

Sentencia T-462A/14

Referencia: expediente T-3.846.635

Acción de tutela instaurada por los Gobernadores del Cabildo Honduras y Cerro Tijeras contra la Presidencia de la República, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Educación Nacional, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio de Minas y Energía, la Gobernación del Cauca, la Secretaría de Educación Departamental del Cauca, la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca y Colinversiones S.A., hoy Celsia.

Derechos fundamentales invocados: dignidad humana, libre autodeterminación, identidad cultural y étnica, consulta previa y educación.

Problema jurídico: evaluar si existe una vulneración de los derechos fundamentales invocados (i) al no haberse realizado una consulta previa antes de la construcción de la represa Salvajina y (ii) por el presunto incumplimiento de los acuerdos consignados en el “Acta 86”, suscrita por el Gobierno Nacional, incumplimiento que se alega haber sido agravado por el abandono estatal en el que alegan se encuentran las comunidades indígenas.

Temas: (i) Marco normativo de las licencias ambientales en Colombia (ii) el derecho a la participación de comunidades locales en la construcción de megaproyectos que generan una afectación al ambiente e impactan a las comunidades asentadas en su área de influencia, (iii) el derecho a la consulta previa como manifestación del derecho a la determinación de los pueblos indígenas y

de la participación en las decisiones que los afectan y (iv) los impactos sobre los derechos humanos de las comunidades aledañas a la construcción y operación de megaproyectos como las represas.

Magistrado Ponente:
JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., ocho (8) de julio de dos mil catorce (2014).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Alberto Rojas Ríos y Luís Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia de segunda instancia proferida el 7 de marzo de 2013, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la sentencia de primera instancia proferida por la Sala Primera de Decisión Penal en Sala de Tutela del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, el 17 de enero de 2013, dentro de la acción promovida por los Gobernadores del Resguardo indígena de Honduras y del Cabildo del Cerro de Tijeras, en representación de sus comunidades, contra la Presidencia de la República, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Educación Nacional, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio de Minas y Energía, la Gobernación del Cauca, la Secretaría de Educación Departamental del Cauca, la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca y Colinversiones S.A.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección No. 4 de la Corte, el quince (15) de abril de 2013, eligió para efectos de su revisión el asunto de la referencia¹.

1. ANTECEDENTES

¹¹ Sala de Selección conformada por los Magistrados María Victoria Calle Correa y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

1.1. SOLICITUD

El Gobernador del resguardo indígena de Honduras, Rolando Talaga Campo y el Gobernador del cabildo de Cerro Tijeras, Carlos Cobo Chandillo (actualmente el señor Marino Pilcue Quiguanas), en representación de sus comunidades, particularmente, de los niños y niñas, solicitan que se amparen sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la diversidad cultural y étnica (artículo 7 C.P.), a la educación (artículos 10, 67 y 68 C.P.), y a la protección especial de los menores de edad (artículo 44 C.P), todo ello relacionado con el principio de la buena fe (artículo 83 C.P.), y en consecuencia, que se ordene a las entidades demandadas que *“en un plazo razonable acometan todas las acciones necesarias para que dejen de vulnerarse los derechos fundamentales señalados. Estas acciones son: la construcción de vías de acceso a los colegios, la construcción y remodelación de las escuelas existentes, la provisión de los docentes necesarios para atender a los niños y las niñas, junto con el no cobro de los derechos académicos para los niños y niñas en la escuela primaria (...)”*. Además, señalan que dado que se trata de acciones progresivas que involucran también una disponibilidad presupuestal, se ordene a las entidades competentes formular un *“cronograma de actividades detallado para monitorear el cumplimiento de las obras”*.

1.1.1. Hechos y relato contenido en la demanda

- 1.1.1.1. Relatan los actores que en el año de 1981, el gobierno nacional comenzó la construcción del embalse Salvajina al norte del departamento del Cauca, región poblada por comunidades indígenas, campesinas y afrodescendientes.
- 1.1.1.2. Aducen que sin hacer ningún tipo de consulta con las comunidades sobre los efectos del proyecto, el Estado inició y continuó las obras que terminaron en 1985. Aclaran que al año siguiente comenzó la regulación del cauce del río Cauca a través de la represa.
- 1.1.1.3. Manifiestan que la construcción del embalse sin la consulta debida, tuvo varios efectos sobre las comunidades que vivían en la zona, entre las cuales mencionan las siguientes: **i.** Venta de tierras por precios irrisorios; **ii.** incomunicación de las comunidades por los caminos inundados; **iii.** afectación de las actividades económicas como la extracción de oro y aluvión, puesto que la mayoría de minas desaparecieron debido a la inundación, y el ejercicio de la pesca,

porque las especies de peces variaron y muchas otras no volvieron a aparecer por el represamiento del río; **iv.** una vez terminada la represa y su posterior inundación, los residuos de las obras se descompusieron, lo que produjo gases putrefactos que afectaron la salud de la población cercana y, **v.** en razón a la incomunicación en la que quedaron algunas comunidades, se construyeron embarcaciones, como chalupas y canoas para transportarse, sin embargo, por la falta de conocimientos técnicos para conducirlos, algunas se hundieron en la represa y varias personas murieron.

1.1.1.4. Por los anteriores efectos, mencionan los accionantes que en el año 1986, los habitantes del entonces corregimiento de Suárez, se movilizaron para pedirle a las autoridades locales y nacionales que mejoraran las condiciones de vida de las comunidades afectadas por la construcción de la represa. Señalan que en esta movilización *“participaron alrededor de 36 veredas y 6 resguardos indígenas cuya pretensión principal era llegar a Popayán para pedirle al gobierno nacional, y a todas las autoridades involucradas, que se restituyeran las condiciones de vida de la población anteriores a la edificación de la represa”*.

1.1.1.5. Afirman que el día 17 de agosto de 1986, los representantes de las comunidades y los representantes del gobierno llegaron a un acuerdo que *“quedó consignado en un acta. En ella el gobierno nacional se comprometió una serie de obras en infraestructura, salud, empleo y obras públicas (...) se acordó en relación con el derecho a la educación, la construcción, dotación y consecución de profesores para varias escuelas (...) a proveer la cantidad suficiente de profesores y a modificar el pensum escolar para adecuarlo a las necesidades de la comunidad”*. Asimismo, añaden que el gobierno se comprometió a construir carreteras para que los diferentes territorios que estuvieran incomunicados, contaran con vías idóneas de acceso a sus comunidades.

1.1.1.6. Aclaran que estos compromisos fueron adquiridos por el Estado *“hace más de 25 años, y desde hace 25 años las comunidades indígenas, campesinas y afrodescendientes han venido exigiendo el cumplimiento de este acuerdo, sin que el gobierno nacional, departamental, ni local hayan cumplido a cabalidad sus compromisos”*. Igualmente expresan que de los acuerdos concertados en el acta de 1986 se ha dado cumplimiento sólo al 30%, lo que ha generado graves perjuicios para la vida diaria de las diversas comunidades afectadas.

1.1.1.7. Concretamente sobre los acuerdos relativos al ejercicio del derecho a

la educación, los demandantes señalan que *“las escuelas que el gobierno nacional se comprometió a construir no han sido edificadas en su totalidad, y aquella que construyó está en muy mal estado de conservación”*, situación que genera un riesgo constante para los niños que asisten a clase, pues pueden lesionarse por la alta posibilidad de derrumbe de las instalaciones. El gobierno tampoco, alegan los actores, ha cumplido con su obligación de proveer el número suficiente de plazas para profesores en los colegios indígenas, lo que genera que los pocos que hay, tengan a su cargo muchos cursos. Añaden que los profesores no tienen la idoneidad étnica suficiente para enseñar a los niños y niñas aspectos de la cultura tradicional indígena, que son vitales para la conservación de su identidad. Concluyen que la educación que es ofrecida no cumple con las características de accesibilidad, adaptabilidad, aceptabilidad y disponibilidad, exigidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

1.1.1.8. En cuanto a las vías de comunicación, indican que la lejanía de las escuelas exige que los niños tengan que hacer *“grandes travesías”* para asistir a clase, lo que los expone a peligros debido a la presencia de grupos al margen de la ley y las malas condiciones naturales de los caminos por los que deben pasar. Sobre ello, aclaran que los menores al desplazarse a las escuelas tienen que pasar por caminos riesgosos y ríos caudalosos que en temporada de lluvias aumentan de tal forma su nivel, que muchas veces impiden el paso, lo que conduce a que los menores no puedan asistir a sus colegios.

1.1.1.9. Finalmente, advierten que la presente acción de tutela debe declararse procedente con base en las siguientes razones: a) quienes interponen la acción de tutela son sujetos de especial protección constitucional, pues son comunidades indígenas, en particular, en representación de sus niños y niñas; b) los derechos que se están vulnerando son derechos fundamentales de aplicación inmediata; c) *“el principio de buena fe que caracteriza las actuaciones del estado ha sido roto tras una larga espera de 25 años (espera más que razonable) que, ante las condiciones actuales de nuestra comunidad y de nuestros niños y niñas ya no puede postergarse más y por tanto, de no acudir a la acción de tutela estaríamos en presencia de un perjuicio irremediable”*; y d) no existe otro mecanismo judicial para hacer cumplir lo pactado por el gobierno y proteger sus derechos fundamentales.

1.2. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.2.1. Admisión y traslado

La Sala Primera Penal en Sala de Tutela del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, mediante auto del 13 de diciembre de 2012, admitió la demanda y corrió traslado a los demandados.

1.2.2. Contestación de la demanda

1.2.2.1. Ministerio de Minas y Energía

Mediante escrito de contestación se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda en virtud de que afirmó que los hechos de la acción de tutela no exponían ninguna circunstancia que responsabilizara a la entidad, teniendo en cuenta que de sus competencias no se deriva ningún compromiso con las comunidades indígenas demandantes. Advirtió que se configuraba una falta de legitimación en la causa por pasiva, debido a que en el acta de compromisos suscrita en 1986, el Ministerio de Minas y Energía no había participado de la reunión ni se comprometió con las comunidades presuntamente afectadas. Además, señaló que la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca – CVC- fue la entidad que ejecutó directamente el proyecto hidroeléctrico La Salvajina en la época de los hechos, y es esta la entidad llamada a responder por los efectos generados en los recursos naturales. Al final del escrito solicitó que se vinculara a la empresa que tiene actualmente a cargo las obligaciones de la Central Hidroeléctrica La Salvajina.

1.2.2.2. Ministerio del Interior

Manifestó que la acción de tutela era improcedente por dos razones principales: la primera, porque no se cumple con el requisito de inmediatez, ya que han pasado más de 20 años desde que los hechos alegados por los accionantes tuvieron lugar, situación que desvirtúa la existencia del perjuicio irremediable, y la segunda atiende a que existe otro medio de defensa judicial eficiente e idóneo que corresponde a la acción de cumplimiento. La entidad además alegó que el Ministerio de Gobierno –denominado así para la época- no participó en los pactos establecidos en el acta de 1986, y en ese orden, no puede ser responsable de acciones que en su momento no fueron asumidas.

1.2.2.3. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

Adujo que la entidad no era la llamada a responder por la violación de los derechos fundamentales invocados por los accionantes, ya que se basan en unos hechos y pretensiones que están dirigidas a las funciones

y competencias de otras autoridades como el Ministerio del Interior, el Ministerio de Educación o Invías, y todas aquellas que estuvieron presentes en los acuerdos pactados en el año 1986. Para el efecto, citó la Ley 99 de 1993 y el Decreto 3570 de 2011, normativa que regula el Ministerio de Ambiente.

1.2.2.4. Ministerio de Educación Nacional

El asesor jurídico del Ministerio de Educación argumentó que no se cumplía con el requisito de la legitimación en la causa pasiva, pues *“la competencia que le asistía para la época en que se suscitaron los hechos, fue trasladada a las entidades territoriales”*. Explicó que el Ministerio de Educación no tiene la competencia de administrar cada una de las instituciones educativas a nivel nacional, ni el personal docente y administrativo de éstas, ni el manejo de los recursos para el pago de los mismos y el mantenimiento de la infraestructura de las instituciones. El Ministerio aclaró que ya no es responsable de lo anterior puesto que todas las obligaciones, adquiridas al momento de acordarse el compromiso, se le trasladaron a entidades territoriales. Igualmente, alegó que no se cumple con el principio de inmediatez y que tampoco se configura un inminente perjuicio irremediable, por lo que debe declararse la improcedencia de la acción de tutela interpuesta.

1.2.2.5. Sociedad Celsia S.A. E.S.P. (antes Colinversiones S.A. E.S.P.)

Por medio de su representante, la Sociedad Celsia S.A. E.S.P., antes Colinversiones S.A. E.S.P., expresó que debe negarse la acción de tutela impetrada. En concreto, indicó la inexistencia de legitimación pasiva y la falta de inmediatez, al igual que la carencia de pruebas que demuestren violaciones de derechos fundamentales cometidas por parte de esta entidad.

1.2.2.6. Departamento del Cauca

La oficina jurídica de la Secretaría de Educación Departamental solicitó a las entidades territoriales encargadas de la educación informaran sobre el estado en que se encuentra la prestación de tal servicio en esa zona del Departamento. Al atenderse tal requerimiento, se informó que no existen solicitudes relacionadas con las falencias en la prestación del servicio radicadas en el momento, sin que a las mismas no se les diera trámite. Así los hechos, solicitó que se declare la improcedencia de la tutela atendiendo a que la acción constitucional impetrada no tiene viabilidad jurídica, toda vez que lo manifestado por los actores se

relaciona con un compromiso suscrito en el año de 1986 y no con alguna solicitud desentendida por parte de las autoridades en materia de educación. Finalmente, también consideró que no se cumple con el principio de inmediatez.

1.2.2.7. Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca (en adelante CVC)

La Coordinadora del Grupo de Representación y Defensa Judicial de la CVC declaró que tal Corporación es incompetente ante la causa impetrada pues, según sus atribuciones enunciadas en el escrito de contestación, ninguna se refiere al tema de la educación o a la construcción de escuelas o vías de comunicación. La Corporación aclaró que la misión exclusiva de esta entidad radica en el manejo y conservación del medio ambiente y los recursos naturales del territorio sobre el que tiene competencia, y no versa sobre educación e infraestructura vial. Para sostener lo anterior, precisó además que mediante el Decreto-Ley 1275 de 1994, se reestructuró la Corporación Autónoma Regional del Valle Cauca, y se creó la Empresa de Energía del Pacífico S.A. EPSA, hoy “Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P” (EPSA. E.S.P.), para asumir las funciones de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica que venían siendo desarrolladas por la Corporación Autónoma Regional del Cauca.

1.3. DECISIONES JUDICIALES

1.3.1. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia proferida el diecisiete (17) de enero de 2013, la Sala Primera de Decisión Penal en Sala de Tutela del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, negó el amparo de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la libre determinación, a la identidad cultural y étnica, a la consulta previa y a la educación de los miembros de los resguardos indígenas Honduras y Cerro Tijeras.

Lo anterior lo sustentó en las siguientes razones:

Precisó que la vulneración de los derechos fundamentales alegados en el caso concreto, surge con ocasión de la inconformidad que suscita en la comunidad indígena accionante el incumplimiento del acuerdo celebrado el 17 de agosto de 1986 entre delegados de las comunidades campesinas e indígenas y representantes del Gobierno, y en esa medida, concluyó que *“Dicha circunstancia conduce inequívocamente a la*

declaratoria de improcedencia de esta acción constitucional, como quiera que, de conformidad con la jurisprudencia, frente a las actuaciones de la administración y los conflictos con ésta generados, la jurisdicción de lo contencioso administrativo comporta el escenario natural llamado a dirimir dichas controversias”

Consideró el *a quo*, que la acción de tutela interpuesta “*no resiste el análisis de los requisitos de procedencia consagrados, toda vez que es en la vía ordinaria donde los accionantes pueden buscar el reconocimiento de lo pretendido ahora en la jurisdicción constitucional*”. Enfatizó que la acción de tutela no es un mecanismo alternativo de los medios ordinarios de defensa, por tanto, no es el mecanismo judicial idóneo para reclamar la protección de los derechos fundamentales invocados y, ante la falta de demostración de un inminente perjuicio irremediable en este caso, las pretensiones de los accionantes deben ventilarse ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

1.3.2. Impugnación

Mediante auto del 31 de enero de 2013, la Sala Primera de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, concedió la impugnación interpuesta por los gobernadores de los resguardos Cerro Tijeras y Honduras, quienes reiteraron los argumentos del escrito de tutela.

1.3.3. Sentencia de segunda instancia

Mediante sentencia proferida el siete (7) de marzo de 2013, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió confirmar el fallo impugnado.

Consideró el *ad quem* que “*fue acertada la decisión del Tribunal en cuanto negó el amparo a los derechos fundamentales invocados por los demandantes, toda vez que sus pretensiones resultan improcedentes al existir procedimientos normales expeditos para proteger tales derechos...*”. Reiteró el principio subsidiariedad que rige a la acción de tutela, principio que tiene como excepción la existencia de un inminente perjuicio irremediable, que en el presente caso no resulta aplicable por las siguientes razones: (i) el convenio cuyo cumplimiento reclaman los demandantes, fue suscrito el 17 de agosto de 1986, (ii) los compromisos allí contraídos debían verificarse en los meses siguientes y (iii) fue tan sólo hasta el 12 de diciembre de 2012 que los

demandantes promovieron la acción de tutela, es decir, casi 26 años después de asumidos los compromisos por parte de las entidades del gobierno nacional.

Con base en lo anterior, concluyó que en el caso concreto, la acción no fue interpuesta dentro de un plazo razonable, oportuno y justo y, por tanto, se descarta la presencia de un inminente perjuicio irremediable ante la falta de inmediatez establecida como requisito de procedibilidad en la acción de tutela. Aunado a lo anterior, se señaló que *“Con tal exigencia se pretende evitar que este mecanismo de defensa judicial se emplee como herramienta que premie la desidia, negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica”,* por lo cual *“es necesario aceptar que la inactividad para interponer esta última acción durante un término prudencial, debe llevar a que no se conceda...”*.

Al tomarse en cuenta la calidad especial de las comunidades indígenas, como sujetos de derechos fundamentales, se determinó que éstos *“tenían la carga de actuar ante la jurisdicción constitucional de forma inmediata, aun cuando tuvieren calidad de sujetos de especial protección, pues ésta condición no los exonera de atender dicha exigencia. No siendo el caso, la acción es definitivamente improcedente”*

Por otra parte, el *ad quem* analizó la naturaleza de los hechos y consideró que la vía procedente es la acción de cumplimiento ante autoridades administrativas, mediante acciones contenciosas o, en su caso, la acción popular para la reclamación de los intereses colectivos que se consideren vulnerados.

Finalmente, el *ad quem* dispuso confirmar la sentencia impugnada y exhortar al Ministerio Público, por medio de la Procuraduría y Defensoría del Pueblo, a acompañar, orientar e instruir a los líderes de las comunidades indígenas del resguardo Honduras y del cabildo Cerro Tijeras, sobre la verificación y solución que hayan de reclamar, ante las autoridades administrativas y judiciales competentes, de los problemas que dicen han venido desmejorando el bienestar de sus miembros.

1.4. PRUEBAS

1.4.1. Aportadas por los accionantes en sede ordinaria de la acción de tutela

- Acta de nombramiento de los gobernadores y vicegobernadores del Resguardo indígena de Honduras y del Cabildo de Cerro Tijeras.
- Copia del acta de compromiso del diecisiete (17) de agosto de 1986.
- Videos que ilustran el presunto mal estado de las vías y las escuelas donde tienen que ir a estudiar los niños y las niñas de la comunidad.
- Fotografías que ilustran las presuntas dificultades que tienen los niños y las niñas para llegar a las escuelas, junto con el presunto mal estado de las edificaciones y el mobiliario donde los niños y las niñas reciben clases.

1.4.2. Solicitadas por la Corte en sede de Revisión

1.4.2.1. Mediante auto del 18 de junio de 2013, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas consideró necesario, para mejor proveer, ordenar la práctica y solicitud de las siguientes pruebas.

En primer lugar, ordenó vincular a la Alcaldía Municipal de Morales, Cauca, para que informará sobre cuáles han sido las medidas adoptadas por la administración para garantizar, entre otros, el derecho a la educación de los menores de edad integrantes del Resguardo Indígena de Honduras, ubicado dentro de su jurisdicción.

De igual forma, se le requirió presentar una relación detallada del gasto social que el municipio ha invertido en la comunidad indígena, de conformidad con los parámetros del Sistema General de Participaciones.

En segundo lugar, se ordenó a la Gobernación del Cauca y la Secretaría de Educación Departamental del Cauca informar si han adelantado gestiones para dar cumplimiento a lo pactado en el Acta de Compromiso suscrita el 17 de agosto de 1986 con los representantes de la comunidad indígena ubicada en el Resguardo Honduras; en caso afirmativo, se ordenó detallar las actividades realizadas o, en caso negativo, comunicar las razones del incumplimiento.

En tercer lugar, la Sala de Revisión invitó al Instituto Colombiano de Antropología e Historia (Icanh), a la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), y a las Universidades del Rosario, de los Andes y del Cauca, a emitir un concepto técnico sobre los problemas jurídicos que plantea el proceso bajo revisión y el impacto socioeconómico que produjo la construcción de la Represa de la Salvajina en la comunidad indígena del Resguardo Honduras.

En cuarto lugar, se comisionó al Tribunal Superior de Justicia del Distrito Judicial de Popayán para practicar una inspección judicial en la zona del Resguardo Honduras y de la Represa Salvajina, con el fin de verificar las condiciones económicas, culturales y sociales en las que se encuentra la comunidad y la manera en que la construcción y funcionamiento de esa represa la ha impactado. Para la debida diligencia se solicitó que se tomaran fotografías y grabaciones de audio de las declaraciones tomadas.

En quinto lugar, se ofició por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional a la Defensoría del Pueblo, con el fin de que acompañara a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán comisionada, durante la realización de la inspección judicial. Asimismo, se le solicitó a la Defensoría informar a la Corte Constitucional sobre la visita realizada y todo lo relacionado con la situación de la comunidad indígena ubicada en el Resguardo Honduras.

Finalmente, la Sala ordenó oficiar a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, al Ministerio de Ambiente y al IDEAM, para que: “(i) *REMITAN copia del expediente y de la licencia ambiental otorgada para la construcción de la Represa la Salvajina.* (ii) *INFORMEN si ha adelantado gestiones para dar cumplimiento a lo pactado en el Acta de Compromiso suscrita 17 de agosto de 1986 con los representantes de la comunidad indígena ubicado en el Resguardo Honduras, afectada con la construcción de la Represa de la Salvajina...*” Se solicitó que, en caso afirmativo, detallaran las actividades realizadas o, en caso negativo, comunicaran las razones del incumplimiento.

1.4.2.2.La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, mediante auto del 4 de julio de 2013, fijó como fecha y hora para realizar la inspección judicial “*en la zona del resguardo Honduras y de la represa de la Salvajina*” de los municipios de Suárez y Morales del Departamento del Cauca, el día 23 de julio de 2013 a partir de las 9:30 de la mañana.

En la misma providencia, el despacho comisionado señaló que debido a que “*la zona en la que se practicará aquella diligencia es considerada públicamente como de orden público o roja en nuestro departamento (...), se solicitará al señor Comandante de la Policía del departamento del Cauca, se sirva disponer el personal y logística que garanticen la absoluta seguridad e integridad personal de la comitiva*

que se desplace (...)”.

Mediante escrito del mismo día, el Subcomandante de Policía del Departamento del Cauca informó que *“debido a los eventos de protesta social y a las proyecciones terroristas en el Departamento, no se cuenta con disponibilidad de un grupo policial que tenga las capacidades que se requieren para conjurar la difícil situación de seguridad que presentan estos municipios, y que dio lugar al Sistema de Alertas Tempranas de la Defensoría del Pueblo (...)”.*

Teniendo en cuenta lo anterior, a través del auto del 23 de julio de 2013, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial consideró que no era posible realizar la comisión encomendada por esta Corporación, pues la zona donde se debía realizar la inspección presentaba alteraciones de orden público certificadas por las autoridades competentes, como la Fiscalía General de la Nación², de manera que si no se contaba con la protección necesaria para la comitiva, no era posible la realización de la diligencia. Por lo anterior, la Sala Penal resolvió devolver a la Corte Constitucional la comisión, y recomendó encomendar la práctica al Juzgado Promiscuo Municipal de Suárez, Cauca, el cual tiene sede en el municipio y se encuentra muy cerca de la represa La Salvajina.

- 1.4.2.3.** Conforme a las comunicaciones y el expediente de comisión allegado a la Corte Constitucional, mediante auto del 16 de agosto de 2013, la Sala de Revisión comisionó la inspección judicial al Juzgado Promiscuo Municipal de Suárez, Cauca, por ser la autoridad judicial más cercana al lugar. La Sala reiteró la orden dada en el auto del 18 de junio de 2013 en su numeral quinto, para que la Defensoría del Pueblo acompañara a la autoridad judicial en la práctica de la diligencia judicial. Además, teniendo en cuenta las condiciones serias de seguridad en la zona de la inspección, la Sala consideró pertinente solicitar el acompañamiento de la Fuerza Pública con el fin de que, en el marco de su competencia, garantizara la integridad física y personal de todos los participantes de la diligencia judicial.

² En el expediente del despacho comisorio allegado a esta Corporación el 16 de agosto de 2013, se evidencia, que mediante escrito del 29 de mayo de 2013, dirigido a la Secretaría General de la Sala Penal del Tribunal Superior, informó *“referente a la apreciación del orden público en el municipio de Suárez, se establece, que este es un municipio considerado como un corredor estratégico para las FARC, por lo cual es constante el desplazamiento de células de las FARC por el área urbana y rural, facilitando así la realización de acciones terroristas; sumado a lo anterior, teniéndose en cuenta que las FARC acaban de sufrir un duro golpe por parte de la Fuerza Pública tras la baja del cabecilla de la columna móvil Jacobo Arenas de las FARC (...)”.*

1.4.2.4. Finalmente, el despacho del Magistrado Sustanciador observó que del material probatorio que se había recabado hasta aquel momento³, se deducía con claridad que la entidad actualmente responsable del embalse La Salvajina es la Empresa de Energía del Pacífico –EPSA-, en virtud de la escritura pública No. 0914 del 12 de diciembre de 1994, mediante la cual se constituyó esta persona jurídica.

1.4.2.5. Así pues, para mejor proveer, el despacho mediante auto del 9 de diciembre de 2013, puso en conocimiento directo de la Empresa de Energía del Pacífico –EPSA-, para que emitiera un concepto sobre lo que considerara pertinente respecto de los problemas jurídicos del caso concreto, y precisara, “(i) *cuál ha sido su rol en el cumplimiento de los acuerdos suscritos en el Acta de 1986 y (ii) qué actuaciones ha realizado con miras a cumplir sus obligaciones con el medio ambiente y las comunidades indígenas cercanas a la represa la Salvajina en el departamento del Cauca*”.

1.4.2.6. Mediante auto del 3 de febrero de 2014, el despacho del magistrado sustanciador ordenó vincular formalmente a la Empresa de Energía del Pacífico –EPSA-, a la empresa Colener S.A.S. (filial de la empresa demandada Celsia y propietaria de la mayoría del capital de la EPSA), a la Corporación Autónoma Regional del Cauca, al Ministerio de Salud y Protección Social y a las alcaldías de los municipios Suárez y Morales.

Sobre lo solicitado a cada entidad y las respuestas oportunamente allegadas a la Secretaría General de la Corte Constitucional, se hará referencia a lo largo de las consideraciones y en el acápite sobre el análisis del caso concreto.

1.5. OTRAS ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

1.5.1. Mediante escrito del 13 de febrero de 2014, el apoderado de la EPSA formuló a la Sala de Revisión, “*la solicitud de reposición o reconsideración del AUTO en cuestión y, en forma subsidiaria, la solicitud de declaratoria de la nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio de la tutela en primera instancia*”.

1.5.2. En el mismo sentido, mediante escrito del 14 de febrero de 2014, la apoderada especial de la empresa Colener S.A.S. presentó dos

³ Escritos allegados por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y por la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, específicamente.

solicitudes para consideración de la Sala: a) reponer la decisión de vincular a la entidad que representa y, subsidiariamente, b) declarar la nulidad de todo lo actuado en la presente acción de tutela.

1.5.3. La Sala Séptima de Revisión de Tutela de la Corte Constitucional, mediante Auto No. 051 de 2014, declaró improcedente el recurso de reposición contra el auto de vinculación y denegó la solicitud de nulidad presentado por ambas entidades.

La Sala consideró, en cuanto al recurso de reposición, que no era procedente, toda vez que de conformidad con los artículos 31 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, el recurso de impugnación o apelación solo procede contra las sentencias proferidas en primera instancia en acciones de tutela. Lo anterior significa que, por expreso mandato legal, no existe recurso de reposición o apelación contra autos proferidos dentro del trámite de esta clase de acciones sumarias.

En cuanto a la solicitud de nulidad por ausencia de vinculación de las empresas, la Sala estableció que no existía la irregularidad alegada, pues Celsia S.A. había sido notificada desde el auto admisorio de la acción de tutela, y ésta comparte representación legal con Colener S.A.S., por tanto se entendía que esta última debía tener conocimiento del asunto de la acción de tutela sobre la represa Salvajina. Por su parte, la Empresa de Energía del Pacífico E.S.P. – EPSA S.A. ESP (en adelante EPSA), como propietaria de la represa, comparte relaciones empresariales con aquellas empresas. En palabras de la Sala:

*“Es cierto que se trata de personas jurídicas distintas, pero es importante advertir que comparten relaciones empresariales de las que se desprende su interés en el presente asunto. De la página oficial de la empresa vinculada al proceso desde el auto admisorio de la acción de tutela, Celsia, se puede verificar **a)** que adquirió EPSA en el año 2009 por medio de su empresa filial Colener, **b)** que dentro del objeto social de Celsia se encuentra el de la prestación de servicios públicos de generación y comercialización de energía eléctrica, **c)** que EPSA es la quinta generadora eléctrica del país con una capacidad de 1.068 MW originada de nueve centrales hídricas, entre ellas, Salvajina, **d)** que Celsia desarrolla su objeto social a través de Salvajina como una de sus centrales de generación de energía bajo control y manejo de la EPSA⁴ y **e)** que la*

⁴ Ver al respecto el mapa de ubicación “de las centrales de generación, de los proyectos y la presencia de la Organización en el negocio de distribución”:

estructura societaria de Celsia se compone de Colener (100%) y de EPSA (50.01%).

Por consiguiente, la empresa principal, Celsia, fue notificada en debida forma por el juez de instancia, quien la puso en conocimiento de un caso que hace referencia a una de sus centrales hídricas más importantes, Salvajina, la cual es administrada y manejada por EPSA, empresa que hace parte de su estructura societaria”.

Además, la Sala resaltó el hecho de que la EPSA había sido puesta en conocimiento en sede de revisión a través de un auto anterior –proferido el 9 de diciembre de 2013- y no había alegado la nulidad de todo lo actuado, sino por el contrario, se había manifestado sobre el fondo del caso en revisión y sus actuaciones sobre la represa Salvajina. Con base en ello, la Sala consideró que en virtud de la doctrina de los actos propios, no podía ahora la empresa actuar contrario a su conducta anterior, y alegar una nulidad de todo lo actuado por falta de vinculación al proceso.

Finalmente, la Sala advirtió que la Corte Constitucional tiene la facultad de vincular a partes y terceros intervinientes en sede de revisión cuando las circunstancias del caso así lo ameriten, y el caso concreto, señaló:

“(...) es imperativo continuar con el trámite de revisión, por cuanto la evidencia que ha sido allegada, prima facie –y sin que implique un prejuzgamiento-, las comunidades actoras se encuentran en condiciones que exigen una intervención estatal inmediata por las problemáticas de aislamiento, salud y educación que presentan. Por tanto, en virtud de la economía procesal y la celeridad, no es viable declarar la nulidad desde el auto admisorio y devolver el expediente a primera instancia, pues se pondría a los actores en una situación más gravosa que no deben asumir”.

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241,

numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

La Sala debe establecer si la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca (CVC), el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio del Interior, la Sociedad Celsia S.A., la Empresa de Energía del Pacífico –EPSA- y las demás entidades demandadas y vinculadas, vulneraron los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la diversidad cultural y étnica (artículo 7 C.P.), a la educación (artículos 10, 67 y 68 C.P.), y a la protección especial de los menores de edad (artículo 44 C.P), de las comunidades indígenas cercanas a la represa la Salvajina, específicamente los resguardos de Honduras y Cerro Tijeras, **a)** al haber omitido la realización de una consulta previa antes de la ejecución del proyecto “Central Hidroeléctrica Salvajina” y **b)** dado el presunto incumplimiento de los acuerdos celebrados y consignados en el “Acta 86”, suscrita en el momento de la construcción de la represa por el Gobierno Nacional, incumplimiento que se alega ha sido agravado por el abandono estatal en el que se encuentran las comunidades indígenas.

Para el efecto, la Sala desarrollará las siguientes temáticas: **(i)** El marco normativo de las licencias ambientales en Colombia; **(ii)** el derecho a la participación de comunidades locales en la construcción de megaproyectos que generan una afectación al ambiente e impactan a las comunidades asentadas en su área de influencia; **(iii)** el derecho a la consulta previa como manifestación del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y a la participación en las decisiones que los afectan; y **(iv)** los impactos sobre los derechos humanos de las comunidades aledañas a la construcción y operación de megaproyectos como las represas. Con fundamento en esas consideraciones se realizará el análisis del caso concreto.

2.3. MARCO NORMATIVO DE LAS LICENCIAS AMBIENTALES EN COLOMBIA

2.3.1. En virtud de que en el caso concreto la represa Salvajina fue construida entre los años 1981 y 1986, es necesario acudir a la normativa y a las exigencias que contemplaba la legislación en aquella época en lo

relacionado con: (i) el otorgamiento de permisos para la realización de proyectos de gran envergadura que podían producir impactos en los recursos naturales y (ii) la participación de las comunidades indígenas en la toma de decisiones sobre esos proyectos. El propósito de este capítulo es realizar una descripción de la normativa anterior a la Constitución de 1991 y actualmente vigente, sobre las licencias ambientales y los procesos de su otorgamiento, haciendo un especial énfasis en las disposiciones a) que contemplaron un régimen de transición para la exigencia de esta clase de licencias a los proyectos, obras o actividades que se habían iniciado o ya habían obtenido permisos antes de la entrada en vigencia de la Ley 99 de 1993, y b) que previeron la participación de la comunidad en los procesos de licenciamiento ambiental. A continuación se presentarán las normas más relevantes sobre las materias señaladas, hasta llegar a la jurisprudencia constitucional actual.

2.3.2. La figura de la licencia ambiental se contempla *“para responder a la necesidad de prevenir, mitigar, corregir, compensar, manejar y controlar los impactos al ambiente generados por la actividad humana, en aras de establecer la forma en que puedan ser gestionados de manera responsable con la protección del ambiente”*⁵. Surge con el nombre de licencia “ambiental” desde la Ley 99 de 1993 *“Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones”*, con base en los principios y valores sobre el medio ambiente sano que introduce la Constitución de 1991, pero tiene sus antecedentes en permisos y licencias generales de las normas que a continuación se presentarán.

2.3.3. La evaluación de impacto ambiental de la realización de obras y proyectos de infraestructura y similares comenzó a desarrollarse a partir de la Ley 23 de 1973 *“por medio de la cual el Congreso revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de un año para reformar y adicionar la legislación vigente sobre recursos naturales renovables y preservación ambiental”*. En el ejercicio de estas facultades, se expidió el Decreto 2811 de 1974 por medio del cual se dictó el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Este instrumento normativo consagró dentro de su título preliminar el reconocimiento del ambiente como patrimonio común y la participación de los particulares

⁵ Cfr. Rodríguez, Gloria Amparo. “Las licencias ambientales y su proceso de reglamentación en Colombia”. Foro Nacional Ambiental, Bogotá mayo de 2011.

y del Estado en el manejo y preservación del ambiente. En ese sentido, dispuso como objetivos:

*“1o. Lograr la preservación y restauración del ambiente y la conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables, según criterios de equidad que aseguren el desarrollo armónico del hombre y de dichos recursos, la disponibilidad permanente de éstos y **la máxima participación social, para beneficio de la salud y el bienestar de los presentes y futuros habitantes del territorio nacional.***

2o. Prevenir y controlar los efectos nocivos de la explotación de los recursos naturales no renovables sobre los demás recursos.

3o. Regular la conducta humana, individual o colectiva y la actividad de la Administración Pública, respecto del ambiente y de los recursos naturales renovables y las relaciones que surgen del aprovechamiento y conservación de tales recursos y de ambiente” (Énfasis de la Sala)

Respecto a la expedición de permisos y licencias para la ejecución de obras que implicaran una afectación del ambiente, el Código dispuso dos artículos:

*“ARTÍCULO 27. Toda persona natural o jurídica, pública o privada, que proyecte realizar o realice cualquier obra o actividad susceptible de producir deterioro ambiental, **está obligada a declarar el peligro presumible que sea consecuencia de la obra o actividad.***

*'ARTÍCULO 28. Para la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquiera otra actividad que, por sus características, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, **será necesario el estudio ecológico y ambiental previo y, además, obtener licencia.***

En dicho estudio se tendrán en cuenta, aparte de los factores físicos, los de orden económico y social, para determinar la incidencia que la ejecución de las obras mencionadas pueda tener sobre la región” (Énfasis fuera de texto original).

De estas disposiciones se desprende que desde la década de los años 70 ya existía la obligación en cabeza de las entidades públicas y privadas de evaluar el posible deterioro ambiental resultado de la ejecución de una obra con impacto sobre los recursos naturales –“peligro presumible”- y de realizar un estudio ambiental previo para la obtención de las licencias y permisos, el cual no podía limitarse en factores físicos sino además sociales⁶. Cabe resaltar que este mismo Código contemplaba un título sobre “prioridades” en el que disponía que en lo referente a los diversos usos y al otorgamiento de permisos, concesiones o autorizaciones sobre un mismo recurso, las prioridades se establecerían de manera general y conforme a cada región del país según las necesidades ecológicas, económicas y sociales, y en ese orden, “[d]eberá siempre tenerse en cuenta la necesidad de atender a la subsistencia de los moradores de la región y a su desarrollo económico y social” (artículo 49). No obstante, el decreto ley no se refirió en estricto sentido al derecho de las comunidades a participar en la toma de estas decisiones, como se verá más adelante.

2.3.4. Posteriormente, se expidió la Constitución de 1991, la cual ha sido catalogada como la Constitución verde o ecológica⁷ en tanto plantea la imperiosa necesidad de la protección del medio ambiente por su relación directa y su conexidad con otros derechos fundamentales, como los derechos a la vida digna y a la salud, entre otros, imponiendo al Estado y a la comunidad en general el deber de proteger las riquezas naturales de la Nación (artículo 8 C.P.). Igualmente, el artículo 79 consagra el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarla, y el deber del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro efectivo de estos fines. Lo anterior implica, la obligación de parte del Estado de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones

⁶ Sobre estas disposiciones, “El esquema de licenciamiento ambiental en Colombia”, documento emitido por la Dirección de licencias, permisos y trámites ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, señala que “Uno de los aspectos que ofrecía algún grado de dificultad en la aplicación de la norma para los usuarios, era la determinación de impacto grave y la clasificación del proyecto que debía presentar ante la autoridad ambiental la Declaración de Efecto Ambiental y solicitar la Licencia. Quedaba entonces al arbitrio de la Autoridad Ambiental la toma de decisiones, sin que hubiera para los regulados algún grado de seguridad jurídica”.

⁷ En la sentencia C-595 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, la Corte señaló que “El Constituyente de 1991 instituyó nuevos parámetros en la relación persona y naturaleza. Concedió una importancia cardinal al medio ambiente que ha llevado a catalogarla como una ‘Constitución ecológica’ o ‘Constitución verde’”. Además, en dicho pronunciamiento se hizo una pormenorizada enumeración de las variadas normas constitucionales que reconocen al medio ambiente como un interés superior.

legales y exigir la reparación de los daños causados; y cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas en las zonas fronterizas, conforme el artículo 80 superior.

Respecto a estas disposiciones, la Corte ha sostenido en oportunidades anteriores, que las licencias ambientales cumplen un papel preventivo de protección medioambiental y en esa medida, constituyen un instrumento de desarrollo del artículo 80 constitucional. Al respecto, esta Corporación anotó:

“La licencia ambiental consiste en la autorización que la autoridad ambiental concede para la ejecución de una obra o actividad que potencialmente puede afectar los recursos naturales renovables o el ambiente. [...] De este modo, la licencia ambiental tiene indudablemente un fin preventivo o precautorio en la medida en que busca eliminar o por lo menos prevenir, mitigar o revertir, en cuanto sea posible, con la ayuda de la ciencia y la técnica, los efectos nocivos de una actividad en los recursos naturales y el ambiente”⁸

2.3.5. En desarrollo de los preceptos constitucionales, y conforme a la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, se emitió la Ley 99 de 1993 *“Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones”*. En ella se contempló un título especial para establecer el concepto, el procedimiento y las competencias del otorgamiento de las licencias ambientales. Conforme al artículo 49, sobre la obligatoriedad de las licencias, se señala que requerirán de esta autorización *“La ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad, que de acuerdo con la Ley y los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje”*. El artículo 50 define a la licencia ambiental como *“la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada”*.

⁸ Cfr. Sentencia C-035 de 1999 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

En otras palabras, puede afirmarse que la licencia ambiental es el acto administrativo emitido por la autoridad ambiental competente, a través del cual se autoriza a una persona jurídica pública o privada a ejecutar una obra o proyecto de infraestructura que puede producir deterioro grave a los recursos naturales o al medio ambiente o introducir modificaciones notorias al paisaje, y que por eso, debe darse un cumplimiento estricto a las obligaciones y requisitos establecidas en ella para la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos negativos ambientales de la obra autorizada.

Estas licencias se otorgan previa solicitud del interesado, quien presentará con ella un estudio de impacto ambiental, el cual, de acuerdo con el artículo 57 de la Ley 99 se define como:

“el conjunto de la información que deberá presentar ante la autoridad ambiental competente el petionario de una licencia ambiental.

El Estudio de Impacto Ambiental contendrá información sobre la localización del proyecto, y los elementos abióticos, bióticos, y socioeconómicos del medio que puedan sufrir deterioro por la respectiva obra o actividad, para cuya ejecución se pide la licencia, y la evaluación de los impactos que puedan producirse. Además, incluirá el diseño de los planes de prevención, mitigación, corrección y compensación de impactos y el plan de manejo ambiental de la obra o actividad.

La autoridad ambiental competente, para otorgar la licencia ambiental, fijará los términos de referencia de los estudios de impacto ambiental en un término que no podrá exceder de treinta (30) días hábiles contados a partir de la solicitud por parte del interesado”.

Como puede verse de este artículo, las normas sobre licenciamiento ambiental contemplan el deber de realizar un estudio de impacto ambiental, el cual debe contener información sobre la localización del proyecto y los elementos abióticos, bióticos y socioeconómicos del área que puedan sufrir deterioro por la respectiva obra o actividad (artículo 57 de la Ley 99 de 1993). De tal forma que la participación de las comunidades en el marco normativo ambiental no puede limitarse a evaluar los impactos en la naturaleza y los recursos naturales, sino que cumple también una importancia superlativa por los intereses que pretende tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la

seguridad de la subsistencia de las comunidades eventualmente afectadas⁹.

Una vez presentada la solicitud, la autoridad que otorga la licencia puede solicitar al interesado información adicional. Aportada la información, si es del caso, esta autoridad podrá solicitar conceptos a otras entidades o a particulares. Recibido el concepto, la autoridad debe pronunciarse sobre la licencia dentro de un plazo determinado. Al hacerlo, puede negar la licencia, otorgarla, o condicionarla al cumplimiento de una serie de requisitos para evitar, minimizar, restablecer o compensar los daños causados por la respectiva obra o actividad (Ley 99 de 1993 art. 58).

Por otra parte, dentro del término de factibilidad del proyecto, el interesado debe preguntar a la autoridad que otorga la licencia, si adicionalmente es necesario presentar un diagnóstico ambiental de alternativas (Ley 99 de 1993 art. 56). Esto es, una declaración que incluirá información sobre la localización y características del entorno geográfico, ambiental y social de las alternativas del proyecto, además de un análisis comparativo de los efectos y riesgos inherentes a la obra o actividad, y de las posibles soluciones y medidas de control y mitigación para cada una de las alternativas. Presentado el diagnóstico, la autoridad ambiental valorará las alternativas y escogerá una de las opciones, de manera discrecional pero razonable. Seguidamente, el interesado presentará el respectivo estudio de impacto ambiental en relación con la opción escogida. Sobre esta base entonces, se otorgará o negará la licencia, cuando haya lugar a presentar un diagnóstico ambiental de alternativas.

En relación con la competencia para expedir licencias ambientales, el artículo 51 de la Ley 99 de 1993 establece que *“Las licencias ambientales serán otorgadas por el Ministerio del Medio Ambiente, las Corporaciones Autónomas Regionales y algunos municipios y distritos, de conformidad con lo previsto en esta Ley”*. De tal modo, conforme a las competencias que la ley establece, tanto el órgano medioambiental nacional, los órganos regionales y las entidades territoriales tienen la facultad para expedir licencias ambientales. El artículo 52 de la ley establece una serie de casos en los cuales el Ministerio se reserva la competencia privativa para la expedición de licencias en materias que comprometan intereses de gran importancia, bien sea, porque se trate de actividades que involucren intereses económicos sectoriales de gran alcance, o porque comprometan recursos considerados estratégicos. Por

⁹ Ver sentencias T-129 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

ejemplo, la norma se refiere a aquellos casos de *“Construcción de presas, represas o embalses con capacidad superior a doscientos millones de metros cúbicos, y construcción de centrales generadoras de energía eléctrica que excedan de 100.000 Kw de capacidad instalada así como el tendido de las líneas de transmisión del sistema nacional de interconexión eléctrica y proyectos de exploración y uso de fuentes de energía alternativa virtualmente contaminantes”*. Entretanto, el artículo 53, que se titula *“De la Facultad de las Corporaciones Autónomas Regionales para Otorgar Licencias Ambientales”*, no establece un conjunto de casos, proyectos o actividades, respecto de los cuales corresponda a tales corporaciones otorgar licencias.

Además, la licencia podrá ser suspendida o revocada con la debida motivación por la autoridad ambiental competente cuando *“las condiciones y exigencias por ella establecidas no se estén cumpliendo conforme a los términos definidos en el acto de su expedición”*.

Respecto a la participación de la comunidad en la toma de decisiones ambientales y en los procesos de licencia ambiental, cabe resaltar el artículo 76 el cual señala que *“La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades”*.

Finalmente, la Ley 99 de 1993 contempla una especie de régimen de transición para aquellos proyectos que ya tenían licencias y permisos concedidos bajo el marco normativo anterior:

“ARTÍCULO 117. TRANSICIÓN DE PROCEDIMIENTOS. Los permisos y licencias concedidos continuarán vigentes por el tiempo de su expedición. Las actuaciones administrativas iniciadas continuarán su trámite ante las autoridades que asuman su competencia en el estado en que se encuentren. Las normas y competencias establecidas en la presente Ley, son de vigencia inmediata y se aplicarán una vez se expidan los correspondientes reglamentos, cuando sean necesarios.

ARTÍCULO 118. VIGENCIA. La presente Ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, especialmente el artículo 12 de la Ley

56 de 1981, y los **artículos 18, 27, 28 y 29 del Decreto Legislativo 2811 de 1974** y el artículo 23 de la Ley 47 de 1993” (Énfasis fuera de texto original)

2.3.6. Luego, el Decreto 1753 de 1994 reglamentó parcialmente los Títulos VIII y XII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales. El Decreto contemplaba la naturaleza, las modalidades y los efectos de la licencia ambiental, las competencias para el otorgamiento de las licencias, los contenidos propios del diagnóstico ambiental de alternativas y del estudio de impacto ambiental con su procedimiento y la exigencia de cumplir con la participación de las comunidades posiblemente afectadas en el proceso de evaluación ambiental:

“Artículo 30. (...) Las comunidades localizadas en el área de influencia directa del proyecto, obra o actividad, deberán ser amplia y adecuadamente informadas en relación con la naturaleza del mismo, los impactos ambientales identificados y sobre las medidas previstas en el plan de manejo ambiental; así mismo y una vez iniciadas las actividades licenciadas, deberán ser periódicamente informadas y partícipes sobre los resultados de la implementación del plan de manejo ambiental y las medidas correctivas que de éste se deriven.

Artículo 31. Consulta previa. En los casos que se requiera, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 76 de la Ley 99 de 1993, en materia de consulta previa con comunidades indígenas y negras tradicionales y al Decreto 1320 de 1998 o al que lo sustituya o modifique”.

También establecía un régimen de transición parecido al ya concebido en la Ley 99, pero que adicionaba la facultad de la autoridad ambiental competente de exigir, mediante providencia motivada, la presentación de planes de manejo, recuperación o restauración ambiental a los proyectos que hubieran obtenido los permisos antes de la vigencia del decreto (artículo 38), es decir, de poder realizar un seguimiento a las obras ya iniciadas bajo un anterior régimen normativo. Asimismo advertía que los proyectos que se habían iniciado antes de la expedición de la Ley 99 no requerían de una licencia ambiental, pero que debían cumplir con las exigencias vigentes:

“Artículo 38.- Régimen de Transición. Los proyectos, obras o actividades, que conforme a las normas vigentes antes de la expedición del presente Decreto, obtuvieron los permisos,

*concesiones, licencias y autorizaciones de carácter ambientales que se requerían, podrán continuar, **pero la autoridad ambiental competente podrá exigirles, mediante providencia motivada, la presentación planes de manejo, recuperación o restauración ambiental.***

*Los proyectos, obras o actividades que con anterioridad a la expedición de este Decreto, iniciaron todos los trámites tendientes a obtener los permisos, licencias, concesiones y autorizaciones de carácter ambiental exigidos por las leyes en ese momento vigentes, continuarán su trámite de acuerdo con las mismas y en caso de obtenerlos podrán adelantar el proyecto, obra o actividad, **pero la autoridad ambiental podrá exigirles, mediante providencia motivada la presentación planes de manejo, recuperación o restauración ambiental.***

*Los proyectos, obras o actividades que con anterioridad a la expedición de la Ley 99 de 1993 iniciaron actividades, **no requerirán Licencia Ambiental.** Tampoco requerirán Licencia Ambiental aquellos proyectos de competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales que iniciaron actividades antes de la expedición del presente Decreto. **Lo anterior no obsta para que dichos proyectos, obras o actividades cumplan con la normatividad ambiental vigente, excluido el requisito de obtener Licencia Ambiental.***

***Parágrafo.-** Para la transitoriedad de la competencia para el otorgamiento de licencias ambientales, se estará a lo dispuesto en el Decreto 632 de 1994” (Énfasis fuera de texto original)*

- 2.3.7.** Este decreto fue sustituido por el Decreto 1728 de 2002, el cual fue derogado por el artículo 29 del Decreto 1180 de 2003, que también fue derogado en el 2005 por el Decreto 1220, y éste modificado por el Decreto 500 de 2006 pero finalmente derogado por el Decreto 2820 de 2010. Es necesario nombrar este recorrido legal para señalar que cada una de estas normas mantuvo un contenido similar desde el primero de los decretos nombrados y que cada uno de ellos contempló un régimen de transición para todas aquellas obras y proyectos que habían obtenido los permisos y las licencias con anterioridad a la Ley 99 de 1993, manteniendo siempre la facultad de la autoridad ambiental competente de realizar un seguimiento sobre la ejecución del proyecto solicitando un Plan de Manejo Ambiental.

2.3.8. Igualmente, este desarrollo normativo mantuvo la exigencia de realizar espacios de participación para las comunidades eventualmente afectadas por el proyecto y la consulta previa en los procesos de otorgamiento de la licencia ambiental, conforme al artículo 76 de la Ley 99 de 1993. Además, porque simultáneamente se emitió el Decreto 1320 de 1998, el cual reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio, y exige que el responsable del proyecto u obra invite a participar a estas comunidades en los estudios ambientales.¹⁰ De la misma forma, contempla el contenido que debe tener el componente socioeconómico y cultural de los estudios ambientales: **a)** características de la cultura de las comunidades negras e indígenas, **b)** los posibles impactos que sufrirán éstas comunidades con la realización del proyecto, obra o actividad, y **c)** las medidas que se adoptarán para prevenir, corregir, mitigar, controlar o compensar los impactos que vayan a ocasionarse.

2.3.9. Ahora, la normativa vigente para las licencias ambientales es el Decreto 2820 de 2010 *“Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales”*. Este decreto mantiene los contenidos iniciales del decreto de 1994, sobre todo en cuanto a los conceptos, naturaleza, contenidos, competencia y procedimiento de las licencias ambientales. Para efectos del caso que se examina, es importante hacer referencia a tres temas específicos: (i) al contenido del plan de manejo ambiental, (ii) al régimen de transición de las licencias ambientales y (iii) a la participación de las comunidades.

Sobre lo primero, el decreto señala en su artículo 1° que el Plan de Manejo Ambiental (en adelante PMA) *“[e]s el conjunto detallado de medidas y actividades que, producto de una evaluación ambiental,*

¹⁰ *“ARTICULO 5o. PARTICIPACION DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS Y NEGRAS EN LA ELABORACION DE LOS ESTUDIOS AMBIENTALES. El responsable del proyecto, obra o actividad que deba realizar consulta previa, elaborará los estudios ambientales con la participación de los representantes de las comunidades indígenas o negras.*

Para el caso de las comunidades indígenas con la participación de los representantes legales o las autoridades tradicionales y frente a las comunidades negras con la participación de los miembros de la Junta del Consejo Comunitario o, en su defecto, con los líderes reconocidos por la comunidad de base.

El responsable del proyecto, obra o actividad acreditará con la presentación de los estudios ambientales, la forma y procedimiento en que vinculó a los representantes de las comunidades indígenas y negras en la elaboración de los mismos, para lo cual deberá enviarles invitación escrita.

Transcurridos veinte (20) días de enviada la invitación sin obtener respuesta de parte de los pueblos indígenas o comunidades negras, el responsable del proyecto, obra o actividad informará al Ministerio del Interior para que verifique dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación, si existe voluntad de participación de los representantes de dichas comunidades y lo informará al interesado.

En caso que los representantes de las comunidades indígenas y/o negras se nieguen a participar, u omitan dar respuesta dentro de los términos antes previstos, el interesado elaborará el estudio ambiental prescindiendo de tal participación”.

están orientadas a prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos y efectos ambientales debidamente identificados, que se causen por el desarrollo de un proyecto, obra o actividad. Incluye los planes de seguimiento, monitoreo, contingencia, y abandono según la naturaleza del proyecto, obra o actividad”. Además advierte que “El Plan de Manejo Ambiental podrá hacer parte del Estudio de Impacto Ambiental o como instrumento de manejo y control para proyectos obras o actividades que se encuentran amparados por un régimen de transición”. Así pues, el plan de manejo ambiental es un instrumento de monitoreo que se aplica luego de los estudios ambientales del proyecto, obra o actividad, para prevenir, mitigar o corregir los impactos que se causen en el desarrollo de la obra, y en el caso de los que ya han empezado hacer ejecutados en el marco de otro régimen normativo, el plan de manejo ambiental sirve como una herramienta de control y seguimiento.

Respecto al régimen de transición, el decreto mantiene la facultad de las autoridades ambientales competentes de realizar un control sobre los proyectos, obras o actividades que hayan obtenido licencias y permisos y hayan iniciado su ejecución con anterioridad a su vigencia. En ese sentido dispone:

“Artículo 51. Régimen de transición. *El régimen de transición se aplicará a los proyectos, obras o actividades que se encuentren en los siguientes casos:*

- 1. Los proyectos, obras o actividades que iniciaron los trámites para la obtención de una Licencia Ambiental o el establecimiento de un Plan de Manejo Ambiental exigido por la normatividad en ese momento vigente, continuarán su trámite de acuerdo con la misma y en caso de obtenerlos podrán adelantar y/o continuar el proyecto, obra o actividad, de acuerdo a los términos, condiciones y obligaciones que se expidan para el efecto.*
- 2. Los proyectos, obras o actividades, que de acuerdo con las normas vigentes antes de la expedición del presente decreto, obtuvieron los permisos, concesiones, licencias y demás autorizaciones de carácter ambiental que se requerían, continuarán sus actividades sujetos a los términos, condiciones y obligaciones señalados en los actos administrativos así expedidos.*
- 3. En caso que a la entrada en vigencia del presente decreto existieran contratos suscritos o en ejecución sobre proyectos, obras o actividades que anteriormente no estaban sujetas a*

Licencia Ambiental, se respetarán tales actividades hasta su terminación, sin que sea necesario la obtención del citado instrumento de manejo y control ambiental.

Parágrafo 1°. En los casos antes citados, las autoridades ambientales continuarán realizando las actividades de control y seguimiento necesarias, con el objeto de determinar el cumplimiento de las normas ambientales. De igual forma, podrán realizar ajustes periódicos cuando a ello haya lugar, establecer mediante acto administrativo motivado las medidas de manejo ambiental que se consideren necesarias y/o suprimir las innecesarias.

Parágrafo 2°. Los proyectos, obras o actividades que en virtud de lo dispuesto en el presente decreto no sean de competencia de las autoridades que actualmente conocen de su evaluación o seguimiento, deberán ser remitidos a la autoridad ambiental competente para los efectos a que haya lugar.

Parágrafo 3°. Los titulares de Planes de manejo Ambiental podrán solicitar la modificación de este instrumento ante la autoridad ambiental competente con el fin de incluir los permisos, autorizaciones y/o concesiones para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables, que sean necesarios para el proyecto, obra o actividad. Y, en este caso, los permisos, autorizaciones y/o concesiones para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables serán incluidos y su vigencia iniciará a partir del vencimiento de los permisos que se encuentran vigentes”

Sobre el tercer tema, la participación de las comunidades en la emisión de las licencias ambientales, el artículo 15 impone, por una parte, la obligación al responsable del proyecto, obra o actividad de informar a las comunidades eventualmente afectadas el alcance del proyecto, con énfasis en los impactos y las medidas de manejo propuestas y valorar e incorporar en el Estudio de Impacto Ambiental los aportes recibidos durante el proceso; y por otra, el deber de cumplir con la consulta previa para las comunidades indígenas y afrocolombianas, conforme al artículo 76 de la Ley 99 de 1993.

2.3.10. Para finalizar el desarrollo normativo de las licencias ambientales, cabe mencionar el Decreto 3573 de 2011 a través del cual se crea la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales “ANLA”, encargada de que los proyectos, obras o actividades sujetos de licenciamiento,

permiso o trámite ambiental, cumplan con la normativa ambiental, de tal manera que contribuyan al desarrollo sostenible ambiental del país.

2.3.11. Dentro de este marco normativo cabe referirse también al contenido que le ha dado la jurisprudencia constitucional a la naturaleza y alcance de la licencia ambiental. De manera sucinta la Corte Constitucional ha establecido las siguientes premisas:

(a) La licencia ambiental es el acto administrativo de autorización que otorga a su titular el derecho de realizar una obra o actividad con efectos sobre el ambiente, de conformidad con las condiciones técnicas y jurídicas establecidas previamente por la autoridad competente. La licencia ambiental es esencialmente revocable.

(b) La razón de ser de las licencias ambientales es la protección de los derechos individuales y colectivos. Corresponde a las autoridades públicas velar por estos derechos, en particular cuando la amenaza de su vulneración aumenta debido al desarrollo de actividades riesgosas.¹¹

(c) El deber de prevención y control del deterioro ambiental se ejerce, entre otras formas, a través del otorgamiento, denegación o cancelación de licencias ambientales por parte del Estado. Solamente el permiso previo de las autoridades competentes, hace jurídicamente viable la ejecución de obras o actividades que puedan tener efectos potenciales sobre el ecosistema.¹²

(d) La licencia ambiental tiene un fin preventivo o precautorio en la medida en que busca eliminar o por lo menos prevenir, mitigar o revertir, en cuanto sea posible, con la ayuda de la ciencia y la técnica, los efectos nocivos de una actividad en los recursos naturales y el ambiente.¹³ Así pues, no es sólo un instrumento para prevenir daños, sino también sirve para mitigar, manejar, corregir y compensar los efectos ambientales que produzcan las actividades de explotación y/o exploración de recursos.

(e) Es manifestación del principio de precaución y por eso se autoriza o no adelantar una obra o actividad que tan sólo “*potencialmente puede afectar los recursos naturales renovables o el ambiente (...)*”.¹⁴

¹¹ Ver sentencia C-328 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹² Ver sentencia C-328 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y sentencia C-746 de 2012 M.P. Luis Guillermo Guerrero, entre otras.

¹³ Ver sentencia C-035 de 1999 M.P. Antonio Barrera Carbonell y reiterado en la sentencia T-282 de 2012 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁴ Ver sentencia T-282 de 2012 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

(f) La exigencia de licencias ambientales constituye un típico mecanismo de intervención del Estado en la economía, y una limitación de la libre iniciativa privada, justificada con el propósito de garantizar que la propiedad cumpla con la función ecológica que le es inherente (C.N. art. 58).¹⁵

(g) El otorgamiento de licencias ambientales es una función que exige de una coordinación entre diferentes entidades estatales. Concurren las competencias del legislador, de la administración central, y descentralizada territorialmente y por servicios. Esta concurrencia tiene su fundamento en la necesidad de prevenir posibles afectaciones del medio ambiente, en cuya calificación se tendrán en consideración los siguientes dos bienes jurídico-constitucionales: a) la pluralidad de concepciones del ser humano en relación con su ambiente, y b) la diversidad y especialidad de los ecosistemas regionales¹⁶.

(h) La licencia ambiental es el resultado de un proceso administrativo reglado y complejo que permite la participación ciudadana, la cual puede cualificarse con la aplicación del derecho a la consulta previa si en la zona de influencia de la obra, actividad o proyecto existen asentamientos indígenas o afrocolombianos.¹⁷

(i) La omisión de realizar la consulta previa de las comunidades indígenas, étnicas y afrocolombianas afectadas por una obra o proyecto de exploración o explotación de recursos naturales, convierte en irregular el proceso de otorgamiento de la licencia ambiental¹⁸.

2.3.12. En síntesis, puede afirmarse que el desarrollo normativo de la licencia ambiental ha tenido varios cambios a lo largo del tiempo, pero se ha mantenido la necesidad de tener en cuenta en los estudios de impacto, las circunstancias socioeconómicas de las comunidades que residen en el área de influencia. El deber de consultar a la población en general y a las comunidades diferenciadas como las indígenas, étnicas y afrocolombianos sobre los cambios o impactos que se generan con la construcción de obras y proyectos sobre los recursos naturales, se fortalece a partir de los principios y valores de la Constitución de 1991. Así pues, las autoridades deben realizar un monitoreo sobre estos proyectos en todo tiempo, y la licencia ambiental y el plan de manejo

¹⁵ Ver sentencia C-894 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁶ Ver sentencia C-894 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁷ Ver sentencia C-746 de 2012 M.P. Luis Guillermo Guerrero.

¹⁸ Ver sentencia T-652 de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz y reiterado en la sentencia T-547 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

ambiental son herramientas esenciales de naturaleza preventiva que garantizan la protección y el buen manejo del ambiente y el control de otros impactos. Como se puede evidenciar, para aquellos proyectos sobre los que ya había iniciado su ejecución y funcionamiento, no se requiere de licencia ambiental, circunstancia que no exime a las autoridades ambientales, por una parte, y a las empresas encargadas, por otra, de realizar un control y seguimiento sobre los impactos de estos proyectos que se generen a través del tiempo.

2.4. ESPACIOS DE PARTICIPACIÓN Y CONCERTACIÓN EN EL DISEÑO Y DESARROLLO DE MEGAPROYECTOS

2.4.1. Protección constitucional del derecho a la participación

2.4.1.1. Cabe mencionar como antecedentes, que en la Constitución de 1886 el derecho a la participación era muy limitado. Prácticamente el único mecanismo de participación propio de la democracia representativa era el voto. Igualmente, esta Carta Política contemplaba el derecho de toda persona a presentar peticiones a las autoridades, por motivos de interés general o de carácter particular. Sin embargo, no pueden desprenderse más mecanismos de participación del texto de la Constitución referida¹⁹.

A lo largo del tiempo, la misma ciudadanía exigió más representación en la esfera política, así fue como se crearon las juntas de acción comunal, las cuales surgieron con el objeto de “convertir las comunidades en socias del Estado en las provisión de necesidades”.²⁰ En materia ambiental, el Código Nacional de Recursos Naturales (Decreto Ley 2811 de 1974) fomentó la creación de los “consejos verdes” en los municipios, con el fin de proteger los recursos naturales²¹. Luego, mediante Decreto 1306 de 1980, se contempló la posibilidad de que los individuos y grupos sociales participaran en la elaboración de los planes de desarrollo de cada una de las localidades²² y por medio del Decreto 285 de 1981 se permitió la participación de los ciudadanos en la elaboración de los planes de manejo de cuencas

¹⁹ Tomado de: Rodríguez, Gloria Amparo y Muñoz Ávila, Lina Marcela. “La Participación en la gestión ambiental: Un reto para el nuevo milenio”. Colección textos de jurisprudencia, Universidad del Rosario (2009). Páginas 29-37.

²⁰ Tomado de: Rodríguez, Gloria Amparo y Muñoz Ávila, Lina Marcela. “La Participación en la gestión ambiental: Un reto para el nuevo milenio”. Colección textos de jurisprudencia, Universidad del Rosario (2009). Páginas 29-37.

²¹ Tomado de: Rodríguez, Gloria Amparo y Muñoz Ávila, Lina Marcela. “La Participación en la gestión ambiental: Un reto para el nuevo milenio”. Colección textos de jurisprudencia, Universidad del Rosario (2009). Páginas 29-37.

²² Tomado de: Rodríguez, Gloria Amparo y Muñoz Ávila, Lina Marcela. “La Participación en la gestión ambiental: Un reto para el nuevo milenio”. Colección textos de jurisprudencia, Universidad del Rosario (2009). Páginas 29-37.

hidrográficas. Posteriormente, en el año de 1986, se incluyeron varias reformas, entre las cuales se encuentra el Acto Legislativo 01, el cual permitió la elección popular de alcaldes y las consultas populares²³.

2.4.1.2. Actualmente, el derecho a la participación se encuentra previsto en la Constitución de 1991 para todos los colombianos, como una manifestación del principio democrático del Estado Social de Derecho y de la democracia participativa. Asimismo, se deriva de disposiciones como el artículo 2º de la Carta, conforme al cual, entre los fines esenciales del Estado, se encuentra el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, y el artículo 40 Superior que consagra para todo ciudadano el derecho de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político²⁴. Igualmente, el derecho a participar de las decisiones de la administración que les interesan a los ciudadanos, se encuentra reconocido en el ámbito internacional por varios instrumentos²⁵. La importancia del derecho a la participación ha sido resaltado por la Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia C-180 de 1994²⁶, en la que advirtió que el principio de participación democrática implica un modelo de comportamiento social y político de los ciudadanos en la definición del destino colectivo. Además señaló que:

²³ Entre otras se encuentran la Ley 11 de 1986 (juntas administradoras locales), Decretos 3446 de 1986 y 700 de 1987 (ambos sobre la participación de usuarios en juntas directivas de las empresas de servicios públicos). Tomado de: Rodríguez, Gloria Amparo y Muñoz Ávila, Lina Marcela. “La Participación en la gestión ambiental: Un reto para el nuevo milenio”. Colección textos de jurisprudencia, Universidad del Rosario (2009). Páginas 29-37.

²⁴ Entre otros artículos de la Constitución Política en los que puede identificarse el derecho a la participación se encuentran; 3º (soberanía popular), 20 (libertad de opinión, prensa e información), 23 (derecho de petición), 37 (derecho de reunión), 38 (derecho de asociación), 49 (participación en los servicios de salud), 74 (libre acceso a los documentos públicos), 103 (mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de la soberanía), 270 (sistemas de participación ciudadana para la vigilancia de la gestión pública) y 369 (participación de usuarios de servicios públicos). Ver sentencias T-814 de 1999 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-473 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-127 de 2004 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁵ El derecho a la participación está concebido desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el artículo 21, en el que se dispone que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes directamente elegidos. A su turno, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en su artículo 25 que todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representante libremente elegidos, a votar y ser elegido en elecciones públicas, y a tener acceso a las funciones públicas²⁵. En la Organización de Estados Americanos se encuentran la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual consagra en los artículos 13, 20, 21 y 22, los derechos a ser parte de las decisiones de quienes gobiernan, el derecho a reunirse y asociarse y a presentar peticiones respetuosas. Por su parte, la Carta Democrática en su artículo 6 reconoce la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 23 reconoce varios derechos políticos entre los cuales se encuentra el derecho de todo ciudadano a participar en los asuntos públicos.

²⁶ M.P. Hernando Herrera Vergara.

“No comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual”.

“La participación ciudadana en escenarios distintos del electoral alimenta la preocupación y el interés de la ciudadanía por los problemas colectivos; contribuye a la formación de unos ciudadanos capaces de interesarse de manera sostenida en los procesos gubernamentales y, adicionalmente, hace más viable la realización del ideal de que cada ciudadano tenga iguales oportunidades para lograr el desarrollo personal al cual aspira y tiene derecho”.

En concordancia, puede afirmarse que la participación es fundamental en la relación de las autoridades estatales y los ciudadanos, así como en el intervenir de éstos en la gestión pública. Por ello, la participación *“puede ser entendida como una acción incluyente, es decir, una acción que integra y articula a los partícipes de las dinámicas sociales”*²⁷. Es en este punto donde adquiere importancia el carácter universal y expansivo del principio democrático, el cual exige que la participación no se limite al campo político sino que se extienda a múltiples esferas sociales. Al respecto, esta Corporación ha señalado:

“(…) se dice que es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. El principio democrático es expansivo pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que

²⁷ Ver “La Participación en la Gestión Ambiental. Un reto para el nuevo milenio” Rodríguez, Gloria Amparo y Muñoz Ávila, Lina Marcela. Colección de textos de jurisprudencia, Ed. Universidad del Rosario (2009).

demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción”²⁸.

2.4.2. La participación en la toma de decisiones ambientales en el marco de megaproyectos

2.4.2.1. El derecho a la participación ciudadana ha sido concebido dentro del sistema democrático, no sólo para los ámbitos electorales, sino también para todos aquellos campos en los que las decisiones estatales tienen relevancia para la ciudadanía en materias económicas, sociales, rurales, familiares y ambientales, entre otros²⁹. Es así como este derecho se traduce en la facultad que tienen los ciudadanos de escuchar y conocer las propuestas de las entidades estatales que les puedan afectar de alguna forma, e intervenir, informarse y comunicar sus intereses frente a ellas y así incidir en la toma de decisiones³⁰.

Adicionalmente, para garantizar el derecho a la participación, hay múltiples mecanismos, según el ámbito en el que se vaya presentar la intervención estatal. Por ejemplo, las consultas populares son un mecanismo de participación en el ámbito político. En materia ambiental, existen otros mecanismos de participación administrativa, dentro de los cuales está la consulta previa, la audiencia pública ambiental, la intervención en los procedimientos administrativos ambientales, el derecho de petición, las veedurías ciudadanas en asuntos ambientales y la participación en los procesos de planificación ambiental³¹, entre otros.

²⁸ Cfr. Sentencia C-089 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz reiterada en la sentencia C-934 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁹ El derecho a la participación ciudadana indica la posibilidad que tienen el individuo de hacer parte de la vida social, no sólo como miembro de la comunidad, sino como titular de derechos y deberes que implican un ejercicio consciente y responsable. La ley debe disponer mecanismos de participación en los que cada ciudadano pueda ejercer adecuadamente su participación dentro del medio social. Ver “La Participación en la Gestión Ambiental. Un reto para el nuevo milenio” Rodríguez, Gloria Amparo y Muñoz Ávila, Lina Marcela. Colección de textos de jurisprudencia, Ed. Universidad del Rosario (2009).

³⁰ “(...) la participación puede darse tanto en el ámbito particular como en el colectivo y que puede concebirse como un proceso social cuyo fin es influir en la toma de decisiones que, de alguna manera, se vinculan a los intereses de los participantes”. Sobre esta definición puede verse el libro “La Participación en la Gestión Ambiental. Un reto para el nuevo milenio” Rodríguez, Gloria Amparo y Muñoz Ávila, Lina Marcela. Colección de textos de jurisprudencia, Ed. Universidad del Rosario (2009). Por su parte la Corte Constitucional en sentencia T-123 de 2009 M.P. Clara Inés Vargas Hernández: **“La participación ciudadana en escenarios distintos del electoral alimenta la preocupación y el interés de la ciudadanía por los problemas colectivos; contribuye a la formación de unos ciudadanos capaces de interesarse de manera sostenida en los procesos gubernamentales y, adicionalmente, hace más viable la realización del ideal de que cada ciudadano tenga iguales oportunidades para lograr el desarrollo personal al cual aspira y tiene derecho”**.

³¹ Ver “La Participación en la Gestión Ambiental. Un reto para el nuevo milenio” Rodríguez, Gloria Amparo y Muñoz Ávila, Lina Marcela. Colección de textos de jurisprudencia, Ed. Universidad del Rosario (2009).

2.4.2.2. En el marco de la toma de decisiones sobre megaproyectos, es especialmente importante referirse a la participación en las decisiones ambientales, derecho que es reconocido por la misma Carta. En efecto, el derecho a la participación de la comunidad en megaproyectos cuando estos implican una afectación del ambiente y de los recursos naturales, se encuentra garantizado en el artículo 79 de la Constitución, así:

*“Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. **La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.***

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines” (resaltado fuera de texto original).

Por su parte, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo hace referencia a que siempre se deben garantizar espacios de participación para las comunidades que puedan verse afectadas con la ejecución de un proyecto de infraestructura, teniendo en cuenta sus oficios e intereses sobre los recursos naturales que se verán intervenidos. Consagra en su artículo 22: *“Los pueblos indígenas y sus comunidades, **así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales.** Los Estados deberían reconocer y prestar el apoyo debido a su identidad, cultura e intereses y velar porque **participaran efectivamente** en el logro del desarrollo sostenible”* (resaltado fuera del texto).

La importancia de garantizar los espacios de participación de la comunidad en el diseño y ejecución de megaproyectos que intervienen recursos del medio ambiente, se fundamenta además en que el ambiente es un bien jurídico constitucionalmente protegido en el que concurren varias dimensiones: es un **principio** que irradia todo el orden jurídico en cuanto se le atribuye al Estado la obligación de conservarlo y protegerlo, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con la protección de los recursos naturales; es un **derecho**³²

³² Bajo ese entendido, el derecho al medio ambiente a pesar de ser colectivo, también ha adquirido el carácter de derecho fundamental desde la sentencia T-092 de 1993, por su relación íntima con los derechos a la vida y a la salud de las personas, toda vez que los daños ambientales afectan al mismo tiempo la calidad de vida de los seres humanos que están permanentemente en contacto con cada uno de sus componentes y que hacen parte del ecosistema. Ver sentencias T-092 de 1993 M.P. Simón Rodríguez Rodríguez C-293 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-851 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

constitucional de cada individuo como ciudadano y puede ser exigido por vía judiciales; es origen de la obligación a cargo del Estado de prestar **saneamiento ambiental** como un **servicio público**, como la salud, la educación y el agua, cuya protección garantiza al mismo tiempo la calidad de vida de los habitantes; y finalmente, es “**una prioridad dentro de los fines del Estado**, comprometiendo la responsabilidad directa del Estado al atribuirle los deberes de prevención y control de los factores de deterioro ambiental y la adopción de las medidas de protección”³³.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, en sentencias C-328³⁴ y C-593 de 1995³⁵, y C-535 de 1996³⁶, la Corte Constitucional estudió la participación ciudadana y comunitaria en los procesos de licenciamiento ambiental, y en general, en las decisiones y procesos de planificación de políticas que puedan afectar el ambiente sano. En la última providencia mencionada, la Corte estableció que la participación comunitaria debe ser previa, toda vez que es la mejor forma de armonizar las obligaciones estatales de protección del medio ambiente con los intereses de la comunidad, y adquiere mayor relevancia en los eventos en que la actividad pueda ocasionar un daño considerable o irreversible al medio ambiente, para concertar medidas de compensación y de reparación acordes con la naturaleza de la comunidad afectada³⁷.

2.4.2.3. En este orden de ideas, la Sala observa que en la construcción de megaproyectos que implican la afectación o intervención de recursos naturales, las autoridades estatales tienen la obligación de garantizar espacios de participación que conduzcan, de un lado, a la realización de diagnósticos de impacto comprensivos, y de otro, a concertaciones mínimas en las que tanto los intereses del proyecto u obra a realizar como los intereses de la comunidad afectada se vean favorecidos.

En primer lugar, la participación tiene una función instrumental en el marco de las decisiones ambientales, ya que sirve al propósito de

³³ Cfr. Sentencia C-632 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³⁴ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁵ M.P. Fabio Morón Díaz.

³⁶ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁷ “La participación comunitaria debe ser previa, pues es la mejor forma de armonizar ambas obligaciones estatales, lo cual justifica la existencia de figuras como la licencia ambiental, la cual prevé en su trámite una importante participación de la sociedad civil (...) en aquellos eventos en que la actividad pueda ocasionar un daño considerable o irreversible al medio ambiente o, en tratándose de las comunidades indígenas, a la identidad y existencia de las mismas, la ley y el gobierno deben asegurar un mecanismo previo de participación comunitaria, pues los costos de la decisión pueden ser muy altos en términos económicos, sociales y humanos”. Sentencia C-535 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

realizar diagnósticos de impacto comprensivos. En efecto, cuando se van a realizar proyectos que afectan el ambiente, es necesario realizar estudios de impacto, los cuales sirven para verificar cuáles serán las posibles afectaciones que se producirán, y en esa medida, establecer las medidas de compensación y de corrección más adecuadas. En esta etapa es indispensable entonces garantizar la participación de las comunidades asentadas en el área de influencia del proyecto, pues ellas tienen conocimiento de primera mano y son quienes eventualmente sufrirán los impactos, de modo que la información que aporten al proceso garantizará la realización de una evaluación completa.

Así, la Ley 99 de 1993, la cual regula los procesos de otorgamiento de licencia ambiental para la realización de macroproyectos que tienen un efecto en el medio ambiente, señala, en su artículo 49, que la licencia ambiental es *“la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezca **en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada**”* (resaltado fuera de texto). De esa manera, antes de realizar cualquier proyecto que implique la intervención o afectación del medio ambiente, es necesario obtener una licencia ambiental, la cual comprende necesariamente el análisis del impacto del megaproyecto en el área de influencia.

Además, el artículo 57 de esta ley contempla la necesidad de realizar un “Estudio de Impacto Ambiental” dentro del proceso de obtención de la licencia ambiental, el cual debe contener *“información sobre la localización del proyecto, y los **elementos abióticos, bióticos, y socioeconómicos del medio que puedan sufrir deterioro por la respectiva obra o actividad**, para cuya ejecución se pide la licencia, y la evaluación de los impactos que puedan producirse. Además, incluirá el diseño de los planes de prevención, mitigación, corrección y compensación de impactos y el plan de manejo ambiental de la obra o actividad”* (resaltado fuera de texto).

Ahora bien, como puede evidenciarse, para la evaluación del impacto que puede tener la construcción del megaproyecto es necesario tener en cuenta los elementos *“socioeconómicos del medio que puedan sufrir deterioro por la respectiva obra o actividad”*; es este uno de los momentos en los que la participación de la comunidad cobra importancia, pues la información que ésta suministra y su conocimiento del área de influencia permite llevar a cabo una evaluación

comprensiva. Por esta razón, las autoridades intervinientes deben garantizar espacios para que la comunidad ejerza el derecho a la participación, y así hacer un buen diagnóstico de impacto del megaproyecto en el ambiente de influencia; en otras palabras, la participación adquiere una importancia instrumental para el éxito de las evaluaciones. Cuando se trata de comunidades indígenas y afrocolombianas deben interpretarse estas normas en conjunto con el decreto 1320 de 1998, concretamente el artículo 10 que consagra el contenido del componente socioeconómico en los estudios ambientales.

Cabe aclarar que la identificación y corrección de impactos de la obra o proyecto debe realizarse en todo momento y no sólo en la etapa de planeación o construcción, pues la misma normativa en licencias ambientales ya referida extensamente, señala que el alcance de los proyectos, obras o actividades *“incluye la planeación, emplazamiento, instalación, construcción, montaje, operación, mantenimiento, desmantelamiento, abandono y/o terminación de todas las acciones, usos del espacio, actividades e infraestructura relacionados y asociados con su desarrollo”*³⁸. Por lo tanto, es probable que en el ejercicio de la operación y funcionamiento de la obra se produzcan impactos que no pudieron preverse en un inicio, y para ello, es necesario establecer planes de seguimiento y monitoreo como parte del Plan de Manejo Ambiental.

Es así como, según cada caso y la decisión que se esté adoptando, deben analizarse cuáles son las comunidades que se verán afectadas, y por ende, a quienes debe garantizársele los espacios de participación y de concertación oportunos para la ejecución de determinada decisión. En ese orden de ideas, cada vez que se vaya a realizar la ejecución de una obra que implica la intervención de recursos naturales –tomando el caso concreto-, los agentes responsables deben determinar qué espacios de participación garantizar según los sujetos que vayan a verse afectados; si se trata de comunidades indígenas o afrodescendientes, o si se trata de una comunidad, que a pesar de que no entra en dichas categorías, su subsistencia depende del recurso natural que se pretende intervenir, y en esa medida, también será obligatoria la realización de espacios de participación, información y concertación, que implican el consentimiento libre e informado.

³⁸ Este concepto está contemplado desde el decreto 1728 de 2002 y permanece en el tiempo hasta el decreto de licencias ambientales que hoy se encuentra vigente, el 2820 de 2010.

En segundo lugar, la participación es indispensable para el diseño de las medidas de compensación y corrección³⁹ que deben adoptarse en los megaproyectos; éstas deben ser producto de una concertación con las comunidades locales afectadas, según sus intereses. Bien serán distintas las medidas adoptadas en una consulta previa con una comunidad indígena, que las adoptadas con una comunidad campesina en el espacio de participación con ella, toda vez que las cualidades de ambos grupos y su relación con los recursos naturales será distinta, pero de igual importancia para su subsistencia.

Lo anterior lo señaló la Corte Constitucional en sentencia T-244 de 2012⁴⁰, en la que afirmó que:

*“Ahora, si bien esta Corporación ha abordado el análisis de las significaciones culturales que se establecen entre las comunidades indígenas y el territorio sobre el cual se va a construir una mega obra, **dicha relación también puede aplicarse a otros contextos diferentes, en los cuales, se evidencia la importancia del entorno en el sostenimiento del proyecto de vida de la persona.** Esto es, el significado que le otorga una persona al espacio en donde desarrolla una actividad, por ejemplo, económica, es importante para su realización como ser humano; una de las relaciones que puede establecer el individuo es que en un espacio puede desarrollar una labor que le permite acceder a un ingreso mínimo para su sustento y/o el de su grupo familiar”* (Resaltado fuera de texto).

2.4.2.4. En síntesis, el derecho a la participación de la comunidad en el diseño, ejecución y operación de proyectos, es un derecho autónomo que se encuentra reconocido por la Constitución Política y la jurisprudencia de esta Corporación, y adquiere un carácter instrumental en el marco de la ejecución de megaproyectos que implican la intervención del medio ambiente, en la medida en que sirven para realizar diagnósticos de impacto adecuados y diseñar medidas de compensación acordes con las calidades de las comunidades locales que se verán afectadas. El derecho a la participación de comunidades que no son titulares del derecho fundamental a la consulta previa, debe garantizarse por medio de espacios de información y concertación, en los que se manifieste la

³⁹ El decreto 2820 de 2010 en su artículo 1 dispone que las medidas de compensación “son las acciones dirigidas a resarcir y retribuir a las comunidades, las regiones, localidades y al entorno natural por los impactos o efectos negativos generados por un proyecto, obra o actividad, que no puedan ser evitados, corregidos, mitigados o sustituidos”. Las de corrección son “las acciones dirigidas a recuperar, restaurar o reparar las condiciones del medio ambiente afectado por el proyecto, obra o actividad”.

⁴⁰ Cfr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

opinión de la comunidad que se verá afectada, con el fin de establecer medidas de compensación eficientes y que garanticen sus derechos.

2.4.3. La consulta previa como mecanismo de participación en la toma de decisiones ambientales

2.4.3.1. Un ejemplo ya mencionado de la participación administrativa ambiental es el de la consulta previa a los pueblos indígenas y tribales, que se traduce en un derecho fundamental de dichas comunidades. En efecto, estas comunidades culturalmente diferenciadas son titulares del derecho fundamental a la consulta previa, figura que hace parte del derecho a la participación⁴¹, cuando se intervienen sus territorios ancestrales o se toman otras decisiones administrativas o legislativas que puedan afectarlas directamente⁴². El carácter fundamental de la consulta previa es consecuencia de su vinculación con la defensa de la integridad cultural de dichas comunidades, así como de las condiciones que permiten su supervivencia como pueblos diferenciados⁴³.

2.4.3.2. En materia ambiental, conforme el Decreto 1320 de 1998 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴⁴ en el caso de un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales que generan una afectación directa o indirecta, como requisito *sine qua non*, se debe consultar a las comunidades indígenas y afrodescendientes antes de expedirse una licencia ambiental⁴⁵. Por ende, en estos casos, la consulta previa resulta ser un requisito previo sin el cual no puede la autoridad

⁴¹ Sobre el particular, en la Sentencia C-175 de 2009 se puntualizó que “[e]l carácter participativo del modelo democrático de ejercicio del poder político, encuentra un ámbito de protección reforzada para el caso particular de las decisiones estatales que inciden en los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes ...”, en la medida en que “... la Carta Política reconoce que la Nación colombiana es una entidad compleja, conformada por comunidades diferenciadas, con concepciones disímiles de la vida social y política (...) y (...) acepta que cada una de esas comprensiones es intrínsecamente valiosa, pues concurre activamente en la construcción de dicha nacionalidad (...)”, razón por la cual deben ser protegidas”. Criterio reiterado en la sentencia T-547 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴² Cfr. Sentencia T-547 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Entre otras, sentencias C-169 de 2001 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-891 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería, C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-154 de 2009 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁴³ Ver sentencias SU-383 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-547 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, entre otras.

⁴⁴ Ver sentencias SU-039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-652 de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-880 de 2006 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-769 de 2009 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otros. Cabe advertir que en estas sentencias la Corte inaplica el decreto 1320 de 1998 en razón de que considera que no cumple con los estándares del Convenio 169 y de la Ley 21 de 1993.

⁴⁵ En la sentencia C-030 de 2008⁴⁵, la Corte Constitucional puntualizó que la afectación directa a la que hace referencia el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, era el criterio esencial para evidenciar la necesidad de una consulta previa, y sobre ello señaló que no se limitaba a identificar que la zona de influencia afectaba la ubicación geográfica, sino que, debía mirarse al mismo tiempo, si las “**secuelas recaen de forma particular sobre la comunidad, su nicho y los recursos que le constituyen, dado que los elementos que representan sus cosmovisión son efectivamente y representativamente limitados por las consecuencias que resultan del proyecto.**” (resaltado fuera de texto).

estatal competente emitir autorización alguna para la realización del proyecto. La razón de ello es la protección especial a la diversidad cultural e identidad de las comunidades dispuesta en la Constitución Política. El siguiente acápite profundizará en la figura de la consulta previa.

2.5. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y A LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. Reiteración jurisprudencial.

La libre determinación comprende el derecho de las comunidades étnicas a “(...) *determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno; a darse o conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida; y de adoptar las decisiones internas o locales que estime más adecuadas para la conservación o protección de esos fines*”.⁴⁶ Se manifiesta en tres ámbitos concretos: (a) el derecho a participar de cualquier decisión que pueda afectar directa o indirectamente los intereses de la comunidad, prerrogativa que se expresa en el derecho a la participación, y concretamente, a de consulta previa, (b) la participación en las decisiones políticas y (c) el derecho al autogobierno por medio de las autoridades tradicionales.

En cuanto al primer ámbito mencionado, se encuentra entonces el derecho general de los pueblos indígenas y tribales a participar en la toma de cualquier decisión que pueda concernirles, y específicamente a la consulta previa en decisiones que les conciernen directamente. Así, el derecho a la consulta previa es una institución que garantiza el derecho a la participación a favor de comunidades indígenas y tribales, en el que éstas tienen la oportunidad de expresar su opinión “*sobre la forma, el momento y la razón de medidas decididas o ya aplicadas que inciden o incidirán directamente en sus vidas*”⁴⁷.

⁴⁶ Cfr. Sentencia T-514 de 2009. En la sentencia T-973 de 2009, la Corte Constitucional nuevamente definió el derecho de la siguiente manera: “*a decidir por sí mismos los asuntos y aspiraciones propias de su comunidad, en los ámbitos material, cultural, espiritual, político y jurídico, de acuerdo con sus referentes propios y conforme con los límites que señalen la Constitución y la ley.*” Por su parte, el artículo 4 de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas dispone: “*Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.*” El artículo 5 agrega que los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, y a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

⁴⁷ OIT. Manual de Naciones Unidas sobre el Convenio 169 sobre Pueblos indígenas y Tribales. (2003). Proyecto para promover la política de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales.

Adicionalmente, la obligación de adelantar procesos de consulta con los pueblos indígenas y tribales antes de la adopción y ejecución de decisiones que puedan afectarles directamente, es una expresión y desarrollo, no sólo de las disposiciones generales de participación ciudadana, sino también de los preceptos constitucionales específicas que protegen a estas comunidades⁴⁸, como el artículo 7º Superior que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, el artículo 70 que considera la cultura fundamento de la nacionalidad, y de los artículos 329 y 330 que reconocen a las entidades territoriales indígenas como propiedad colectiva no enajenable, y prevén su gobierno y reglamentación de acuerdo con los usos y costumbres de la comunidad, respectivamente⁴⁹.

Con base en lo expuesto, la Sala procederá a (i) presentar el marco normativo internacional que reconoce y protege el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas, (ii) establecer las características que ha fijado la jurisprudencia constitucional respecto a esta figura, y finalmente, (iii) revisar los parámetros establecidos en casos concretos sobre las decisiones que deben consultarse cuando conciernen directamente a los pueblos indígenas, concretamente cuando se trata de decisiones administrativas relacionadas con la construcción de proyectos de desarrollo, explotación de recursos naturales, licencias ambientales, etc.

2.5.1. Reconocimiento internacional

⁴⁸ Uno de sus primeros fallos donde se puntualizó este tema fue en la sentencia T-380 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En este caso la Organización Indígena de Antioquia interpuso acción de tutela contra la Corporación Nacional de Desarrollo del Chocó (CODECHOCÓ) y la Compañía de Maderas del Darién, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, al trabajo, a la propiedad, a la integridad étnica, entre otros, debido a la explotación forestal en una zona de reserva sobre la cual se había asentado un resguardo indígena, provocando graves daños a la comunidad. La Corte, una vez probada la omisión de las autoridades en la vigilancia y desarrollo de la explotación maderera, consideró que: *“Las externalidades del sistema económico capitalista - o por lo menos de una de sus modalidades -, en cierto modo secuelas de su particular concepción de sometimiento de la naturaleza y de explotación de los recursos naturales, quebrantan esta ecuación de equilibrio en la medida en que desconocen la fragilidad de los ecosistemas y la subsistencia de diferentes grupos étnicos que habitan en el territorio. Consciente de esta situación, el Constituyente no sólo prohibió el criterio de desarrollo económico sostenible, sino que condicionó la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas a que ésta se realice sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas (CP art. 330). La explotación maderera indiscriminada, con o sin autorización estatal, atenta contra el ecosistema, agota los recursos primarios propios de una economía de subsistencia de las comunidades étnicas en las que priman los valores de uso y simbólico sobre el valor de cambio y destruye el estrecho vínculo de los indígenas con la naturaleza”*. La Corte ordenó a la autoridad estatal demandada, la restauración de los recursos naturales afectados por el aprovechamiento forestal ilícito e iniciar las acciones judiciales dirigidas a exigir las medidas de reparación necesarias que beneficiaran el resguardo indígena perjudicado.

⁴⁹ Ver entre otras, las sentencias T-652 de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-620 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-547 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-116 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

2.5.1.1. Conscientes de la contribución de las comunidades étnicas al pluralismo de la sociedad, del respeto que merecen sus tradiciones y creencias, y la necesidad de respetar, reconocer y preservar su cultura e identidad, los estados han adoptado normas internacionales de carácter general para su protección. Igualmente, se ha procurado la protección del territorio que los pueblos aborígenes habitan, en consideración al papel fundamental que aquel juega tanto para su permanencia y supervivencia, como para su desarrollo político, económico y social, de acuerdo con su cosmovisión y tradiciones.

En desarrollo de los objetivos anteriores, el **Convenio 107 de la OIT**,⁵⁰ sobre la protección a las poblaciones indígenas y tribales en países independientes, dispuso en relación con los territorios indígenas, el deber de reconocer el derecho a la propiedad colectiva e individual a favor de los pueblos indígenas, el deber de no trasladar a estos pueblos de sus territorios habituales sin su libre consentimiento, y cuando fuere necesario, garantizarles tierras de la misma calidad o medidas de compensación acordes con sus costumbres y cultura⁵¹.

No obstante, el mencionado Convenio se adoptó en un contexto mundial en el que los pueblos indígenas y tribales eran considerados como sociedades atrasadas y transitorias, por eso, para que pudieran sobrevivir, se creía indispensable integrarlas en la corriente mayoritaria

⁵⁰ Ratificado por Colombia mediante la Ley 31 de 1967.

⁵¹ “*Artículo 11 Se deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas.*

Artículo 12 1. No deberá trasladarse a las poblaciones en cuestión de sus territorios habituales sin su libre consentimiento, salvo por razones previstas por la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país o a la salud de dichas poblaciones.

2. Cuando en esos casos fuere necesario tal traslado a título excepcional, los interesados deberán recibir tierras de calidad por lo menos igual a la de las que ocupaban anteriormente y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando existan posibilidades de que obtengan otra ocupación y los interesados prefieran recibir una compensación en dinero o en especie, se les deberá conceder dicha compensación, observándose las garantías apropiadas.

Se deberá indemnizar totalmente a las personas así trasladadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

Artículo 13 1. Los modos de transmisión de los derechos de propiedad y de goce de la tierra establecidos por las costumbres de las poblaciones en cuestión deberán respetarse en el marco de la legislación nacional, en la medida en que satisfagan las necesidades de dichas poblaciones y no obstruyan su desarrollo económico y social.

2. Se deberán adoptar medidas para impedir que personas extrañas a dichas poblaciones puedan aprovecharse de esas costumbres o de la ignorancia de las leyes por parte de sus miembros para obtener la propiedad o el uso de las tierras que les pertenezcan.

Artículo 14 Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a las poblaciones en cuestión condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la colectividad nacional, a los efectos de: a) la asignación de tierras adicionales a dichas poblaciones cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico; b) el otorgamiento de los medios necesarios para promover el fomento de las tierras que dichas poblaciones ya posean.”

mediante la asimilación⁵². Estas ideas fueron reevaluadas con el tiempo, debido a la cantidad de foros internacionales –por ejemplo, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas- en los que fueron participando cada vez más miembros de comunidades indígenas y tribales, lo que contribuyó a comprender sus diferentes culturas y el valor de esas diferencias en el contexto de su sociedad pluralista. Para responder a estas exigencias, la OIT, luego de convocar a una reunión de expertos que estuvieron de acuerdo con revisar el Convenio 107, inició un proceso de análisis del documento en el que participaron organizaciones civiles, gobiernos y pueblos indígenas y tribales del mundo. Luego de dos años de debates y discusiones, se redactó el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales No. 169 de junio de 1989⁵³, ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991. Este Convenio cambia la concepción del No. 107 y se basa en el respeto de las culturas, formas de vida, tradiciones y costumbres propias de las comunidades étnicas.

Así, el **Convenio 169** estableció en su literal a) del artículo 6 el derecho de las comunidades étnicas a: *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*". A su turno, el artículo 7-1 del Convenio prevé que las comunidades tienen derecho a:

"(...) decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente."

Respecto de **otras decisiones que puedan afectar indirectamente** a las comunidades, el artículo 7-3 del mismo Convenio prevé la obligación de los estados parte de *"(...) velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de*

⁵² Al respecto puede verse el Manual de aplicación del Convenio 169 sobre comunidades indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, 2003. Disponible en: http://www.ucm.es/info/IUDC/img/biblioteca/Manual_c169.pdf

⁵³ Al respecto puede verse el Manual de aplicación del Convenio 169 sobre comunidades indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, 2003. Disponible en: http://www.ucm.es/info/IUDC/img/biblioteca/Manual_c169.pdf

evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.”

Por otra parte, la **Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**, aprobada por la Asamblea General mediante Resolución 61/295 de 2007, en sus artículos 3, 4 y 5, reconoce la libre autodeterminación de los pueblos indígenas y los derechos a la autonomía y al autogobierno en los asuntos relacionados con su condición política, social y económica⁵⁴. Adicionalmente, reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus territorios ancestrales y sobre los recursos que se encuentran en ellos, el derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras y recursos acorde con sus usos y costumbres, el derecho a participar de los procesos que tengan que ver con la explotación de recursos dentro de sus territorios, el derecho a la reparación integral y/o compensación cuando sus territorios han sido confiscados, tomados, utilizados o dañados sin su consentimiento previo y libre, así como los deberes correlativos de los Estados de celebrar consultas para obtener el consentimiento previo, libre e informado cuando un proyecto afecte sus territorios y recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo y el de adoptar medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, social, cultural o espiritual⁵⁵.

Esta protección del derecho al territorio y de los recursos naturales de las comunidades indígenas, se ha visto reflejada en diversos pronunciamientos de organismos internacionales que a través del estudio de casos concretos, han desarrollado profundamente el alcance del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales.

Haciendo referencia al Sistema Interamericano de Derechos Humanos concretamente, el artículo 21 de la Convención Americana reconoce el

⁵⁴ “Existe un creciente reconocimiento internacional del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. El ejemplo más reciente es la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2007, que en su artículo 3 establece: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.” Al respecto ver, Imai, Shin. “Pueblos indígenas en Canadá: Libre determinación y derechos a la tierra”. Research paper No. 2/2013, Osgoode Hall Law School, Comparative Research in Law & Political Economy, York University. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2180659

⁵⁵ Ver los artículos 26, 27, 28 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

derecho a la propiedad privada. Sobre este derecho, la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** ha considerado que debe ser interpretado en un sentido que comprenda, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal desde una perspectiva cultural y espiritual.

Así, mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y, particularmente, del artículo 21 de la Convención Americana, el Tribunal mencionado ha protegido el derecho al territorio de las comunidades indígenas y tribales, afirmando lo siguiente:

“(...) la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente [...] para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.”⁵⁶

De la misma manera, la Corte Interamericana, basándose en el Convenio 169, ha establecido que el derecho a la consulta se relaciona con otros derechos, en particular con el de participación consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana, toda vez que *“En el contexto de los pueblos indígenas, el derecho a la participación política incluye el derecho a “participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos...desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización”⁵⁷.*

En el caso *Saramaka* contra Surinam, relativo a la protección de los derechos a la propiedad colectiva y a la participación de una comunidad tribal frente al otorgamiento de concesiones por el Estado que implican la exploración y explotación de los recursos naturales de territorios indígenas y étnicos, se estableció que es una obligación estatal garantizar: (i) la participación efectiva de los miembros de las comunidades afectadas con el proyecto, de conformidad con sus costumbres y tradiciones en relación con el plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción; (ii) asegurar que los beneficios de

⁵⁶ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, párr. 149. Cfr. También Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 85; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, párr. 118, y Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, párr. 131.

⁵⁷ Corte IDH. Caso Yatama contra Nicaragua. Sentencia del 23 de junio de 2005, párr. 225.

la obra o proyecto sean también para la comunidad indígena o étnica asentada en el territorio donde se realiza la explotación de los recursos; y (iii) controlar que no se emita ninguna concesión dentro del territorio de las comunidades hasta tanto, bajo la supervisión del Estado, se realice un estudio previo de impacto social y ambiental⁵⁸.

Igualmente, la Corte IDH ha sido clara en señalar que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tengan un mayor impacto dentro del territorio de comunidades indígenas tribales o étnicas, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultarlas, sino también de obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstas, según sus costumbres y tradiciones. Conforme a esto, la consulta debe cumplir con requisitos estrictos: debe ser adelantada de buena fe, realizada con carácter previo, debe ser adecuada y accesible, contar con un estudio de impacto ambiental y social, y debe tener la finalidad de llegar a un acuerdo con las comunidades presuntamente afectadas⁵⁹. Sin embargo, la Corte IDH ha resaltado que:

*“(...) el artículo 21 de la Convención no prohíbe per se la emisión de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas o tribales. Sin embargo, si el Estado quisiera restringir, legítimamente, los derechos a la propiedad comunal de los miembros del pueblo Saramaka, debe consultar con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en los territorios ocupados tradicionalmente, compartir los beneficios razonables con ellas, y realizar evaluaciones previas de impacto ambiental y social”*⁶⁰

⁵⁸ Ver Corte IDH. Caso Saramaka contra Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 129.

⁵⁹ “En el caso Saramaka, la Corte interamericana dio ejemplos de la gama de medidas estatales que requieren consulta previa, cuando ordenó al Estado de Surinam que consultara con el pueblo Saramaka “al menos acerca de los siguientes seis asuntos”: a) el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo sobre el territorio del pueblo Saramaka; b) el proceso de otorgamiento a los miembros del pueblo Saramaka del reconocimiento legal de su capacidad jurídica colectiva, correspondiente a la comunidad que ellos integran; c) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka al territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado; d) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas u otras requeridas para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres; e) en relación con los estudios previos de impacto ambiental y social; y f) en relación con cualquier restricción propuesta a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de los planes de desarrollo o inversión propuestos dentro de, o que afecten, el territorio Saramaka”. Tomado del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales”, párr. 279.

⁶⁰ Cfr. Corte IDH. Caso Saramaka, párr. 143.

En síntesis, tanto instrumentos internacionales, como en el ámbito regional, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han establecido parámetros básicos para adelantar los procesos de consulta previa con los pueblos indígenas y tribales, para asegurar la protección de sus derechos a la propiedad y a la participación en las decisiones ambientales y sociales que los involucran. Así pues, tratándose de proyectos y obras de exploración y explotación de los recursos naturales que afectan el territorio de estos pueblos e impactan el ambiente, el Estado debe adelantar procesos de consulta que observen las necesidades y costumbres de los miembros de dichos pueblos para cumplir de forma efectiva, no sólo con el goce de los derechos a la propiedad y a la participación, sino de otros derechos que son el pilar de su subsistencia, como lo son la salud y la educación, entre otros.

2.5.2. Protección de la consulta previa en la jurisprudencia constitucional

2.5.2.1. Descendiendo a la jurisprudencia constitucional, la consulta previa, como ya se mencionó, es el derecho fundamental de las comunidades indígenas, tribales y afrocolombianas a ser consultadas sobre cualquier decisión que pueda afectarles directamente, como expresión del derecho a la libre determinación de los pueblos y a la participación. Correlativamente, es una obligación estatal que se concreta en consultar previamente a los grupos étnicos cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten, garantizándoles un espacio de participación especial en el que puedan decidir sobre las prioridades que influyen en sus procesos de desarrollo⁶¹.

2.5.2.2. La consulta previa tiene **varios objetivos** según la jurisprudencia constitucional:

“(i) dotar a las comunidades de conocimiento pleno sobre los proyectos y decisiones que les conciernen directamente -como los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, así como los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; (ii) ilustrar a las comunidades sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características

⁶¹ Ver entre otras sentencia T-1080 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

singulares; (iii) brindar la oportunidad a las comunidades para que libremente y sin interferencias extrañas, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valoren conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto; sean oídas en relación con las inquietudes y pretensiones que tengan en lo que concierne a la defensa de sus intereses y puedan pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto.”⁶²

2.5.2.3. Para que la consulta previa cumpla sus finalidades y sea un verdadero mecanismo de participación en el que se garanticen los derechos a la libre determinación y la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales, es necesario que en su adelantamiento se adopten procedimientos apropiados que generen espacios adecuados de diálogo en los que se propongan soluciones concertadas para los desafíos que surgen de la intervención de la obra o proyecto dentro del territorio y las eventuales afectaciones que vayan a sufrir los pueblos.

En ese sentido, el proceso de consulta previa debe observar ciertas **características esenciales** para que sea adelantado conforme a los estándares exigidos en la normativa internacional e interna, y además, se logre un espacio de participación efectivo en el que existan verdaderas concertaciones entre las entidades estatales, los agentes privados interesados y las comunidades indígenas.

En primer lugar, la consulta previa debe buscar el consentimiento libre e informado de las comunidades frente a las medidas que afectarán sus intereses. Este consentimiento es indispensable cuando las medidas impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto, estén relacionados con el vertimiento de sustancias tóxicas en los territorios donde se asientan las comunidades y/o representen un alto impacto en las condiciones sociales, culturales y económicas que pongan en riesgo la supervivencia de la comunidad indígena o étnica. Lo anterior no significa que las comunidades tengan poder de veto⁶³, pero el consentimiento de las comunidades es imprescindible para determinar la alternativa menos lesiva sobre la medida administrativa o legislativa a realizar conforme el principio de interpretación *pro homine*.⁶⁴

⁶² Ver la sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Criterios reiterados posteriormente en las sentencias T-693 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-1080 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶³ Ver sentencia SU-039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell reiterada en la sentencia T-1080 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶⁴ Ver al respecto la sentencia T-129 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

En segundo lugar, la consulta previa debe ser un proceso de concertación o acuerdo con la comunidad, a través de sus representantes autorizados, quienes manifiesten sus conformidades e inconformidades con el proyecto u obra a realizar y la manera como posiblemente puede verse afectada su identidad e integridad étnica y cultural, así como las posibles medidas de compensación que se requieren para mitigar los efectos. Por tanto, no es suficiente la mera información o notificación a la comunidad sobre el proyecto que se realizará; es decir, la reunión de divulgación de un proyecto en la que no se brinda oportunidad a los representantes o autoridades tradicionales de las comunidades de pronunciarse, no se considera una consulta previa⁶⁵.

En tercer lugar, antes de llevar acabo la consulta, deben existir conversaciones preliminares con la comunidad o comunidades que puedan ser afectadas, con el objeto de identificar las instancias de gobierno y los representantes, socializar el proyecto y concertar la metodología con la cual se adelantará el proceso de consulta previa⁶⁶. En otras palabras, esta etapa preliminar pretende fijar el marco y la metodología de conformidad con la del cual se realizará la consulta, es decir, los agentes participantes, el “orden del día”, las maneras de dialogar, los elementos a tener en cuenta, etc.

En cuarto lugar, la consulta debe realizarse *indefectiblemente* antes de que comience el proyecto de explotación o de que se tome la decisión normativa o de otro tipo que afecta a las comunidades directamente, so pena de que la medida pueda ser invalidada por un vicio de ausencia de consulta. Así sucedió, por ejemplo, en el caso estudiado en la sentencia C-702 de 2010⁶⁷, en la que la Corte consideró que la omisión de la consulta antes de dar inicio al trámite legislativo es un vicio insubsanable que da lugar a la declaración de inconstitucionalidad de cualquier medida legislativa, incluidos los actos legislativos.

En quinto lugar, conforme al artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, la consulta previa debe regirse por el principio de la buena fe, lo que quiere decir que el proceso no debe ser manipulado y debe adelantarse en un ambiente de transparencia de la información, claridad, respeto y confianza.

⁶⁵ Ver sentencias SU-039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell y C-175 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶⁶ Ver sentencia C-461 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶⁷ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

En sexto lugar, debe garantizarse el acompañamiento y apoyo a las comunidades en el proceso de consulta por autoridades como la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, para asegurar que estén informadas de las propuestas del proyecto y sus implicaciones⁶⁸.

En séptimo lugar, los resultados de la consulta, es decir, las decisiones que se tomen conjuntamente y las medidas de compensación acordadas, deben tener efectos sobre la decisión del proyecto⁶⁹.

En octavo lugar, la consulta debe ser un proceso que no se agota con “acercamientos” o la simple socialización de las decisiones con las comunidades afectadas, sino que exige un verdadero diálogo entre los agentes involucrados, en el que se identifiquen las ventajas y desventajas de la ejecución de las decisiones que eventualmente afectarán a los pueblos indígenas y tribales, y las medidas de compensación y mitigación más adecuadas⁷⁰.

2.5.3. Aplicación de la consulta previa en proyectos de explotación de recursos naturales y de infraestructura

2.5.3.1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que la consulta es obligatoria cuando las medidas que se adopten sean susceptibles de afectar específica y directamente a los pueblos indígenas y tribales en su calidad de tales. Así, en cada caso concreto deben distinguirse dos niveles generales de afectación: (i) una afectación general y (ii) una específica y directa. Solamente el segundo nivel da lugar a la obligación de consulta.

2.5.3.2. Esa afectación directa puede derivarse de diferentes tipos de decisiones, como las siguientes de las que se ha ocupado la jurisprudencia constitucional: a) medidas legislativas⁷¹ b) presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto nacional⁷², c) decisiones sobre la prestación del servicio de educación que afecten directamente a las comunidades⁷³, **d) decisiones**

⁶⁸ Ver sentencia C-461 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶⁹ Ver sentencia T-175 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷⁰ Ver sentencias SU-039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-652 de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz y T-769 de 2009 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.

⁷¹ Ver entre otras, sentencias C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-175 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, C-702 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, C-366 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, C-331 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷² Ver entre otras, sentencia C-461 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷³ Ver entre otras, sentencias C-208 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-907 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-801 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-049 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo, como licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras, entre otros.

2.5.3.3. En relación con el último escenario, la Corte ha establecido criterios importantes sobre el derecho fundamental a la consulta previa, por medio de la revisión de acciones de tutela interpuestas por comunidades indígenas y/o afrocolombianas afectadas por proyectos que implican trámites de licencia ambiental u otras decisiones administrativas que afectan directamente sus tierras o costumbres tradicionales. A continuación se hará referencia sucintamente a los parámetros que han sido establecidos por la jurisprudencia constitucional:

Uno de los primeros pronunciamientos sobre la relación entre la explotación de recursos naturales y los derechos de las comunidades indígenas se revisó en la sentencia **T-380 de 1993**⁷⁴. En este caso la Organización Indígena de Antioquia interpuso acción de tutela contra la Corporación Nacional de Desarrollo del Chocó (CODECHOCÓ) y la Compañía de Maderas del Darién, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, al trabajo, a la propiedad, a la integridad étnica, entre otros, debido a la explotación forestal en una zona de reserva sobre la cual se había constituido un resguardo indígena, provocando graves daños a la comunidad.

La Corte, una vez probada la omisión de las autoridades en la vigilancia y desarrollo de la explotación maderera, reconoció que las externalidades del sistema económico capitalista, el cual tiene una perspectiva de sometimiento de la naturaleza y sus recursos, desconoce la fragilidad de los ecosistemas y la subsistencia de diferentes grupos étnicos que habitan el territorio. Puntualizó la Corporación que por esta situación, el Constituyente a través del artículo 330 de la Carta protegió el desarrollo económico sostenible y condicionó la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas a que se realice sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. Así, la Sala afirmó que la explotación maderera, independientemente de la autorización estatal, atentaba contra el ecosistema y agotaba los recursos primarios de la economía de subsistencia de las comunidades étnicas afectándoles su vínculo con el entorno y la naturaleza. Por ello, la Corte ordenó a la autoridad estatal demandada, la restauración de los recursos naturales afectados por el aprovechamiento forestal ilícito e iniciar las acciones judiciales

⁷⁴ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

dirigidas a exigir las medidas de reparación de los daños sufridos por el resguardo indígena.

En la **sentencia SU-039 de 1997**⁷⁵, se estudió la acción de tutela presentada por el Defensor del Pueblo en la que solicitaba la protección de la identidad étnica, cultural, la libre determinación, el territorio cultural y la vida de la comunidad indígena U'WA, del departamento de Arauca. Los hechos hacían referencia a la exploración y explotación de petróleo en los territorios ancestrales de la comunidad indígena por parte de una empresa privada que había obtenido la licencia ambiental sin la realización de una consulta previa, y acudiendo a simples “acercamientos” que no fueron suficientes para proteger los derechos de los indígenas.

La Corte amparó el derecho fundamental de participación y ordenó a la empresa demandada efectuar una consulta al pueblo indígena teniendo en cuenta que ésta implica la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, fundamentadas en el mutuo respeto y la buena fe. Preciso que este proceso debe garantizar que la comunidad: a) tenga conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o utilizan para sus prácticas tradicionales, b) esté enterada suficientemente sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación a su identidad y cohesión social, cultural, económica y política, y c) tenga la oportunidad de, libremente y sin interferencias extrañas, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto. Así, estableció que no tiene valor de consulta la mera información o notificación que se le hace a la comunidad sobre un proyecto de exploración y explotación de sus recursos.

En el mismo sentido, la Corte señaló que en caso de no llegarse a una concertación, debían tomarse todas las medidas necesarias para mitigar, corregir o restaurar los efectos que pudieran derivarse de las obras o actividades realizadas en el territorio de la comunidad afectada. Con fundamento en estas consideraciones, la Corte tuteló transitoriamente los derechos a la participación, integridad étnica, cultural, social y económica y debido proceso del pueblo indígena U'WA, y ordenó que éste fuera consultado antes de proferir una resolución relacionada con la exploración de recursos naturales en su territorio.

⁷⁵ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

De igual forma, en la sentencia **T-652 de 1998**⁷⁶, la Corte conoció de una acción de tutela interpuesta por el pueblo Embera-Katío de Alto del Sinú contra varias autoridades estatales debido a que se había omitido realizar la consulta previa con los pueblos indígenas para la realización de cada una de la etapas de construcción de un proyecto hidroeléctrico, aun cuando dentro de los impactos ambientales comprobados, se destacaba la inundación de secciones de los territorios de los pueblos Embera. La Corte concedió el amparo a los derechos fundamentales de la comunidad afectada y ordenó a las autoridades estatales tomar medidas de protección especial para garantizar el derecho a la participación, y frente a la empresa privada involucrada en el proyecto, le ordenó indemnizar a la comunidad. En este fallo, se reiteró lo establecido en la SU-039 y adicionalmente se dijo que la realización irregular de la consulta previa a un pueblo indígena implica la vulneración de sus derechos fundamentales a la participación y al debido proceso, de manera general, pero del principio de respeto por el carácter multicultural y étnico que caracteriza a la nación colombiana.

Reafirmando la importancia del derecho a la consulta previa, en la sentencia **C-030 de 2008**⁷⁷, la Corte Constitucional puntualizó que la afectación directa a la que hace referencia el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, es el criterio esencial para evidenciar la necesidad de una consulta previa. Sobre ello señaló que para determinar si existe afectación directa, no basta con identificar si la zona de influencia del proyecto afecta la ubicación geográfica, sino que debe mirarse al mismo tiempo, si las ***“secuelas recaen de forma particular sobre la comunidad, su nicho y los recursos que le constituyen, dado que los elementos que representan su cosmovisión son efectivamente y representativamente limitados por las consecuencias que resultan del proyecto”*** (resaltado fuera de texto).

En la sentencia **T-769 de 2009**⁷⁸, se analizó el caso de una comunidad indígena de Antioquia que se vio afectada por un proyecto de concesión

⁷⁶ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁷⁷ M.P. Rodrigo Escobar Gil. En esta providencia se revisó una demanda contra la Ley General Forestal, debido a que en el proceso legislativo se había omitido el trámite de consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes. La Corte declaró la inexecutable de la Ley con base en las siguientes consideraciones: *“En cuanto tiene que ver con el derecho general de participación cabe señalar que el Convenio se orienta a obtener que se garanticen a los pueblos interesados unas oportunidades de participación que sean, al menos, equivalentes a las que están a disposición de otros sectores de la población, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan. De manera específica ese derecho general de participación se manifiesta, en el ámbito de las medidas legislativas que conciernan a los pueblos indígenas, y tribales (...)”*.

⁷⁸ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

minera, que autorizaba a una multinacional la exploración y explotación de una mina de cobre, oro y otros minerales. La comunidad demandante alegaba en el escrito de tutela, que el proyecto generaba un grave impacto ambiental que ponía en riesgo, tanto la biodiversidad de los territorios, como a las comunidades indígenas y afrodescendientes de la zona contigua. Además, mencionaban que el proceso de consulta previa que se había realizado no había sido el adecuado, puesto que se basó en reuniones meramente informativas que en nada garantizaban su participación y la garantía de sus derechos frente al proyecto.

La Corte comprobó que el proceso de consulta previa realizado por la empresa multinacional y las entidades estatales no fue acorde con los lineamientos jurisprudenciales, por ello ordenó la suspensión de la exploración y explotación de la mina hasta tanto no se realizara adecuadamente el proceso consultivo. Esta Corporación consideró que para identificar los impactos positivos o negativos de un proyecto, y salvaguardar la identidad étnica y cultural de las comunidades indígenas, es esencial garantizar su participación activa y efectiva en la toma de las decisiones.

En la sentencia **T- 547 de 2010**⁷⁹ se estudió un caso en el que la empresa Brisa S.A. solicitó ante el Ministerio del Medio Ambiente, el otorgamiento de una licencia ambiental para la construcción y operación de un puerto multipropósito en el municipio de Dibulla, Departamento de la Guajira. En el área del proyecto se encontraban asentadas varias comunidades indígenas y afrodescendientes; no obstante, el Ministerio del Interior certificó que no existía presencia de estos pueblos. El Ministerio del Medio Ambiente otorgó la licencia ambiental con base en dicha certificación. En la resolución de la licencia se dispuso que, independientemente de lo dispuesto por el Ministerio del Interior, era necesario adelantar un proceso de concertación con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, de acuerdo con los criterios y mecanismos que dichas comunidades tienen definidos como legítimos para estos efectos. Sin embargo, la empresa no dio cumplimiento a dicho requisito e inició la construcción del proyecto.

Las autoridades indígenas interpusieron acción de tutela para buscar la protección de sus intereses, alegando que el área en donde se desarrollaría el proyecto forma parte del territorio ancestral de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, y que allí se encuentra el cerro sagrado Jukulwa que se utiliza para

⁷⁹ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

ceremonias de pago. La Corte Constitucional ordenó suspender la ejecución del proyecto y realizar la consulta previa con los estudios de impacto en los territorios afectados de las comunidades accionantes, con base en que los mandatos constitucionales exigen preservar la identidad cultural de las comunidades indígenas, y en esa medida, garantizarles ámbitos de autonomía en los asuntos que les conciernen. Afirmó que a pesar de que la licencia ambiental para el proyecto ya se había emitido, debía realizarse una consulta en relación con los impactos y la manera de evitarlos o mitigarlos. Sobre ello, recordó que cuando existan dudas sobre la procedencia de la consulta, debe adelantarse un escrutinio, preliminar pero formal, con las comunidades, en orden a establecer si existe una potencial afectación de sus derechos que haga imperativa el proceso consultivo. Igualmente, adujo que el proceso de consulta debe respetar un límite temporal porque, a partir de la identificación precisa de los elementos que se encuentran en juego, es menester llegar a una definición, sin que quepa mantener en suspenso, de manera indefinida, las expectativas de las distintas partes.

En la sentencia **T-745 de 2010**⁸⁰, la Corte revisó una tutela sobre un contrato de concesión entre la Alcaldía Mayor de Cartagena y el Consorcio Vial Isla Barú para la construcción de una carretera. Los accionantes, representando a la Empresa Asociativa de Agricultores del Corregimiento de Pasacaballos y la Veeduría Ciudadana ‘Ojo Pelao’, alegaban la desatención de la obligación de consultar a las comunidades negras que habitaban la zona, requisito que se desprende de las normas contenidas en la Ley 70 de 1993, el Decreto 1320 de 1998 y el Convenio 169 de la OIT.

En esta oportunidad, la Corte estableció algunos elementos adicionales de cómo debe entenderse el concepto de “afectación directa” del artículo 6° del Convenio. Al respecto, afirmó que este término se relaciona “*con la intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales abrazadas por las comunidades como propias*”. Por tanto, la Corte consideró que el proyecto de construcción de la carretera, no sólo afectaba directamente a las comunidades indígenas por encontrarse en su zona de influencia, sino que además, “*sus secuelas reca[ían] de forma particular sobre la comunidad, su nicho y los recursos que le constituyen, dado que los elementos que*

⁸⁰ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. La Corte en este caso, ordenó suspender la realización del proyecto hasta tanto se hiciera una consulta previa acorde con los criterios y requisitos jurisprudenciales.

representan su cosmovisión son efectivamente y representativamente limitados por las consecuencias que resultan del proyecto”.

Asimismo, en la sentencia **T-129 de 2011**⁸¹, la Corte revisó la acción de tutela interpuesta por los miembros de la comunidad indígena Embera del municipio de Acandí en el departamento del Chocó, quienes alegaban que en su territorio existían cuatro actividades que ponían en riesgo su autonomía territorial: a) La construcción de una carretera que atravesaría los resguardos, b) el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá, c) los trámites de concesión minera para explotación de oro en Acandí y la invasión ilegal del territorio, d) así como el peligro de desplazamiento por la expectativa económica de las obras y proyectos. La Corporación estableció que los proyectos de desarrollo u obras que se planifiquen y pretendan ejecutarse en un territorio en el que habite una comunidad étnica o sea utilizado para su subsistencia, deben respetar sus usos y costumbres, en virtud del principio de pluralismo étnico reconocido en la Carta Política⁸².

La Corte al mismo tiempo puntualizó que las normas sobre licenciamiento ambiental no sólo pretenden proteger el medio ambiente sino que tienen un doble objetivo: *“contemplar la obligatoriedad de que las comunidades étnicas del país se pronuncien sobre la tramitación de licencias ambientales que autorizan la explotación de recursos naturales; ello ligado a la protección no solo de la autonomía de las comunidades tribales sino del patrimonio cultural de la Nación”*.

De tal forma, en esta providencia la Corporación resaltó que no se puede obligar a una comunidad étnica a renunciar a su forma de vida y cultura por la mera llegada de una obra de infraestructura o proyecto de explotación, por ello entre las alternativas que se presenten en la consulta para mitigar los eventuales impactos, deberá escogerse la menos lesiva para su integridad cultural y étnica. Lo anterior es una manifestación de la protección especial que la Constitución otorga a las minorías étnicas en aquellos proyectos cuya magnitud tiene la potencialidad de desfigurar o desaparecer sus modos de vida, motivo por el que *“la Corte encuentra necesario que la consulta previa y el consentimiento informado de las comunidades étnicas en general*

⁸¹ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁸² En palabras de la Corte: *“se reconoce un ámbito esencial del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural propia de los pueblos indígenas y de otras comunidades étnicas, que no puede ser objeto de disposición por parte del ius imperium del Estado, ya que se pondría en peligro su preservación y se quebrantaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural y la necesidad del reconocimiento del otro”*.

pueda determinar la alternativa menos lesiva en aquellos eventos que: (i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros”⁸³.

En la sentencia **T-693 de 2011**⁸⁴, este Tribunal revisó la acción de tutela interpuesta por el gobernador del Cabildo Indígena Resguardo Turpial - La Victoria, en la cual pretendía que se ordenara la suspensión de una resolución emitida en el 2006 por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo, mediante la cual se otorgó licencia ambiental para la construcción de un oleoducto desde el Campo Rubiales. Así mismo, solicitaba la realización de una consulta previa y la suspensión de las actividades petroleras adelantadas por la empresa Meta Petroleum Limited. El Ministerio de Ambiente negó la solicitud de consulta previa, argumentando que el Ministerio de Interior y de Justicia había expedido certificación sobre la no presencia de comunidades indígenas o negras en el área de influencia del proyecto.

La Corte destacó que la protección constitucional del derecho a la libre determinación de las comunidades étnicas se hace efectiva de manera especial mediante el deber estatal de adelantar **procesos de consulta** antes de la adopción y la ejecución de decisiones que directamente puedan afectarles. Con base en lo anterior, y citando lo considerado en las sentencias T-380 de 1993⁸⁵, SU-039 de 1997⁸⁶ y T-652 de 1998⁸⁷, la Corte concluyó en esta ocasión que *“por ser la consulta previa una forma de participación que realiza el derecho a la libre determinación de las comunidades étnicas e, incluso, su derecho a la supervivencia como grupo diferenciado,⁸⁸ este mecanismo ha sido protegido por esta Corporación como un derecho fundamental”*.

En virtud de que en el caso concreto la construcción del oleoducto ya había culminado, la Corte declaró la existencia de un daño inmaterial

⁸³ Cfr. T-129 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁸⁴ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸⁵ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸⁶ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁸⁷ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁸⁸ En la sentencia C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte explicó que *“en cuanto hace a los pueblos indígenas y tribales, una de las formas de participación democrática previstas en la Carta es el derecho a la consulta, previsto de manera particular en los artículos 329 y 330 de la Constitución, que disponen la participación de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios”*.

causado por el impacto cultural que generó la obra a la comunidad indígena, y ordenó por ello la adopción de varias medidas de reparación y de compensación, entre las cuales se encontraba el adelantamiento de una consulta con la comunidad con la finalidad de acordar medidas de compensación cultural frente a los impactos y perjuicios causados por la construcción del oleoducto. Nótese que en el caso bajo revisión, el proyecto de explotación ya había sido ejecutado, y por tanto, la consulta debía versar sobre las medidas de compensación y mitigación de los impactos generados.

En la sentencia **T-993 de 2012**⁸⁹, la Corte revisó la acción de tutela interpuesta por el Gobernador del Cabildo Indígena La Luisa del Pueblo Pijao, contra varias entidades estatales por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la consulta previa, a la integridad étnica y al debido proceso con ocasión de la construcción de una variante en su territorio ancestral y afectar con ello su patrimonio arqueológico y ecológico. Resaltó la Corporación que la obligación de realizar consulta previa se predica tanto de comunidades étnicas ubicadas en zonas tituladas como no tituladas pero habitadas de manera permanente. Recordó que la jurisprudencia constitucional ha entendido que la licencia ambiental tiene un fin preventivo o precautorio en la medida en que busca eliminar o por lo menos prevenir, mitigar o revertir, en cuanto sea posible, con la ayuda de la ciencia y la técnica, los efectos nocivos de una actividad en los recursos naturales y el ambiente. Así pues, concluyó que la presencia de las comunidades indígenas en el área de intervención de las obras del caso concreto era evidente, y por eso, ordenó suspender la ejecución del proyecto mientras se agotaba el proceso de consulta. Esta orden la sustentó en el Decreto 1320 de 1998 el cual dispone que aún en el evento en que no se haya certificado la presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia de un proyecto, si durante la realización del estudio se constata la presencia de las mismas, debe garantizarse su derecho a ser consultadas.

Finalmente, en la sentencia **T-172 de 2013**⁹⁰, este Tribunal conoció de una acción de tutela interpuesta por un miembro de las comunidades afrocolombianas de la isla Barú, Cartagena, quien señaló que en el año 2009 se inició un proceso de consulta previa para la construcción de un puerto multipropósito en la isla, pero no se había incluido a una de las comunidades, lo que resultaba violatorio de sus derechos fundamentales. La Corte ordenó la realización de la consulta previa

⁸⁹ M.P. María Victoria Calle Correa.

⁹⁰ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

con todas las comunidades asentadas en el área del proyecto sobre las cuales recaería un eventual impacto ambiental y social.

Dentro de la parte motiva, la Corte recordó que *“las obligaciones cardinales adscritas al goce efectivo del derecho están radicadas en cabeza de las entidades públicas correspondientes en todos los niveles territoriales. Son ellas las que deben garantizar que se identifique a las comunidades que se verán afectadas por el proyecto, que se defina un cronograma concertado y sensato, que el diálogo entre las partes realmente garantice los derechos de las partes y que este se realice de manera fructífera. Lo anterior también implica el concurso proactivo y serio de las partes, especialmente de la(s) empresa(s) o sociedad(es) que ejecutarán el proyecto”*. Concretamente, señaló que era deber de la contraparte, de naturaleza pública o privada, facilitar la identificación plena de la afectación o perjuicios, rendir informes consistentes y verídicos sobre los alcances de la obra, proyecto o labor y cumplir cabalmente con los compromisos que se hayan pactado con las comunidades. Al respecto, concluyó que *“La falta a cualquiera de esas obligaciones constituirá una vulneración del derecho a la consulta previa y dará paso a que se proceda legítimamente a la suspensión o terminación –si es del caso- de los trabajos”*.

2.5.4. La consulta previa es entonces un derecho fundamental y autónomo que se desprende de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas y tribales⁹¹. De lo expuesto en este acápite puede concluirse además lo siguiente:

- (a) Según los instrumentos internacionales y la jurisprudencia constitucional, el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados protege su facultad de determinar sus propias instituciones y estructuras de gobierno, conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo y proyecto de vida, así como de adoptar las decisiones que se muestren más acordes con su cosmovisión⁹².

⁹¹ Sobre el particular, en la Sentencia C-175 de 2009 se puntualizó que *“[e]l carácter participativo del modelo democrático de ejercicio del poder político, encuentra un ámbito de protección reforzada para el caso particular de las decisiones estatales que inciden en los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes ...”*, en la medida en que *“... la Carta Política reconoce que la Nación colombiana es una entidad compleja, conformada por comunidades diferenciadas, con concepciones disímiles de la vida social y política (...) y (...) acepta que cada una de esas comprensiones es intrínsecamente valiosa, pues concurre activamente en la construcción de dicha nacionalidad (...)”*, razón por la cual deben ser protegidas”. Criterio reiterado en la sentencia T-547 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁹² Ver sentencia C-882 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-693 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

- (b) La consulta previa tiene como objetivo principal dotar a las comunidades de conocimiento pleno sobre los proyectos y decisiones que les conciernen directamente, ilustrarlas sobre las eventuales afectaciones que se pueden derivar de la ejecución de las decisiones y brindarles la oportunidad para opinar, de manera libre, a través de sus representantes, sobre las desventajas y ventajas de la viabilidad del proyecto o decisión a adoptar acorde con sus intereses, tradiciones y cultura, así como incidir en la toma de las decisiones correspondientes
- (c) Para saber qué decisiones deben consultarse, deben distinguirse dos niveles de afectación: (i) uno general que por ejemplo deriva de las políticas y programas que de alguna forma conciernen a las comunidades indígenas y afrocolombianas, (ii) uno directo que se desprende de las medidas que pueden afectarlos específicamente.
- (d) La consulta debe garantizarse siempre que exista una afectación directa sobre los intereses del pueblo indígena involucrado, es decir, cuando la comunidad vaya a sufrir una intromisión intolerable en sus dinámicas sociales, económicas y culturales. Esta afectación no se determina únicamente porque la comunidad indígena y el proyecto compartan la misma área geográfica, sino también debe evaluarse con relación a sus impactos y secuelas generados por la misma operación y funcionamiento. Así pues, la jurisprudencia de la Corte también ha fijado criterios para identificar la existencia de una afectación directa: a) cuando la medida administrativa o legislativa altera el estatus de las comunidades porque impone restricciones o concede beneficios⁹³, b) cuando las medidas son susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas como tales y no aquellas decisiones que son generales y abstractas⁹⁴, c) cuando se trata de aplicar las disposiciones o materias del Convenio 169, por ejemplo la regulación de explotación de yacimientos de petróleo ubicados dentro de los territorios indígenas⁹⁵, d) cuando se va a regular materias vinculadas con la definición de identidad étnica de los pueblos indígenas⁹⁶, y e) cuando las medidas a implementar se tratan sobre la explotación y aprovechamiento de recursos naturales en territorios indígenas⁹⁷. Como ejemplos y desarrollo de estos criterios pueden mencionarse las medidas que regulen la participación política de los pueblos

⁹³ Ver sentencia C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Escobar Gil.

⁹⁴ Ver sentencia C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Escobar Gil.

⁹⁵ Ver sentencias C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Escobar Gil y C-196 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa.

⁹⁶ Ver sentencia C-175 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹⁷ Ver sentencias C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Escobar Gil, C-175 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, C-366 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, C-196 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa y C-317 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa.

indígenas⁹⁸ y las medidas que regulan el sistema de educación en las comunidades respetando sus costumbres, tradiciones y lenguajes⁹⁹.

- (e) Cuando existan dudas sobre la procedencia o no del proceso de consulta previa, tanto el Estado como la empresa interesada deben realizar un proceso previo en el que se determine el tipo de afectaciones y el área de influencia del proyecto para identificar las poblaciones involucradas y sus características. Esto debe adelantarse conjuntamente con las comunidades y atendiendo a sus realidades.
- (f) La obligatoriedad de la licencia ambiental para la ejecución de proyectos de explotación de recursos naturales, tiene un doble objetivo; proteger el ambiente y garantizar que las comunidades indígenas y tribales se pronuncien sobre su tramitación, sus impactos y otras cuestiones acordes con su identidad cultural y sus costumbres.
- (g) En el adelantamiento de la consulta previa, tanto las autoridades estatales como la empresa o sociedad interesada, es decir, sea la contraparte de naturaleza pública o privada, deben cumplir con obligaciones esenciales como las de facilitar la información completa del proyecto a ejecutar y de sus afectaciones e impactos, rendir informes verídicos y consistentes sobre los alcances de la obra y el área de influencia directa e indirecta y cumplir con los compromisos que se hayan pactado al momento de la consulta previa con las comunidades indígenas involucradas.
- (h) Aunado a lo anterior, debe tenerse claridad en que el “impacto socioeconómico” de un proyecto u obra de explotación de recursos naturales debe comprender la identificación y evaluación de los efectos –positivos y negativos– sobre la garantía de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas que participan de estos procesos de consulta, de manera que, los estudios de impacto ambiental para la expedición de una licencia no pueden limitarse sólo a las afectaciones meramente ambientales, sino a los impactos que se generan a las comunidades, incluidos los pueblos indígenas y tribales.

2.6. LOS IMPACTOS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS COMUNIDADES ALEDAÑAS A LA CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DE MEGAPROYECTOS COMO LAS REPRESAS.

⁹⁸ Ver sentencias C-169 de 2001 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-702 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y C-490 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹⁹ Ver sentencias C-208 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-507 de 2010 M.P. Mauricio González Cuervo, T-907 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-871 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Cuando se trata de la construcción de grandes represas y embalses, y para ello se requiere la modificación de un ecosistema así como la alteración de cauces de ríos y la inundación de áreas, es necesario que el Estado observe estrictamente los parámetros de protección de los derechos de las comunidades aledañas a la zona de influencia, incluyendo las indígenas y étnicas.

En estos casos, la consulta previa, como ya se analizó a profundidad en un acápite anterior, es indispensable en tanto además de contribuir a asegurar los derechos a la autodeterminación y participación de los pueblos indígenas y tribales, permite visibilizar e identificar las necesidades, los impactos y las problemáticas que eventualmente pueden presentarse por la iniciación de las obras, así como valorar, no sólo impactos ambientales, sino también impactos sociales, económicos y culturales.

No obstante, los problemas que genera la construcción de una obra de la envergadura de una represa no se agotan en los conflictos sobre consulta previa; otros derechos de las comunidades también suelen encontrarse en riesgo. En este acápite la Sala pretende ilustrar algunos de los impactos y afectaciones que sufren las poblaciones que están asentadas en el lugar de influencia de un proyecto hidroeléctrico que implica una represa, con el objeto de evidenciar que no sólo el derecho a la participación y la consulta previa pueden verse vulnerados, sino que muchos otros derechos fundamentales como la educación, la salud, la alimentación adecuada, la vivienda digna, entre otros, también pueden hallarse en riesgo de vulneración. Para el efecto, la Sala hará referencia a experiencias del ámbito internacional evaluadas por organismos y organizaciones internacionales reconocidas y con amplia trayectoria, y luego procederá a señalar los casos concretos que ha estudiado la jurisprudencia constitucional, con el objeto de mostrar los riesgos que en términos de derechos humanos se generan con la construcción de represas.

2.6.1. Estudios ilustrativos de organizaciones y organismos internacionales

Los informes y documentos que a continuación se exponen, son producto de estudios y análisis de casos concretos por parte de organizaciones especializadas en temas de ambiente y desarrollo, en los que se pueden observar los riesgos a los que se exponen los derechos humanos de las comunidades aledañas a la construcción de centrales hidroeléctricas que operan con represas y embalses. Su importancia es

indudable puesto que se dejan en evidencia las problemáticas más comunes en la ejecución y operación de esta clase de proyectos. La Corte Constitucional en una providencia reciente¹⁰⁰, sobre la cual se hará referencia más adelante, hizo alusión a dos informes que merecen especial énfasis en la presente sentencia.

La Comisión Mundial de Represas en su informe del año 2000¹⁰¹, en el cual fueron estudiados 125 casos de represas a nivel mundial¹⁰², específicamente en relación con sus impactos sociales¹⁰³, concluyó que el fenómeno del desplazamiento forzado y las controversias sobre los territorios que se van a explotar son dos de las problemáticas más comunes asociadas con estas obras. De la misma forma, señaló que desde que se inicia la planeación y el diseño de la construcción se generan efectos sociales, por ello las comunidades deben participar de la toma de decisiones y prever los cambios de vida que se vayan a generar. El informe muestra que las principales soluciones que suelen ofrecerse son de tipo monetario, las cuales no son suficientes y llevan a que las comunidades tengan en muchos casos que vivir décadas a la espera de soluciones definitivas de servicios básicos y de infraestructura cotidiana para desarrollar su vida.

Cabe recordar lo resaltado por esta Corte en la sentencia T-135 de 2013¹⁰⁴, sobre el reporte de la Comisión Mundial de Represas:

“Muchas de las intervenciones de desarrollo para transformar recursos naturales, en particular los proyectos de infraestructura a gran escala, implican alguna forma de desplazamiento de las personas de sus formas de sustento y de sus hogares. Las grandes presas son quizás únicas entre los proyectos de este tipo que pueden tener un impacto generalizado y de amplio espectro en el ecosistema, debido simplemente al bloqueo de un río. El resultado es una serie de consecuencias terrestres, acuáticas y ribereñas que no sólo afectan a los ecosistemas y la biodiversidad sino que también suelen tener consecuencias graves para las personas que

¹⁰⁰ Sentencia T-135 de 2013 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁰¹ Este documento fue producto de una conferencia mundial presidida por el Banco Mundial y la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, organización internacional medio ambiental a la que se invitaron 40 representantes de la industria constructora de represas, gobiernos, instituciones académicas, ONG's y personas afectadas por la construcción de represas con el objeto de analizar los impactos de esta clase de proyectos.

¹⁰² Disponible en: http://www.internationalrivers.org/files/attached-files/world_commission_on_dams_final_report.pdf

¹⁰³ El capítulo 4° del Informe analiza los impactos sociales. Páginas 97-133.

¹⁰⁴ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

viven cerca y lejos del sitio de la presa. Una base de recursos grande y multi-funcional como lo es un río y sus alrededores, se caracteriza por una compleja red de diversos, interconectados, implícitos y explícitos roles funcionales, dependencias e interacciones. En consecuencia, las implicaciones sociales y culturales de poner un dique en tal paisaje son especialmente significativas, perturbadoras de lo local, duraderas y a menudo irreversibles.

La inundación de las tierras y la alteración de los ecosistemas fluviales – ya sea aguas arriba o aguas abajo - también afectan los recursos disponibles para las actividades productivas terrestres y ribereñas. En el caso de las comunidades que dependen del cultivo de la tierra y de los recursos naturales, esto a menudo resulta en la pérdida de acceso a los medios tradicionales de subsistencia, incluida la producción agrícola, la pesca, el pastoreo de ganado, la recolección de leña y de productos forestales, para nombrar unos pocos. Esto no sólo interrumpe las economías locales, sino que en la práctica desplaza personas – en sentido amplio – del acceso a una serie de recursos naturales y de insumos para su sustento. Esta forma de desplazamiento priva a las personas de sus medios de producción y disloca su medio socio-cultural medio. El término “afectados” por lo tanto se aplica a las personas que enfrentan cualquier tipo de desplazamiento”¹⁰⁵ (Énfasis de la Sala)

Posterior al reporte mencionado, la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA) emitió un informe en el 2009 denominado “*Grandes represas en América, ¿peor el remedio que la enfermedad? Principales consecuencias ambientales y en los derechos humanos y posibles alternativas*”, en el que se analizaron cinco casos emblemáticos de diferentes países del continente americano de proyectos de represas y sus efectos socioeconómicos. A continuación se reseñaran brevemente los problemas que el informe pone en evidencia respecto de cada uno de los casos analizados:

El proyecto Multipropósito Baba en Ecuador inició su construcción en el año 2007, e inundó más de 1.000 hectáreas. En el año 2008 la Corte Constitucional del Ecuador ordenó revisar la licencia ambiental debido al impacto que generaba la obra. Entre los efectos negativos que se

¹⁰⁵ Traducción realizada por la Corte Constitucional en sentencia T-135 de 2013 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, del reporte de la Comisión Mundial de Represas del 2000.

identificaron, la AIDA resalta en su informe: falta de acceso a la alimentación a causa de la disminución del caudal que afectó la actividad pesquera, enfermedades asociadas a los insectos originados en las aguas del embalse y la sedimentación, ausencia de consulta y participación ciudadana para la toma de decisiones, desplazamiento y reasentamiento forzado, compensación inadecuada e indemnizaciones injustas, y violencia y represión de defensores ambientales.

El Complejo Hidroeléctrico Río Madeira se encuentra ubicado en la cuenca amazónica y afecta a los países de Brasil, Bolivia y Perú. Es un proyecto de dos grandes represas que inundan alrededor de 25.800 y 27.100 hectáreas respectivamente, cuya entrada en operación se proyectó para 2012. Este proyecto es financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo, la Corporación Andina de Fomento y el Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social de Brasil. Señala AIDA que a pesar de que se observó que el estudio de impacto ambiental carecía de un análisis de impactos ambientales y sociales del proyecto, las licencias de construcción de las dos represas fueron entregadas en los años 2008 y 2009. También indica el informe que se identificaron como comunidades afectadas, entre 3.000 a 7.000 personas, y que debido al apego de los pobladores a la tierra, la construcción de las represas ha tenido graves consecuencias sobre los agricultores, cazadores y pescadores de la región. En cuanto a los derechos humanos afectados, se encuentran la participación ciudadana y la consulta previa de comunidades diferenciadas, así como la salud, pues el estancamiento de aguas ha generado enfermedades.

El Proyecto Binacional Yacyreta en Argentina y Paraguay, afirma el informe, se inició a finales de los años 80 y produjo severas inundaciones en diversos sectores de los dos países, además debido a los errores en el diseño y planificación, llevó a la muerte masiva de peces y secamiento de esteros cercanos. Ante la anterior situación, se formularon quejas ante el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, los cuales concluyeron que hubo un desconocimiento de las obligaciones ambientales y de reasentamiento y compensación a las comunidades. Sostiene el Informe que la afectación a la sociedad ha sido grande, dado el cambio en las fuentes de ingreso de la población, la cual se vio obligada a dejar sus cultivos y demás actividades agropecuarias por subempleos y negocios que han sido deficientes para reducir la pobreza en la región. Igualmente, los niveles fluctuantes del agua han producido varias inundaciones en la zona afectando las viviendas de los pobladores, por lo que el Banco Mundial realizó estudios que revelaron una falla en la planeación por parte de los

encargados del proyecto respecto a los cálculos en la altura del agua. Entre las problemáticas halladas, el informe resalta las siguientes: el desplazamiento y falta de consulta y compensación a las poblaciones afectadas, impactos negativos que no fueron previstos adecuadamente por la falta de consulta a las comunidades y la propagación de enfermedades transmisibles por el agua afectando la salud de las comunidades aledañas. En igual sentido, afirma el Informe, se vieron afectadas las fuentes de alimentación y trabajo de las poblaciones debido al reasentamiento forzoso, el cual produjo condiciones de pobreza extendida, desnutrición, desempleo extendido y falta de recursos naturales para la subsistencia.

El Proyecto Hidroeléctrico Chan-75 en Panamá implicó la inundación del parque “La Amistad”, reconocido por la UNESCO como patrimonio de la humanidad desde 1983, y el desconocimiento del derecho al territorio de las comunidades indígenas Ngöbe, quienes no han sido consultadas ni informadas apropiadamente. Relata el informe que con relación al impacto ambiental, a pesar de que diversos estudios independientes indicaron que se eliminarían especies de peces y camarones, la Autoridad Nacional Ambiental de Panamá aprobó el estudio de impacto ambiental, sin que existiera una evaluación sobre las afectaciones de flora y fauna. De igual forma, la autoridad ambiental autorizó el inicio del proyecto sin contar con un plan de reubicación de las comunidades afectadas. En cuanto a las problemáticas asociadas al desconocimiento de derechos humanos, el informe resalta: la falta de consulta adecuada y de reconocimiento de los derechos territoriales indígenas, desplazamiento de personas y comunidades, la reubicación y asignación de viviendas que no cumplen con condiciones adecuadas, la ausencia de servicios básicos, afectaciones culturales por la desintegración del tejido social y separación de las familias indígenas, pérdidas de tierras fértiles y fuentes de alimentación. Actualmente, el caso es objeto de medidas cautelares por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente, el informe de la AIDA hace referencia al Proyecto Hidroeléctrico La Parota en México, uno de los proyectos hidroeléctricos más grandes del hemisferio. Afirma que las primeras actividades de construcción iniciaron en 1961 cuando comenzaron los estudios de factibilidad. Es un proyecto a cargo de la Comisión Federal de Electricidad y se implementa con el objeto de satisfacer la demanda de electricidad de la región oriente de México. Se relata que debido a vacíos de información y a la falta de identificación de medidas para compensar los daños ambientales y sociales que el proyecto implicaría,

la autoridad ambiental autorizó de manera condicionada la licencia para La Parota. Dentro de las condiciones establecidas se incluyó la creación de un área natural protegida, y la proyección e implementación de programas de rescate y reubicación de fauna en riesgo, así como programas de reforestación, y manejo y monitoreo ambiental. Señala el informe que a pesar de que el estudio ambiental (MIA) del proyecto reconoce la afectación de más de tres mil habitantes, no contempla un plan de reasentamiento de sus poblaciones. Entre las problemáticas asociadas al desconocimiento de los derechos humanos se pueden mencionar: falta de consulta y acceso a la información de las comunidades, vida e integridad personal y ausencia de compensaciones por reasentamientos inadecuados. Se afirma que debido a la presión popular y al éxito de dos acciones legales que evidenciaron los problemas en la consulta, el gobierno mexicano ha suspendido la construcción del proyecto por varios años.

Con base en los cinco casos objeto de estudio, el informe de la AIDA advierte que en la construcción de grandes represas en América Latina existe una tendencia generalizada a desconocer las obligaciones internacionales y ambientales en relación con la protección del ambiente y los derechos humanos de las comunidades aledañas o asentadas en la zona de influencia de los proyectos. Afirmó que las afectaciones negativas de estos proyectos pueden evitarse si los Estados y las empresas observaban estrictamente sus obligaciones, sobre todo la realización de la consulta a las comunidades. El informe concluye que entre los impactos sociales más representativos generados por la construcción de estas grandes represas, la AIDA identifica los siguientes:

- a) Daños irreversibles a comunidades por la afectación al derecho al ambiente sano y el perjuicio de hábitats.
- b) Afectaciones a la salud humana, formas de vida y fuentes de alimentación.
- c) Desplazamiento forzado de comunidades afectadas sin participación pública, planes de reasentamiento y compensación adecuados.
- d) Ausencia de evaluación integral y previa de impactos ambientales y sociales.
- e) Falta de consulta previa y participación pública, adecuada, oportuna e integral.
- f) Violaciones a los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales.
- g) Falta de acceso a la información y al acceso a la justicia.

h) Criminalización de la protesta de las comunidades y personas afectadas, amenazas y hostigamientos.

De igual forma, cabe resaltar los casos documentados por el Tribunal Permanente de los Pueblos en México, institución ética no gubernamental formada por la sociedad civil¹⁰⁶, el cual emitió en diciembre de 2012 un dictamen sobre “*Presas, Derechos de los Pueblos e impunidad. Mesa de devastación ambiental y derechos de los pueblos*”, en el que se analizaron varios problemas relacionados con proyectos de represas, en construcción y en funcionamiento en territorio mexicano¹⁰⁷. El dictamen relata que desde el año 2003, numerosos pueblos y organizaciones sociales en México se han agrupado creando el “Movimiento Mexicano de Afectados por las Presas y en Defensa de los Ríos” (MAPDER), con el objeto de denunciar y visibilizar las violaciones a los derechos humanos causadas por la construcción de este tipo de proyectos.

Consecuencia de este movimiento social, el Tribunal de los Pueblos realizó una audiencia sobre las demandas formuladas e identificó como impactos sociales y económicos graves de la construcción de las represas: (i) ausencia de consulta y espacios de participación con las comunidades posiblemente afectadas, (ii) afectación en la calidad y cantidad de fuentes de abastecimiento de agua para fines humanos y

¹⁰⁶ “El TPP es un tribunal ético internacional de carácter no gubernamental, que, como tal, examina las causas de la violación de los derechos fundamentales de los pueblos, determina si, en efecto, han sido violados tales derechos y, finalmente, denuncia ante la opinión pública internacional a los autores de dichas violaciones; está conformado por múltiples personalidades de reconocida autoridad moral provenientes de diversos países, disciplinas y horizontes ideológicos. La misión del TPP es promover el respeto universal y efectivo de los derechos fundamentales de los pueblos, de las minorías y de los individuos; y su labor se encamina, precisamente, a la construcción de una legislación que proteja tales derechos. El interés del TPP se concentra en las violaciones flagrantes y sistemáticas de los derechos de los pueblos, minorías e individuos que hayan sido perpetradas por los Estados, por otras autoridades o por grupos u organizaciones privadas. El TPP ha respaldado y acompañado las luchas de los pueblos contra las violaciones a sus derechos fundamentales, contra la negación de su derecho a la autodeterminación, contra las invasiones extranjeras, las nuevas dictaduras, las esclavitudes económicas y la destrucción del medio ambiente”. Disponible en: <http://www.tppmexico.org/>

¹⁰⁷ Caso de la Presa Hidroeléctrica “Paso de la Reina Oaxaca” (2006). Partes: Consejo de pueblos Unidos por la defensa del río verde, contra Gobierno Mexicano, Comisión Federal de Electricidad; Caso de la Presa Hidroeléctrica La Parota, Guerrero (2003) Partes: Consejo de Ejidos y Comunidades opositores a la Parota contra Comisión Federal de Electricidad; Caso de la Presa Hidroeléctrica Las Cruces, Nayarit (2008) Consejo indígena e Intercomunitario para el desarrollo de la cuenca del Río San Pedro Mezquital contra Comisión Federal de Electricidad; Caso de la Presa Hidroeléctrica El Naranjal, Veracruz (2009) Partes: Colectivo Social Defensa verde, Naturaleza para siempre, contra Empresa Agroetanol de Veracruz; Caso de la Presa Hidroeléctrica Arcediano, Jalisco (2003) Partes: Comité Pro-defensa de Arcediano contra Presidencia Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos; Caso de la Presa Hidroeléctrica El Zapotillo, Jalisco (2009) Partes: Comité Salvemos Temacapulín, Acasico y Palmarejo contra Comisión Nacional del Agua; Caso de la Presa Hidroeléctrica Cerro de Oro, Oaxaca (Aprox. 1974) Partes: Afectados del proyecto contra Comisión Nacional del Agua, Presidencia Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos; Caso de la Presa Hidroeléctrica La Yesca, Jalisco y Nayarit (2007) Partes: Habitantes de Tapexco contra H. Cámara de diputados, Comisión Federal de Electricidad. Tomados del Dictamen Final, diciembre de 2012, disponible en: http://www.tppmexico.org/wp-content/uploads/2013/04/Dictamen_final_preaudienciaPresasTPP.pdf

productivos, (iii) desconocimiento del derecho a la autodeterminación e identidad étnica de los pueblos, (iv) desplazamiento forzado y ausencia de reasentamiento adecuado, (v) desintegración familiar y de la misma comunidad, (vi) aislamiento de las comunidades de los centros urbanos, (vii) violencia contra las manifestaciones y protestas sociales, (viii) afectación al derecho a la alimentación por no dotar el reasentamiento de las comunidades con tierras adecuadas para los cultivos y actividades de producción, y (x) ausencia de servicios básicos.

Concretamente, en el caso de la Central Hidroeléctrica “Cerro de Oro” Oaxaca, presa que se encuentra en operación desde hace más de 40 años, el dictamen advirtió que fue construida sin la consulta y participación de las comunidades indígenas y étnicas de la zona, a pesar de que fueron desplazadas y reasentadas. Como consecuencia de esta situación, las demandas de estos pueblos obligaron al gobierno a comprometerse a fijar un reglamento de compensaciones, que según el dictamen del Tribunal, nunca fue cumplido a cabalidad, agravando el desconocimiento de derechos esenciales de las comunidades indígenas e incentivando la desintegración cultural. Con base en ello, el Tribunal recomendó al Estado mexicano, reconocer indemnizaciones y medidas de compensación a las comunidades afectadas y garantizar la fertilidad de las tierras donde fueron asentadas para asegurarles sus derechos a la alimentación y vida adecuada.

Por otra parte, entre otros casos documentados por este Tribunal, existe un dictamen contra Unión FENOSA de abril de 2008, en el que se estudió la situación de la Central Hidroeléctrica Salvajina. Se resaltaron entre los impactos de la represa: (i) los graves atentados al ambiente, (ii) el desplazamiento de comunidades asentadas en el área de influencia con la connivencia de fuerzas militares y grupos armados al margen de la ley, y (iii) la desaparición de prácticas ancestrales¹⁰⁸.

Finalmente, como muestra de los impactos de represas a nivel mundial, en febrero de 2014, varias organizaciones y centros de estudios en temas ambientales¹⁰⁹ emitieron la publicación denominada “*Casos paradigmáticos de inversión del Banco Nacional de Desarrollo*

¹⁰⁸ Ver Dictamen del Tribunal Permanente de los Pueblos sobre las empresas Unión FENOSA, Aguas e Barcelona, Canal Isabel II, Endesa, Telefónica y Aviatur TQ3. Abril de 2008. Observatorio de multinacionales en América Latina.

¹⁰⁹ Asociación Ambiente y Sociedad – AAS, Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente – AIDA, Centro de Derechos Económicos y Sociales – CDES, Centro de Estudios para el Desarrollo Laboral y Agrario – CEDLA, Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia – CIDOB, Derecho, Ambiente y Recursos Naturales – DAR, Foro Ciudadano de Participación por la Justicia y los Derechos Humanos – FOCO, Fundación Ambiente y Recursos Naturales – FARN, Proyecto sobre Organización, Desarrollo, Educación e Investigación – PODER, International Rivers – IR, Instituto Socioambiental – ISA.

Económico y Social de Brasil (BNDES) en Sur América. Necesidad y Oportunidad para mejorar políticas internas”, en la cual se analizaron los impactos de 10 obras de infraestructura, incluyendo Centrales Hidroeléctricas, en países como Argentina, Brasil, Ecuador y Perú. El documento formula una serie de recomendaciones al Banco Brasileiro para la ejecución de los proyectos, entre los cuales pueden mencionarse: a) la implementación de políticas sociales y ambientales, incluyendo las de participación e información para las comunidades afectadas; b) el establecimiento de medidas de compensación y protección a las comunidades afectadas por el desplazamiento; y c) la realización de estudios de impacto ambiental y en derechos humanos de los proyectos, así como de medidas de prevención, mitigación y remediación, entre otras.

2.6.1.1. Los problemas mencionados también han sido reconocidos por organismos internacionales. En el Sistema de Naciones Unidas, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, de manera similar, que:

“[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia.”¹¹⁰

En el mismo sentido, el Relator James Anaya, mediante informe del 15 de julio de 2009 sobre *“La promoción y protección de todos los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”*, recordó que el deber de consultar directamente a los pueblos indígenas no se exige únicamente cuando se trata de la explotación de recursos naturales sobre las tierras cuya

¹¹⁰ ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión (quincuagésimo novena sesión), ONU Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, párr. 21

titulación está probada, sino que debe realizarse la consulta con estas comunidades incluso para los territorios que utilizan, tengan o no título de propiedad, por cuanto lo que se quiere proteger son los intereses de la comunidad que no se agotan sólo con su derecho a la propiedad sino que comprenden otros derechos humanos. Asimismo, resaltó la importancia que tiene la obligación de los Estados de realizar estudios de impactos ambiental y social, los cuales deben ser conocidos por las comunidades indígenas eventualmente afectadas con el proyecto a ejecutar:

“En los casos relativos a explotación de recursos naturales o proyectos de desarrollo que afecten tierras indígenas, para que los pueblos indígenas interesados puedan adoptar decisiones libres e informadas sobre el proyecto en consideración es necesario que reciban información objetiva y completa sobre todos los aspectos del proyecto que los afecta, incluidas las repercusiones del proyecto sobre su vida y su entorno. A este respecto, es esencial que el Estado haga estudios sobre el impacto ambiental y social a fin de que se puedan conocer todas las consecuencias que cabe prever. Los grupos indígenas interesados deben conocer esos estudios de impacto en las primeras etapas de las consultas, tener tiempo suficiente para entender las conclusiones de los estudios y poder presentar sus observaciones y recibir información acerca de cualquier preocupación que planteen. Además, un proceso de consultas basado en el consenso en contextos de esa naturaleza no debe solamente tratar las medidas para mitigar o compensar los efectos perjudiciales del proyecto sino también explorar y encontrar medios de distribución equitativa de los beneficios en un espíritu de verdadera colaboración”¹¹¹.

En el informe de 2013, sobre las industrias extractivas y los pueblos indígenas, el Relator Especial se refirió a las medidas de mitigación de los impactos de los proyectos, resaltando que no deben limitarse a los ambientales, sino que deben tenerse en cuenta otras clase de impactos como los que tienen un efecto negativo en el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de la comunidades afectadas por los proyectos. En palabras del Relator:

¹¹¹ ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, par. 57. Esto fue reiterado por el Relator en los informes de los años más recientes en 2012 y 2013 sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con las industrias extractivas.

*73. Las medidas de prevención o mitigación de los impactos ambientales y de otra índole que podrían afectar negativamente a los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus territorios son un componente esencial de cualquier acuerdo para realizar actividades extractivas en los territorios de los pueblos indígenas. **La experiencia demuestra que es necesario prestar una atención especial a los posibles impactos en las condiciones de salud, las actividades de subsistencia y los lugares de importancia cultural o religiosa. Las disposiciones para la prevención y mitigación de los impactos deben basarse en rigurosos estudios de impacto preparados con la participación de los pueblos indígenas interesados** (véase el párr. 65) y deben ocuparse específicamente de los impactos identificados en relación con los derechos específicos reconocidos en el derecho nacional o internacional. Además, **deben incluir mecanismos de vigilancia participativa durante toda la vida del proyecto, así como prever medidas para abordar su clausura.***¹¹²

El Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, refiriéndose al derecho a la vivienda adecuada, estableció que uno de los fenómenos que puede constituir un desalojo forzoso, es el desplazamiento generado por la construcción o ejecución de proyectos que implican la explotación de recursos naturales y que exigen movilizar a un conglomerado social, entre los cuales incluye las obras de las presas¹¹³. En esta Observación General, el Comité adujo que es deber del Estado, antes de realizar un desalojo, velar porque se estudien en consulta con los interesados todas las posibilidades que permitan evitar el recurrir a la fuerza. De manera que deben formularse medidas legislativas y judiciales que aseguren un debido proceso, las cuales deben incluir una debida indemnización a los afectados por la privación de sus bienes, la restitución, el retorno –cuando fuere posible– el reasentamiento y la rehabilitación¹¹⁴.

¹¹² ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. A/HRC/24/41, 1 de julio de 2013, párr. 73.

¹¹³ ONU – Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General, “El derecho a una vivienda adecuada y los desalojos forzosos”, párr. 7. (1997).

¹¹⁴ Los parámetros son: “15. Aunque la debida protección procesal y el proceso con las debidas garantías son aspectos esenciales de todos los derechos humanos, tienen especial pertinencia para la cuestión de los desalojos forzosos que guarda relación directa con muchos de los derechos reconocidos en los pactos internacionales de derechos humanos. El Comité considera que entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzosos figuran: a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las

En el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, cabe mencionar dos casos sobre construcción de represas en cada uno de los mecanismos de protección, en los cuales se protegieron derechos económicos sociales y culturales.

En primer lugar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) otorgó medidas cautelares el 1 de abril de 2011 a favor de las comunidades indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará en Brasil¹¹⁵, quienes alegaron que sus derechos a la vida e integridad personal se encontraban en riesgo por la construcción de la central hidroeléctrica Belo Monte.

Con base en que se encontró probada una afectación grave del derecho a las comunidades indígenas a la salud, la CIDH solicitó al Gobierno de Brasil suspender inmediatamente el proceso de licencia del proyecto de la Planta Hidroeléctrica Belo Monte e impedir la realización de cualquier obra material de ejecución hasta que se observaran las siguientes condiciones mínimas: (1) realizar procesos de consulta, en cumplimiento de las obligaciones internacionales de Brasil, de forma previa, libre, informada, de buena fe, culturalmente adecuada, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, en relación con cada una de las comunidades indígenas afectadas, beneficiarias de las medidas cautelares; (2) garantizar que, en forma previa a la realización de dichos procesos de consulta, para asegurar que ésta sea informada, las comunidades indígenas beneficiarias tengan acceso a un estudio de impacto social y ambiental del proyecto, en un formato accesible, que incluya la traducción a los idiomas indígenas respectivos; (3) adoptar medidas para proteger la vida e integridad personal de los miembros de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario de la cuenca del Xingú, y para prevenir la diseminación de enfermedades y epidemias entre las comunidades indígenas beneficiarias de las medidas cautelares como consecuencia de la construcción de la hidroeléctrica Belo Monte, tanto de aquellas enfermedades derivadas del influjo poblacional masivo a la

tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales". ONU – Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General, "El derecho a una vivienda adecuada y los desalojos forzados", párr. 7. (1997).

¹¹⁵ CIDH. Informe de Medidas Cautelares No 382/10. Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil

zona, como de la exacerbación de los vectores de transmisión acuática de enfermedades como la malaria¹¹⁶.

En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede recordarse, entre otros, el caso del Pueblo Saramaka contra Surinam (2007)¹¹⁷, en el cual la Corte evaluó la situación de una comunidad que se asentaba en la rivera del río Surinam, sobre el cual el Estado inició obras para la construcción de una represa. En la sentencia, la Corte IDH recordó el deber que tienen los Estados de garantizar la participación efectiva de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas en los planes de desarrollo e inversión dentro de su territorio, y conforme a ello, señaló los tipos de medidas que deben ser consultadas y las características que deben observarse en los procesos de consulta. Igualmente, resaltó que la interpretación conjunta del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y de su derecho al uso y goce de las tierras y los recursos naturales, implica garantizar que los pueblos puedan proveer su propio desarrollo económico, social y cultural, y puedan disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, con miras a evitar que se les prive de sus propios medio de subsistencia.

Finalmente, es importante hacer alusión al caso Xakmok Kasek contra Paraguay, en el cual por la dilación en la titulación de las tierras ancestrales de una comunidad indígena, se generaron consecuencias violatorias de derechos económicos, sociales y culturales. En este caso se alegó la responsabilidad internacional del Estado por la supuesta falta de garantía del derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Indígena XákmokKásek, ya que desde 1990 se encontraba tramitándose la solicitud de reivindicación territorial, sin que hasta el momento en que se sometió el caso a la Corte se hubiera resuelto satisfactoriamente. Lo anterior había significado no sólo la imposibilidad de la Comunidad de acceder a la propiedad y posesión de su territorio, sino que, por las propias características de la misma, había implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazaban en forma continua la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma.

La Corte IDH encontró que los miembros de la comunidad indígena habían sufrido diversas afectaciones a su identidad cultural producidas primordialmente por la falta de reconocimiento de territorio propio y de

¹¹⁶ CIDH. Informe de Medidas Cautelares No 382/10. Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil

¹¹⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

protección de los recursos naturales de éste. En cuanto al acceso a servicios de educación, se observó que si bien algunas condiciones en cuanto a la prestación de la educación por parte del Estado habían mejorado, no existían instalaciones adecuadas para la educación de los niños. De la misma forma, se observó que la enseñanza se impartía en guaraní y en castellano, y no en sanapaná o enxet, los idiomas de los miembros de la Comunidad. La Corte consideró que la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales de la garantía del disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su condición se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos. En este caso se concluyó que:

“211. (...) En particular, cuando se trata de satisfacer el derecho a la educación básica en el seno de comunidades indígenas, el Estado debe propiciar dicho derecho con una perspectiva etno-educativa¹¹⁸. Lo anterior implica adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable desde una perspectiva étnica diferenciada”.

Por lo tanto, la Corte estableció medidas de reparación dirigidas a proteger el derecho a la educación, como la dotación de recursos humanos, físicos y materiales para garantizar una educación digna y adecuada a los niños y niñas de la Comunidad, quienes habían sido los más afectados por el no reconocimiento de sus tierras.

En síntesis, es posible concluir que los informes y estudios de casos de las organizaciones civiles expertas en la materia ponen en evidencia una serie de impactos negativos que se generan por la construcción de grandes represas, los cuales no se limitan al desconocimiento del derecho a la participación de las comunidades afectadas, sino que se extienden a otros derechos humanos, como la vivienda digna, el alimento, el trabajo, la salud, entre otros. Ante estos proyectos, los diferentes organismos internacionales han exigido a los Estados garantizar espacios de participación previos a la ejecución y durante la operación de este tipo de obras, con el fin de identificar los impactos negativos y establecer remedios adecuados para las comunidades aledañas.

2.6.2. Casos en la jurisprudencia constitucional

¹¹⁸Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, artículo 27.1

Por su parte, en Colombia la Corte Constitucional ha conocido varios casos sobre vulneraciones a los derechos fundamentales en el marco de construcción de represas. El más representativo es el de la construcción de la central hidroeléctrica Urrá en el Alto Sinú, departamento de Córdoba.

En la **sentencia T-652 de 1998**¹¹⁹, se revisaron dos acciones de tutela interpuestas por las autoridades del pueblo indígena Embera Katío contra varias autoridades estatales por la vulneración de sus derechos fundamentales a la supervivencia, a la integridad, étnica, cultural, social y económica, a la participación y al debido proceso con ocasión de la construcción de la hidroeléctrica Urrá. En el proceso se demostró que el otorgamiento de la licencia ambiental se había realizado sin la respectiva consulta previa con las comunidades afectadas. Uno de los temas tratados en esta providencia fue la explotación de recursos naturales en territorios indígenas y la protección que debe el Estado a la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En efecto, para la Corte los derechos al debido proceso y a la participación fueron vulnerados por no adelantarse el proceso de consulta previa, pero además, se advirtió que debido a los altos impactos ambientales que se generaron con la construcción de la represa, las comunidades se habían visto obligadas a cambiar sus actividades productivas, y que su supervivencia física y su cohesión social y étnica se habían visto gravemente afectadas. La Corporación recordó que los pueblos indígenas son sujetos de derechos fundamentales, y por ende, si el Estado no inicia por garantizar el más importante de ellos, el derecho a la subsistencia, tales colectividades tampoco podrán gozar y ejercer efectivamente el derecho a la integridad cultural, social y económica que el Constituyente les reconoció.

La Corte en esta oportunidad decidió que a fin de asegurar la supervivencia del pueblo Embera, la firma dueña del proyecto debía otorgarles un subsidio de transporte y alimentación, mientras se llegaba a un acuerdo de indemnización por los perjuicios causados. De las consideraciones formuladas en esta providencia, se debe resaltar que la vulneración del derecho a la supervivencia del pueblo indígena se sustentó en la verificación de sus circunstancias de alimentación, salud y en la ausencia de un reasentamiento digno luego de la construcción de la represa. De manera que se advirtió, por ejemplo, que las actividades de alimento, subsistencia y de comercialización de la

¹¹⁹ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

comunidad se habían visto perjudicadas, desconociéndose con ello sus derechos. En palabras de la Corte:

“En este marco doctrinal, y teniendo en cuenta las pruebas aportadas al proceso, es claro que la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I resultaron más perjudiciales para la integridad cultural y económica del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, que la presión territorial y el infrarreconocimiento a los que estuvieron sometidos desde la conquista española: tales obras no sólo constituyen otra presión territorial, sino que hicieron definitivamente imposible para este pueblo conservar la economía de caza, recolecta y cultivos itinerantes que le permitió sobrevivir por siglos sin degradar el frágil entorno del bosque húmedo tropical que habitan. (...)

Así, la economía tradicional de subsistencia ya no es posible, y la supervivencia de los Embera-Katío del Alto Sinú sólo será viable si se incorporan a la economía de mercado; es decir, si renuncian a la diversidad de productos naturales que aquel modo de producción les ofrecía y cambian -definitiva y apresuradamente-, sus prácticas tradicionales de caza y recolecta por actividades agrarias orientadas a la venta de las cosechas; paradójicamente, la legislación sobre protección ambiental les prohíbe hacerlo por la superposición de sus tierras con el parque nacional natural”.

En el mismo sentido, este Tribunal se refirió al derecho a la salud y el saneamiento básico de las comunidades indígenas y a los efectos negativos en el ambiente y entorno; respecto a los derechos se indicó que incluso antes de la construcción de la represa, ya venían siendo desconocidos por el Estado y que tal situación fue agravada con las múltiples obras de la represa:

“El bosque húmedo tropical que habitan los Embera-Katío del Alto Sinú, a pesar de ser hoy un medio ambiente bastante intervenido por prácticas culturales occidentales, no es una zona saneada y las condiciones sanitarias que presenta dejan mucho que desear, así sólo se las compare con las del área rural de los municipios circunvecinos. Allí, enfermedades eruptivas y respiratorias que en el resto del país están controladas, dan cuenta de buena parte de la alta morbilidad infantil; la incidencia de la malnutrición está aumentando, y la esperanza de vida promedio se ubica entre los 45 y 50 años. Así, sin contar con el impacto de la construcción

de la hidroeléctrica, ya este grupo humano era merecedor de una protección estatal especial que no le fue brindada”.

Con base en estas consideraciones, la Sala protegió los derechos fundamentales invocados y ordenó a las autoridades competentes, entre otras medidas, adelantar el proceso de consulta y concertación, , así como asegurar el acceso a medicinas y servicios de salud requeridos para la subsistencia de la comunidad, y proveer subsidio de transporte y alimentación.

Las órdenes emitidas en aquella providencia fueron posteriormente retomadas en las sentencias T-194 de 1999¹²⁰ y T-1009 de 2000¹²¹. Esta última analizó las pretensiones de varios miembros de la comunidad Embera quienes solicitaban dar cumplimiento de la indemnización ordenada en la sentencia T-652 de 1998. Por su parte, en la sentencia T-194, se revisó la acción de tutela interpuesta, ya no por comunidades indígenas, sino por la Asociación de Productores para el Desarrollo Comunitario de la Ciénaga Grande de Lórica, la cual manifestó que la construcción de la represa Urrá había tenido repercusiones graves en el recurso íctico del río Sinú, generando un riesgo en su subsistencia de todos los pobladores que dependían de él. Se encontró probado que existía una desecación de los cuerpos de agua y la contaminación de los mismos, lo que afectó las actividades de pesca de los moradores. En consecuencia, esta Corporación ordenó a varias entidades locales, como personerías y alcaldías de los municipios aledaños, tomar medidas encaminadas a proteger el saneamiento básico de la comunidad:

“1) suspender toda obra de relleno y desecación de pantanos, lagunas, charcas, ciénagas y humedales en el territorio de esos municipios, salvedad hecha de las que sean indispensables para el saneamiento; 2) adelantar las actuaciones administrativas de su competencia e instaurar las acciones procedentes para recuperar el dominio público sobre las áreas de terreno de los cuerpos de agua que fueron desecados y apropiados por particulares; 3) regular la manera en que se hará exigible en esos municipios cumplir con la función ecológica que le es inherente a la propiedad (C.P. art. 58), establecer y cobrar las obligaciones que de tal función se desprendan para los particulares y entes públicos; y 4) revisar los planes y programas de desarrollo económico y social, para dar prioridad a las necesidades que se derivan de : a) el

¹²⁰ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹²¹ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

tratamiento y vertimiento de las aguas negras, b) la recolección y disposición de basuras, y c) la recuperación de los cuerpos de agua. Se ordenará también a la Gobernación del Departamento de Córdoba que proceda de igual forma, y coordine el cumplimiento de tales tareas por parte de los municipios mencionados, sometiéndose a las políticas del Ministerio del Medio Ambiente sobre la materia”.

Otro caso que merece mención es la **sentencia T-135 de 2013**¹²², en la cual la Corte analizó siete acciones de tutela formuladas por personas dedicadas a diferentes actividades, como pescadores, paleros, transportadores de carga, etc., en la zona de influencia del proyecto de hidroeléctrica de “El Quimbo” de la empresa EMGESA S.A. Los peticionarios reclamaban la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna, alimentación, educación, salud, entre otros, los cuales consideraban lesionados a causa de la ejecución del proyecto. En concreto, pretendían su inclusión en el censo de población afectada por la construcción, la suspensión de la obra y la indemnización de los perjuicios sufridos.

La Sala Quinta de la Corte Constitucional se preguntó si se había presentado la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la participación, a la vivienda digna y a la dignidad humana de los accionantes. Se refirió a la tensión existente entre la garantía de los derechos fundamentales y las perspectivas de desarrollo, a los espacios de participación y concertación en el diseño y desarrollo de megaproyectos, y a la construcción de represas y sus consecuencias en los derechos fundamentales de las personas.

En este último acápite, la Sala Quinta examinó la jurisprudencia de esta Corporación sobre casos de represas –ya mencionados en la presente providencia- y luego relató los movimientos sociales a nivel internacional que han protestado por la ejecución de este tipo de proyectos debido al impacto social y ambiental que generan. Por ejemplo, nombró la Declaración de Manibelli del año 2000, documento suscrito por varias organizaciones quienes expresaron que “*desde 1948 el Banco Mundial ha financiado grandes proyectos de construcción de represas que han forzado al desplazamiento de unos diez millones de personas de sus casas y tierras*”. La Sala también explicó que quienes suscribieron la Declaración, pusieron de presente los graves impactos ambientales y sociales de las grandes represas, por ende, solicitaron a ese organismo multilateral la revisión independiente y completa de

¹²² M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

todos los proyectos¹²³. Igualmente, la Sala hizo mención a las Declaraciones de Curitiba (1997), la de Rasi Salani (2003) y Temaca (2010), todas producto de encuentros internacionales de personas y poblaciones afectadas por la construcción de represas sin la observación de los intereses de las comunidades. En el mismo orden, la Sala recordó la Observación General No. 7 del Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el derecho a la vivienda digna y los desalojos forzosos, en el que se afirma que una clase de desalojo forzoso es el generado por la construcción de proyectos de infraestructura en nombre del desarrollo. Finalmente, la Sala mencionó y transcribió algunos apartes –ya retomados en la presente providencia- del Informe de la Comisión Mundial de Represas (2000) y el Reporte de las Grandes Represas en América de la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente AIDA (2009).

Con base en lo anterior, la Corte concluyó los siguientes puntos que vale la pena transcribir debido a su aplicabilidad para el caso que se revisa:

“En síntesis, debe señalarse que la construcción de una gran represa implica el surgimiento de una situación extraordinaria para el grupo de personas, que se enfrentan a una modificación grande de sus vidas. Ese cambio, que surge por causa de una decisión gubernamental, que tiene que ver con una visión del interés general (con ella se busca satisfacer las necesidades energéticas de todo el país), amenaza por sí misma derechos fundamentales de dichas personas y puede ponerlos en situación de violación. Es bien sabido que la prevalencia del interés general es un principio constitucional (artículo 1º de la Carta). Sin embargo, también se sabe de sobra que la prevalencia de dicho interés no puede ser pretexto para la violación de los derechos fundamentales de las personas.

No puede la Corte discutir la importancia que tiene la ejecución de proyectos como El Quimbo. Primero, porque no es de su resorte hacerlo, y adicionalmente porque no está llamada a juzgar en la presente tutela cuál debe ser la política energética del Estado colombiano. Sin embargo, sí está en el deber señalar que a nivel mundial –lo demuestran informes, declaraciones, observaciones y estudios como los citados- la

¹²³ Citada en la sentencia T-135 de 2013 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Tomado de: <http://www.internationalrivers.org/es/resources/manibeli-declaration-4334>

amenaza que se cierne sobre un conglomerado al ejecutar una obra de este talante es previsible. Por ello, las autoridades administrativas encargadas de salvaguardar en estos casos los derechos fundamentales de la población impactada tienen un especial grado de responsabilidad, tanto en la fase de diseño como en el de implementación, para que las obligaciones de mitigación de las consecuencias sociales previstas en la licencia ambiental se honren cabalmente. Igualmente, es pertinente indicar que, ante el enorme impacto de este tipo de obras sobre las personas debería llevar, en algún momento no muy lejano, a quienes toman decisiones de políticas públicas en esta materia a plantear otras alternativas (...)

De la lectura de los pasajes anteriores de esta sentencia vale destacar que el grupo de derechos principalmente amenazados y potencialmente violados, comprende, entre otros, el derecho (i) a tener una vida digna, (ii) al mínimo vital y (iii) a la vivienda digna, al (iv) trabajo y a la (v) seguridad alimentaria. También existe, como se vio, un potencial riesgo de afectación del (vi) derecho a un medio ambiente sano. Por último cabe destacar que se puede afectar gravemente el derecho a la participación pública efectiva, consagrado en los artículos 40-2 de nuestra Constitución (...)

Ahora bien, no solamente las autoridades ambientales tienen un especial grado de cuidado en relación con la mitigación de los impactos sociales de la obra. Este deber especial también atañe directamente a la empresa interesada en la obra. La actividad que desarrollan implica un riesgo grave para muchas personas, por lo que, aun antes de que empiece su ejecución, antes incluso de que se surta el trámite de licenciamiento ambiental, deben prestar especial atención a la salvaguarda del derecho a la participación pública efectiva, aunque no se esté en una situación que invoque la realización forzosa de la consulta previa prevista en el Convenio 169 de la OIT”.

La Corte concedió la protección a los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, ordenó a la empresa EMGESA incluir en el censo de afectados de El Quimbo a los actores y realizar las acciones pertinentes para garantizar los espacios de participación y concertación con las comunidades afectadas conforme a los lineamientos requeridos por el Ministerio de Ambiente en el trámite de licenciamiento.

2.6.3. En suma, puede concluirse que existen suficientes casos ilustrativos a nivel comparado y nacional sobre la construcción de represas en los que se ven forzadas las comunidades a desplazarse del lugar donde tradicionalmente han vivido, y este cambio en el entorno genera *per se* múltiples efectos: los obliga a cambiar de actividades de producción, por ejemplo, o en otras ocasiones, produce aislamiento familiar o la desintegración cultural, y en otras situaciones, genera la necesidad de conectividad con otros centros urbanos ahora más cercanos por el nuevo asentamiento para satisfacer servicios de educación, salud, alimentación y vivienda. Todas estas problemáticas evidenciadas representan una amenaza o potencial vulneración de derechos fundamentales como el mínimo vital, la seguridad alimentaria, la vivienda digna, el ambiente sano, el trabajo, la libre determinación de los pueblos, la consulta previa, la salud, entre otros, de las comunidades que se ven forzadas a desplazarse o a ajustar sus estilos de vida.

En ese orden, tanto el Estado como la empresa que sea titular de un proyecto hidroeléctrico o de gran envergadura, tienen el deber constitucional de iniciar unos estudios de impacto no sólo ambiental, sino también sociocultural y económico. Para ello, deben abrirse espacios de participación para la comunidad en general y de consulta previa en particular para los pueblos indígenas y tribales; estos espacios deben contribuir a (i) identificar el colectivo que puede resultar eventualmente afectado por el proyecto y su operación en el tiempo, objetivo para el que también es indispensable un proceso de censo adecuado; (ii) identificar los impactos ambientales y socioeconómicos y culturales; (iii) explorar las posibles alternativas, estrategias y medidas de compensación y mitigación. Además, teniendo en cuenta que existen impactos que son imprevisibles al momento de la construcción de un proyecto de este tipo, es necesario que se adelanten planes de manejo ambiental y social, en los que se verifiquen las afectaciones que han surgido en el tiempo y se establezcan las medidas de corrección. La elaboración y ejecución de estos planes de seguimiento y manejo ambiental le corresponden a la empresa titular de la explotación u operación de la represa y a las entidades Estatales, y debe consultarse y adelantarse conjuntamente con las comunidades aledañas con el fin de establecer un diagnóstico, identificar las afectaciones sociales y económicas y formular las medidas de mitigación, corrección y compensación más adecuadas.

3. CASO CONCRETO

3.1. RESUMEN DE LOS HECHOS PROBADOS

3.1.1. Contexto de los hechos que sustentan la acción de tutela

La Central Hidroeléctrica Salvajina fue construida entre los años de 1980 y 1985 por la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca CVC¹²⁴. Inició operaciones en el año 1985 con una capacidad instalada de 285 MW y, actualmente, su generación de energía anual es de 1.050 GWh. Es un proyecto multipropósito construido para el control de las inundaciones del río Cauca, el control de la contaminación del río y la producción de energía. El embalse de Salvajina se encuentra ubicado en territorios de los municipios Suárez y Morales del departamento del Cauca¹²⁵.

El área de influencia se caracteriza por asentamientos de población campesina, afrodescendiente e indígena que se distribuye en forma dispersa, presentando cierta tendencia hacia la concentración en lugares cercanos a la zona del embarcadero. Los habitantes ubicados en el área de influencia directa, en las dos márgenes del embalse, dependen del transporte fluvial para su desplazamiento hacia las veredas y cabeceras municipales, ya que los caminos carretables no son aptos para el desplazamiento vehicular. El transporte de productos agrícolas, animales y personas se realiza en barcas, bajo precarias condiciones de seguridad y comodidad¹²⁶.

En el año 1986, se presentó una movilización de las comunidades campesinas, indígenas y afrocolombianas que fueron afectadas por la construcción del embalse¹²⁷. Estas comunidades formularon un pliego de peticiones con las necesidades de la región. Por ello, el Gobierno Nacional¹²⁸, concretamente, la Presidencia de la República, la

¹²⁴ La EPSA aportó mediante escrito del 14 de enero de 2014, “Salvajina. El Parto de una quimera”, emitido por la Dirección Ejecutiva de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca sin fecha, en el que no se hace referencia concreta a los impactos sociales de la construcción de la represa y las posibles medidas de mitigación (fl. 210 del anexo No. 2).

¹²⁵ Estos municipios están conformados por 6 corregimientos y 20 veredas en Suárez y 5 distritos y 14 núcleos poblacionales en Morales, todos ellos dentro del área de influencia del proyecto. Concepto No. 640 del 17 de abril de 2008 emitido por el Ministerio de Vivienda, Ambiente y Desarrollo Territorial. Expediente de licencias, permisos y trámites No. 2581 del proyecto “Central Hidroeléctrica Salvajina” con fecha de apertura el 3 de septiembre de 2001 por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Allegado por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (fls. 154-167).

¹²⁶ Concepto No. 640 del 17 de abril de 2008 emitido por el Ministerio de Vivienda, Ambiente y Desarrollo Territorial. Expediente de licencias, permisos y trámites No. 2581 del proyecto “Central Hidroeléctrica Salvajina” con fecha de apertura el 3 de septiembre de 2001 por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Allegado por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (fls. 154-167).

¹²⁷ Hecho que es corroborado por el escrito de la EPSA y narrado igualmente en el escrito de tutela.

¹²⁸ En el acta se establece que “se utilizan las expresiones GOBIERNO Y COMUNIDAD para designar en el primer caso el conjunto de funcionarios de las distintas Entidades Gubernamentales de los Ordenes Nacional, Departamental y Municipal, lo mismo que las Entidades descentralizadas de esos tres niveles; y en el segundo

Gobernación del Departamento del Cauca, la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, el INCORA (hoy INCODER), la Procuraduría regional de Popayán y las alcaldías de los municipios de Morales y Buenos Aires, suscribieron un acta con las comunidades – denominada también como “Acta 86”- en la cual se comprometieron, primordialmente, a realizar varias obras de infraestructura como medidas de compensación, entre las cuales pueden resaltarse: vías de comunicación y transporte terrestre y acuático entre las veredas aledañas al embalse y a lo largo del embalse, respectivamente; escuelas en cada una de las veredas; un hospital local en Suárez, con ambulancias y la dotación respectiva, así como puestos de salud en tres veredas; adecuación de servicios públicos como acueductos, teléfonos y electrificación; reubicación de predios para explotación de minería de las familias que la ejercían como actividad de producción; y planes de pesca y de reforestación¹²⁹.

En desarrollo de esos compromisos, el Gobierno Nacional emitió el Decreto 3000 de septiembre de 1986 a través del cual se creó la Comisión de Supervisión y Evaluación del Plan de Desarrollo Integral de la Región de la Salvajina, cuya misión fue supervisar y velar por el cumplimiento de los acuerdos y proyectos consignados en el acta suscrita el 17 de agosto de 1986 entre representantes del Gobierno y miembros de las comunidades afectadas por la construcción de la represa de La Salvajina, con el fin de adelantar un plan de desarrollo integral de esa zona del departamento del Cauca, así como la identificación y calificación de las soluciones a los problemas de los damnificados por la construcción del embalse.

La Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca –CVC- fue la única propietaria y operadora de la Central Hidroeléctrica, hasta que se expidió el Decreto Ley 1275 del 21 de junio de 1994, por medio del cual se reestructuró esta entidad y se creó la Empresa de Energía del Pacífico S.A. EPSA, hoy Empresa Energía del Pacífico S.A. E.S.P “EPSA. E.S.P.”, bajo el esquema de escisión de un patrimonio público autónomo, como lo corrobora la escritura pública No. 0912 del 12 de diciembre de 1994, con el fin de *“organizar una empresa de servicios públicos domiciliarios con los activos de interconexión, generación, transmisión y distribución de energía de la Corporación Autónoma*

caso para comprender las distintas comunidades Campesinas e Indígenas antes señaladas”. Documento del “Acta de compromiso con los representantes de las comunidades campesinas e indígenas afectadas con la construcción de la represa de la salvajina en el departamento del Cauca” de agosto de 1986, Popayán. Expediente de la acción de tutela en revisión, cuaderno No. 1, folios 72-85.

¹²⁹ “Acta de compromiso con los representantes de las comunidades campesinas e indígenas afectadas con la construcción de la represa de la salvajina en el departamento del Cauca” de agosto de 1986, Popayán. Expediente de la acción de tutela en revisión, cuaderno No. 1, folios 72-85.

Regional del Valle del Cauca, conformada como sociedad anónima de economía mixta, con autonomía administrativa, patrimonial y presupuestaria, separando así la actividad energética de recursos naturales, medio ambiente y aguas, y contribuyendo a una prestación del servicio más eficaz”¹³⁰. Actualmente la EPSA es de naturaleza privada¹³¹ y es propietaria del embalse Salvajina desde 1996, cuando se realizó formalmente la transferencia de la Central Hidroeléctrica a la EPSA por medio de escritura pública No. 0943 del 31 de julio¹³².

En el año de 1999, y para dar continuación a los proyectos y medidas de compensación antes acordadas con las comunidades aledañas al embalse, se creó la fundación EPSA la cual realiza una continuación de los proyectos de generación de ingresos, de inversión en vivienda, de generación de empleo, entre otros, ya iniciados por la CVC¹³³.

Desde el año 2001, la Autoridad Ambiental, en cabeza del Ministerio del Medio Ambiente, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, han desarrollado actividades tendientes al seguimiento y control de la operación de la Central Hidroeléctrica Salvajina¹³⁴.

Así, mediante auto No. 788 del 16 de octubre de 2001, el hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible inició trámite de seguimiento

¹³⁰ Escrito allegado por la CVC. Información que coincide con lo relatado por la Empresa de Energía del Pacífico EPSA, mediante escrito del 14 de enero de 2014.

¹³¹ En el escrito allegado el representante legal del EPSA aclara: “El 5 de junio de 2007 el Gobierno Nacional vendió en subasta pública aproximadamente el 60% de las acciones de EPSA. Un consorcio formado por Houston Industries y Electricidad de Caracas adquirió esas acciones y, éste, a su turno, en el año 2000, vendió su participación accionaria a la compañía española Unión FENOSA S.A. En marzo de 2009, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de España, autorizó la formulación de una Oferta Pública de Adquisición del 100% de las acciones de Unión Fenosa S.A., por parte de Gas Natural SDG S.A., que a su vez se convirtió en el beneficiario real del 63.82% de las acciones de EPSA.. En octubre de 2009, Gas Natural SDG S.A., por intermedio de sus sociedades subordinadas Gas Natural Internacional SDG S.A., Unión FENOSA Internacional S.A. y Unión FENOSA Colombia S.A., suscribió con Colener S.A.S., Inversiones Argos S.A. (hoy Grupo Argos S.A.) y Banca de Inversión Bancolombia S.A. Corporación Financiera, un preacuerdo bursátil encaminado a la venta de la participación indirecta que poseía en la sociedad colombiana Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P., EPSA. La venta se instrumentó a través de una Oferta Pública de Adquisición autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual se perfeccionó el 14 de diciembre de 2009. En razón de la composición accionaria de EPSA, en la cual Colener S.A.S (sociedad 100% de capital privado) es propietaria de la mayoría del capital (50.01%), conforme al artículo 14.7 de la Ley 142 de 1994 (...)”.

¹³² Afirmación que es corroborada por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la CVC y por la misma empresa en los documentos allegados a esta Corporación.

¹³³ Concepto No. 746 del 13 de octubre de 2004. Expediente de licencias, permisos y trámites No. 2581 del proyecto “Central Hidroeléctrica Salvajina” con fecha de apertura el 3 de septiembre de 2001 por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Allegado por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales.

¹³⁴ Expediente de licencias, permisos y trámites No. 2581 del proyecto “Central Hidroeléctrica Salvajina” con fecha de apertura el 3 de septiembre de 2001 por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Allegado por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales.

ambiental al proyecto “Central de Energía Hidroeléctrica Salvajina – Capacidad de 285 MW”, de propiedad de la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P.-EPSA, localizada en jurisdicción del municipio de Silvia en el Departamento del Cauca¹³⁵. En este documento, el Ministerio de Ambiente deja constancia que ha realizado seguimiento ambiental a algunos proyectos hidroeléctricos y *“considera necesario para verificar el estado actual del área de influencia de las centrales hidroeléctricas así como le gestión ambiental adelantadas por estas, llevar a cabo una visita de seguimiento”*. La visita técnica de seguimiento se realizó entre los días 26 y 29 de julio de 2004 y el Ministerio emitió el concepto No. 746 de 2004, sobre el cual fundamentaría el siguiente auto.

El 22 de noviembre de 2004, mediante auto No. 1168 del 22 de noviembre de 2004, el Ministerio efectuó unos requerimientos a la EPSA, entre los cuales se encuentra la presentación de un Plan de Manejo Ambiental (en adelante PMA) para la operación del proyecto en cuestión, con base en los términos de referencia que se anexaron en dicha providencia¹³⁶. En esta misma decisión el Ministerio requirió de manera inmediata la realización de un proceso de concertación con las comunidades afectadas en su tránsito entre las dos orillas del embalse en época de verano, con el propósito de identificar las medidas que permitieran solucionar esta problemática y garantizar con ello la conectividad entre las orillas del embalse en cualquier época del año¹³⁷.

En efecto, el concepto técnico No. 746 sobre el seguimiento ambiental de la operación que sirvió de sustento del auto mencionado expresaba:

“Uno de los impactos generados por el proyecto de mayor importancia, desde el punto de vista social, es la afectación de la conectividad en las áreas aledañas a las colas del embalse, durante la época de estiaje. En efecto, el embalse afectó las rutas utilizadas por las comunidades, entre ellas algunas comunidades indígenas, ante lo cual se adoptaron medidas compensatorias consistentes en la instalación de barcazas para el cruce del embalse; sin embargo, cuando el nivel del embalse

¹³⁵ Expediente de licencias, permisos y trámites No. 2581 del proyecto “Central Hidroeléctrica Salvajina” con fecha de apertura el 3 de septiembre de 2001 por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Allegado por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales.

¹³⁶ Expediente de licencias, permisos y trámites No. 2581 del proyecto “Central Hidroeléctrica Salvajina” con fecha de apertura el 3 de septiembre de 2001 por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Allegado por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales.

¹³⁷ Expediente de licencias, permisos y trámites No. 2581 del proyecto “Central Hidroeléctrica Salvajina” con fecha de apertura el 3 de septiembre de 2001 por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Allegado por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. Cuaderno 1.

baja por causa del verano, las barcazas no pueden cumplir su función por cuanto el área de cruce se seca y queda lleno de lodo que lo impide.

Por ello, se considera imperativo que la empresa delante de inmediato un proceso de concertación con las comunidades afectadas, con el propósito de identificar las medidas que permitan solucionar esta problemática y garantizar la conectividad de las dos orillas del embalse en cualquier época del año, proceso durante el cual debe aplicar los procedimientos contemplados en el Decreto 1320 de 1998, referente a la participación de comunidades negras e indígenas en los estudios de los proyectos que los afectan”¹³⁸.

Mediante auto No. 2877 del 30 de agosto de 2011, el Ministerio de Ambiente consideró que se tenían los elementos técnicos y de juicio necesarios para establecer el área de influencia del proyecto para los medios abiótico, biótico y socioeconómico. De igual manera, señaló en el artículo 2, que respecto del área de influencia del proyecto “*Las veredas localizadas al lado y lado del río Cauca desde el sitio de la presa hasta la desembocadura del río Orejas, tramo en el cual se localizan poblaciones cuya percepción es que la extracción de arena alcanza a ser afectada por la operación de la Central, incluyendo la cabecera municipal del municipio de Suárez*”. Afirma que el área de influencia indirecta desde el punto socioeconómico comprende la jurisdicción de los municipios de Suárez y Morales¹³⁹.

La EPSA presentó el informe sobre la identificación del área de incidencia directa e indirecta. Además, manifestó que se encuentra en proceso de consulta con las comunidades para la presentación final del Plan de Manejo Ambiental¹⁴⁰. Mediante escrito allegado por la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, ésta autoridad afirmó lo siguiente:

“(…) cabe anotar que para que el Plan de Manejo Ambiental sea aprobado por parte de la Autoridad nacional de Licencias

¹³⁸ Expediente de licencias, permisos y trámites No. 2581 del proyecto “Central Hidroeléctrica Salvajina” con fecha de apertura el 3 de septiembre de 2001 por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Allegado por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales.

¹³⁹ Expediente de licencias, permisos y trámites No. 2581 del proyecto “Central Hidroeléctrica Salvajina” con fecha de apertura el 3 de septiembre de 2001 por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Allegado por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. Cuaderno 3.

¹⁴⁰ Afirmado por el ANLA en el escrito allegado a la Corte Constitucional el pasado 5 de julio de 2013 que remitió el expediente del Plan de Manejo Ambiental. También lo señaló la EPSA en el escrito allegado el 14 de enero de 2014.

*Ambientales – ANLA-, deberá cumplir con lo establecido en la Normatividad ambiental vigente para lo cual deberá surtir todo el trámite a que haya lugar incluyendo lo establecido en el Decreto 1320 de 1998. Durante la elaboración de dicho estudio la **Empresa deberá tener en cuenta las condiciones abióticas, bióticas y socioeconómicas existentes en el área de influencia y determinar los impactos ambientales generados por el proyecto, así como las medidas de manejo que sean del caso (de prevención, corrección, mitigación y compensación).***

Se destaca que en la descripción del proyecto el PMA deberá considerar las condiciones de operación y la descripción de la infraestructura vial existente, entre muchos otros aspectos y en la caracterización ambiental se espera que entre otras cosas se analice el comportamiento hidrológico del área (considerando aspectos relacionados con las inundaciones), condiciones geomorfológicas y geotécnicas (incluyendo procesos erosivos), condiciones de las coberturas vegetales, usos del suelo, actividades productivas, condiciones de la infraestructura social, entre otros”¹⁴¹.(Énfasis de la Sala)

3.1.2. Hechos relatados en la acción de tutela que se revisa

Los Gobernadores de los Resguardos Honduras y Cerro Tijeras de los municipios de Morales y Suárez del departamento del Cauca, aducen que sin hacer ningún tipo de consulta con las comunidades sobre los efectos del proyecto de la Central Hidroeléctrica Salvajina, el Estado inició y continuó las obras que terminaron en 1985. Aclaran que al año siguiente comenzó la regulación del cauce del río Cauca a través de la represa.

Manifiestan que la construcción del embalse sin la consulta debida, tuvo varios efectos sobre las comunidades que vivían en la zona, entre las cuales mencionan los siguientes: **i.** Venta de tierras por precios irrisorios; **ii.** incomunicación de las comunidades debido a la inundación de los caminos; **iii.** afectación de las actividades económicas como la extracción de oro y aluvión, puesto que la mayoría de minas desaparecieron debido a la inundación, y el ejercicio de la pesca, porque las especies de peces variaron y muchas otras no volvieron a aparecer por el represamiento del río; **iv.** una vez terminada la represa y su posterior inundación, los residuos de las obras se

¹⁴¹ Afirmado por el ANLA en el escrito allegado a la Corte Constitucional el pasado 5 de julio de 2013 que remitió el expediente del Plan de Manejo Ambiental

descompusieron, lo que produjo gases putrefactos que afectaron la salud de la población cercana y, v. en razón a la incomunicación en la que quedaron algunas comunidades, se construyeron embarcaciones, como chalupas y canoas para transportarse, sin embargo, por la falta de conocimientos técnicos para conducirlos, algunas se hundieron en la represa y varias personas murieron.

Por los anteriores efectos, alegan que en el año 1986 los habitantes del entonces corregimiento de Suárez, se movilizaron para pedirle a las autoridades locales y nacionales que mejoraran las condiciones de vida de las comunidades afectadas por la construcción de la represa. Señalan que en esta movilización *“participaron alrededor de 36 veredas y 6 resguardos indígenas cuya pretensión principal era llegar a Popayán para pedirle al gobierno nacional, y a todas las autoridades involucradas, que se restituyeran las condiciones de vida de la población anteriores a la edificación de la represa”*.

Afirman que el día 17 de agosto de 1986, los representantes de las comunidades y los representantes del gobierno llegaron a un acuerdo que *“quedó consignado en un acta. En ella el gobierno nacional se comprometió una serie de obras en infraestructura, salud, empleo y obras públicas (...) se acordó en relación con el derecho a la educación, la construcción, dotación y consecución de profesores para varias escuelas (...) a proveer la cantidad suficiente de profesores y a modificar el pensum escolar para adecuarlo a las necesidades de la comunidad”*. Añaden que el gobierno se comprometió a construir carreteras para que los diferentes territorios que estuvieran incomunicados, contaran con vías idóneas de acceso para sus comunidades.

Aclaran que estos compromisos fueron adquiridos por el Estado *“hace más de 25 años, y desde hace 25 años las comunidades indígenas, campesinas y afrodescendientes han venido exigiendo el cumplimiento de este acuerdo, sin que el gobierno nacional, departamental, ni local hayan cumplido a cabalidad sus compromisos”*. Igualmente expresan que de los acuerdos concertados en el acta de 1986 se ha dado cumplimiento sólo al 30%, lo que ha generado graves perjuicios a la vida diaria de las diversas comunidades afectadas.

Concretamente sobre los acuerdos relativos al ejercicio del derecho a la educación, los demandantes señalan que *“las escuelas que el gobierno nacional se comprometió a construir no han sido edificadas en su totalidad, y aquella que construyó está en muy mal estado de conservación”*, situación que genera un riesgo constante para los niños

que asisten a clase, pues pueden lesionarse por la alta posibilidad de derrumbe de las instalaciones. El gobierno tampoco, alegan los actores, ha cumplido con su obligación de proveer el número suficiente de plazas para profesores en los colegios indígenas, lo que genera que los pocos que hay, tengan a su cargo muchos cursos. Añaden que los profesores no tienen la idoneidad étnica suficiente para enseñar a los niños y niñas aspectos de la cultura tradicional indígena, que son vitales para la conservación de su identidad. Concluyen que la educación que es ofrecida no cumple con las características de accesibilidad, adaptabilidad, aceptabilidad y disponibilidad, exigidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En cuanto a las vías de comunicación, indican que la lejanía de las escuelas exige que los niños tengan que hacer “*grandes travesías*” para asistir a clase, lo que los expone a peligros debido a la presencia de grupos al margen de la ley y a las precarias condiciones naturales de los caminos por los que deben pasar. Sobre ello, aclaran que los menores al desplazarse a las escuelas tienen que pasar por caminos riesgosos y ríos caudalosos que en temporada de lluvias aumentan de tal forma su nivel, que muchas veces impiden el paso, lo que conduce a que los menores no puedan asistir a sus colegios.

Con base en los anteriores hechos, el Gobernador del resguardo indígena de Honduras, Rolando Talaga Campo, y el Gobernador del cabildo de Cerro Tijeras, Carlos Cobo Chandillo, en representación de sus comunidades y de los niños y niñas concretamente, interpusieron acción de tutela solicitando que se amparen sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la diversidad cultural y étnica (artículo 7 C.P.), a la educación (artículos 10, 67 y 68 C.P.), y a la protección especial de los menores de edad (artículo 44 C.P.), todo ello relacionado con el principio de la buena fe (artículo 83 C.P.). En consecuencia, piden que se ordene a las entidades demandadas que “*en un plazo razonable acometan todas las acciones necesarias para que dejen de vulnerarse los derechos fundamentales señalados. Estas acciones son: la construcción de vías de acceso a los colegios, la construcción y remodelación de las escuelas existentes, la provisión de los docentes necesarios para atender a los niños y las niñas, junto con el no cobro de los derechos académicos para los niños y niñas en la escuela primaria (...)*”. Además, señalan que dado que se trata de acciones progresivas que involucran también una disponibilidad presupuestal, solicitan se ordene a las entidades competentes formular un “*cronograma de actividades detallado para monitorear el cumplimiento de las obras*”.

3.2. EXAMEN DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

3.2.1. Legitimación por activa

3.2.1.1. El artículo 86 de la Constitución dispone que la acción de tutela es un mecanismo que puede ser ejercido por toda persona “*por sí mismo o por quien actúe a su nombre*”, para obtener la protección urgente de los derechos fundamentales que se estimen violados por la acción u omisión de cualquier autoridad estatal o entidad particular, en este último caso en ciertos eventos. En el mismo sentido lo establece el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

3.2.1.2. En lo referente al caso concreto, los Gobernadores de los resguardos de Honduras y Cerro Tijeras interponen acción de tutela en nombre propio y en representación de las comunidades indígenas que han sido presuntamente afectadas por la represa Salvajina. Como miembros de la comunidad y autoridades tradicionales de la misma, la Sala encuentra que su legitimación para ejercer la acción se encuentra demostrada.

3.2.2. Legitimación por pasiva

3.2.2.1. El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 dispone la procedencia de la acción de tutela contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de particulares (en ciertos casos) que viole o amenace violar los derechos fundamentales. En desarrollo de esta disposición, la Corte Constitucional ha mencionado que la legitimación pasiva debe ser entendida como la facultad procesal que se le reconoce al demandado para que éste desconozca o controvierta la reclamación que el actor dirige contra él mediante demanda¹⁴².

3.2.2.2. En el caso concreto, la mayoría de las personas demandadas son autoridades públicas que, por tanto, pueden ser sujetos pasivos de la acción de tutela. En cuanto a la empresa Celsia S.A., aunque se trata de una persona jurídica de derecho privado, en tanto está involucrada en el manejo y administración de la represa y tiene además una posición de

¹⁴² Ver sentencia T-416 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández: “(...) la legitimación pasiva en la acción de tutela hace referencia a la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental. En la medida que 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. Cfr. sentencia T-1015 de 2006. MP. Álvaro Tafur Galvis, reiterado en la sentencia T-780 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

mayor poder que las comunidades indígenas, la Sala encuentra que también está legitimada por pasiva.

Por otra parte, es necesario aclarar que aunque no fue demandada ni vinculada en las instancias de la acción de tutela, la Sala Séptima de Revisión vinculó a la Empresa Energía del Pacífico S.A. E.S.P “EPSA. E.S.P.”¹⁴³, pues es quien ostenta hoy la propiedad de la represa la Salvajina y es sobre quien recaen las obligaciones y requerimientos que hasta hoy ha formulado el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en el trámite del Plan de Manejo Ambiental. De forma pues, que esta persona jurídica de naturaleza privada es quien adelanta actualmente el trámite de consulta con las comunidades presuntamente afectadas por los impactos de la Salvajina, y concretamente, con los accionantes, por lo que se encuentra demostrada su legitimación por pasiva.

3.2.3. Inmediatez

3.2.3.1. Los objetivos principales de la acción de tutela son: i) proteger y restablecer los derechos fundamentales que han sido vulnerados, y ii) evitar un perjuicio irremediable cuando exista una amenaza real e inminente a un derecho fundamental. Es por esa razón que el accionante debe solicitar la protección en un plazo razonable o prudencial, es decir, la acción de tutela no puede ejercitarse en un tiempo indefinido desde el momento en que ocurrió el hecho que originó la vulneración o amenaza, porque perdería su misma naturaleza¹⁴⁴.

Para establecer la razonabilidad del tiempo transcurrido entre el desconocimiento de la atribución fundamental y el reclamo ante el juez constitucional, la jurisprudencia ha establecido unos parámetros para su justificación. Al respecto, la sentencia T-743 de 2008¹⁴⁵ precisó lo siguiente:

“La Corte Constitucional ha establecido algunos de los factores que deben ser tenidos en cuenta para determinar la razonabilidad del lapso: (i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el

¹⁴³ En la página web de la empresa Celsia se afirma que “En diciembre de 2009, Celsia, por medio de su filial Colener S.A.S., adquiere el 47,3% de la Empresa de Energía del Pacífico S.A., EPSA, luego de realizar una Oferta Pública de Adquisición, OPA”.

¹⁴⁴ Ver, sentencia T-196 de 2010 M.P. María Victoria Calle Correa.

¹⁴⁵ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado¹⁴⁶; (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición¹⁴⁷”

En el mismo sentido, la jurisprudencia también ha destacado que puede resultar admisible que transcurra un extenso espacio de tiempo entre el hecho que generó la vulneración y la presentación de la acción de tutela bajo dos circunstancias¹⁴⁸: (i) cuando se demuestra que la afectación es permanente en el tiempo y (ii) cuando se pueda establecer que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado los derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez, como por ejemplo en los estados de indefensión, interdicción, minoría de edad, incapacidad física, entre otros¹⁴⁹.

3.2.3.2. En el presente caso, la construcción de la Central Hidroeléctrica Salvajina se desarrolló entre los años de 1981 y 1985, tiempo en el cual se desplazó a comunidades campesinas, indígenas y afrocolombianas para la ejecución de las obras, y no se abrieron espacios de participación en los que se concertaran medidas de compensación o de reparación. No obstante, en 1986 se redactó el Acta 86, por medio de la cual, y debido a los impactos socioeconómicos generados, varias entidades estatales se comprometieron a ejecutar proyectos de infraestructura en salud, educación, transporte, comunicación, etc., para las comunidades damnificadas. A la fecha, según los actores, los compromisos adquiridos no han sido cumplidos, situación que les ha generado aún mayores impactos en su vida diaria como la ausencia de caminos transitables para desplazarse, ausencia de puestos de salud, ausencia de servicios de saneamiento básico y agua potable, y malas condiciones de las escuelas donde los niños estudian, entre otros.

A pesar de que a primera vista podría sostenerse lo argumentado por las partes demandadas en el sentido de que ya han pasado más de 25 años desde la construcción del embalse y, por tanto, no hay inmediatez de la

¹⁴⁶ Ver sentencia SU-961 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁴⁷ Ver sentencia T-243 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁴⁸ Ver sentencia T-172 de 2013 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. “En estos términos, el límite incontestable para interponer la solicitud de protección no es el transcurso de un periodo de tiempo determinado, sino el acaecimiento del fenómeno de la carencia actual de objeto. La sentencia T-883 de 2009 advirtió que para que el amparo sea procedente, no obstante haber transcurrido un tiempo prolongado desde la ocurrencia del acto lesivo, se requiere que la afectación de derechos fundamentales que se pretende remediar sea actual”.

¹⁴⁹ Pro ejemplo ver sentencia T-1078 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

acción constitucional, también es cierto que las situaciones actuales que presentan los gobernadores de las comunidades indígenas en la acción de tutela muestran hechos vulneratorios de los derechos fundamentales a la participación, a la consulta, a la autonomía étnica y cultural y a derechos económicos, sociales y culturales como lo son la salud y la educación, que han persistido en el tiempo y que merecen ser analizados por el juez constitucional.

El hecho generador de la presunta vulneración de los derechos fundamentales fue la construcción de una Central Hidroeléctrica que se realizó sin tenerse en cuenta los impactos ambientales, sociales y culturales en el área, entre otras razones porque en aquella época no se requería de un trámite tan estricto como lo es el de la licencia ambiental. Lo anterior ha generado que los impactos del proyecto continúen en el tiempo, y esto puede corroborarse incluso con los conceptos más recientes del Ministerio de Ambiente, por ejemplo el emitido el 17 de abril de 2008¹⁵⁰, en el cual se afirmó,

“En visita de campo se evidenció que la población está sujeta al aislamiento territorial, dificultades para la producción agrícola, precariedad en las condiciones de seguridad alimentaria y ausencia de fuentes laborales, de tal manera que se ve obligada a buscar recursos en actividades ilícitas (recolección de hojas de coca) o migrando a las cabeceras departamentales para realizar oficios no calificados como maestros de obra o empleadas de servicio doméstico. Los habitantes de las veredas de Suárez y Morales vecinos de la Salvajina, dependen para su movilización y la de sus productos de los planchones operados por la Empresa EPSA (...) se encuentran actualmente sitiadas por la ausencia de vías transitables, por los horarios establecidos para el transporte fluvial y por las dificultades de conectividad que se originan en épocas de estiaje, cuando los planchones no pueden desplazarse debido a los procesos de sedimentación en las colas del embalse”.

En el mismo sentido, en el concepto del 18 de agosto de 2011, emitido por la misma autoridad, se señaló que *“durante la visita de campo se pudo corroborar que la percepción de la comunidad sobre los impactos generados por la operación de la central parece estar*

¹⁵⁰ Concepto No. 640 del 17 de abril de 2008 emitido por el Ministerio de Vivienda, Ambiente y Desarrollo Territorial. Expediente de licencias, permisos y trámites No. 2581 del proyecto “Central Hidroeléctrica Salvajina” con fecha de apertura el 3 de septiembre de 2001 por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Allegado por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales.

relacionada directamente con el nivel de información y socialización del proyecto, las cuales no habrían sido suficientes. Aún persisten, según lo manifestado por la comunidad, situaciones no resueltas que fueron generadas durante la construcción del proyecto de las cuales algunas comunidades en particular reclaman su solución”.

Por otra parte, es cierto que las comunidades actoras han tenido un tiempo razonable para contemplar interponer otros recursos y acciones que ofrece la legislación; sin embargo, la Sala encuentra justificado su inacción, por cuanto estaban a la espera de las medidas adelantadas por entidades estatales como la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca y el Ministerio de Ambiente, a quienes presentaron derechos de petición sobre la situación que viven, sin que a la fecha se haya solucionado¹⁵¹. Además, actualmente se adelanta, por requerimiento del Ministerio desde el 2001, el trámite de Plan de Manejo Ambiental con la EPSA que no ha culminado y en el cual las comunidades han sido llamadas a dialogar sobre las problemáticas, sin que a la fecha se haya dado solución alguna.

Con base en lo anterior, la Sala observa que las vulneraciones presuntamente cometidas continúan en el tiempo, debido a que no se han garantizado espacios de participación y concertación para las comunidades indígenas acorde con sus características, y tampoco han sido mitigados o reparados otros impactos directamente relacionados con la construcción y operación de la represa, los cuales además se siguen presentando.

También debe recordarse que la comunidad indígena más allá de pretender el cumplimiento de unos compromisos suscritos por las autoridades en 1986, busca la protección de unos derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, los cuales se encuentran presuntamente desconocidos en virtud de los impactos que ha generado la ejecución y la operación de la represa Salvajina.

¹⁵¹ Expediente de licencias, permisos y trámites No. 2581 del proyecto “Central Hidroeléctrica Salvajina” con fecha de apertura el 3 de septiembre de 2001 por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Allegado por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. Están incluidos en este expediente derechos de petición de las comunidades afrodescendientes e indígenas aledañas a la zona del embalse de fechas diversas: (i) 7 de septiembre de 2006 presentado por el Secretario de Gobierno del departamento del Cauca dirigido a la EPSA, (ii) escrito sin fecha firmado por los miembros de la “Comisión Territorial de Comunidades Negras y Mestizas en defensa del territorio en el corredor Río Cauca en el municipio de Jamundí” (Cuaderno 1, fl. 138-142) (iii) escrito del 14 de diciembre de 2011 (Cuaderno 3, fl. 674 en adelante), (iv) 19 de enero de 2012 (Cuaderno 3, fl. 674 en adelante) y (v) escritos del 28 de marzo de 2013 (Cuaderno 3, fl. 674 en adelante).

Por tanto, la Sala concluye que se cumple con la inmediatez de la acción de tutela en razón de que la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados permanece en la actualidad.

3.2.4. Subsidiariedad

3.2.4.1. El artículo 86, inciso 3, de la Constitución y el artículo 6, numeral 1°, del Decreto 2591 de 1991 disponen que la acción de tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, y en caso de existir otros medios, procede de manera excepcional cuando **(i)** exista una amenaza de perjuicio irremediable en términos de derechos fundamentales y/o **(ii)** las acciones judiciales ordinarias no sean idóneas para la protección inmediata de los derechos involucrados.

La Corte Constitucional ha establecido que los medios alternativos con los que cuenta el interesado tienen que ser aptos para obtener la protección con la urgencia que el asunto amerita, de modo que si los medios de defensa resultan ineficaces o insuficientes para proteger los derechos fundamentales o evitar un perjuicio irremediable, la acción de tutela debe ser procedente¹⁵².

3.2.4.2. En el caso concreto las pretensiones de las comunidades indígenas pueden resumirse en dos: la primera se dirige al cumplimiento de los compromisos adquiridos por diversas entidades como medidas de compensación por los impactos generados con la construcción de la represa; y la segunda se concreta en la exigencia de la realización de una consulta para identificar los impactos y adelantar las acciones necesarias con el fin de detener las vulneraciones a otros derechos fundamentales, como la salud y la educación.

Frente a la primera pretensión, la Sala considera que no existe otro mecanismo judicial idóneo para exigir el cumplimiento de los compromisos, pues, en primer lugar, la acción de cumplimiento, que es uno de los recursos que traen a colación las entidades demandadas y vinculadas, no procede, puesto que como lo señalan el artículo 9 de la Ley 393 de 1997 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando una persona solicita el amparo de un derecho susceptible de protegerse mediante tutela (un derecho fundamental), entonces la acción de cumplimiento es improcedente¹⁵³.

¹⁵² Cfr. Sentencia T-191 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁵³ Ver sentencias C-1194 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-047 de 2011 M.P. María Victoria Calle.

En efecto, en el caso concreto los actores ponen sobre la mesa la presunta vulneración de derechos fundamentales que han sido desconocidos por parte de diversas entidades a través del tiempo, y cuyas problemáticas no han sido solucionadas, generándose así una ruptura a su integridad étnica y cultural.

En segundo lugar tampoco es idónea la acción de grupo, toda vez que la finalidad de este recurso es la de reparar los daños individuales causados a un grupo de personas, y en este caso, las pretensiones de la comunidad no se dirigen a obtener una reparación de daños individuales. Puede verse, por ejemplo, que están exigiendo espacios de participación y concertación en los que puedan expresar sus opiniones, y se pueda llegar a acuerdos con las entidades competentes sobre las medidas a tomar para detener los impactos negativos. Esta última pretensión no reviste un interés económico, sino que se dirige a la realización de un deber que se ha omitido y que se relaciona con los derechos fundamentales a la participación, a la educación, a la salud y a la identidad étnica y cultural, por lo que la acción de grupo tampoco tiene la virtualidad suficiente para desplazar a la acción de tutela en el presente caso.

En tercer lugar, podría considerarse la eventual procedencia de una acción popular frente a las pretensiones relacionadas con derechos colectivos; sin embargo, la discusión que presenta la acción de tutela se enfoca en derechos que no son de esta naturaleza, como el de educación y salud. Además, debe recordarse que los derechos de los pueblos indígenas y tribales a la protección de su identidad étnica y cultural, al territorio y a la consulta previa, entre otros, aunque se caracterizan por su titularidad grupal, no son derechos colectivos y en todo caso son derechos fundamentales. A diferencia de lo sostenido por varias de las entidades demandadas y vinculadas, e incluso los jueces de instancia, la Sala considera entonces que la acción popular tiene un alcance insuficiente para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se alegan vulnerados.

En cuanto a la segunda pretensión, dado que (i) no existió un trámite de licencia ambiental en estricto sentido para la ejecución de las obras de la central hidroeléctrica, (ii) tampoco hubo estudios previos de impacto social y económico sobre las comunidades asentadas en el área del proyecto, y (iii) en el marco del trámite del Plan de Manejo Ambiental que se adelanta actualmente, las comunidades no han obtenido solución a esta pretensión todavía, el único medio de defensa judicial para exigir una consulta es a través de la acción de tutela. En sustento de ello, la

Corte Constitucional en su jurisprudencia ha sido clara en establecer que la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para proteger los derechos fundamentales de las comunidades indígenas debido a su condición de vulnerabilidad y su especial protección constitucional (T-698 de 2011¹⁵⁴).

Con base en lo anterior, esta Sala considera que la acción de tutela es procedente para proteger los derechos fundamentales invocados por los resguardos indígenas de Honduras y Cerro Tijeras.

3.3. ANÁLISIS DE LA VULNERACIÓN ALEGADA

3.3.1. Problemas jurídicos y precisiones previas

3.3.1.1. Con base en los hechos presentados y las pretensiones formuladas en la acción de tutela, a la Sala Séptima de Revisión le corresponde establecer si la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca (CVC), el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio del Interior, la Sociedad Celsia S.A., la Empresa de Energía del Pacífico –EPSA- y las demás entidades demandadas, vulneraron los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la diversidad cultural y étnica (artículo 7 C.P.), a la educación (artículos 10, 67 y 68 C.P.), y a la protección especial de los menores de edad (artículo 44 C.P), entre otros, de las comunidades indígenas cercanas a la represa la Salvajina, específicamente los resguardos de Honduras y Cerro Tijeras, **a)** al no haber realizado una consulta previa sobre la ejecución del proyecto “Central Hidroeléctrica Salvajina” a las comunidades indígenas asentadas en la zona de ejecución del mismo, y **b)** dado el incumplimiento de los acuerdos celebrados y consignados en el el “Acta 86”, agravado por el abandono estatal en el que presuntamente se encuentran las comunidades indígenas.

3.3.1.2. Para realizar el análisis pertinente, a la Sala le parece importante hacer **dos precisiones previas**. La **primera** es sobre las pretensiones invocadas por los actores. En efecto, el escrito de tutela invoca dentro de sus pretensiones el cumplimiento de compromisos adquiridos en 1986 por varias entidades estatales, concretamente la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, relacionados con medidas de compensación por los impactos generados por la construcción de la Central Hidroeléctrica Salvajina. Sin embargo, para la Sala es claro que el presunto incumplimiento del acta suscrita en 1986 es sólo una de las causas de una situación permanente y continuada de desconocimiento

¹⁵⁴ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

de derechos fundamentales que se desarrolló y se incrementó con el paso del tiempo, y que genera impactos aún en la actualidad, como más adelante se explicará.

Por consiguiente, el caso concreto plantea problemáticas mucho más profundas que un mero incumplimiento de promesas, que a la luz de un Estado Social de Derecho no pueden ser desconocidas. En ese orden, el objeto del análisis constitucional de la presente acción de tutela, no es solamente la revisión del cumplimiento o no de acuerdos consignados en un acta de 1986 con autoridades estatales, sino la realidad actual de dos comunidades indígenas asentadas en los municipios de Morales y Suárez del departamento del Cauca, las cuales invocan la protección de derechos fundamentales contemplados en la Carta Política y que son exigibles en el marco de un Estado Social de Derecho. Por tanto, para la Sala el “Acta 86” es un antecedente relevante dentro del contexto histórico en el cual se ubican las presuntas vulneraciones de los derechos fundamentales, por ser éste el documento que fue producto de un espacio de participación de las comunidades luego de construida la represa y sobre el cual reposan obligaciones propias de la garantía de los derechos fundamentales, pero –se reitera- su incumplimiento es sólo una causa dentro de la problemática actual planteada por las comunidades indígenas afectadas.

En cuanto a la **segunda precisión**, es necesario aclarar que si bien es cierto que la Salvajina fue planeada, construida y autorizada por el gobierno en los años 80 y fue con las entidades estatales con quienes se pactaron los compromisos del Acta 86, también es cierto que a partir de 1996 la represa le pertenece a la Empresa de Energía del Pacífico E.S.P. –EPSA-, año en el que se realizó formalmente la transferencia de la Central Hidroeléctrica por medio de la escritura pública No. 0943 del 31 de julio¹⁵⁵. Por tanto, la Sala considera que desde aquella época ésta última persona jurídica asumió integralmente las acreencias y los pasivos que genera la represa. Tanto es así que la autoridad ambiental ha valorado el Acta 86, los acuerdos consignados en ella y el estado de cumplimiento de lo pactado, en el expediente del Plan de Manejo Ambiental donde se encuentra toda esta documentación como criterio para establecer los impactos socioeconómicos y las posibles medidas de corrección y de compensación que deben ser implementadas¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Allegada a la Corte Constitucional por la EPSA mediante escrito del 14 de enero de 2014.

¹⁵⁶ Ver el cuaderno No. 2, folios 349-373 del expediente de licencias, permisos y trámites No. 2581 del proyecto “Central Hidroeléctrica Salvajina” con fecha de apertura el 3 de septiembre de 2001 por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Allegado por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales.

Hechas estas precisiones, a continuación la Sala procederá a analizar cada uno de los problemas jurídicos formulados.

3.3.2. Examen de la presunta vulneración del derecho a la consulta previa

Para resolver el **primer problema jurídico** planteado, debe tenerse en cuenta que en la época en la que fue planeada la realización de la represa y en la cual se ejecutó el proyecto de la Central Hidroeléctrica La Salvajina, no existía la obligación del Estado y de los particulares de realizar una consulta previa a las comunidades indígenas o afrocolombianas directamente afectadas.

Como pudo verse en las consideraciones de la presente providencia, entre 1980 y 1986, tiempo en el cual se adelantaron las obras de la represa, la normativa vigente era el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente -Decreto 2811 de 1974-, el cual exigía a toda persona natural o jurídica, pública o privada, que proyectara realizar o estuviera realizando cualquier obra o actividad susceptible de producir deterioro ambiental, declarar el peligro presumible que fuera consecuencia de la obra o actividad. Igualmente contemplaba que para la utilización racional de los recursos naturales se debía observar *“la máxima participación social, para beneficio de la salud y el bienestar de los presentes y futuros habitantes del territorio nacional”*, por ello era necesaria la realización de un estudio ecológico y ambiental previo que tuviera en cuenta factores de orden social y económico. Así, a pesar de tener un componente de reconocimiento del derecho a la participación de las comunidades en materia ambiental, de esta normativa no se derivaba una obligación especial de “consulta previa” a las comunidades indígenas como condicionante para otorgar las licencias y permisos de ejecución de las obras.

Incluso, los tratados internacionales ratificados por Colombia en aquel momento tampoco exigían la realización de una consulta previa en estricto sentido y con las características actuales requeridas para el adelantamiento de este proceso, sino que sólo reconocían el derecho a la participación de los ciudadanos en las decisiones que los involucran¹⁵⁷.

¹⁵⁷ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), ratificado mediante ley 74 de 1968, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), ratificado mediante ley 74 de 1968 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), ratificada mediante ley 16 de 1972.

El instrumento internacional más cercano al reconocimiento de un derecho de participación especial de los pueblos indígenas y tribales en la época de la construcción de la represa, era el Convenio 107 de la OIT, ratificado por Colombia mediante la Ley 31 de 1967, sobre la protección a las poblaciones indígenas y tribales en países independientes. Este documento no contempla la consulta previa, pero sí reconoce el deber de proteger el derecho a la propiedad colectiva de aquellas comunidades, y dispone que “[n]o deberá trasladarse a las poblaciones en cuestión de sus territorios habituales **sin su libre consentimiento**, salvo por razones previstas por la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país o a la salud de dichas poblaciones” (Énfasis de la Sala). El instrumento exige que en los casos en los que sea necesario el traslado, los interesados deben recibir tierras de calidad o por lo menos en iguales condiciones a las que ocupaban y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. También contempla la posibilidad de que los interesados reciban otras medidas de compensación, en dinero o en especie, pero resalta que “[s]e deberá indemnizar totalmente a las personas así trasladadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento”.

Con base en lo anterior, la Sala observa que a nivel nacional e internacional en la época de la construcción de la represa Salvajina no existía una obligación estatal de realizar una consulta previa a las comunidades indígenas afectadas por la construcción de un proyecto dentro de su territorio, por esa razón, la participación de las comunidades indígenas, campesinas y afrocolombianas en el estudio de impactos ambientales y sociales de este proyecto no fue determinante. Sin embargo, el Convenio 107 ya hacía alusión a la garantía del libre consentimiento y a la necesidad de otorgarles una compensación por el traslado de sus tierras, dato que no puede desconocer la Corte, pues entiende la Sala que en el caso concreto, un reflejo del reconocimiento de estas garantías a las comunidades indígenas aledañas al embalse fue la negociación y los acuerdos suscritos en 1986 con las entidades gubernamentales responsables, es decir, el Acta 86 fue una forma de compensación como consecuencia de los impactos generados por la represa¹⁵⁸, que además fue inscrita en un plan de desarrollo regional – mediante Decreto 3000 de 1986-.

¹⁵⁸ Esta afirmación se puede corroborar con lo relatado por la EPSA en el escrito allegado a esta Corporación el 14 de enero de 2014, en los relatos de los accionantes quienes afirman que el Acta 86 fue producto de una negociación entre las entidades gubernamentales responsables del proyecto y la población afectada, con el objeto de establecer soluciones a las problemáticas generadas por la Salvajina. Igualmente, el Acta y el estado de cumplimiento de los compromisos hace parte del expediente de plan de manejo ambiental. Igualmente en

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala encuentra que si bien la consulta previa no era obligatoria para cuando se tomó la decisión de construir la represa Salvajina y se iniciaron las obras, **en este momento sí resulta obligatorio el adelantamiento de una consulta previa, como lo sostiene y exige el Ministerio de Ambiente, en relación con el Plan de Manejo Ambiental que la empresa operadora de la represa está obligada a formular y ejecutar.**

Lo anterior por cuanto: a) la construcción y operación de la represa Salvajina no cuenta con una licencia ambiental, y por tanto, no se ha realizado un seguimiento de impactos de su funcionamiento, b) al ser un proyecto en régimen de transición, el Plan de Manejo Ambiental es la herramienta que permite el seguimiento y control de la operación de la Central Hidroeléctrica, que comprende el conjunto de actividades orientadas a prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos y efectos ambientales y socioeconómicos que se causan por el desarrollo de la obra e incluye los planes de seguimiento y monitoreo¹⁵⁹, c) el Plan de Manejo Ambiental es una nueva decisión que afecta directamente a las comunidades indígenas asentadas alrededor de la represa, en los términos del Convenio 169, y concretamente el Decreto 1320 de 1998, por cuanto como ya se mencionó, contiene determinaciones sobre el manejo de los recursos naturales asociados o afectados por el proyecto, d) la consulta sirve como escenario para formular un diagnóstico de los impactos que se han generado a lo largo del tiempo por el proyecto, y e) la consulta cumple también otro propósito que es garantizar que se elijan, en conjunto con las comunidades afectadas, los mecanismos de compensación, mitigación y corrección más adecuados.

Las anteriores afirmaciones se ven respaldadas por las actuaciones del Ministerio de Ambiente en el proceso de seguimiento ambiental que se inició en el año 2001 en relación con la represa. En efecto, a partir de 2001 esta autoridad inició el seguimiento ambiental de los proyectos en régimen de transición conforme al Decreto 1753 de 1994, entre los que estaba la represa Salvajina. Una vez iniciado el proceso de seguimiento, en el primer concepto emitido por esta autoridad ambiental en el 2004¹⁶⁰, el cual se sustentó en una visita de campo, se dejó constancia

el expediente del Plan de Manejo Ambiental se tiene en cuenta como uno de los antecedentes del proyecto el Acta de 1986 “*encaminada al cumplimiento de una serie de obligaciones encaminadas a resarcir*”. Ver Concepto No. 640 del 17 de abril de 2008.

¹⁵⁹Ver el sustento normativo sobre el Plan de Manejo Ambiental: artículo 57 de la Ley 99 de 1993, Decreto 1320 de 1998 y los decretos 1728 de 2002, 1180 de 2003, 1220 de 2005 y 2820 de 2010. Corroborado por el Concepto emitido por la Directora de Etnias del Ministerio del Interior de fecha 13 de enero de 2006, dentro del proceso del Plan de Manejo Ambiental, Cuaderno 1, fl. 75.

¹⁶⁰ Concepto técnico No. 746 del 13 de octubre de 2004, expediente de licencia ambiental.

de que uno de los impactos generados por el proyecto desde el punto de vista social es la afectación de la conectividad en las áreas aledañas al embalse. Por ello, el Ministerio consideró imperativo que la empresa adelantara de inmediato un proceso de concertación con las comunidades afectadas con el propósito de identificar las medidas adecuadas para dar solución a ese problema. El Ministerio advirtió que el proceso de concertación debía obedecer a la normativa dispuesta en el Decreto 1320 de 1998, relativo a la consulta previa. Frente a este requerimiento¹⁶¹, la Empresa de Energía del Pacífico alegó que el deber de consulta previa no aplicaba por ser un proyecto que ya se había ejecutado y habían entrado en operación desde la década de 1980.

El Ministerio de Ambiente, ante la respuesta de la empresa, solicitó a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior, su concepto sobre la procedencia de la consulta previa. Esta entidad respondió que *“el Plan de Manejo Ambiental está encaminado a establecer medidas de prevención, mitigación, corrección y compensación, es necesario involucrar a las comunidades afectadas, con el fin, de que de manera conjunta, es decir, entre la empresa y los grupos étnicos, se identifiquen los impactos ambientales, sociales, económicos y culturales y se determinen las medidas que se requieren adoptar en el Plan de Manejo Ambiental, de acuerdo con lo señalado en los artículos 4 y 5 del Decreto 1320 de 1998, llevándose a cabo dentro del proceso de consulta previa, que establece la norma en cita”*.¹⁶² Además, en este mismo concepto el Ministerio del Interior resaltó que frente a la represa Salvajina, se estaban recibiendo reiteradas manifestaciones de las comunidades del área de influencia relacionadas con los problemas de movilización e inestabilidad de los terrenos que perjudicaban la comercialización de productos, traslado de remesas y el transporte enfermos, entre otras consecuencias.

Con base en ello, el Ministerio de Ambiente emitió un concepto el 20 de septiembre de 2006, en el que ratificó el requerimiento a la empresa de garantizar espacios de concertación con las comunidades afectadas conforme al Decreto 1320 de 1998. De la misma forma, recordó que los proyectos que habían iniciado actividades con anterioridad a la expedición de la Ley 99 de 1993, y no contaran con autorización ambiental para su operación, como el caso de Salvajina, podrían

¹⁶¹ En el auto No. 1168 del 22 de noviembre de 2004, el Ministerio requirió a la empresa para que presentara el Plan de Manejo Ambiental de la Central Hidroeléctrica Salvajina y para que adelantara procesos de concertación con las comunidades afectadas en su tránsito con el propósito de identificar las medidas que permitieran solucionar la problemática de conectividad.

¹⁶² Oficio emitido por el Subdirector de Comunidades Negras, Minorías Étnicas y Culturales el 4 de julio de 2006. Expediente de licencia ambiental, cuaderno No. 1, folio 79.

continuar si presentaban ante la autoridad ambiental el Plan de Manejo Ambiental el cual debía consultarse con las comunidades afectadas.

La Sala observa además que con la iniciación del trámite del Plan de Manejo Ambiental requerido a la EPSA se pudo constatar que los impactos adversos, originados en la construcción de la represa y la operación actual, a la vida cotidiana de la comunidad indígena aledaña a la zona, se mantienen en el tiempo, y que para fijar medidas de compensación y mitigación de aquellos impactos, es necesario asegurar una consulta entre la empresa y las comunidades. Por consiguiente, ya no se trata de una consulta previa a la construcción del embalse, sino previa a la aprobación del Plan de Manejo Ambiental, proceso dentro del cual se deben asegurar unos espacios de participación y concertación con las comunidades indígenas para acordar los mecanismos dirigidos a mitigar y corregir los impactos ambientales y sociales de la represa.

Según puede concluirse del expediente de seguimiento y del requerimiento del Plan de Manejo Ambiental, el Ministerio del Interior certificó la presencia de varias comunidades indígenas y afrocolombianas en la zona de la represa, entre ellas la del resguardo indígena de Honduras¹⁶³, por ello, entre las actividades que la EPSA inició en septiembre de 2007, estaba la iniciación de proceso de concertación con las comunidades indígenas. Según consta en el expediente del Plan de Manejo, la empresa realizó varias reuniones con las comunidades¹⁶⁴ en el transcurso de los años 2008 y 2009. Actualmente, luego de la presentación del área de influencia de la Central Hidroeléctrica por parte de la empresa,¹⁶⁵ se ha venido recabando toda la información necesaria y requerida por el Ministerio de Ambiente¹⁶⁶ para la aprobación del Plan de Manejo Ambiental .

También es preciso resaltar que en el expediente del Plan de Manejo Ambiental, hay constancia de una sanción que se le impuso a la empresa por el retardo injustificado en la presentación del documento

¹⁶³ Oficio de la Dirección de Étnias del Ministerio del Interior remitido a la empresa EPSA el 24 de julio de 2007. Expediente de licencia ambiental, cuaderno No. 1, folio 129.

¹⁶⁴ Conforme a lo mencionado por la EPSA en su escrito de defensa, se puede leer que se adelantaron reuniones informativas y talleres con las comunidades. Igualmente se puede ver del expediente de licencia ambiental, cuadernos No. 2 y 3, folios 381 – 428.

¹⁶⁵ Ver expediente de licencia ambiental, cuaderno No. 3, a partir del folio 497

¹⁶⁶ Expediente de licencia ambiental, cuaderno No. 3, Autos 4051 de 2010 y 368 de 2011 emitidos por el Ministerio, solicitando información adicional. El Auto 2877 del 30 de agosto de 2011, el Ministerio considera que ya se tienen los fundamentos necesario para establecer el área de influencia del proyecto, por tanto, la establece y establece que “el área de influencia indirecta desde el punto de vista socioeconómico, comprende la jurisdicción de los municipios de Suárez y Morales”.

que fue inicialmente solicitado en el 2004.¹⁶⁷ A pesar de que las actuaciones del trámite no son de competencia del juez de tutela, la Sala considera relevante tener presente que una de las razones por las cuales se impuso la sanción fue el no adelantamiento de la consulta previa en el marco del Plan de Manejo Ambiental requerido por el Ministerio¹⁶⁸.

Así, lo relevante para la Sala de Revisión es que el Ministerio de Ambiente ha exigido a la empresa para la presentación del Plan de Manejo Ambiental, la apertura de espacios de participación conforme a la reglamentación de la consulta previa del Decreto 1320 de 1998, y la razón de esto es precisamente que **a)** la operación del embalse no contaba con un licenciamiento ambiental desde su construcción, **b)** aún se presentan impactos sociales, económicos y culturales de las comunidades indígenas aledañas a la represa, y **c)** estos impactos no han tenido un seguimiento ambiental y socioeconómico de parte de las autoridades competentes ni de la empresa titular de la represa, y por tanto, tampoco se han tomado medidas de compensación, corrección y mitigación frente a ellos.

En el momento en el que se interpuso la acción de tutela que se revisa en esta ocasión, el Plan de Manejo Ambiental de la represa se encontraba en proceso de consulta con las comunidades indígenas y afrocolombianas de la zona.¹⁶⁹ Según lo manifestado por la EPSA mediante escrito allegado a esta Corporación,¹⁷⁰ el proceso de formulación del Plan de Manejo Ambiental, *“el cual se encuentra en fase de desarrollo de la consulta previa teniendo en cuenta las certificaciones emitidas por el Ministerio del Interior sobre la presencia de grupos étnicos en el área de influencia del embalse”*. A continuación se expresó sobre el proceso de socialización en los siguientes términos:

¹⁶⁷ Contra el acto administrativo que impuso la sanción –Resolución 2627 de 2009 y 1330 de 2010- existe una acción de nulidad y reestablecimiento del derecho.

¹⁶⁸ Ver el memorando del 24 de mayo de 2011 emitido por el Coordinador de grupo de procesos judiciales del Ministerio de Ambiente y dirigido a la Directora de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales. Cuaderno No. 3 del Expediente de Plan de Manejo Ambiental, folio 619.

¹⁶⁹ Esto puede corroborarse con el último escrito del expediente de licencia emitido por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales del 21 de junio de 2012, así como, del escrito allegado por esta misma autoridad a la Corte Constitucional el 5 de julio de 2013, en el que afirma que para que sea aprobado el Plan de Manejo Ambiental presentado por la empresa deberá cumplir con lo establecido en el decreto 1320 de 1998, teniéndose en cuenta las condiciones abióticas, bióticas y socioeconómicas existentes en el área de influencia y los impactos ambientales generados por el proyecto para fijar medidas de manejo, prevención, corrección, mitigación y compensación.

¹⁷⁰ Escrito y anexos allegados a la Secretaría de la Corte Constitucional el 14 de enero de 2014, folios 119-122.

“El proceso de elaboración, socialización y concertación del PMA de la CH Salvajina, se ha venido desarrollando por hitos, en un primer momento, se realizaron estudios preliminares que concluyeron en un documento preliminar, el cual, luego de un ejercicio de socialización con las comunidades se complementó hasta obtener el documento actual, que será sometido a la consulta previa con las comunidades étnicas que asentadas (sic) en el área de influencia del embalse, fueron certificadas por el Ministerio del Interior durante el 2012 y 2013, así como con los Resguardos Indígenas de Chimborazo, Agua Negra y Honduras del municipio de Morales y las comunidades Negras de Suárez y Morales, respectivamente”¹⁷¹.

Finalmente, la empresa expresó que en la actualidad continúa adelantando sus gestiones para proseguir con los procesos de socialización del documento de trabajo del Plan de Manejo Ambiental, *“las cuales se han visto retrasados en virtud de las continuas decisiones del Ministerio del Interior, que han decidido incluir nuevas comunidades para ser consultadas en el proceso de socialización del aludido instrumento de control ambiental”¹⁷².*

En suma, la Sala considera, en concordancia con los ministerios de Ambiente y del Interior, que si bien la consulta previa no era exigible entre los años 1980 y 1985 cuando se construyó la represa, hoy sí es exigible respecto del Plan de Manejo Ambiental. Ahora bien, se observa que la empresa –por orden del Ministerio de Ambiente- dio inicio a un proceso de identificación de las comunidades indígenas de la zona y la socialización de la realización del PMA, luego de que esta autoridad confirmara y reiterara el requerimiento de realizar la consulta previa en octubre de 2006¹⁷³; sin embargo, a la fecha ese proceso no ha terminado¹⁷⁴.

¹⁷¹ Escrito de la EPSA y anexos allegados a la Secretaría de la Corte Constitucional el 14 de enero de 2014, folios 119-122.

¹⁷² Escrito de la EPSA y anexos allegados a la Secretaría de la Corte Constitucional el 14 de enero de 2014, folios 119-122.

¹⁷³ Expediente de Plan de Manejo Ambiental, Auto No. 2158 del 12 de octubre de 2006, cuaderno 1, fl. 108.

¹⁷⁴ Esto lo confirma la EPSA a través de su escrito allegado el 14 de enero de 2014 en el que relata que *“El proceso de elaboración, socialización y concertación del PMA de la CH Salvajina, se ha venido desarrollando por hitos, en un primer momento, se realizaron estudios preliminares que concluyeron en un documento preliminar, el cual, luego de un ejercicio de socialización con las comunidades se complementó hasta obtener el documento actual, que será sometido a la consulta previa con las comunidades étnicas que asentadas en el área de influencia del embalse, fueron certificadas por el Ministerio del Interior durante el 2012 y 2013, así como con los Resguardo Indígenas Chimborazo, Agua Negra y Honduras del municipio de Morales y las Comunidades Negras de Suárez y Morales, respectivamente”* (fl. 120/163).

La Sala considera relevante resaltar la irrazonabilidad del plazo que se ha tomado la EPSA para adelantar la consulta con las comunidades afectadas por el embalse, pues ya han pasado casi diez años desde que se requirió a esta persona jurídica para identificar las comunidades afectadas, los impactos ambientales y socioeconómicos de la zona de influencia del proyecto y presentar un Plan de Manejo Ambiental con una consulta previa que contribuyera a determinar las medidas de compensación a tomar hacia futuro.

En consecuencia, aunque el proceso de consulta del Plan de Manejo Ambiental ya comenzó, la Sala concluye que existe una vulneración del derecho a la consulta previa por parte de la empresa EPSA debido al largo tiempo que se ha tardado en realizar el proceso. En este punto, cabe resaltar que la empresa no ha justificado las razones por las cuales tal dilación se ha presentado no ha demostrado que ello se deba a causas externas como la falta de voluntad de las comunidades involucradas.

Ahora bien, dado que actualmente tanto la empresa como las autoridades (concretamente, los Ministerios del Interior y el Ambiente) se encuentran adelantando actividades dirigidas para cumplir con la consulta previa conforme la normativa vigente, es necesario recordar los parámetros que deben observarse para cumplir diligentemente con los adecuados espacios de concertación del Plan de Manejo Ambiental, y así evitar que se siga incurriendo en el desconocimiento de este derecho fundamental de las comunidades indígenas. Así pues, acogiendo la jurisprudencia esbozada en las consideraciones de esta providencia, se recuerda que deben tenerse en cuenta los siguientes criterios:

(a) La consulta previa, además de ser un derecho autónomo y permitir la realización de los derechos a la participación y a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales, es un instrumento que sirve para identificar los impactos sociales, culturales económicos y ambientales, entre otros, que genera una obra o proyecto que, por ejemplo, implica la explotación de importantes cantidades de recursos naturales y de esa manera, contribuye a establecer conjuntamente con las comunidades afectadas, medidas adecuadas de corrección y mitigación, que eviten graves perjuicios a la vida diaria de las poblaciones cercanas¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Los proyectos pueden tener imprevistos que no fueron contemplados inicialmente, por ende, los impactos sociales y ambientales presentados posteriormente deben también garantizar espacios de participación y concertación con las comunidades. Ver en ese sentido sentencia T-348 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, título sobre el análisis del caso concreto, punto 2.6.3.6.

En concordancia, la consulta con las comunidades, tal como lo ha exigido el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA- en el caso concreto, debe contribuir a evaluar los impactos sociales, y no solo ambientales, que actualmente se encuentran vigentes y que afectan la vida diaria de las poblaciones que asentadas alrededor de la represa. De tal forma que, en el marco de un Plan de Manejo Ambiental, el “impacto socioeconómico” de la represa debe ser entendido como la identificación y evaluación de los efectos –positivos y negativos- de la garantía de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas que participan en el proceso de consulta.

Debe recordarse que la Ley 99 de 1993 define el Plan de Manejo Ambiental como el conjunto de actividades que están orientadas a prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos y efectos ambientales que se causen por el desarrollo de un proyecto, obra o actividad. La Sala, al igual que el Ministerio de Ambiente, considera que ese conjunto de actividades para corregir los impactos debe tener en cuenta los impactos sociales, económicos y culturales de las poblaciones que resultan afectadas por el proyecto, pues son ellas las que conviven diariamente con el ambiente y los recursos naturales intervenidos.

(b) En ese orden de ideas, la consulta del Plan de Manejo Ambiental de la represa deberá, no sólo limitarse a cumplir con reuniones de socialización e información del proyecto con las comunidades afectadas, sino que deberá ser un espacio real de participación en el que **(i)** se identifiquen los impactos sociales, económicos y culturales de las poblaciones asentadas en la zona de la represa y **(ii)** se acuerden conjuntamente las medidas de corrección, mitigación y compensación más adecuadas.

(c) La responsabilidad de adelantar adecuadamente la consulta con las comunidades indígenas no sólo concierne a la empresa que opera el embalse Salvajina –como lo es EPSA-, sino también las autoridades ambientales del Estado, concretamente la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, quien en un primer momento autorizó la construcción de la represa, por tanto debe ser parte en el proceso de consulta, y además, ejercer un papel de seguimiento, apoyo y control de la calidad de los espacios de participación.

Igualmente, debe tenerse claro que las principales autoridades estatales en estos procesos son el Ministerio del Interior, quien certifica la

presencia de comunidades indígenas, étnicas y afrocolombianas en la zona y quien debe acompañar la consulta, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible con la ANLA, la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, la Defensoría del Pueblo, entre otras, quienes, dentro de sus competencias legales y constitucionales deben garantizar un ambiente sano y proteger los recursos naturales para asegurar las subsistencia de comunidades tradicionales¹⁷⁶.

(d) Respecto a los censos que se han adelantado para la debida realización de la consulta del Plan de Manejo Ambiental con las comunidades, la jurisprudencia de la Corte¹⁷⁷ ha señalado que la población que eventualmente puede ser afectada con un proyecto debe ser adecuadamente identificada e invitada a participar informándola de la importancia de su intervención dados los impactos que se pueden generar directa o indirectamente en su vida diaria por la operación de la obra o proyecto. Cabe reiterar que la realización de dicho censo y las convocatorias públicas y directas para la identificación de la comunidad afectada, debe ser una responsabilidad no sólo de la entidad ejecutora del megaproyecto, sino también de las autoridades estatales, quienes en ejercicio de su deber de vigilancia, deben validar la información de las poblaciones afectadas y los estudios de impacto realizados¹⁷⁸.

(e) Finalmente, es importante llamar la atención para que el proceso de consulta previa del Plan de Manejo Ambiental se realice en un plazo razonable y no se prolongue más la situación vulnerable de las comunidades indígenas Honduras y Cerro Tijeras.

Los parámetros expuestos deben ser observados en el presente caso y ser aplicados al proceso de consulta que se está actualmente adelantando respecto del Plan de Manejo Ambiental que presentará el EPSA a la autoridad ambiental competente.

3.3.3. Examen de las presuntas vulneraciones originadas por el incumplimiento de los compromisos del Acta 86 agravadas por el abandono institucional

Ahora bien, la Sala procederá a resolver el **segundo problema jurídico**: el referente al incumplimiento de los acuerdos celebrados y consignados en el momento de la construcción de la represa en el “Acta

¹⁷⁶ Ver sentencia T-348 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, título sobre el análisis del caso concreto, punto 2.6.3.4.

¹⁷⁷ Ver en este sentido las sentencias T-348 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-135 de 2013 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁷⁸ Ver sentencia T-348 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, título sobre el análisis del caso concreto, punto 2.6.3.4.

86”, agravado por el abandono estatal en el que presuntamente se encuentran las comunidades indígenas.

La Sala observa que desde la construcción del proyecto de la Central Hidroeléctrica Salvajina, las poblaciones aledañas sufrieron de cambios trascendentales en sus vidas por el desplazamiento y la transformación del entorno al que fueron sometidas. El Acta 86 buscó en parte resolver los problemas que esos cambios generaron, por ello se suscribieron compromisos en materia de infraestructura vial y adecuación de planteles educativos, puestos de salud y servicios públicos, entre otros.

Para la Sala, la ausencia del cumplimiento integral de los acuerdos ha generado la vulneración de los derechos fundamentales a la libre circulación, a la salud y a la educación de las comunidades indígenas actoras. Esta situación ha sido agravada por el abandono institucional y por los nuevos impactos y afectaciones que no se previeron en los años 80, y que se producen por la operación misma de la represa. A continuación se explicarán los fundamentos de esta conclusión:

3.3.3.1. En primer lugar, existe una grave vulneración del **derecho a la libre circulación** consagrado en el artículo 24 de la Constitución Política.

La jurisprudencia de la Corte ha establecido que el derecho a la libre locomoción implica la posibilidad de transitar o desplazarse de un lugar a otro, especialmente si se trata de las vías y los espacios públicos. En la sentencia T-595 de 2002¹⁷⁹, la Corte precisó que este derecho contiene una dimensión no sólo negativa o de abstención de parte del Estado, sino que también presenta una faceta positiva o prestacional, la cual implica la realización de medidas, planes y políticas que aseguren su efectivo goce, y concretamente la accesibilidad física a lugares e instalaciones. Al respecto, cabe resaltar que en cuanto al carácter prestacional de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha señalado que es deber del Estado formular políticas públicas encaminadas para lograr el goce efectivo de los derechos en esa faceta. Ha establecido también que cuando la protección de un derecho fundamental, en su faceta prestacional, requiere de un desarrollo progresivo, la autoridad competente debe adoptar un plan encaminado a satisfacer el goce efectivo del derecho, pues en caso contrario existiría un incumplimiento de importantes obligaciones constitucionales¹⁸⁰. Con base en ello, para la Corte, también se ve vulnerado el derecho a la

¹⁷⁹ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁸⁰ Ver sentencia T-595 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-553 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

circulación cuando se está ante una omisión en la remoción de barreras y en la creación de una infraestructura adecuada para la movilización.

Por ejemplo, en la sentencia T-202 de 2013¹⁸¹, la Sala Séptima de Revisión revisó la acción de tutela interpuesta por una comunidad indígena en el Amazonas que no podía entrar y salir a su resguardo por el camino más cercano y adecuado, porque éste estaba siendo restringido por la Brigada 26 del Ejército Nacional. La Corte en esta ocasión afirmó que el derecho a la libre circulación:

“(...) constituye una manifestación del derecho general a la libertad, que se traduce en la facultad primaria y elemental que tiene la persona humana para transitar, moverse o circular libremente de un lugar a otro dentro del territorio nacional, e igualmente en la posibilidad de entrar y salir de él libremente; y el derecho a permanecer y a residenciarse en Colombia, en el lugar que considere conveniente para vivir y constituir el asiento de sus negocios y actividades, conforme lo demanden sus propios intereses”.

La Corte en esta oportunidad encontró que el desconocimiento de este derecho por parte de la entidad demandada, traía a la comunidad consecuencias graves que se traducían en la vulneración de otros derechos fundamentales como la salud y el acceso a alimentos de la comunidad indígena, debido a que era difícil transportar los enfermos al centro de salud más cercano en circunstancias de urgencia y el transporte de víveres también era obstaculizado, respectivamente. De manera que ordenó a la Brigada permitir el paso a los miembros de la comunidad indígena sin ninguna restricción. Con base en los parámetros de aquella providencia, el derecho a la libre circulación tiene como obligación correlativa de parte del Estado el deber de garantizar y de tomar medidas que aseguren que las comunidades que no están asentadas en centros urbanos, tengan la posibilidad de disfrutar de caminos transitables que les permitan acceder a servicios que se encuentran en los cascos urbanos y no se encuentran en veredas o a las zonas aledañas de los municipios¹⁸².

Descendiendo al caso concreto, la Sala observa que la construcción del embalse Salvajina implicó la movilización y cambio de asentamiento de

¹⁸¹ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chlajub.

¹⁸² De la misma forma el derecho a la libre locomoción se ha visto relacionado con la protección especial de las personas en condiciones de discapacidad y el derecho a la igualdad y no discriminación como sucedió en la sentencia T-595 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y la T-553 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chlajub.

varias comunidades en el área de influencia del proyecto, así como la inundación de antiguos caminos, lo que afectó la conectividad entre las poblaciones y sus familias y las cabeceras municipales. Precisamente, dado los impactos de movilidad que se proyectaban, en el Acta 86 se acordó la construcción de una carretera marginal, la construcción de caminos y puentes entre las veredas y el transporte a través de la represa con embarcaderos y barcazas.

La identificación de estos impactos es corroborada por lo que consta en el expediente del Plan de Manejo Ambiental del Ministerio de Ambiente. Desde su apertura a través del auto No. 1168 de 2004, se dejó constancia de la necesidad de realizar un proceso de concertación con las comunidades afectadas entre las dos orillas del embalse en la época de verano, con el propósito de identificar las medidas que permitieran solucionar la problemática de la falta de conectividad entre las diferentes comunidades.

Además, en el año 2006, el Secretario de Gobierno del Departamento del Cauca dirigió un escrito a la EPSA en el que le informó que la situación de movilización y transporte de las comunidades del embalse es crítica y que deben tomarse medidas al respecto para evitar otros perjuicios¹⁸³. Los problemas sobre la falta de conectividad se han mantenido en el tiempo como consta en el concepto técnico No. 640 de 2008 emitido por el Ministerio de Ambiente¹⁸⁴, al igual que en el auto 3100 del 15 de octubre de 2008, emitido por la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio de Ambiente, en el que se afirma:

“(…) uno de los impactos generados por el proyecto, de mayor importancia, y que se presenta actualmente, es sin duda alguna, desde el punto de vista social, la afectación de la conectividad durante la época de estiaje, en las áreas aledañas a las colas del embalse y a nivel general, en

¹⁸³ Expediente de licencia ambiental, cuaderno No. 1, folio 104-106.

¹⁸⁴ En el Concepto No. 640 del 17 de abril de 2008 emitido por el Ministerio de Vivienda, Ambiente y Desarrollo Territorial. Expediente de licencias, permisos y trámites No. 2581 del proyecto “Central Hidroeléctrica Salvajina” con fecha de apertura el 3 de septiembre de 2001 por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Allegado por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. “*En visita de campo se evidenció que la población está sujeta al aislamiento territorial, dificultades para la producción agrícola, precariedad en las condiciones de seguridad alimentaria y ausencia de fuentes laborales, de tal manera que se ve obligada a buscar recursos en actividades ilícitas (recolección de hojas de coca) o migrando a las cabeceras departamentales para realizar oficios no calificados como maestros de obra o empleadas de servicio doméstico. Los habitantes de las veredas de Suárez y Morales vecinos de la Salvajina, dependen para su movilización y la de sus productos de los planchones operados por la Empresa EPSA (...) se encuentran actualmente sitiadas por la ausencia de vías transitables, por los horarios establecidos para el transporte fluvial y por las dificultades de conectividad que se originan en épocas de estiaje, cuando los planchones no pueden desplazarse debido a los procesos de sedimentación en las colas del embalse*”.

inmediaciones del mismo. Es importante resaltar que el embalse afectó las rutas utilizadas de manera cotidiana por las comunidades, entre ellas algunas comunidades indígenas, ante lo cual se adoptaron medidas compensatorias consistentes en la instalación de barcazas para el cruce del embalse; sin embargo, cuando el nivel del embalse baja por causa del verano, dichas barcazas no pueden operar. (...) Es importante resaltar que la urgencia en el cumplimiento de la obligación establecida por este Ministerio, en referencia a la implementación de medidas para solucionar las dificultades de conectividad de las comunidades que transitan por los embarcaderos de San José y Santa Bárbara, obedece a lo manifestado por las comunidades durante la visita de campo efectuada por este Ministerio, donde se pudo establecer el alto riesgo que enfrentaban las mismas, cada vez que tenían que transitar por el embalse, el cual es más crítico en época de aguas bajas, donde debido al descenso del río queda expuesto el lodo que puede ocasionar el atropamiento e incluso causar accidentes graves a los niños, mujeres, ancianos y a nivel general a todos los habitantes de la zona, que en precarias condiciones deben atravesar el embalse, arriesgando no sólo sus vidas y animales, sino los insumos o productos de sus cosechas. (...)Teniendo en cuenta que tal situación fue propiciada por la construcción del proyecto (embalse), la misma que genera cada vez más inconvenientes a la comunidad, le corresponde a la empresa aportar la solución a esta problemática, independientemente que esté contenida o no en el acta de acuerdos de 1986”¹⁸⁵ (Énfasis de la Sala).

De la misma forma, en el concepto técnico No. 2532 del 2 de noviembre de 2010 sobre la definición del área de influencia del proyecto se dejó constancia de que el Plan de Manejo Ambiental presentado identifica problemas o aspectos negativos derivados de la operación de la Central Hidroeléctrica de Salvajina, a nivel ambiental, social y económico, de la siguiente manera: “(...) Sociales: descomposición familiar, deserción escolar; descomposición cultural, inseguridad, violación a los derechos humanos, desplazamiento y abandono de vivienda, pérdida de seguridad alimentaria, pérdida del río para la recreación, inexistencia o mal estado de las vías, lo cual va unido a la mala calidad y cobertura de transporte terrestre y fluvial (...)”¹⁸⁶

¹⁸⁵ Expediente de Plan de Manejo Ambiental, cuaderno No. 2, folios 313-323.

¹⁸⁶ Expediente de Plan de Manejo Ambiental, cuaderno No. 3, folios 525-542.

La Sala debe resaltar que la problemática sobre el aislamiento de las comunidades también fue comprobada en la inspección judicial ordenada por esta Corporación y realizada exhaustivamente por el Juzgado Promiscuo Municipal de Suárez, el cual en compañía de los gobernadores de los resguardos accionantes y otras entidades¹⁸⁷, adelantó la diligencia durante cuatro días (entre el 19 y 22 de noviembre del 2013) y allegó videos, fotografías y testimonios que dan cuenta de la situación actual de las comunidades que viven alrededor de la Salvajina.

Respecto de la problemática relativa al aislamiento en el que están las comunidades, en el acta de la inspección judicial y en las imágenes de los videos, es evidente el mal estado en el que se encuentran los caminos y la dificultad que tienen las comunidades para llegar a las cabeceras municipales.

El juez dejó constancia de lo siguiente: a) para llegar a la vereda San José, sector principal del resguardo de Honduras, *“iniciamos un recorrido a pie hacia el centro de la vereda (...) recorrido este que iniciamos por un camino o trocha en bastante mal estado y dificultoso para su movilización”*; b) no hay vías carreteables entre las veredas, salvo la destapada que conduce al municipio de Suárez; c) los caminos que son transitados diariamente por la comunidad para salir hacia las cabeceras municipales no son aptos y generan riesgo a la vida e integridad personal de los niños y ancianos que los transitan: *“es un camino o trocha que presenta o representa grandes peligros tanto en ascenso como en descenso, existen lugares donde es totalmente intransitable y hay que hacer peripecias para pasar de un lugar a otro, poniendo en grave riesgo la vida e integridad personal de quienes por ahí hemos transitado hoy y ello igualmente para quienes todos los días y noches utilizan el mismo para poder llegar a sus lugares de destino”*¹⁸⁸; d) para llegar a las escuelas de cada una de las veredas, en

¹⁸⁷ La inspección judicial fue notificada a todas las partes demandadas, e incluso a la Empresa de Energía del Pacífico –EPSA-, quien alegó no estar vinculada y por ende no participó de la diligencia. Folio 53 del expediente de la inspección judicial allegado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Suárez. Estuvieron presentes en los 4 días de inspección judicial las siguientes entidades y personas: los doctores Álvaro Andrés Flórez Cordero, abogado del grupo jurídico de apoyo de la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, el doctor Jairo España Mosquera, abogado de la oficina jurídica de la CVC, el doctor Mesías Mestizo como asesor de la dirección general de la CVC, los doctores Rabel Zúñiga Enriquez y Carolina Fernández como delegados de la Defensoría del Pueblo Seccional Cauca, Rolando Talaga como gobernador del cabildo indígena Honduras del municipio de Morales, Manuel Belalcazar como gobernador del cabildo indígena Cerro Tijeras, Jesús Antonio Trochez y Mariela Quiguanas como gobernadores indígenas del Alto Naya, Carlos Cobo Consejero cabildo indígena Cerro Tijeras, Berenice Celeita como representante legal de la Asociación NOMADESC de derechos humanos, acompañadas de las señoras Ainne Anne y Sophia Kerridge como observadoras internacionales de la organización Brigadas de Paz, el subteniente de policía acompañado de patrulleros vestidos de civil y sin armas, a petición de la guardia indígena.

¹⁸⁸ Acta de la inspección judicial del trayecto adelantado el día 20 de noviembre dentro del cual se recorrió desde la vereda San José, pasando por el embarcadero Puerto Limón. (CD No. 1).

las entrevistas adelantas por el juez en la inspección judicial, se dejó constancia de que los menores recorren distancias entre 2 y 4 horas a través de los caminos y trochas intransitables¹⁸⁹; e) el Hospital de Morales se encuentra en la cabecera municipal, y para llegar a él se deben recorrer distancias entre 3 y 4 horas o atravesar el embalse. El juez expresó al respecto: *“(...) es un estado infrahumano desde todo punto de vista y bastante degradante que tengan que asistir los niños a clases y lugares de trabajo en esas condiciones solo por los difíciles caminos por donde deben y pueden transitar, de la misma manera esa queja que la comunidad indígena ha expresado de que (sic) estos caminos en ocasiones han ocasionado muerte a personas enfermas que no han logrado ser llevadas en debida forma hasta los centros de salud, desde estas altas montañas ha quedado evidenciado vuelve y se repite”*¹⁹⁰; y f) los puentes construidos que atraviesan ríos como el de “La Bodega” que comunica a los dos municipios Morales y Suárez¹⁹¹, se encuentran abandonados o algunos sin terminar como el de Honduras, el cual iba a conectar con la carretera marginal que tampoco nunca se construyó.¹⁹²

El juez en el acta de inspección concluyó sobre la visita a casi 10 veredas de toda la zona aledaña al embalse¹⁹³ lo siguiente:

“(...) durante todo el largo trayecto que a pie hicimos en su territorio podemos concluir (...) que se trata de una porción del país totalmente abandonada, no existen sobre sectores aledaños a la represa la salvajina, sobre resguardo indígena de Honduras, ninguna infraestructura de tipo vial, todos y cada uno de los caminos que se recorrieron son en su gran mayoría montañosos, de difícil acceso, llenos de barro, llenos de lodo, llenos de huecos y con una total exposición en muchos sectores al peligro y en muchos casos podemos decirlo sin temor de duda hasta pérdida de vidas, así mismo la economía

¹⁸⁹ Esto es corroborado de lo expresado por los estudiantes de la vereda Agua Clara, por ejemplo, quienes señalaron que se demoran casi 3 horas para llegar a la institución educativa. Igualmente en la vereda del Mesón casi una hora y media, manifestaron los estudiantes. (Acta de la inspección judicial y CD Audio).

¹⁹⁰ Esto además es corroborado con el relato de un miembro de la comunidad indígena Honduras, quien fue caminando por el camino con un bebé en los brazos de 5 días de nacida que se encontraba enferma y de urgencia tuvo que caminar 4 horas desde le resguardo hasta el Hospital de morales (Expediente de inspección judicial, acta y Cd No. 1, audio 110102_001).

¹⁹¹ En este punto el juez entrevistó a dos menores de edad que expresaron que realizaban un recorrido por caminos de dos horas, embarrados y peligrosos para llegar a sus planteles educativos. (Expediente de inspección judicial, acta y Cd No. 1, audio 110102_001).

¹⁹² Ver acta de inspección judicial y videos anexos.

¹⁹³ De la revisión de cada uno de los videos allegados a la Secretaría de la Corte Constitucional, se puede afirmar que se visitaron las veredas, con sus planteles con el mismo nombre; San José, Santa Ana, La Bodega, Alto Rico, Agua Clara, Santa Bárbara, Lomitas, Pueblillo, Piedra Grande, el Mesón, entre otras, siendo estas las principales.

de todo el sector que se visitó es bastante precaria por no decirlo desconocida (...) en lo referente al aspecto social y cultural se trata de una comunidad indígena, comunidad pobre, comunidad que en algunos momentos y lugares guarda y muestra raíces ancestrales (...) las vías, como ya se dijo, son inexistentes (...)”

Los delegados de la Defensoría del Pueblo, a través del informe de conclusiones allegado a la Secretaría de la Corte Constitucional, confirmaron lo expresado por el juez comisionado. En efecto, dejaron constancia sobre a) la existencia de caminos artesanales, irregulares, riesgosos y pantanosos; b) la inexistencia de alumbrado público, lo que hace imposible el tránsito por los caminos en las noches; c) el aislamiento total de las veredas, concretamente la de Lomitas¹⁹⁴; d) el mal estado y la inexistencia de puentes que faciliten el paso de la población sobre los ríos¹⁹⁵; y e) el “*abandono institucional de parte de las entidades competentes*”¹⁹⁶.

Con lo expuesto, la Sala puede afirmar que la vulneración del derecho a la libre circulación de las comunidades indígenas actoras se traduce en tres problemáticas concretas: a) el aislamiento al que están sometidas por la falta de vías y caminos transitables que conecten con las cabeceras municipales; b) la ausencia de caminos transitables entre las propias veredas que afectan directamente el acceso a los centros educativos a los menores de edad, por los largos recorridos que deben realizar para llegar diariamente a sus escuelas; y c) las restricciones de transporte fluvial a través de la represa a las que están sometidas las comunidades, por la época del año cuando la sequía es más pronunciada y por los estrictos horarios que les impone la empresa para utilizar las barcazas.

La Corte en sede de revisión recibió escrito y soporte sobre las obras que se han realizado en cabeza de la Corporación Autónoma Regional

¹⁹⁴ Ver informe de la Defensoría del Pueblo, en el cual, sobre la vereda Lomitas, se lee: “*El acceso a la vereda Lomitas no cuenta con carretera, camino y mucho menos con alumbrado público. Cabe anotar que este trayecto se realizó entre las 7:15 y las 9:25 pm. Corriendo altísimos riesgos de caer a los abismos y precipicios que se encontraban a lado y lado del camino totalmente intransitable en razón de su accidentalidad, su inconsistencia pantanosa y la inexistencia total de energía eléctrica*”.

¹⁹⁵ En el informe de la Defensoría del Pueblo: “*En este recorrido las autoridades tradicionales nos mostraron dos intentos de puentes que existen para atravesar el Río Inguito y el río Honduras. Estos puentes no fueron terminados, por lo tanto quedaron como construcciones de cemento inutilizables e inoperantes. Por otro lado, la ubicación de los puentes no responde a las necesidades de la comunidad quienes de igual manera tienen que realizar trayectos largos para pasar de un lado al otro del lago. Lo poco que existe en infraestructura de puentes se ha venido deteriorando por el lodo y la vegetación. Se evidencian estructuras débiles con grietas y huecos en los puentes que no garantizan la estabilidad de la construcción no la seguridad de quienes decidan atravesarlo*”.

¹⁹⁶ Escrito allegado por la Defensoría del Pueblo a la Corte Constitucional.

del Valle del Cauca y por la EPSA. La primera entidad remitió a la Corte documentos en los que se constan los contratos de adjudicación directa y licitaciones para la ejecución de las obras del acta de 1986 de vías de comunicación y transporte, educación, salud, servicios públicos, producción y empleo¹⁹⁷. Las actuaciones de la CVC se realizaron hasta 1994, año en el cual se reestructuró y se creó la Empresa de Energía del Pacífico S.A. EPSA E.S.P., la cual asumió el manejo de la represa a partir de 1996.

Es importante señalar que si se contrasta lo señalado por estas entidades y lo demostrado en la inspección judicial, se puede afirmar que efectivamente se realizaron obras como la construcción de planteles educativos y puentes, pero no la carretera marginal, los caminos transitables –como ya fue mencionado–, los puestos de salud y los tanques de acueducto. La infraestructura edificada, hoy se encuentra en pésimas condiciones, pues no ha tenido ningún mantenimiento adecuado sino que ha sido mantenida por las mismas comunidades con los pocos recursos con los que cuentan.

En cuanto a la EPSA, afirmó que aunque las responsabilidades consignadas y acordadas desde la construcción de la represa están en cabeza del Estado, ha tomado las medidas necesarias para mitigar los problemas de conectividad de las comunidades indígenas aledañas a la zona¹⁹⁸. Aclaró que para facilitar la libre locomoción de los habitantes del área de influencia de la represa, el servicio de transporte se mantuvo a través de barcas. En palabras de la EPSA:

“(...) el transporte fluvial se ejecuta a lo largo y ancho del embalse transportando anualmente un promedio de 155.500 personas, una carga de 428 toneladas al año, entre productos agrícolas y 4.195 semovientes (...) [e]n la actualidad están al servicio de la comunidad 5 barcas, tres lanchas, operadas por 24 personas distribuidas en turnos de 7 am a 5 pm, cubriendo 5 pasos a lo ancho del embalse y 2 a lo largo (sic) del mismo, con un trayecto de 21 km (...) Las rutas establecidas por EPSA cubre trayectos tanto a lo largo como a lo ancho del embalse en diferentes horarios, de modo que se garantiza la movilidad de la comunidad en las poblaciones vecinas al embalse (...) están en funcionamiento los embarcaderos de Casa de Teja, Pueblo Nuevo, Arenal, San

¹⁹⁷ De las obras que se ejecutaron según lo expresado por la CVC, son la construcción de colegios en veredas, puentes, la carretera marginal, el hospital de Suárez y ambulancia, equipamientos de alcantarillado y saneamiento básico, entre otros.

¹⁹⁸ Ver a partir del folio 91 del escrito de la EPSA allegado a la Corte Constitucional.

Vicente, San José y Santa Bárbara. En agosto de 2011 se entregó al disfrute de la comunidad el embarcadero de Mindalá”¹⁹⁹

La empresa adjuntó fotos y estadísticas anuales sobre el transporte a través de la represa, además de un cuadro con las acciones desarrolladas por ella para beneficio de la comunidad entre los años de 1996 y 2013, entre los que pueden resaltarse las siguientes: mejoramiento de las condiciones de seguridad de los embarcaderos, mejoramiento de camino interveredales, incentivos de educación a la primera infancia (consistentes en kit escolares, recuperación de infraestructura de escuelas y campañas navideñas para recoger juguetes para los niños de las comunidades), proyectos de fortalecimiento del desarrollo comunitario (consistente en el fortalecimiento de actividades de agricultura y piscicultura), donación de predios y transporte prestado por la EPSA y utilizado por el resguardo Honduras para la comunicación con la cabecera municipal de Morales cuando sus vías están afectadas por el invierno²⁰⁰.

La Sala observa que las actividades adelantadas por la empresa para asegurar el transporte a través de la represa sí se han efectuado en las áreas donde se afirma, e incluso la comunidad indígena las aprovecha para el transporte de alimentos y enfermos. Sin perjuicio de ello, en la inspección judicial los gobernadores de los resguardos manifestaron que el horario de las barcas es arbitrario y que hay ocasiones en las que los conductores encargados no cumplen con su función, afectando su libre circulación²⁰¹.

El mismo expediente de seguimiento ambiental hace notar esta situación desde el año 2008, en el que se deja la siguiente constancia: *“Los habitantes de las veredas de Suárez y Morales vecinos de la Salvajina, dependen para su movilización y la de sus productos de los Planchones operados por la Empresa EPSA E.S.P. Estas embarcaciones hacen un recorrido una vez al día, ida y vuelta terminando su recorrido en los embarcaderos de las veredas de Santa Bárbara y San José ubicadas en la cola del embalse. (...) Las comunidades que habitan en la margen oriental del embalse, que tradicionalmente empleaban caminos que cruzaban el río Cauca para movilizarse por el territorio, se encuentran actualmente sitiadas por la ausencia de vías transitables, por los horarios establecidos para el transporte fluvial y por las dificultades de conectividad que se originan en épocas de estiaje, cuando los*

¹⁹⁹ Ver a partir del folio 91 del escrito de la EPSA allegado a la Corte Constitucional.

²⁰⁰ Ver a partir del folio 91 del escrito de la EPSA allegado a la Corte Constitucional.

²⁰¹ Ver los videos de la inspección judicial, concretamente CD No. 1.

planchones no pueden desplazarse debido a los procesos de sedimentación en las colas del embalse”²⁰² (Énfasis de la Corte)

En suma, la Sala concluye que la libre circulación de las comunidades indígenas ha sido vulnerado, por cuanto el aislamiento al que han sido sometidas por la represa Salvajina es una situación actual que se generó desde su construcción, y cuyas soluciones propuestas en el Acta 86 no fueron cabalmente cumplidas pues; no se construyó la carretera marginal, no hay caminos ni puentes aptos que conecten las veredas con las cabeceras municipales ni entre ellas mismas y el servicio de las barcazas que ofrece la empresa, el cual además no satisface las necesidades de las comunidades por el horario restringido y por los problemas que se generan en la época de verano.

Aunado a ello, la Sala observa que este aislamiento al que han sido sometidas las poblaciones genera como consecuencia el desconocimiento de otros derechos fundamentales como (i) a la salud, por no contar con un hospital cerca de las veredas lo que obliga a las comunidades a salir caminando por caminos intransitables para la cabecera municipal con recorridos de más de dos horas²⁰³, y (ii) a la educación, por la falta de conectividad entre las veredas que impone a los menores de edad la carga de realizar largas travesías para llegar a sus escuelas diariamente, lo que ha generado, por ejemplo, deserción escolar²⁰⁴.

La Sala estima, en primer lugar, que la empresa es responsable de la vulneración del derecho a la libre circulación de las comunidades indígenas, por no proveer horarios suficientes para el transporte fluvial a través de la represa, lo que les imposibilita atender situaciones de urgencia que exijan acudir a los servicios básicos que hay en las cabeceras municipales, transportar sus víveres, entre otros. Además, cabe recordar que la EPSA es la responsable actual de la operación de la Salvajina y es quien asumió los compromisos derivados del Acta 86, entre ellos, la construcción de la carretera marginal, medida esencial

²⁰² Ver el concepto técnico 640 del 17 de abril de 2008 y el auto 1523 del 12 de mayo de 2008 emitido por la Dirección de licencias, permisos y trámites ambientales. Expediente de seguimiento ambiental, cuaderno No. 1, folios 154 – 202.

²⁰³ En el recorrido del embarcadero de Puerto Limón, un miembro del resguardo de Honduras se encontraba caminando con una bebé de 5 días de nacida que había amanecido enferma el día anterior, y el padre tuvo que acudir al hospital de Morales, y para ello camino más de cuatro horas. (Inspección judicial CD #1, audio 110102_001 en adelante).

²⁰⁴ Esto puede ser contrastado con el informe de la Defensoría del Pueblo sobre la inspección judicial, concretamente las declaraciones practicadas el 21 de noviembre en las veredas de Santa Ana, Pueblillo, Piedra Grande y Bodega.

para compensar a las comunidades del aislamiento en el que se encuentran debido a la represa.

En segundo lugar, la Sala observa que con base en la diligencia de inspección judicial adelantada a las veredas aledañas al embalse se demuestra que existe un abandono institucional, y que las obras que la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca afirmó haber realizado, o no existen o se encuentran abandonadas sin ningún rastro de mantenimiento. Por tanto, al haber sido el Estado el primer responsable de la construcción de la represa, deberá, a través de sus entidades competentes, adelantar las acciones necesarias para ofrecer la infraestructura vial más apta acorde con las necesidades de las comunidades indígenas actoras y con el objeto de terminar con el aislamiento al que están sometidas.

3.3.3.2. En cuanto al **derecho a la salud**, cabe recordar que la Corte Constitucional ha señalado que es de naturaleza fundamental, lo que implica el deber del Estado de dar cumplimiento a los principios de solidaridad, eficiencia, universalidad, continuidad, integralidad y accesibilidad de los servicios que se requieran.²⁰⁵ Asimismo, la jurisprudencia sustentándose en la normativa internacional ha establecido que este derecho presenta cuatro dimensiones: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Para efectos del caso concreto deben precisarse dos de ellos, el de disponibilidad y el de accesibilidad. El primero se refiere al deber del Estado de tener utilizables, útiles y a disposición de la comunidad, un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas que los contemplen²⁰⁶.

Sobre el segundo componente, -la accesibilidad-, es necesario acudir a lo que el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha señalado al respecto, como fuente de interpretación autorizada y cuyas observaciones deben ser tenidas en cuenta en el contenido de los derechos reconocidos en la Constitución²⁰⁷. El Comité afirma que la accesibilidad presenta cuatro dimensiones que se relacionan entre sí: la no discriminación, la accesibilidad física, la accesibilidad económica y el acceso a la

²⁰⁵ Ver entre muchas otras, sentencias T-760 de 2008 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-206 de 2013 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁰⁶ Ver sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁰⁷ Esta definición ha sido aplicada por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, por ejemplo la sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, de la mano del segundo inciso del artículo 93 superior.

información²⁰⁸. Específicamente sobre la accesibilidad física, señala el Comité:

“ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades”²⁰⁹. (Énfasis de la Sala).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha interpretado la accesibilidad económica y física a los servicios de salud en casos en los que los pacientes requieren de un tratamiento o servicio médico fuera de su lugar de residencia y no tienen los recursos económicos para el traslado al centro de salud que se los debe prestar. En palabras de la Corte:

“(…) cuando una persona requiere un servicio de salud en un municipio diferente al de residencia, el cual supone gastos de transporte, para todos los casos, y gasto de estadía, en algunos de ellos, estamos frente a dos elementos esenciales del derecho a la salud: la accesibilidad física y la accesibilidad económica. 3.2.1.2. La Corte ha adoptado la accesibilidad física para significar que no en todos los casos de acceso a los servicios de salud, los usuarios van a poder acceder a ellos en su lugar de afiliación. Por lo tanto, la entidad de salud responsable, deberá remitir al usuario a una zona geográfica distinta en donde haya disponibilidad de especialistas, equipos médicos, medicamentos, etc.”²¹⁰

²⁰⁸ ONU. Observación general No. 14. Aplicación del artículo 12 del PIDESC. Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²⁰⁹ ONU. Observación general No. 14. Aplicación del artículo 12 del PIDESC. Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²¹⁰ Cfr. Sentencia T-838 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa.

La Sala observa que en el caso *sub examine*, el hecho que genera la vulneración del derecho a la salud de las comunidades indígenas accionantes es la ausencia de disponibilidad y la accesibilidad física a puestos o centros de salud adecuados y equipados para la integral atención en salud. Como se mencionó, en las veredas no hay puestos de salud que funcionen de manera continua para cualquier emergencia que se presente, e incluso, los moradores declararon tener que acudir al hospital de la cabecera municipal, lo que los obliga a caminar entre dos o más horas para llegar. Conforme a ello, el Ministerio de Salud, a través del escrito allegado a esta Corporación²¹¹, informó que el departamento del Cauca realizó la organización de la red pública de prestadores de servicios de salud, proceso que incluyó la creación de la Secretaría Departamental de Salud como organismo de dirección. Igualmente, afirmó que en los municipios de Suárez y Morales existe presencia de Empresas Sociales del Estado para la atención en salud de nivel I y precisó que hay una IPS “Indígena CRIC” en el municipio de Morales. El Ministerio no hizo referencia a los puestos de salud dentro de las veredas.

En la inspección judicial quedó demostrado que algunas de las veredas no cuentan con puestos de salud, y aquellas que tienen, no cuentan con la dotación suficiente para atender urgencias y otras necesidades de la comunidad²¹². Por mencionar algunos casos, la Defensoría del Pueblo advirtió en su informe de la inspección judicial, la ausencia de puestos de salud en las veredas San José (resguardo Honduras) y Alto Rico; en el caso de la vereda de Agua Clara, la Defensoría relató que a pesar de tener un puesto, no hay dotación suficiente para atender alguna urgencia. Esta ausencia de puestos de salud en las veredas cercanas a las poblaciones indígenas se ve agravada por el aislamiento al que se encuentran sometidas, pues al presentarse urgencias con enfermos es muy difícil transportarlos oportunamente a un hospital dotado con las herramientas necesarias para atenderlos²¹³.

Lo anterior permite concluir a la Sala que existe una lesión del derecho a la salud, en la medida en que los centros de salud se encuentran en los municipios, pero en las veredas, a pesar de que hay construcciones para puestos de salud, no cuentan con un funcionamiento continuo ni con la

²¹¹ Escrito allegado a la Secretaría General de la Corte Constitucional el 19 de febrero de 2014.

²¹² Ver acta de inspección judicial y videos anexos.

²¹³ Así quedó consignado en el acta de inspección judicial en la que se afirma que “También se dejó constancia que respecto a centros de salud en el resguardo indígena de Honduras no se observó (sic) ningún centro de Salud y en el resguardo cerro tijeras se observaron dos pero en muy mal estado, sin ninguna infraestructura, ni tampoco condiciones para la prestación de ese servicio” (fl.13 del acta de inspección judicial). Igualmente el juez entrevistó a un miembro indígena de Honduras que tuvo que llevar a su hijo de 6 días de nacido a la cabecera municipal de Morales para que le prestaran atención en salud (Acta de inspección fl. 52, Audio CD 1).

dotación necesaria para, al menos, una situación de urgencia. Esa vulneración del derecho a la salud por el desconocimiento de los principios de accesibilidad física y disponibilidad es responsabilidad principal de la Secretaría Departamental de Salud del Cauca, pues como lo anunció el Ministerio de Protección Social en escrito allegado a esta Corporación²¹⁴, es esta entidad la encargada de organizar la red pública de prestadores de salud, y en el caso de los municipios de Morales y Suárez –al no ser certificados–, los recursos y su administración debe estar a cargo del departamento. Sin embargo el Ministerio de Salud, como entidad nacional encargada de la dirección orientación y manejo, debe supervisar que se garantice una cobertura universal.

3.3.3.3. En lo referente al **derecho a la educación**, es preciso recordar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que éste tiene una doble dimensión: (a) es un derecho fundamental inherente al ser humano y se *“constituye como la garantía que propende por la formación de los individuos en todas sus potencialidades, pues a través de la educación el ser humano puede desarrollar y fortalecer sus habilidades cognitivas, físicas, morales, culturales entre otras”*, y (b) es un servicio público que hace parte de la finalidad social del Estado, y se convierte en una obligación de éste, pues él es quien tiene que asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Del mismo modo, el derecho a la educación se caracteriza por tener una naturaleza prestacional que implica observar los siguientes criterios para su efectiva realización: (i) disponibilidad del servicio, que consiste en la obligación del Estado de proporcionar el número de instituciones educativas suficientes para todos los que soliciten el servicio; **(ii) la accesibilidad, que consiste en la obligación que tiene el Estado de garantizar que en condiciones de igualdad, todas las personas puedan acceder al sistema educativo, lo cual está correlacionado con la facilidad, desde el punto de vista económico y geográfico para acceder al servicio, y con la eliminación de toda discriminación al respecto;** (iii) adaptabilidad, que consiste en el hecho de que la educación debe adecuarse a las necesidades de los demandantes del servicio y, que se garantice la continuidad en su prestación, y por último, (iv) aceptabilidad, que hace referencia a la calidad de la educación que debe brindarse y a la adecuación cultural²¹⁵.

²¹⁴ Con fecha de 19 de febrero de 2014. Cuaderno 3 de revisión, fl. 180.

²¹⁵ ONU. Observación general No. 13. Aplicación del artículo 12 del PIDESC. Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Criterios aplicados en las sentencias T-787 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-376 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T- 781 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-428 de 2012 M.P. María Victoria Calle, entre otras.

Concretamente sobre el parámetro de accesibilidad, el artículo 184 de la ley general de la educación -115 de 1994-, dispone la competencia de los distritos y municipios, en concurrencia con los departamentos, de financiar la construcción, mantenimiento y dotación de las instituciones educativas estatales. Al mismo tiempo, el parágrafo de esta disposición advierte que para dar cumplimiento a lo anterior las autoridades deben respetar las normas de accesibilidad.

En la sentencia T- 1259 de 2008²¹⁶ en la que se revisó el caso de dos menores que residían en una vereda y estudiaban en una institución educativa que se encontraba ubicada a 4 o 5 kilómetros de su vivienda, por lo que las niñas para poder asistir a clase debían caminar dos horas aproximadamente en la mañana y en la tarde, pues la institución no contaba con el servicio de transporte escolar, la Corte afirmó:

“(...) a pesar de que la garantía de acceso al sistema educativo -atendiendo, entre otras, a las circunstancias geográficas en las que va a prestar el servicio-, constituye una de las dimensiones prestacionales del derecho a la educación, lo que implica que está sujeta a un proceso de adopción de programas, consecución de recursos y ejecución de planes y proyectos, ello no puede significar de manera alguna que esta obligación estatal quede perennemente al arbitrio de la voluntad política del gobernante de turno”.

En este sentido, *“la garantía de acceso al servicio implica el asegurar que los estudiantes, en atención a sus condiciones físicas, económicas y sociales, puedan ingresar al sistema educativo y permanecer en él. Para ello, el Estado tiene la obligación de establecer, en primer lugar, cuáles son precisamente esas condiciones especiales en las que se encuentran los habitantes de su territorio, para luego definir entonces de qué manera debe responder el sistema a esas necesidades en aras de garantizar la accesibilidad al mismo”*²¹⁷.

Este criterio fue igualmente expuesto en la en la sentencia T-779 de 2011²¹⁸, en la que la Sala Séptima de Revisión afirmó que el derecho a la

²¹⁶ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²¹⁷ Cfr. Sentencia T-1259 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²¹⁸ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Esta providencia revisa la acción de tutela interpuesta por el personero del municipio de Saboyá (Boyacá), en representación de dos menores de edad, estudiantes de la Escuela Normal Superior de dicho municipio, a través de la cual reclama la inclusión de las niñas en el servicio de transporte escolar a cargo del municipio para evitar que éstas tengan que realizar un desplazamiento a pie desde la zona rural hasta la cabecera urbana para asistir a clases, porque en dicho recorrido gastan aproximadamente dos horas diarias y no cuentan con los recursos económicos necesarios para pagar transporte particular.

educación también implica el deber del Estado de eliminar barreras de acceso, pues el hecho de que la educación como derecho fundamental tenga contenido prestacional, indica la posibilidad que tiene su titular de exigir de parte del Estado o de los particulares, según sea el caso, la adopción de ciertas medidas, acciones o actividades de hacer o dar, para materializar o hacer efectivo su disfrute.

Así pues, afirmó la Sala que *“en lo que respecta al tema de los desplazamientos desproporcionados a los que son sometidos los estudiantes que no cuentan con el servicio de transporte escolar para poder llegar a sus respectivas escuelas, la Corte ha considerado que esto constituye un obstáculo al acceso y a la permanencia de los alumnos en el sistema educativo. Por tanto, es deber del Estado, como garante por excelencia de los derechos de la comunidad, asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos”*.

Del mismo modo y dado que en el caso concreto los actores son comunidades indígenas, es necesario recordar que la jurisprudencia de la Corte ha reconocido que la etnoeducación (i) además de ser un derecho fundamental de carácter universal predicable de todas las personas en general, constituye un derecho fundamental con enfoque diferencial para los miembros de las comunidades indígenas; (ii) reviste una especial importancia y esencialidad para la garantía efectiva de una gran cantidad de derechos fundamentales, como la dignidad humana, la libertad, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a escoger profesión u oficio, el derecho al trabajo, el mínimo vital, y de contera, el goce efectivo de todos los derechos asociados al ejercicio de una ciudadanía plena; (iii) hace parte del contenido normativo del derecho a la diversidad e identidad cultural que tiene igualmente un estatus iusfundamental; y (iv) su garantía se relaciona con el aseguramiento de la supervivencia y preservación de la riqueza étnica y cultural de las comunidades indígenas²¹⁹.

En igual sentido, la Corte Interamericana se ha referido a la importancia de garantizar el derecho a la educación de manera especial a las comunidades indígenas. En el caso *Xakmok Kásek contra Ecuador*, afirmó que *“[e]n particular, cuando se trata de satisfacer el derecho a la educación básica en el seno de comunidades indígenas, el Estado debe propiciar dicho derecho con una perspectiva etno-educativa”*²²⁰. Lo

²¹⁹ Ver sentencias C-208 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-379 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-907 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-049 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-871 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

²²⁰Cita interna “Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, artículo 27.1”.

anterior implica adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable desde una perspectiva étnica diferenciada”²²¹.

De manera que, la Sala considera que la jurisprudencia ha sido clara en señalar el carácter fundamental del derecho a la educación. En relación con su dimensión prestacional, ha hecho énfasis en el criterio de accesibilidad, el cual comprende el deber del Estado de asegurar el acceso y la permanencia de los niños y niñas al sistema educativo en condiciones adecuadas y con los implementos necesarios para que su goce sea efectivo y no una simple virtualidad. Este deber del Estado es esencial, en la medida en que de nada sirve proclamar el derecho a la educación como fundamental si no existen las condiciones básicas que hagan posible el acceso al sistema. Por consiguiente, la accesibilidad exige del Estado implementar políticas públicas, programas y actividades que estén dirigidos a alcanzar las condiciones de infraestructura mínimas necesarias para permitir el acceso, la continuación y la eficacia en la prestación del servicio²²².

Descendiendo al caso concreto, la Sala nota que este derecho está siendo vulnerado desde dos perspectivas: la primera, por la ausencia de infraestructura y dotación de elementos para la adecuada prestación del servicio, y la segunda, por los trayectos tan largos a través de caminos intransitables y riesgosos por los que tienen que pasar los niños y niñas para llegar a la escuela de cada vereda. Estas dos problemáticas son corroboradas tanto por los videos de la inspección judicial como por el informe allegado por la Defensoría del Pueblo, en los que se reconoce que las instalaciones educativas son deficientes y sin dotación adecuada, por ausencia de pupitres y otros implementos necesarios para la adecuada prestación del servicio (veredas San José, Santa Ana, la Bodega, Alto Rico y Agua Clara). En palabras de la Defensoría, “*evidenciamos la ausencia de condiciones mínimas para el buen funcionamiento de los centros educativos presentes en los recorridos. Infraestructura en mal estado, baterías sanitarias deficientes y otras en regular estado, inexistencia de espacios de recreación y comedor apropiados para la población infantil, techos agrietados por los que se filtra el agua, cuando inundaciones y deterioro (...)*”²²³. Al final del informe, la Defensoría recomendó ordenar medidas para la adecuación estructural de los centros educativos.

²²¹ Ver Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Párr. 211.

²²² Ver sentencia T-779 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²²³ Informe de la Defensoría sobre la diligencia judicial, allegado a la Secretaría de la Corte el 29 de noviembre de 2013.

La Sala observa que en las veredas visitadas y sobre las que se dejó constancia en el acta de inspección judicial²²⁴, las instituciones escolares cuentan con una infraestructura riesgosa por su mal estado y tampoco tienen dotación suficiente. Por ejemplo, de la Escuela Rural mixta de la vereda San José, el acta dejó constancia de lo siguiente:

“(...) encontramos una construcción en guadua, en la margen derecha de la misma, la cual hace ver que se trata de un aula máxima en proceso de construcción, a mano izquierda hay una construcción antigua en ladrillo y cemento, donde hay tres aulas escolares, las cuales por sus ventanas las observamos en muy regular estado de funcionamiento, los pupitres escolares en poca cantidad y en malas condiciones y dentro de ellas materiales de construcción, los baños en número de tres, según se puede observar no están en funcionamiento o uso, hacia el interior está la cocina comedor y una bodega de alimentos cuyo piso se encuentra bastante agrietado y en malas condiciones (...)”.

Lo mismo se verificó de las demás instituciones escolares visitadas, las cuales reclaman un mantenimiento de sus instalaciones.

Por otro lado, durante la inspección judicial el juez tomó declaraciones de los niños y niñas y les preguntó sobre el tiempo que se toman en llegar a cada plantel y las dificultades a las que se enfrentan. En el recorrido hacía el embarcadero Puerto Limón, el juez entrevistó a una niña, miembro del resguardo Honduras, de aproximadamente 7 años, quien afirmó que caminaba todos los días de su casa hasta el colegio una hora por caminos de barro y huecos²²⁵. En otros planteles educativos²²⁶, las declaraciones de los niños y niñas muestran que algunos caminan más de dos horas para llegar a sus colegios, lo que es agravado por la intransitabilidad de los caminos que recorren, los cuales además están llenos de barro que los deja con su ropa sucia²²⁷.

Con el material probatorio recabado, a la Sala no le queda duda de que existe un abandono evidente de la administración en el mantenimiento de la infraestructura escolar, así como un desconocimiento de la

²²⁴ Pueden mencionarse las siguientes veredas visitadas con sus centros educativos: San José, La Bodega, Santa Bárbara, Santa Ana, Alto Rico, Agua Clara, Lomitas, Pueblillo, Piedra Grande, Mezón y Simón Bolívar.

²²⁵ Inspección judicial, CD # 1. Audio No. 110102_001.

²²⁶ Testimonios de los estudiantes de la Escuela de Pueblillo quienes estaban transitando con materiales de construcción para la realización de unas obras de la comunidad. Inspección judicial CD # 1. Audio No. 110102_004.

²²⁷ Audios de la inspección judicial, CD # 1.

situación y de los recorridos a los que están sometidos los niños y niñas para llegar a sus colegios. Esta situación, además como quedó expuesto en los audios de la inspección judicial, genera la deserción escolar de los estudiantes. Lo anterior, permite concluir que el principio de accesibilidad del derecho fundamental y servicio a la educación no está siendo observado.

La Sala concluye que el derecho fundamental al acceso –entendido como el parámetro y criterio de accesibilidad- en condiciones dignas al sistema educativo está siendo desconocido por parte de las autoridades estatales competentes, como lo son la entidad departamental y municipal, en el sentido en que: (i) no se ha garantizado el mantenimiento adecuado a la infraestructura de los planteles y la dotación necesaria en los centros educativos. A pesar de que las instituciones educativas fueron construidas en el marco del cumplimiento de los acuerdos de 1986, actualmente no se evidencia ningún mantenimiento de las instalaciones, lo que genera riesgos para la población estudiantil, y en que, (ii) los recorridos a los que son sometidos los niños y niñas de las veredas de cada uno de los resguardos de las comunidades indígenas para llegar a sus colegios.

Por lo anterior, frente a lo primero, es necesario que el Estado tome las medidas necesarias, bien sea de manera progresiva, pero dando cumplimiento a obligaciones inmediatas como la formulación de planes y programas²²⁸, para hacer efectivo el ejercicio del derecho a la educación, y sobre el segundo, acogéndose la jurisprudencia expuesta, se deben eliminar los obstáculos materiales de accesibilidad al sistema educativo, asegurando caminos transitables o transporte a los menores para llegar a sus escuelas.

En lo tocante a la etnoeducación por insuficiencia de docentes de las comunidades indígenas en los planteles educativos, la Sala considera que no existe prueba suficiente para concluir su vulneración, dado que en la diligencia de inspección judicial se pudo corroborar que había disponibilidad de profesores de los pueblos indígenas accionantes, y que en realidad, el alegato más fuerte fue el de la ausencia dotación e

²²⁸ En la sentencia T-553 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte estableció que cuando la protección de un derecho fundamental, en su faceta prestacional, requiere de un desarrollo progresivo, la autoridad competente debe adoptar un plan encaminado a satisfacer el goce efectivo del derecho, pues en caso contrario existiría un incumplimiento de obligaciones constitucionales. Preciso que “*debe existir (i) un plan específico para garantizar de manera progresiva el goce efectivo del derecho constitucional en su faceta prestacional; (ii) un cronograma de actividades para su ejecución. El plan (iii) debe responder a las necesidades de la población hacia la cual fue estructurado; (iv) debe ser ejecutado en un tiempo determinado, sin que este lapso se torne en irrazonable ni indefinido y; (v) debe permitir una verdadera participación democrática en todas las etapas de su elaboración.*”

infraestructura de los planteles. Sin embargo, es un deber de la autoridad departamental verificar el equilibrio entre el número de alumnos y profesores disponibles acordes con sus costumbres culturales²²⁹.

- 3.3.3.4.** Por último, es necesario precisar, que las obligaciones en materia de educación y salud son del departamento del Cauca y no de los municipios de Suárez y Morales, pues tal como lo establece la citada Ley 715 de 2001, cuando los municipios no son certificados²³⁰, a quien le corresponde invertir recursos en el mejoramiento de la educación²³¹ y salud²³², en infraestructura y dotación, es a la autoridad departamental. Sin embargo, deben ser ambas entidades territoriales, tanto el departamento como el municipio, quien aseguren el correcto manejo de los recursos para las necesidades básicas insatisfechas.

En cuanto a la Ley 715 de 2001, ésta es su artículo 1° dice que: *“el Sistema General de Participaciones está constituido por los recursos que la Nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política a las entidades territoriales, para la financiación de los servicios cuya competencia se les asigna en la presente ley”*. Concretamente en relación con los resguardos indígenas, el artículo 83 contempla el deber de los municipios de administrar los recursos de estas entidades especiales, y aclara que *“[l]os recursos de la participación asignados a los resguardos indígenas deberán destinarse*

²²⁹ Audios de la inspección judicial, CD # 1, 2 y 3.

²³⁰ Mediante escrito allegado el 4 de julio de 2013 la Alcaldía de Morales y el 24 de febrero de 2014 la Alcaldía de Suárez, manifestaron que no son municipios certificados. Expediente de revisión, cuaderno 1 y cuaderno 3.

²³¹ En el artículo 6 expresa que sin perjuicio de lo establecido en otras normas, corresponde a los departamentos en el sector de educación las siguientes competencias frente a los municipios no certificados: “6.2.1. Dirigir, planificar; y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica, media en sus distintas modalidades, en condiciones de equidad, eficiencia y calidad, en los términos definidos en la presente ley. 6.2.2. Administrar y distribuir entre los municipios de su jurisdicción los recursos financieros provenientes del Sistema General de Participaciones, destinados a la prestación de los servicios educativos a cargo del Estado, atendiendo los criterios establecidos en la presente ley. 6.2.4. Participar con recursos propios en la financiación de los servicios educativos a cargo del Estado, en la cofinanciación de programas y proyectos educativos y en las inversiones de infraestructura, calidad y dotación”. Y, en su artículo 8 manifiesta que: *“a los municipios no certificados se les asignarán las siguientes funciones: 8.3. Podrán participar con recursos propios en la financiación de los servicios educativos a cargo del Estado y en las inversiones de infraestructura, calidad y dotación”*. (Subrayado fuera del texto).

²³² “Artículo 43. Competencias de los departamentos en salud. Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones: 43.1.1. Formular planes, programas y proyectos para el desarrollo del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en armonía con las disposiciones del orden nacional (...) 43.2. De prestación de servicios de salud, 43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas. 43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda.”

a satisfacer las necesidades básicas de salud incluyendo la afiliación al Régimen Subsidiado, educación preescolar, básica primaria y media, agua potable, vivienda y desarrollo agropecuario de la población indígena”²³³. Para evitar que los recursos sean invertidos en otros planes que no hacen parte de las necesidades básicas de los pueblos indígenas, esta norma también exige que “las secretarías departamentales de planeación, o quien haga sus veces, deberá desarrollar programas de capacitación, asesoría y asistencia técnica a los resguardos indígenas y autoridades municipales, para la adecuada programación y uso de los recursos”.

Teniendo en cuenta la normativa expuesta, le corresponde al departamento del Cauca y a los municipios de Morales y Suárez, atender las deficiencias que sufren los resguardos de las comunidades indígenas Honduras y Cerro Tijeras en materia de educación y salud. Sin perjuicio de lo anterior, se llama la atención de las autoridades de ambos resguardos para que con base en el convenio suscrito con el municipio, se comprometan a invertir los recursos en las necesidades básicas insatisfechas de las comunidades.

²³³ Artículo 83. [Reglamentado por el Decreto 1745 de 2002](#) Distribución y administración de los recursos para resguardos indígenas. Los recursos para los resguardos indígenas se distribuirán en proporción a la participación de la población de la entidad o resguardo indígena, en el total de población indígena reportada por el Incora al DANE.

[Modificado por el art. 13, Ley 1450 de 2011.](#) Los recursos asignados a los resguardos indígenas, serán administrados por el municipio en el que se encuentra el resguardo indígena. Cuando este quede en jurisdicción de varios municipios, los recursos serán girados a cada uno de los municipios en proporción a la población indígena que comprenda. Sin embargo deberán manejarse en cuentas separadas a las propias de las entidades territoriales y para su ejecución deberá celebrarse un contrato entre la entidad territorial y las autoridades del resguardo, antes del 31 de diciembre de cada año, en la que se determine el uso de los recursos en el año siguiente. Copia de dicho contrato se enviará antes del 20 de enero al Ministerio del Interior. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-921](#) de 2007, en el entendido que dentro del marco de la Constitución y la ley, en el proceso de celebración y suscripción del contrato se debe asegurar el respeto de los derechos a la identidad cultural y a la participación de los resguardos y que en caso de discrepancia sobre el uso de los recursos, prevalecerá la decisión adoptada por las autoridades del respectivo resguardo.

Cuando los resguardos se erijan como Entidades Territoriales Indígenas, sus autoridades recibirán y administrarán directamente la transferencia.

Los recursos de la participación asignados a los resguardos indígenas deberán destinarse a satisfacer las necesidades básicas de salud incluyendo la afiliación al Régimen Subsidiado, educación preescolar, básica primaria y media, agua potable, vivienda y desarrollo agropecuario de la población indígena. En todo caso, siempre que la Nación realice inversiones en beneficio de la población indígena de dichos resguardos, las autoridades indígenas dispondrán parte de estos recursos para cofinanciar dichos proyectos. [Ver art. 1 Decreto Nacional 1512 de 2002](#)

Las secretarías departamentales de planeación, o quien haga sus veces, deberá desarrollar programas de capacitación, asesoría y asistencia técnica a los resguardos indígenas y autoridades municipales, para la adecuada programación y uso de los recursos.

Parágrafo. La participación asignada a los resguardos indígenas se recibirá sin perjuicio de los recursos que los departamentos, distritos o municipios les asignen en razón de la población atendida y por atender en condiciones de eficiencia y de equidad en el caso de la educación de conformidad con el artículo 16 de esta ley, y el capítulo III del Título III en el caso de salud.

3.3.4. Competencia de la Corte Constitucional para asumir el cumplimiento de la presente sentencia

La jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en resaltar la importancia de dar cumplimiento integral a las órdenes emitidas por los jueces en una providencia, pues es sólo a través de su cumplimiento integral que se logra una tutela judicial efectiva y un efecto útil de la protección invocada y concedida por la autoridad judicial en la sentencia²³⁴. Concretamente, las órdenes contenidas en los fallos de tutela deben ser cumplidas por cuanto si el funcionario público o particular a quien se dirige la orden no la cumple, no sólo se infringe el artículo 86 de la Constitución, sino también la norma constitucional que contempla el derecho fundamental que se ha desconocido, así como el principio de supremacía constitucional²³⁵.

En ese orden, en virtud del artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, el juez constitucional mantiene la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza. Por regla general, el juez de primera instancia tiene la competencia para velar el cumplimiento del fallo y tramitar el desacato; sin embargo, la Corte Constitucional ha asumido directamente la competencia para dar cumplimiento a las órdenes emitidas en el trámite de revisión. Estas circunstancias excepcionales se presentan: a) cuando el juez a quien le corresponde pronunciarse sobre el cumplimiento no adopta las medidas conducentes, es decir, existe una desobediencia judicial, b) cuando ejercida la competencia por el juez y tomadas las medidas necesarias para dar cumplimiento a las órdenes, la autoridad pública o el particular responsable de acatar continúa su desconocimiento, o c) cuando la Corte asume la supervisión de cumplimiento de la providencia dadas las órdenes y las autoridades involucradas, bien sea posteriormente a través de autos²³⁶ o en la misma providencia²³⁷.

De esa manera, en razón de la naturaleza de las órdenes que se establecen y a las autoridades estatales involucradas en la presente

²³⁴ Ver sentencia SU-1158 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²³⁵ Ver sentencia SU-1158 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²³⁶ Por ejemplo las sentencias en las que la Corte inicia Salas de Seguimiento por la problemática tan compleja evidenciada como la T-025 de 2004 (desplazamiento forzado) y la T-760 de 2008 (sistema de salud). Otros casos en los que se ha reasumido la competencia, por ejemplo en las sentencias SU-1158 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-902 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra (Auto No. 249 de 2006).

²³⁷ Al respecto pueden citarse como ejemplo las sentencias SU-1158 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, SU-913 de 2009 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-062 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y SU-446 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub,

providencia, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional asumirá la supervisión del cumplimiento de la presente sentencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

3.3.5. Conclusiones y órdenes a emitir

En suma, la Sala concluye que la vulneración de los derechos invocada por los actores, no se limita al incumplimiento de unos acuerdos de hace más de 20 años, sino que se trata de una realidad actual, en la que por la construcción, desarrollo y funcionamiento actual de un proyecto de infraestructura de gran envergadura, como lo es la Central Hidroeléctrica Salvajina, en la que no se tuvo en cuenta los impactos sociales, culturales y ambientales previamente a su realización, generó una serie de consecuencias adversas a los derechos de las comunidades asentadas en el área, que aún no han sido solucionadas.

3.3.5.1. Con lo visto, la Sala considera que el caso *sub examine* presenta la vulneración de los derechos fundamentales a la consulta previa, a la libre circulación, a la salud y a la educación, principalmente, por las siguientes razones.

En primer lugar, la empresa vulneró el derecho fundamental de las comunidades indígenas Honduras y Cerro Tijeras a la consulta previa al no haberse adelantado debidamente, luego de empezado hace 10 años en el marco del trámite del Plan de Manejo Ambiental. De esa forma, al igual que lo sostenido por el Ministerio de Ambiente y el Ministerio del Interior, **la consulta previa debe realizarse, ya no sobre la ejecución del proyecto, pues la represa ya está en funcionamiento hace más de 25 años, sino respecto del Plan de Manejo Ambiental, decisión que afecta directamente los intereses de las comunidades indígenas actoras asentadas en la zona de influencia del proyecto.** La necesidad de realizar esta consulta se fundamenta en que sirve de escenario para formular diagnósticos de impacto, identificar aquellas afectaciones que fueron imprevisibles a la hora de ejecutar la obra y establecer las medidas de compensación, corrección y mitigación más acordes con los intereses de las comunidades.

En segundo lugar, cabe recordar que debido a la construcción de la Central Hidroeléctrica Salvajina por iniciativa de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca (CVC), varias comunidades indígenas resultaron afectadas, pues fueron desplazadas para la ejecución de las obras; con este desplazamiento se generaron graves

afectaciones a su subsistencia, pues quedaron aisladas, sus actividades diarias cambiaron sustancialmente y continúan sin servicios básicos necesarios en materia de salud y educación, entre otros. Por esta situación, posteriormente, el Gobierno de la época suscribió el Acta 86 con las comunidades, en la que se formularon unos acuerdos para ejecutar obras de infraestructura y otras actividades que compensaran todos estos cambios²³⁸. En lo demostrado en la revisión del caso concreto, la Sala pudo comprobar que existe un incumplimiento parcial y permanente en el tiempo de estos acuerdos y que esta situación se ha agravado aún más por el abandono institucional.

Además, se demostró que estos compromisos fueron adquiridos por el Estado y concretamente por la CVC; sin embargo, a partir de 1996 la represa cambió de titular, ya no es la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, sino la Empresa de Energía del Pacífico (1996), quien asumió su manejo para la generación, transmisión y distribución de energía eléctrica²³⁹ y quien, a pesar de negar su responsabilidad, continuó y continúa algunas de las actividades adelantadas por la CVC para asegurar la conectividad de las comunidades.

La Empresa de Energía del Pacífico –EPSA– es la actual operadora y propietaria de la represa, y por lo tanto, también debe asumir los impactos sociales y ambientales que genera actualmente la central hidroeléctrica. Como se demostró, uno de los impactos sociales que se sigue identificando, causado por el proyecto, es el aislamiento al que están sometidas las comunidades alrededor del embalse²⁴⁰. En ese orden, la empresa EPSA es responsable actual sobre las medidas de compensación y mitigación de los impactos ambientales y sociales causados por la operación de la represa, y precisamente por ello, actualmente está realizando el Plan de Manejo Ambiental y socializándolo con las comunidades afectadas e identificadas por el área e influencia del proyecto y el Ministerio del Interior.

²³⁸ Al respecto, la Sala nota que los acuerdos consignados en el acta de 1986 entre el gobierno y las comunidades indígenas y otras en aquella época, es un reflejo de los perjuicios que sufrió la comunidad con la construcción de la represa, y por tanto, de las medidas de distinta naturaleza que se debían adelantar para compensar a los damnificados. Esto es afirmado también por la empresa EPSA en los siguientes términos “*La causa o móvil determinante del pacto o convenio, soporte del plan de desarrollo regional, fue, sin duda, el reconocimiento de algunos perjuicios sufridos por los pobladores a raíz de la construcción de la hidroeléctrica por parte del propio Estado. Pero en lugar de recibir una compensación monetaria, las personas y comunidades afectadas prefirieron que el Estado asumiera diversas obligaciones de hacer y de dar como parte del aludido plan de desarrollo regional*”. Escrito allegado el 14 de enero de 2014, folio 54.

²³⁹ Escritura pública No. 0943 del 31 de julio de 1996 de la Notaría Única de Candelaria.

²⁴⁰ Ver concepto técnico emitido por el Ministerio de Ambiente el 18 de agosto de 2011 sobre la definición del área de influencia, expediente del plan de manejo ambiental, cuaderno 3, folios 628 al 666.

Por lo tanto, los impactos de la construcción de Salvajina generan afectaciones a los derechos fundamentales de las comunidades asentadas en el área del proyecto que permanecen vigentes, y cuyas responsabilidades deben ser compartidas entre el Estado y la empresa propietaria, sobre todo en lo tocante con el aislamiento al que están sometidas las comunidades.

En tercer lugar, aunado a lo anterior, el gobierno, y concretamente la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, vulneró el derecho a la libre circulación de las comunidades indígenas Honduras y Cerro Tijeras por cuanto se comprometió a la construcción de puentes peatonales, la carretera marginal y ramales que conectaran con ella, y en la actualidad, se demostró que los puentes fueron construidos pero están en pésimas condiciones, la carretera marginal nunca se realizó y los ramales fueron adecuados algunos y otros no.

Por su parte, la EPSA vulneró la libre circulación al restringir desproporcionadamente los horarios para el uso de la barcaza que presta el servicio de transporte fluvial a través de la represa. Además, al ser heredera de los acuerdos suscritos en el Acta 86 y la responsable de los impactos generados por la represa, entre los que se resalta el aislamiento de los pueblos indígenas, debe colaborar con la planeación y construcción de la carretera marginal y las diferentes vías, las cuales pueden constituir medidas de compensación por la operación de la represa de la cual se lucra.

En cuarto lugar, el departamento del Cauca y concretamente sus Secretarías de Educación y Salud, junto con las alcaldías municipales de Suárez y Morales, vulneraron los derechos a la salud y a la educación de las comunidades indígenas tutelantes, por cuanto no han garantizado la accesibilidad y disponibilidad suficiente para asegurar el efectivo goce de estos derechos fundamentales. Como se comprobó, en el caso del derecho a la salud, a pesar de que las veredas tienen puestos de salud, no cuentan con la dotación médica suficiente para prestar un servicio adecuado, por lo que los miembros de la comunidad se ven obligados a acudir al hospital de la cabecera municipal, lo que implica largos periodos de desplazamiento por caminos en malas condiciones. En lo tocante a la educación, la Sala corroboró que los planteles educativos presentan insuficiencia de infraestructura y ausencia de dotación de elementos necesarios para enseñar con calidad. De igual forma, debido a los trayectos tan largos e intransitables que deben recorrer los niños y niñas de cada vereda para llegar a sus escuelas, se presenta la deserción escolar.

Respecto a esto, llama la atención de la Sala sobre que los derechos a la salud y a la educación deben ser garantizados en el marco de un Estado Social de Derecho, a través de políticas públicas y planes de desarrollo, sin que para ello tenga que suscribirse un documento como lo fue en su momento el Acta 86. Es necesario recordar que Colombia es un Estado Social de Derecho y por esto *“la administración no debe olvidar que entre los fines esenciales del Estado se encuentra el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y que las autoridades están instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. La educación genera una contraprestación a cargo del Estado que consiste en asegurar el adecuado cubrimiento del servicio público educativo. Esta prestación debe realizarse de manera permanente (artículo 70 de la Constitución)”*²⁴¹

3.3.5.2. Con base en lo anterior, la Sala revocará las decisiones de los jueces de instancia, y en su lugar concederá la protección a los derechos fundamentales a la consulta previa, a la libre circulación, a la salud y a la educación de las comunidades indígenas de Honduras y Cerro Tijeras.

En consecuencia, ordenará a la EPSA continuar con el proceso de consulta previa del Plan de Manejo Ambiental que se adelanta ante el Ministerio de Ambiente y la ANLA, observando los parámetros establecidos en esta providencia para asegurar verdaderos espacios de participación y concertación con las comunidades afectadas²⁴². Este proceso no podrá tardar más de seis (6) meses a partir de la notificación de la presente sentencia²⁴³, teniendo en cuenta que ya se han realizado actividades de socialización e identificación de la población afectada desde el año 2008. En ese marco de concertación, deberá la empresa tener en cuenta las problemáticas de conectividad tal como han sido evidenciadas en el expediente del Plan de Manejo Ambiental y en este proceso, y plantear soluciones que sean acordes con las necesidades de las poblaciones.. Igualmente, deberá continuar con la prestación del servicio de transporte con el funcionamiento de las barcasas y embarcaderos sobre el embalse, pero ampliando la disponibilidad horaria.

²⁴¹ Cfr. sentencia T- 467 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

²⁴² En el área de influencia directa social se encuentra identificado el resguardo indígena Honduras.

²⁴³ La Corte ha ordenado este término en sentencias T-547 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-1080 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

También se ordenará al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, a la ANLA y al Ministerio del Interior, acompañar y dar seguimiento integral de los espacios de participación, censos y procesos que adelante la empresa con las comunidades en el trámite de la presentación del Plan de Manejo Ambiental.

En tercer término se ordenará tanto a la EPSA como a las entidades estatales mencionadas, a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca y a las autoridades departamentales, como la Gobernación del Cauca, que una vez culmine el proceso de consulta del Plan de Manejo Ambiental y si las comunidades así lo han requerido, se inicien los estudios para la construcción de la carretera marginal y se elabore un cronograma teniendo en cuenta la disponibilidad presupuestal. Sobre esto, deberá tenerse especial cuidado para determinar si la construcción de la carretera puede implicar un desplazamiento de las comunidades, caso en el cual este asunto debe ser discutido con ellas dentro del proceso de consulta previa²⁴⁴. Igualmente, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia deberán iniciar las medidas necesarias para formular planes y programas en conjunto con las autoridades locales para el correcto mantenimiento de los puentes ya existentes y la construcción de carreteras y caminos transitables entre las veredas y las cabeceras municipales que garanticen la libre circulación de los miembros de las comunidades indígenas Honduras y Cerro Tijeras.

Se ordenará a la Gobernación del Cauca y a las entidades locales, implementar las medidas necesarias para realizar obras de mantenimiento a los planteles educativos de las veredas de los resguardos Honduras y Cerro Tijeras y equiparlos de suficiente dotación para que el ejercicio del derecho a la educación sea real.

Al Ministerio de Salud y Protección Social, así como a la Secretaría de Salud Departamental y a las autoridades locales se les ordenará adecuar los puestos de salud de las veredas para que puedan atender cualquier urgencia que se presente en la comunidad.

Se solicitará a la Defensoría del Pueblo, acompañar a las comunidades indígenas de Honduras y Cerro Tijeras en el proceso de consulta previa del Plan de Manejo Ambiental que se adelanta actualmente ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y la EPSA, observando los parámetros expuestos en la presente providencia y allegue a esta Corporación, un informe sobre el seguimiento y culminación del

²⁴⁴ Conforme a la jurisprudencia establecida en la sentencia T-129 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

proceso. Por su parte, se exhortará a la Procuraduría Delegada de Asuntos Indígenas y a la Procuraduría General de la Nación, para que en ejercicio de sus funciones, vigilen el adelantamiento del proceso del Plan de Manejo Ambiental sobre la represa Salvajina.

4. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el fallo de segunda instancia emitido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el siete (7) de marzo de 2013, que confirmó la sentencia de primera instancia emitida por la Sala Primera de Decisión Penal en Sala de Tutela del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán el diecisiete (17) de enero de 2013, que denegó el amparo. En su lugar, **CONCEDER** la tutela a los derechos fundamentales **a la consulta previa, a la libertad de circulación, a la salud y a la educación** de los **miembros de los resguardos indígenas Honduras y Cerro Tijeras**, por las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **Empresa de Energía del Pacífico S.A. ESP – EPSA S.A. ESP**, que en el término de seis (6) meses contados a partir de la notificación de la presente sentencia, culmine la consulta previa del Plan de Manejo Ambiental que ya se viene adelantando y garantice verdaderos espacios de consulta y de participación a las comunidades indígenas, en los que se identifiquen los impactos ambientales, sociales, económicos y culturales de la operación actual de la represa Salvajina y se establezcan de manera concertada medidas de compensación, mitigación y corrección. Estos procesos deberán observar los parámetros establecidos en la presente sentencia.

En este proceso, la **Empresa de Energía del Pacífico S.A. ESP – EPSA S.A. ESP**, en conjunto con la comunidad indígena y las entidades estatales, deberá identificar soluciones para solventar el aislamiento de las comunidades indígenas asentadas alrededor de la represa Salvajina. Las medidas deberán contemplar (a) transporte fluvial a través del embalse, (b) obras de infraestructura y de adecuación de caminos transitables entre las veredas y (c) las demás actividades que las comunidades indígenas actoras consideren convenientes para solucionar la problemática de la conectividad.

Una vez se cumpla el término mencionado, la EPSA, deberá **allegar un informe detallado** a esta Corporación, en conjunto con las comunidades de los Resguardos Honduras y Cerro Tijeras, sobre las reuniones realizadas, los temas debatidos y las medidas de compensación, de corrección o reparación que se hayan concertado.

TERCERO: ORDENAR al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca – CVC, al Ministerio del Interior, y a las alcaldías de los municipios de Suárez y Morales del departamento del Cauca, que acompañen permanentemente el proceso de consulta previa del Plan de Manejo Ambiental, teniéndose en cuenta, entre otros, el impacto de aislamiento generado por la construcción y operación actual de la represa Salvajina, de conformidad con lo señalado en esta providencia. Para dar cumplimiento a este ordinal, las autoridades estatales en conjunto con la EPSA, las comunidades indígenas actoras y otras entidades del orden nacional, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia deberán iniciar las medidas necesarias para fijar un plan de obras de infraestructura que implique la construcción de caminos entre las veredas que garanticen la libre locomoción de las comunidades sin riesgos.

CUARTO: ORDENAR a la Empresa de Energía del Pacífico S.A. ESP – EPSA S.A. ESP, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca –CVC, al Ministerio del Interior, a las alcaldías de los municipios de Suárez y Morales del departamento del Cauca y a la Gobernación del departamento nombrado, que dentro de sus competencias y con el apoyo de las demás autoridades nacionales competentes, una vez se surta el proceso de consulta previa y si las comunidades así lo han requerido, en un plazo de un (1) año contado a partir de la notificación de esta providencia, se inicien los estudios para la construcción de la carretera marginal y se elabore un cronograma teniendo en cuenta la disponibilidad presupuestal.

De la anterior actuación se deberá enviar el cronograma de trabajo establecido entre las autoridades mencionadas a la Corte Constitucional y posteriormente informes sobre su progreso.

QUINTO: ORDENAR a las Secretarías de Educación y Salud de la Gobernación del departamento del Cauca, que en conjunto con los **Ministerios de Salud y Educación Nacional, (a)** inicien las labores para adecuar en un término no mayor seis (6) meses, los planteles educativos de las veredas de los resguardos Honduras y Cerro Tijeras para que los menores

puedan recibir sus clases en condiciones dignas asegurándoles también todas las dotaciones requeridas, y **(b)** tomen todas las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento continuo de los puestos de salud en las veredas donde se asientan los Resguardos indígenas Honduras y Cerro Tijeras y aquellas mencionadas en la presente providencia de los municipios Suárez y Morales, con la dotación médica mínima y adecuada para atender a las comunidades indígenas.

SEXTO: SOLICITAR a la **Defensoría del Pueblo** que en ejercicio de las funciones que le asigna el artículo 282 de la Constitución, **asesore y acompañe**, con la programación de visitas periódicas al área, a las comunidades indígenas de Honduras y Cerro Tijeras de los municipios de Morales y Suárez del departamento del Cauca, y a sus organizaciones sociales, en el proceso de consulta previa del Plan de Manejo Ambiental que se adelanta actualmente ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, observando los parámetros expuestos en la presente providencia y las órdenes anteriores, y **allegue** a esta Corporación, un informe sobre el seguimiento y culminación del proceso y las medidas de compensación, corrección y mitigación que se acordaron.

SÉPTIMO: EXHORTAR a la **Procuraduría Delegada de Asuntos Indígenas, Procuraduría General de la Nación**, para que en ejercicio de sus funciones, vigile el adelantamiento del proceso del Plan de Manejo Ambiental sobre la represa Salvajina, conforme los parámetros establecidos en la presente providencia.

OCTAVO: La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional hará el seguimiento estricto del cumplimiento de las órdenes contenidas en la presente providencia.

NOVENO: Líbrense por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General