminado el proyecto, la consulta se

²⁵⁵ Sentencia T-080 de 2017. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁵⁶ Sentencias SU-123 de 2018 (MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes) y T-080 de 2017 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.).

²⁵⁷ Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

²⁵⁸ Sentencias T-652 de 1998 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-693 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-969 de 2014 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), T-080 de 2017 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-733 de 2017 (M.P. Alberto Rojas Ríos) y SU-123 de 2018 (MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes).

²⁵⁹ Sentencia T-080 de 2017. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁶⁰ Sentencia T-693 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

²⁶¹ Sentencias SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

orienta por la búsqueda de las medidas de compensación cultural o de las etno-reparaciones²⁶².

De tiempo atrás la Corte estableció que en estos dos eventos, “*los daños irreversibles que la construcción de tales obras vienen causando en nada se remedian cumpliendo a posteriori con el requisito constitucional omitido*”²⁶³, de modo que resta la adopción de medidas indemnizatorias o compensatorias “*mientras [la comunidad] elabora los cambios culturales, sociales y económicos a los que ya no puede escapar, y por los que los dueños del proyecto y el Estado, en abierta violación de la Constitución y la ley vigentes, le negaron la oportunidad de optar*”²⁶⁴ como tenía derecho a hacerlo, conforme el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas.

La adopción de estas medidas posteriores es constitucionalmente exigible si se considera aquel “*principio general del derecho según el cual todo daño antijurídico debe ser reparado*”²⁶⁵ y que, no adoptarlas supone la creación de un incentivo al desconocimiento de la consulta previa²⁶⁶.

48. Al respecto la jurisprudencia, con apoyo de la doctrina²⁶⁷, ha precisado que con el propósito de la conservación de la diferencia y del respeto por la conformación y la singularidad de los grupos étnicos, aquellas medidas de compensación cultural (i) tienen que ser objeto de consulta; (ii) deben dirigirse a la satisfacción de los intereses de la colectividad, con fundamento en las afectaciones y en las compensaciones en relación con ellas, con atención en la preservación de su identidad cultural, valores, tradiciones y costumbres; (iii) no pueden enfocarse en los miembros de la colectividad, individualmente considerados²⁶⁸; y (iv) han de ser eficaces, en el sentido de contribuir con la realización de los derechos de la comunidades tribales, sin que se adopten de forma impuesta o paternalista, sino consensuada.²⁶⁹

49. Finalmente, cabe llamar la atención sobre el hecho de que las etno-reparaciones deben asumirse como una posibilidad excepcional en materia de consulta previa. De ningún modo pueden constituir la estrategia de quienes llevan a cabo un programa, plan o proyecto con implicaciones en las dinámicas de los grupos étnicamente diferenciados.

El diálogo intercultural, como una herramienta y oportunidad de armonización entre el interés general por el desarrollo y los intereses étnicos particulares, debe

²⁶² Sentencia T-376 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

²⁶³ Sentencia T-652 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ La Sentencia T-080 y T-733 de 2017 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y Alberto Rojas Ríos, respectivamente) se apoyaron en Rodríguez Garavito, César; Lam, Yukyam. “*Etnorreparaciones: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*”, DeJusticia, 2010.

²⁶⁸ Sentencia T-197 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁶⁹ Sentencia T-080 de 2017. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

llevar en la mayor medida posible a la realización de ambos, de modo que el momento de efectuarlo es previo a las intervenciones que se deriven de él. Debe estar enfocado en la prevención de impactos no deseados por las comunidades, y solo excepcionalmente en la compensación. Por consiguiente, *“la consulta no puede convertirse simplemente en un mecanismo de compensación e indemnización de daños ya causados, pues ello desnaturalizaría por completo el propósito de este derecho fundamental”*²⁷⁰.

Las competencias del Ministerio del Interior en relación con la consulta previa²⁷¹

50. En materia de consulta previa, conforme el Decreto 1320 de 1998 (Compilado en el Decreto 1066 de 2015²⁷²) y 2893 de 2011, el Ministerio del Interior es la entidad responsable de ella, a través de su Dirección de Consulta Previa y con el apoyo de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías²⁷³. Le corresponde dirigir, coordinar y asesorar los procesos de consulta previa en todas sus fases, y asegurar una respuesta diferencial a todos los que sean necesarios para la concreción de los distintos planes y proyectos.

Adicionalmente, es la entidad que expide certificaciones *“desde el punto de vista cartográfico, geográfico o espacial, acerca de la presencia de grupos étnicos en áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, obras o actividades que tengan influencia directa sobre estos grupos”*²⁷⁴, a petición de la parte interesada en un determinado plan.

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

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

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

²⁷⁰ Sentencia T-969 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²⁷¹ Consolidado a partir de las consideraciones de la Sentencia T-281 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²⁷² *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior”*.

²⁷³ Decreto 2893 de 2011, modificado por el Decreto 2340 de 2015.

²⁷⁴ Decreto 2893 de 2011, Artículo 16. Numeral 5.

Este ejercicio se lleva a cabo a partir de las bases de datos y de la “*cartografía georeferenciada*”²⁷⁵ del Ministerio y de otras entidades. Solo se lleva a cabo la visita a la zona, cuando surjan dudas sobre la presencia de las comunidades en el perímetro del área de influencia del proyecto; “*visita de verificación en la que se tendrán en cuenta los criterios trazados por la Corte Constitucional*”. Esta visita depende de la Dirección de Consulta Previa, y solo debe efectuarse ante: (i) el asentamiento de comunidades en las áreas de influencia; (ii) el desarrollo de usos y costumbres por parte de comunidades en esas áreas; y (iii) el tránsito de comunidades étnicas en las áreas de interés del proyecto.

52. Todas las etapas de la verificación que da lugar a la certificación tienen, conforme esa Directiva, productos que dan cuenta de su resultado. La mayoría de hallazgos deben ser registrados en la bitácora del proyecto. Sin embargo, la visita a terreno precisa de productos adicionales relacionados con el trabajo antropológico desarrollado en la zona, así la Directiva Presidencial fija como productos las entrevistas y un “*informe de verificación*”²⁷⁶.

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

53. Respecto de este proceso de certificación, la Corte Constitucional recientemente señaló dos problemas²⁷⁷. El primero, es la precaria capacidad administrativa del Ministerio del Interior en relación con la consulta previa, lo que le impide ejecutar de forma adecuada sus competencias en la materia.

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

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

²⁷⁵ Directiva Presidencial N°10 de 2013. p. 6.

²⁷⁶ Directiva Presidencial N°10 de 2013. p. 7 y 8.

²⁷⁷ Así lo hizo la Sentencia SU-123 de 2018, con fundamento en los problemas jurídicos abordados por las sentencias “*T-880 de 2006, T-547 de 2010, T-693 de 2011, T-284 de 2014, T-849 de 2014, T-549 de 2015, T-436 de 2016 y T-298 de 2017*”.

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

54. En relación con el segundo problema, la **Sentencia SU-123 de 2018** llamó la atención sobre la imposibilidad de equiparar la figura del “*área de influencia directa*” de un plan con incidencia territorial, y la “*afectación directa*” que dicho proyecto pueda acarrear para una comunidad étnica. Consideró que esta confusión es la causa primaria de esa dificultad y se puede subsanar si se asume que “*para determinar la procedencia de la consulta previa no es suficiente la constatación de la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia de un proyecto, obra o actividad. El criterio adecuado e indispensable para establecer la aplicación de la consulta previa es el de afectación directa.*”²⁷⁸

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

55. En esa línea la Sala Plena de la Corte Constitucional, en esa misma decisión, resaltó la importancia de establecer un proceso confiable de certificación de la presencia de comunidades étnicas para la seguridad jurídica de la sociedad, de los grupos étnicos y de los inversionistas. Exhortó al Gobierno y al Congreso a que tomen las medidas para solidificar el proceso de emisión de este tipo de certificaciones que, en todo caso debe trascender los meros criterios técnicos, para poder identificar si existen afectaciones directas sobre las comunidades y la intensidad de las mismas²⁷⁹, en resguardo del pluralismo multicultural.

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

“las entidades territoriales, a las corporaciones regionales y a las instituciones académicas, culturales o investigativas especializadas (p.e. el Instituto Colombiano de Antropología e Historia –ICAHN– o el Instituto Geográfico Agustín Codazzi –IGAC–) con el fin de obtener la información que permita establecer con la mayor seguridad jurídica si

²⁷⁸ SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

²⁷⁹ SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

un pueblo indígena o afrocolombiano se encuentra o podría resultar afectado por un proyecto o actividad dentro de un determinado territorio. Esta consulta a las entidades territoriales y a las instituciones especializadas se justifica por cuanto ellas poseen en muchas ocasiones la información más actualizada y precisa sobre la presencia y características de los grupos étnicos en los territorios”.

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

En relación con ello, la **Sentencia T-281 de 2019**²⁸⁰ hizo algunas consideraciones puntuales. En ella, se analizó la situación de dos comunidades indígenas en el Cauca, presuntamente afectadas por un proyecto de infraestructura vial, que no conocían y de las cuales el Ministerio del Interior certificó su no presencia en el área de influencia.

Con ese concepto, las accionantes vieron truncada la posibilidad de participar en el proceso de construcción vial. Se señaló que la certificación constituía en sí misma una determinación sobre la comunidad, en tanto la privaba de la posibilidad de exponer sus preocupaciones y de incidir en las decisiones de la administración, respecto del proyecto vial²⁸¹. Se destacó la necesidad de que las comunidades étnicas ubicadas en los municipios sobre los que se trazó la malla vial, fueran enteradas del proceso de certificación, para que pudieran hacerse partícipes en él, en defensa de sus intereses. La sentencia consideró que:

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

Desde esa concepción, y con fundamento en el apoyo de las entidades territoriales sugerido en la Sentencia SU-123 de 2018, el proceso de verificación de la existencia de afectaciones directas en relación con un determinado proyecto vial, debe involucrar en forma participativa a las comunidades presentes en las entidades territoriales sobre las que pasa o habrá de pasar la vía. Ello implica no solo la garantía de la

²⁸⁰ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²⁸¹ “no parece razonable que, aun cuando las comunidades presuntamente afectadas por la certificación tienen un interés directo en su resultado, como lo muestran las accionantes, no hayan sido informadas sobre la solicitud de certificación, sobre el proceso de verificación en campo y sobre los resultados de la labor del Ministerio del Interior en el mismo”.

participación efectiva de las comunidades, sino que puede hacer más efectivo el proceso de verificación, al someterlo a la depuración material de la información suministrada por el ejecutor de la obra”.

Se aclaró que la proximidad con la obra por la ubicación de la comunidad en uno de los municipios en los que se desarrolla, es un indicio de la posibilidad remota de afectación y en ningún caso es suficiente para identificar un impacto directo. Sirve para identificar a las comunidades con interés ya no en el proyecto vial, en sí mismo considerado, sino en el proceso de verificación y en la decisión de certificación del Ministerio del Interior, de la que depende la posibilidad de exigir la consulta previa ante las autoridades administrativas y los particulares que tienen a cargo el proyecto.

57. Ahora bien, la función de certificación y los tropiezos institucionales que se han identificado deben llevarse a sus justas proporciones, en la medida en que si bien actualmente tiene una incidencia material reconocible para el ejercicio efectivo y pleno de los derechos de las comunidades indígenas, la certificación del Ministerio del Interior sobre la presencia de comunidades étnicas en la zona de desarrollo de un proyecto no constituye a la comunidad ni a sus derechos, puesto que se limita a dar cuenta de ella y de su ubicación.

Para la Corte ha sido claro que, tratándose de la identidad y la autonomía de los grupos étnicos, prima la realidad sobre las formas; *“la identidad étnica es un asunto material o de hecho, y no un formalismo”*²⁸². Por lo tanto, una comunidad no existe en virtud de registros censales o de las certificaciones expedidas por las entidades estatales. Documentos como estos solo sirven a las autoridades para darse una idea sobre la composición y la ubicación de ellos, y facilitar sus labores, pero no tienen *“valor constitutivo respecto de la existencia de dicha comunidad como culturalmente diversa”*, por lo que *“no [funcionan] para desvirtuar el auto reconocimiento identitario que haga una comunidad respecto de sí misma o de sus integrantes”*²⁸³.

Solución al caso concreto

58. Para definir el caso concreto que se estudia en esta oportunidad, la Sala deberá responder a los dos problemas jurídicos planteados en este asunto. Para hacerlo, en primer lugar, de cara a la autonomía del grupo étnico que solicitó la protección, la Sala estudiará el contenido y las decisiones de las certificaciones del Ministerio del Interior y las licencias ambientales, expedidas por la ANLA. Las contrastará con los elementos de juicio que se recaudaron en este asunto, para analizar si, tal y como lo pretende la accionante, deben quedar sin efecto y si la comunidad *Mokaná* tiene el derecho a la consulta previa.

En segundo lugar, abordará las implicaciones que tiene el desconocimiento de las

²⁸² SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

²⁸³ SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

particularidades de los hallazgos arqueológicos hechos en desarrollo del proyecto vial en cuestión, sobre la comunidad indígena.

59. El Proyecto Vial Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad, se ha ejecutado en varias Unidades Funcionales. De ellas, las preocupaciones de la comunidad demandante se concentran en la UF5 y la UF6.

60. En relación con dichas unidades, el Ministerio del Interior declaró la no presencia de comunidades étnicas, mediante las certificaciones N°987 del 13 de julio de 2015 y N°932 del 6 de septiembre de 2017.

60.1. Certificación N°987 del 13 de julio de 2015. Este acto administrativo surgió en respuesta a la solicitud que hizo la Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S. el 6 de julio de 2015, en relación con el proyecto *Contrato de concesión para la financiación, elaboración de estudios y diseños definitivos, gestión ambiental, gestión predial, gestión social, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del corredor proyecto Cartagena Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad; unidad funcional 5 y unidad funcional 6.*

En ese acto administrativo se registran las coordenadas y se establece que el proyecto se localiza en el “*Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, y jurisdicción de los municipios de Malambo, Galapa y Puerto Colombia, departamento de Atlántico*”. Se precisa que la Dirección de Consulta Previa revisó las bases de datos²⁸⁴, en las coordenadas suministradas por el ejecutor del proyecto, que fue digitalizado y presentado en coordenadas geográficas y planas, para un análisis cartográfico conforme el cual el proyecto se desarrolla en los municipios referenciados, en donde no se registran comunidades étnicas, de acuerdo con “*las bases de datos (espacial y no espacial)*”²⁸⁵ de Resguardos Indígenas de Origen Colonial. Con fundamento en ello, se expidió la certificación en el sentido de que “*no se registra la presencia de comunidades indígenas, Rom y minorías*”.

60.2. Certificación N°932 del 6 de septiembre de 2017²⁸⁶. Fue expedida por solicitud de la Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S. del 22 de agosto de 2017, en relación con el proyecto *Contrato de concesión para la financiación, elaboración de estudios y diseños definitivos, gestión ambiental, gestión predial, gestión social, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del corredor proyecto Cartagena Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad; unidad funcional 5 y unidad funcional 6.*

²⁸⁴ Según lo refiere el texto de la certificación, “*Las Bases de Datos consultadas fueron: i) Base cartográfica de Resguardos Indígenas constituidos (...), ii) Base cartográfica de Consejos Comunitarios constituidos (Incoder 2015), iii) Base de datos de la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías Étnicas y Rom (Min Interior 2015), iv) Base de datos de la Dirección de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raízales y Palenqueras (Min Interior 2015), v) Base de datos (espacial y no espacial) de Resguardos Indígenas de origen Colonial (...) y, vi) Base de datos de Consulta Previa (Min Interior 2015).*”

²⁸⁵ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 341.

²⁸⁶ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folios 344 y ss.

En esta decisión, se registran las coordenadas del mismo y, tras un análisis cartográfico, básico y temático, se estableció que aquel se localiza en “*Puerto Colombia y Galapa*”. Se da cuenta de que la solicitud obedece a la necesidad de modificar la licencia ambiental N°1382 de 2015, para incluir cinco polígonos para la instalación de infraestructura asociada al proyecto.

Con estos cinco polígonos, de acuerdo con “*las bases de datos (espacial y no espacial)*”²⁸⁷ de *Resguardos Indígenas de Origen Colonial*, se expidió la certificación en el sentido de que “*no se registra la presencia de comunidades indígenas, Rom y minorías*”, pues el proyecto modificado, no se traslapa con comunidades étnicas.

60.3. Ambas certificaciones solo fueron puestas en conocimiento de la Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S., como ejecutora del proyecto en la medida en que no se identificaron terceros interesados en la actuación administrativa que les dio origen.

61. Con fundamento en estas certificaciones, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales emitió dos resoluciones.

61.1. La primera es la **Resolución N°1382 de 2015**. En ella resolvió “*otorgar a la CONCESION COSTERA CARTAGENA - BARRANQUILLA S.A.S. (...), licencia ambiental para la ejecución del proyecto denominado Unidad Funcional 6 Km 16+500 at Km 36+665 el cual está localizado en los Municipios de Galapa, Puerto Colombia y Barranquilla en el Departamento de Atlántico.*”²⁸⁸ Tal determinación fue adoptada bajo la consideración de que el Ministerio del Interior había certificado la no presencia de comunidades étnicas por consultar, mediante la certificación N°987 de 2015. Así, al abordar la dimensión cultural del proyecto, la ANLA descartó un componente étnico²⁸⁹.

61.2. La segunda es la **Resolución N°1383 de 2015**. En ella se dispone “*Otorgar a la CONCESION COSTERA CARTAGENA-BARRANQUILLA S.A.S., (...) licencia ambiental para la ejecución del proyecto denominado Unidad Funcional 5 KM 0 + 000 AL KM 16 + 500 el cual está localizado en los Municipios de Galapa y Malambo en el Departamento de Atlántico.*” En el mismo sentido que la anterior, con base en la Certificación N°987 de 2015, emitida por el Ministerio del Interior se descartó la presencia de conglomerados étnicos en la zona. No obstante lo anterior, la ANLA dispuso en esta resolución que:

“ARTICULO TRIGESIMO OCTAVO: Si durante la ejecución del proyecto, se identifica una comunidad étnica que no ha sido reconocida, la CONCESION COSTERA CARTAGENA - BARRANQUILLA S.A.S., o

²⁸⁷ Cuaderno de Revisión. Tomo 2. Folio 341.

²⁸⁸ ANLA. Resolución N°1382 de 2015. En http://portal.anla.gov.co/sites/default/files/res_1382_29102015_0.pdf p. 2.

²⁸⁹ ANLA. Resolución N°1382 de 2015. En http://portal.anla.gov.co/sites/default/files/res_1382_29102015_0.pdf p. 56.

quien sea el titular del proyecto, deberá informar (...) al grupo de consulta previa del Ministerio del Interior, para que dicha Autoridad evalúe la necesidad o no de realizar el proceso de consulta previa de acuerdo a lo estipulado con la normatividad y jurisprudencia en el tema.”

62. Con fundamento en estos actos administrativos, la Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S. desarrolló el proyecto, que ha avanzado casi por completo en su fase de construcción, cuya finalización está prevista para el 2 de octubre de 2019. Resta la etapa de operación y mantenimiento que está contemplada hasta el año 2021.

Estas determinaciones llevaron a prescindir de la consulta previa, en razón de que, al no haber comunidades étnicas en la zona, aquella no era posible ni necesaria.

63. La comunidad indígena *Mokaná* de Malambo considera que las accionadas comprometieron su derecho a la consulta previa, en la medida en que el Ministerio del Interior emitió certificaciones, en las que dejó constancia de que no se encuentra en la zona de influencia del proyecto vial, pese a estar próxima a él y a ser afectada con ocasión de su desarrollo.

Así lo expuso en el acta de reunión del 3 de agosto de 2017, en la que se percató de que el factor limitante de la posibilidad de intervenir en el proceso de ejecución del proyecto vial, estaba en el criterio del Ministerio del Interior, aceptado por la ANLA y la ejecutora del proyecto.

64. Al respecto, cabe destacar que, tal y como lo precisaron los intervinientes y el mismo Ministerio del Interior, a través de un estudio que data de 2006, este grupo indígena tiene consciencia de sus particularidades y se autorreconoce a partir de ellas, pero no está asentado en un territorio colectivo que le corresponda; tampoco está constituido como un resguardo, sin que ello pueda derivar en el desconocimiento de su carácter étnico.

Por el contrario, los *Mokaná* se encuentran dispersos en varios municipios del Departamento del Atlántico en donde se ubican las familias que componen ese pueblo, que interactúan entre sí.

Desde esta concepción que -se insiste- fue destacada por el Ministerio del Interior, la metodología de contraste cartográfico empleada para constatar la presencia de comunidades étnicas en los municipios por los que se desarrolla el proyecto, parece altamente insuficiente. Esto debido a que un ejercicio de traslape de coordenadas no hubiere podido alertar sobre la presencia del grupo *Mokaná* en esta zona geográfica, como quiera que no tiene registros territoriales a su favor. Tampoco resultaban útiles las bases de datos espaciales y no espaciales de resguardos constituidos desde la Colonia en tanto la comunidad *Mokaná* no tiene este carácter.

En cambio, los conceptos expresados por esa cartera ministerial ante la Gobernación del Atlántico, conforme los cuales el pueblo *Mokaná* tiene asentamientos en los municipios por los que pasa el proyecto, eran más pertinentes para percatarse de la cercanía de la accionante con el proyecto.

La metodología ligada a la verificación cartográfica a través de coordenadas, en este caso, tal como en los que se han registrado previamente de conformidad con la línea jurisprudencial explicada anteriormente, permite advertir nuevamente dificultades en el proceso de certificación que lleva a cabo esta entidad, y que impiden el goce efectivo del derecho a la consulta previa y el diálogo intercultural, que se espera con ella.

65. Todas las entidades del orden nacional que intervinieron en este asunto por tener una estrecha relación con el proyecto vial, que se encuentra a cargo del nivel central, coincidieron en que no había lugar a la consulta previa en virtud de que las certificaciones del Ministerio del Interior eran contundentes en asegurar que no había comunidades en el lugar.

La concesionaria insistió en ello, a pesar de que las autoridades *Mokaná* se aproximaron e informaron sobre su existencia y presencia en la zona. Cabe recordar que en la reunión que sostuvo con ella, la ejecutora del proyecto hizo énfasis en el valor de las certificaciones, a pesar de la presencia y las aseveraciones del grupo indígena.

Si bien la Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S. remitió una comunicación al Ministerio del Interior, en la que alertaba sobre la petición de dicho encuentro que hizo el pueblo *Mokaná*, este acto no tuvo ningún efecto y ninguna de estas dos personas jurídicas le dio trascendencia alguna. Con ello, ambas comprometieron el derecho a la consulta previa de la comunidad, no porque en principio deba presumirse que es titular de él, sino porque le quitaron la oportunidad de que la autoridad competente evaluara si estaba o no afectada directamente por el proyecto, y si tenía esta garantía constitucional.

El derecho a la consulta previa quedó comprometido con aquella conducta, porque (i) se obvió el carácter material y sustancial que tiene el reconocimiento de las comunidades indígenas, (ii) se defendió a ultranza un acto administrativo sin considerar la realidad y (iii) la metodología al momento de la estructuración de la certificación, fue contraria a las directrices jurisprudenciales al respecto y a los estudios con los que contaba el Ministerio del Interior sobre el pueblo *Mokaná* y sus especificidades.

Sobre este particular debe insistirse en que, para el momento de la reunión con concesionario, existía conciencia sobre la presencia de la comunidad étnica en la zona (a partir de la relación entre dos hechos (i) los vestigios arqueológicos encontrados; y (ii) sus propias manifestaciones), así como de sus cuestionamientos sobre las consecuencias del proyecto de infraestructura en sus tradiciones y

prácticas. Empero, no se llevó a cabo ninguna actividad tendiente a la protección de los derechos de las comunidades diferenciadas, a pesar de que las autoridades públicas concernidas y el concesionario estaban en la obligación jurídica de adelantar tales acciones.

En consecuencia, a la comunidad *Mokaná* se le ha mantenido al margen de dicho plan de intervención en la infraestructura vial. Se le ha impedido la participación en el proyecto y no ha logrado poner de presente los efectos que este tiene sobre su dinámica social y su cosmovisión, para incidir y encontrar su armonización con él.

En últimas, las certificaciones del Ministerio del Interior han restringido el derecho de la accionante a ser consultada en el evento de que se configure una afectación directa en relación con ella; aportó la base jurídica a partir de la cual la ANLA expidió la licencia ambiental. Sumado a ello, la Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S, aun cuando tuvo los elementos para advertir la presencia de la comunidad Mokaná y adoptar las medidas del caso para mitigar los efectos sobre ella, en el marco de su deber de debida diligencia, lo omitió y se limitó a desplegar acciones formales al respecto.

66. Por el contrario, las autoridades locales que intervinieron en este asunto fueron enfáticas en confirmar y atestiguar la existencia del pueblo *Mokaná*, como un grupo indígena del que reconocen una dinámica, unas tradiciones, y unos oficios particulares y diferenciados, sobre los cuales el proyecto vial en cuestión ha tenido impactos específicos. Las entidades territoriales hicieron aseveraciones en ese sentido, a partir del contacto directo que han tenido en terreno con la comunidad accionante.

Coincidieron en que se trata de un grupo con tradiciones definidas, pese a la interacción que tienen con la sociedad mayoritaria y al hecho de que no tienen un territorio colectivo propio. Sus prácticas permean los oficios que desempeñan, las formas de transportarse, comunicarse y relacionarse.

67. Esta disparidad de criterios entre las entidades del orden nacional y el local, pone en evidencia una actuación desarticulada entre ellas en proyectos viales del sector central, como la Circunvalar de la Prosperidad, en los que la coordinación entre lo nacional y lo local, puede generar criterios más acertados sobre la presencia étnica en relación con aquellos, como lo han sugerido las sentencias **SU-123 de 2018** y **T-281 de 2019**.

68. En consonancia con lo anterior, de conformidad con el precedente, la Sala al constatar la afectación del debido proceso en la emisión de las certificaciones N°987 de 2015 y N°932 de 2017, podría dejarlas sin efecto y ordenar que el Ministerio del Interior rehaga el trámite administrativo que les dio origen, con la colaboración de las entidades territoriales y la participación de las comunidades indígenas asentadas en los municipios por los que pasan las Unidades Funcionales 5 y 6 del proyecto vial.

Ello derivaría en el decaimiento de los actos administrativos, mediante los cuales se concedió la licencia ambiental para cada una de las unidades funcionales en las que se concentra esta solicitud de amparo. Sin embargo, como se explicó, dejar sin efecto la licencia ambiental no tendría un valor práctico, pues si bien no puede expedirse sin considerar la presencia de comunidades étnicas y que esta no puede descartarse únicamente a partir de factores geográficos, como quedó claro, desde el punto de vista material, las afectaciones ya fueron causadas y, en ese escenario, procede la consulta con el propósito de mitigar los daños y de compensar, reparar o indemnizar a la comunidad indígena, en caso de llegar a acuerdos.

Sobre el particular es importante destacar que en este asunto concreto no se efectuó la consulta previa con antelación al desarrollo del proyecto vial, con lo cual las accionadas comprometieron ese derecho fundamental en detrimento de la especificidad cultural del grupo indígena *Mokaná*. Fomentaron la desestructuración de sus costumbres y dinámicas sociales, económicas, culturales y espirituales.

El proyecto, iniciado para cuando las comunidades se percataron de las particularidades de este, culminó su etapa de preconstrucción y está *ad portas* de finalizar la de construcción; están por iniciar y llevarse a cabo las fases de operación y mantenimiento. Esto supone que, en relación con las dos primeras, la consulta deba enfocarse en la identificación de los daños ya causados y su mitigación y reparación, a través de los mecanismos a los que haya lugar y en caso de que haya acuerdos. Respecto de las fases aun no iniciadas, es preciso suministrar la información necesaria para que se prevengan los impactos no deseados por el pueblo *Mokaná*; pero cuando la prevención no pueda concretarse por la relación directa de estas últimas etapas con las primeras, deben fijarse medidas consensuadas de etno-reparación.

69. En este caso concreto y gracias al material probatorio recaudado y, en especial, al informe presentado por la Defensoría del Pueblo, para esta Sala es claro que el desarrollo del proyecto vial en cuestión genera una afectación directa en relación con la dinámica social y económica de la comunidad *Mokaná*, y que ello compromete su posibilidad de subsistir como un conglomerado culturalmente diferenciado.

Lo anterior, más aún si se tiene en cuenta que ese pueblo tribal se encuentra atado por vínculos de solidaridad entre sus miembros, misma que dada la dispersión geográfica familiar, se consolida a través de los canales comunicación y apoyo, que se interrumpieron por la fractura de las formas tradicionales de relacionamiento y la separación física de las parcelas, que aíslan a unos de otros indígenas *Mokaná*.

Obsérvese que, según tal informe, la comunidad accionante asentada en familias que pertenecen a un mismo pueblo, fue dividida por el trazado vial. Ello implica dificultades para comunicarse internamente y para el desarrollo de sus actividades tradicionales. La fragmentación del grupo reduce sus posibilidades de continuar su

legado ancestral y perdurar en el tiempo como un grupo culturalmente diverso.

Adicionalmente, el cierre de las vías en la zona, implica una serie de costos y riesgos adicionales, que inciden en las actividades económicas y en los oficios desempeñados por los miembros del grupo. La agricultura, como su actividad predominante, se dificulta si se tienen en cuenta los incrementos en el transporte de los alimentos por comercializar. Esta situación puede implicar la necesidad de replantear el medio de transporte tradicional y variarlo, de manera forzosa para optar por mecanismos más económicos.

También, la tala de árboles denunciada por la comunidad y admitida por el ejecutor del proyecto (pese a la salvedad sobre las compensaciones futuras), ha tenido incidencia en el nivel de la temperatura y ha variado el modo de vida del grupo indígena.

Finalmente, la construcción vial ha menoscabado la actividad de cultivo y ha derivado en la inundación de los mismos, con lo que no solo se pone en riesgo la actividad económica tradicional de los *Mokaná*, sino su sustento alimentario.

70. Así las cosas, si bien la lesión al derecho a la consulta previa deviene primigeniamente de la inobservancia de elementos mínimos relacionados con el debido proceso en el trámite de certificación de la presencia de comunidades étnicas, llevado a cabo por el Ministerio del Interior, ante la inminencia de las afectaciones sufridas por la colectividad *Mokaná*, el amparo no puede concentrarse en aquel primer derecho.

Existen elementos de juicio suficientes para deducir una afectación directa y la necesidad de proteger el derecho a la consulta previa, para proteger de manera urgente a la población *Mokaná* de Malambo, dado que el inicio del proyecto vial Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad, sin llevar a cabo la consulta previa, (a) perturbó sus estructuras sociales, espirituales, culturales y ocupacionales; (b) impactó las fuentes de sustento de la minoría étnica; y (c) dificultó el desarrollo de los oficios de los que, principalmente, deriva su sustento, en sus fases de preconstrucción y construcción. En relación con las restantes fases de operación y mantenimiento, es preciso prevenir los daños a la comunidad y, cuando ello no sea posible por la relación de estos con las fases ya ejecutadas, prever los mecanismos de mitigación, reparación, compensación y/o indemnización que culturalmente correspondan.

71. De conformidad con ello, se revocarán las decisiones de instancia para, en su lugar, conceder el amparo, en el sentido de ordenar que, bajo la dirección del Ministerio del Interior, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) y la Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S., convoquen a la comunidad indígena *Mokaná* de Malambo (Atlántico) al desarrollo de un proceso de consulta previa en relación con el proyecto vial Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad.

Este proceso, ha de guiarse por los siguientes propósitos:

- (i) Determinar los impactos ambientales, espirituales, culturales, económicos y sociales del proyecto vial sobre la comunidad indígena *Mokaná* de Malambo (Atlántico), (a) ya generados con las fases culminadas del proyecto para el momento de la notificación de esta decisión y (b) futuros en relación con las etapas del proyecto que aún no se hayan ejecutado o se encuentren en ejecución;
- (ii) Crear mecanismos que aseguren el diálogo entre las entidades públicas sobre las que pesa esta orden y la comunidad indígena *Mokaná* de Malambo (Atlántico); y
- (iii) Proponer e implementar medidas de diversa índole, entre ellas de infraestructura, dirigidas a prevenir, mitigar, corregir, recuperar o restaurar los efectos del proyecto de intervención vial Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad sobre la comunidad indígena *Mokaná* de Malambo (Atlántico).

No obstante lo anterior, bajo el entendido de que existe un concepto generalizado sobre el carácter unitario del pueblo *Mokaná*, fundado y consolidado a través de lazos de solidaridad internos, la accionante podrá convocar a las familias de la etnia que se ubiquen en otros municipios en los que el proyecto vial tenga incidencia, distintos a Malambo, para que concurran al proceso de consulta, con el ánimo de permitir la cohesión cultural de ese conjunto tribal y no ahondar en las fracturas promovidas por el proyecto vial.

72. Por último, la Defensoría enfatizó en el hecho de que los hallazgos arqueológicos hechos en el marco del proyecto vial sobre el que trata esta acción de tutela, se han tratado sin considerar la presencia y el interés de la comunidad *Mokaná*, pese al impacto espiritual e identitario de dicho material.

La Sala comparte esta apreciación, en el entendido de que el proceso de recuperación de las tradiciones y de los valores ancestrales, está relacionado con la disposición de elementos que permitan establecer un continuo cultural entre los valores pasados y presentes de un mismo conjunto étnico.

En esa medida, se dispondrá que la Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S. y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) presenten a la comunidad indígena *Mokaná* los resultados, definitivos y/o preliminares, de los análisis efectuados a los materiales arqueológicos hallados en desarrollo del proyecto vial Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad.

En caso de que la comunidad presente interés en ellos, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) la acompañará, si ella está de acuerdo en aceptar

su apoyo.

Síntesis de la decisión

73. La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional analizó la acción de tutela interpuesta por la comunidad indígena *Mokaná* de Malambo (Atlántico) contra el Ministerio del Interior, la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y la Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S.

74. Sobre el cumplimiento de los requisitos formales de procedencia de la acción de tutela, se llegó a la conclusión de que todos se satisfacen. Existe legitimación por activa y pasiva, y la acción se interpuso en un término razonable de cuatro meses contados a partir del reconocimiento de algunas de las particularidades del proyecto vial, en reunión entre algunas autoridades de la comunidad y la Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S. el 3 de agosto de 2017.

Respecto del requisito de subsidiariedad, la acción de tutela es el mecanismo preferente para abordar los asuntos en que resulta comprometido el derecho a la consulta previa de una comunidad étnica, en la medida en que este tiene incidencia directa en la posibilidad que tiene el grupo para sobrevivir como minoría cultural. Otros instrumentos judiciales son ineficaces, si se tiene en cuenta que la preservación de este derecho, implica el mantenimiento del carácter pluralista y multicultural, que sustenta al Estado colombiano y reclama una protección integral.

75. De conformidad con la jurisprudencia en la materia, se descartó la configuración de un daño consumado relacionado con el avanzado estado de desarrollo del proyecto vial en cuestión. Se precisó que el deber de consulta no cesa con la iniciación del proyecto, ni con su conclusión. Al respecto se enfatizó en que si bien el momento para efectuar la consulta es con antelación a la iniciación del proyecto, si no se llevó a cabo para entonces y se ocasionaron impactos directos sobre la comunidad, procede la consulta para mitigar los daños, repararlos, compensarlos e indemnizarlos, todo ello desde una perspectiva cultural que afiance los derechos a la autonomía de los pueblos indígenas.

76. En relación con la cuestión de si ¿las accionadas comprometieron el derecho a la consulta previa, al no haber certificado la presencia de la comunidad indígena *Mokaná* de Malambo (Atlántico) en la zona de influencia del proyecto vial y no haber desarrollado el proceso de participación étnico?, la Sala encontró que sí y no solo por las deficiencias en el proceso de certificación por parte del Ministerio del Interior, sino porque se configuraron afectaciones directas sobre este colectivo tribal, si se tiene en cuenta que el proyecto vial (a) perturba sus estructuras sociales, espirituales, culturales, económicas, sociales y ocupacionales; (b) impacta las fuentes de sustento de la minoría étnica; y (c) dificulta el desarrollo de los oficios de los que, principalmente, deriva su sustento.

Sobre la pregunta por si ¿la falta de conocimiento y participación en el trámite de análisis y conservación de los vestigios arqueológicos hallados en desarrollo del proyecto vial Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad suponen una lesión a sus derechos étnicos? la Sala encontró que sí, dado que los elementos arqueológicos pueden ser de utilidad para la consolidación de la identidad étnica.

Derivado de lo anterior, la Sala encontró elementos de juicio contundentes para identificar una afectación directa en la dinámica de la comunidad accionante. Por lo que protegerá su derecho a la consulta previa.

77. Con esta convicción, la Sala resolverá amparar el derecho a la consulta previa de la comunidad indígena *Mokaná* de Malambo (Atlántico) y revocará las decisiones revisadas.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR el fallo proferido el 31 de mayo de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el que revocó el fallo analizado para denegar el amparo. En su lugar, **CONCEDER** la protección al derecho a la consulta previa de la comunidad indígena *Mokaná* de Malambo (Atlántico), de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

Segundo. ORDENAR que, bajo la dirección del Ministerio del Interior, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) y la Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S., dentro del mes siguiente a la notificación de esta providencia, convoquen a la comunidad indígena *Mokaná* de Malambo (Atlántico) al desarrollo de un proceso de consulta previa en relación con el proyecto vial Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad.

Para su desarrollo, las entidades públicas deben proporcionar toda la información relacionada con el estado del proyecto vial y deben guiarse por los siguientes propósitos:

- (i) Determinar los impactos ambientales, espirituales, culturales, económicos y sociales del proyecto vial sobre la comunidad indígena *Mokaná* de Malambo (Atlántico), (a) ya generados con las fases culminadas del proyecto para el momento de la notificación de esta decisión y (b) futuros en relación con las

etapas del proyecto que aún no se hayan ejecutado o se encuentren en ejecución;

- (ii) Crear mecanismos que aseguren el diálogo entre las entidades públicas sobre las que pesa esta orden y la comunidad indígena *Mokaná* de Malambo (Atlántico); y
- (iii) Proponer e implementar medidas de diversa índole, entre ellas de infraestructura, dirigidas a prevenir, mitigar, corregir, recuperar o restaurar los efectos del proyecto de intervención vial Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad sobre la comunidad indígena *Mokaná* de Malambo (Atlántico).

La consulta debe desarrollarse con sujeción a las directrices jurisprudenciales recogidas en esta decisión. En caso de no llegar a un acuerdo entre las partes, las decisiones a adoptar deben ser ponderadas y razonadas, y una vez delimitados los impactos generados para la comunidad indígena *Mokaná* de Malambo (Atlántico), las entidades públicas se orientarán por la mitigación de los mismos de conformidad con las particularidades culturales de ese pueblo tribal.

Tercero. FACULTAR a la comunidad indígena *Mokaná* de Malambo (Atlántico) para que ponga de presente ante el Ministerio del Interior, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) y la Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S. la existencia de los demás grupos familiares que componen el pueblo *Mokaná* y cuyo territorio ancestral se encuentra en los municipios Malambo, Galapa, Puerto Colombia y Barranquilla, con el objetivo de evitar la fragmentación de la etnia y consolidar sus formas tradicionales de relacionamiento.

Cuarto. ORDENAR a la Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S. y al Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) que, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, presenten a la comunidad indígena *Mokaná* los resultados, definitivos o preliminares, de los análisis efectuados a los materiales arqueológicos hallados en desarrollo del proyecto vial Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad. En caso de que los mismos puedan ser atribuidos a sus antepasados, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) acompañará a la comunidad accionante en la definición y canalización de sus intereses sobre dicho material, si ella está de acuerdo en aceptar su apoyo.

Quinto. ADVERTIR al Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Barranquilla y a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que los términos para la definición de los asuntos de tutela son perentorios y ello obedece a la naturaleza de los intereses que intenta proteger. Por lo tanto, deben observarlos estrictamente y, en lo sucesivo, abstenerse de incurrir en la dilación de decisiones.

Sexto. COMPULSAR COPIAS del cuarto y quinto cuaderno de este expediente, con el propósito de que el Consejo Seccional de la Judicatura de Barranquilla determine si hay lugar a iniciar una investigación por la eventual demora en la emisión de los fallos del 20 de febrero y el 31 de mayo de 2019, en este asunto constitucional.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General