



REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejera Ponente (E): MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Bogotá, D.C., trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 44001-23-33-000-2016-00079-01

Demandante: **LORENZA MARCELA GIL PUSHAINA**

Demandado: MINISTERIO DEL INTERIOR – MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE - AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES – CORPOGUAJIRA Y CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED

Acción de Tutela

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala las impugnaciones presentadas por la parte actora, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, la Empresa Carbones del Cerrejón Limited, el Servicio Geológico Colombiano y el Incoder, contra la sentencia de 2 de mayo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, que resolvió:

***“Primero:** Amparar los derechos fundamentales a la vida, la salud, al acceso al agua potable, a la consulta previa, debido proceso e igualdad de la comunidad la HORQUETA 2, representada por la señora LORENZA MARCELA GIL PUSHAINA, en su condición de autoridad tradicional de la citada comunidad.*

***Segundo:** Suspender los efectos jurídicos de las licencias ambientales proferidas por la Corporación Autónoma Regional de La Guajira - CORPOGUAJIRA, contenidas en los siguientes actos administrativos: i) Acuerdo 017 de 5 de agosto de 2015, ii) Resolución 1645 del 8 de septiembre de 2015, iii) Resolución 01844 de 14 de octubre de 2015 (resuelve recurso), iv) resolución 02252 del 14 de diciembre de 2015, v) Resolución 02253 del 14 de diciembre de 2015, vi) Resolución 02254 del 14 de diciembre de 2015.*

La suspensión de los efectos jurídicos se decreta por el término de un mes a partir de la notificación de esta providencia, el cual podrá ser ampliado por esta Corporación a petición de parte a fin de acreditar el cumplimiento de lo ordenado.

Tercero: *Ordenar a la sociedad Carbones del Cerrejón Limited para que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia inicie las gestiones necesarias para dar cumplimiento a lo ordenado por la Resolución 2104 del 8 de noviembre de 2012, en su artículo sexto, respecto de las comunidades indígenas afectadas directamente por la modificación parcial del arroyo Bruno.*

La culminación de tales gestiones no podrá superar el término de un (1) mes contado a partir de la notificación de esta providencia.

Cuarto: *Ordenar al Ministerio del Interior, Oficina de Consulta Previa, que dentro de los treinta (30) días siguientes a la solicitud anterior, determine si existe influencia directa en la comunidad la HORQUETA 2 del municipio de Albania — La Guajira, del proyecto parcial de desviación del río Bruno 1A, por las actividades de explotación minera de la empresa Carbones Cerrejón Limited, en el tajo La Puente, el proceso de consulta previa y respecto de los demás focos de contaminación que se mencionan en la demanda (contaminación por ruido en el transporte ferroviario del carbón y por la polución de las voladuras de la actividad minera).*

El punto de referencia para determinar la afectación "directa" de las comunidades indígenas, es el tajo La Puente y no se podrá desconocer el estudio de la rasa de los vientos, ni de la calidad del aire, como factores para determinar el impacto de la contaminación de la biosfera.

Quinto: *Ordénese la realización de una mesa interinstitucional coordinada y a la menor brevedad posible de las siguientes autoridades y personas: los representantes legales o de sus delegados de Nación Ministerio de Interior — Dirección de consulta previa, Corporación Autónoma Regional de La Guajira — CORPOGUAJIRA, IDEAM, Carbones de Cerrejón Limited, Autoridad*

de Licencias Ambientales - AN LA, Agencia Nacional Minera ANM, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, INCODER, Agustín Codazzi, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento de La Guajira, municipio de Maicao, Municipio de Albania, Defensor del Pueblo, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, Servicio Geológico Colombiano con el fin de determinar dentro del ejercicio de sus competencias: i) Diseñar un plan definitivo que asegure a la comunidad la HORQUETA 2 el estudio técnico definitivo sobre la no extinción del recurso hídrico proveniente del arroyo Bruno de acuerdo con las políticas ambientales. ii) Si existe influencia directa de la modificación del cauce del arroyo Bruno 1 "A", coordinar para realizar la consulta previa de la comunidad la HORQUETA 2 en un término no mayor a 1 mes a partir de la solicitud si se determina que tiene afectación directa, e involucrar dentro del procedimiento administrativo que le defina los derechos de las personas de dicha comunidad.

La interacción entre las autoridades nacionales y de las entidades territoriales en cumplimiento de las leyes 373 y 1753 en los asuntos de sus competencias deberán dar aplicación a los principios de Estado Unitario, coordinación y concurrencia, respecto de los recursos del sistema general de participaciones utilizados para agua potable y saneamiento y demás competencias concurrentes para la prestación del servicio público de agua. Igualmente, en relación con las competencia sobre uso del suelo.

Los efectos de esta acción de tutela respecto de los derechos de la comunidad la HORQUETA 2, serán inter comunis para las demás personas que se encuentre en comunidades del pueblo Wayuu en los municipios de Albania o Maicao, cuya fuente de agua sea el arroyo Bruno, que se encuentran mencionadas en la resolución 0498 de 2015 o, que se afecten directamente con la modificación (...)."

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

La señora Lorenza Marcela Gil Pushaina, autoridad tradicional del asentamiento indígena Wayuu La Horqueta, instauró, mediante apoderado, acción de tutela contra el Ministerio del Interior, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, Corpoguajira y la Empresa Carbones del Cerrejón Limited, por considerar vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso, a la consulta previa y a la igualdad de todos los miembros de la comunidad indígena que representa, con ocasión de la falta de consulta previa a su comunidad, respecto de las obras empezadas a ejecutar por la Empresa Carbones del Cerrejón Limited, tendientes a desviar el cauce del Arroyo Bruno y de las molestias ocasionadas a ellos por el paso del tren de carga de la misma. En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones:

“1. Tutelar los Derechos Constitucionales a la CONSULTA PREVIA, DEBIDO PROCESO y el Derecho a la IGUALDAD de los miembros de la Comunidad del Asentamiento Indígena Wayuu LA HORQUETA del Municipio de Albania La Guajira, violados por el Ministerio del Interior, Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y la Empresa CARBONES DEL CERREJON.

2. Ordenar al Ministerio del Interior Realizar el Proceso de CONSULTA PREVIA entre la empresa CARBONES DEL CERREJON y la Comunidad de Asentamiento indígena Wayuu LA HORQUETA del municipio de Albania - La Guajira.

3. Ordenar a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y a CORPOGUAJIRA suspender provisionalmente los actos administrativos por medio de los cuales se otorgaron Licencias Ambiental y permisos para la Explotación y exploración de Carbón del Subsuelo del Arroyo BRUNO, para la desviación del Arroyo BRUNO, y para la construcción de la vía férrea a la Empresa CARBONES DEL CERREJON, porque no se ha realizado el proceso de Consulta Previa con la Comunidad del Asentamiento Indígena Wayuu LA HORQUETA, lo cual estos proyectos está siendo efectuados en el área de influencia de territorio ancestral étnico Wayuu.”. (SIC)

2. Hechos

Los hechos que acompañan la solicitud son los siguientes:

La señora Lorenza Gil Pushaina se describe como autoridad tradicional del asentamiento indígena Wayuu La Horqueta del Clan Pushaina, ubicado en el municipio de Albania - La Guajira, asentado desde tiempos ancestrales en dicho territorio y conformado por más de ochenta (80) familias indígenas Wayuu.

Cuenta que el asentamiento está en el área de influencia directa del proyecto por medio del cual Carbones del Cerrejón Limited, en adelante Cerrejón, pretende desviar el cauce ancestral del Arroyo Bruno y que también se encuentra en el área de influencia de la vía férrea de la misma compañía, por la que a diario se transporta el carbón extraído de la mina El Cerrejón.

Afirma que existen pruebas que demuestran que a la comunidad indígena Wayuu del territorio La Horqueta no se le ha realizado el proceso de consulta previa de los proyectos antes mencionados, los cuales la afectan directamente y a la que tienen derecho por ser un grupo étnico indígena Wayuu.

Sostiene que la desviación del cauce ancestral del Arroyo Bruno genera daños irremediables a la comunidad y afecta sus derechos fundamentales y su supervivencia, a la vez que destruye su tejido social, cultural, religioso, sus usos y sus costumbres, entre las que se incluyen abastecerse de agua para el consumo humano, la agricultura, la pesca y actividades espirituales que se han visto menoscabadas por las obras que ya iniciaron y las que están por comenzar.

Narra que las explosiones provenientes de la cantera de donde se extrae el mineral generan fuertes vibraciones y contaminación de polvillo del carbón que afecta la flora, la fauna y las fuentes hídricas desde hace años.

Que, igualmente, el tren de propiedad de Cerrejón pasa a menos de quinientos metros de distancia de su territorio constantemente, esparciendo grandes cantidades de polvillo de carbón y emanando un fuerte ruido que afecta la salud de los miembros de la comunidad de La Horqueta.

Aseguró que el asentamiento indígena Wayuu La Horqueta cumple con los requisitos para demostrar que es de propiedad colectiva, como lo son el territorio ancestral, el auto reconocimiento como indígenas Wayuu, su lengua, el wayuunaiki, una autoridad tradicional elegida por los miembros de la comunidad y posesionada ante la autoridad competente, un cementerio y actividades rituales; algunas de las cuales se desarrollan en el Arroyo Bruno, con cuyo cambio de cauce natural y ancestral, sumado a la falta de consulta sobre el proyecto a la que tienen derecho por la afectación directa del mismo sobre su vida y costumbres, se están violando sus derechos fundamentales al debido proceso, a la consulta previa y a la igualdad.

3. Oposición

La **Empresa Carbones del Cerrejón Limited** rindió informe dentro del proceso y argumentó que no existe vulneración de los derechos fundamentales de la actora, por lo que señaló que la acción de tutela es improcedente.

Señaló que La Horqueta es propiedad del Cerrejón desde hace más de 20 años de conformidad con el folio de matrícula 210-23349, así como del inmueble denominado "Mi Refugio" del que es propietaria en común y proindiviso la accionante, ya que fue adquirido a través de dación en pago que hizo Cerrejón en el año 1999, por lo que no es ancestral.

Adujo que la comunidad donde se encuentra asentada la tutelante no es área de influencia directa de la obra denominada "alternativa 1A" de desviación del Arroyo Bruno, ya que se encuentra a 4,6 kilómetros de su inicio, que se ubica en terrenos del Cerrejón, por lo que su presencia no fue certificada ni identificada por el Ministerio de Interior como potencialmente afectada de manera directa por el proyecto y, por tal razón, no se le realiza consulta previa.

Respecto de la línea férrea, afirmó que mediante Resolución No. 002 del 21 de enero de 1981, expedida por el Instituto Colombiano de Reforma Agraria, se reservó a nombre de Carbones del Cerrejón una franja de terreno baldío de 3.645,5 hectáreas, ubicadas en la jurisdicción de los municipios de Barrancas, Maicao y Uribia, con destino a la construcción y funcionamiento de un ferrocarril.

Que la línea del ferrocarril se encuentra bajo los parámetros de un plan de manejo integral que se aplica en el transporte férreo, cuyo seguimiento y monitoreo lo realizan las autoridades ambientales locales y nacionales y que, de acuerdo con el monitoreo de ruido ambiental realizado, sus valores estuvieron por debajo de los límites máximos que contempla la norma actual, contrario a los niveles de ruido sin la presencia del tren, que superaron los límites establecidos en la Resolución 627 de 2006, condición que no le es atribuible a la Empresa Cerrejón.

Además de lo anterior, adujo que respecto de la acción instituida por los problemas atribuidos al paso del tren, no se cumple con el requisito de inmediatez de la tutela, comoquiera que la construcción de la vía férrea se encuentra en operación desde 1984, es decir, hace más de 30 años, y la consulta previa tan solo se incorporó al ordenamiento jurídico colombiano con la adopción del convenio 169 de la OIT que fue aprobado por la ley 21 de 1991, y que por ello no podía habersele exigido la realización de la consulta previa cuando no existía la figura en el mundo jurídico colombiano.

Esgrimió que el punto de captación de agua potable del Arroyo Bruno se ubica a varios kilómetros aguas arriba, en el sector conocido como la Batea, alejado unos 4 kilómetros de la parte baja donde ha sido aprobada la intervención del arroyo por parte de la autoridad ambiental, lo que indica que los potenciales de cantidad y calidad de agua no tendrían afectación, más aún cuando se instalarán puntos de monitoreo y se adelantaran obras y proyectos de compensación ambiental, en el marco de obligaciones impuestas por Corpoguajira y con participación de la comunidad.

En relación con la explotación del mineral y las vibraciones, señaló que registros sismográficos comprueban que las voladuras del Cerrejón se realizan dentro del margen que prevén las normas OSMRE y que la sobrepresión está muy debajo de los límites máximos permitidos.

Finalmente, afirmó que no existe riesgo de afectación por polvo de las operaciones mineras para los habitantes de La Horqueta, pues esta se encuentra ubicada en lo que se denomina "viento arriba" de las operaciones mineras, es decir, que el polvo que puede generar la minería es llevado por el viento en otra dirección.

En tal razón, arguyó que no existen elementos probatorios que acrediten la vulneración de derechos fundamentales invocados, por lo que solicitó que se negaran todas las peticiones de la tutela.

La **Nación - Ministerio de Ambiente**, dentro de la oportunidad procesal, rindió el informe requerido y argumentó que en su caso se configura la excepción de falta de legitimación en la causa par pasiva, por cuanto no ha vulnerado ni amenazado derecho alguno a la actora, ya que dentro del marco de sus competencias no se encuentra la de expedir licencias ambientales ni adelantar los procesos de consulta previa con los pueblos indígenas.

La **Nación - Ministerio de Interior**, rindió el informe requerido y argumentó que no existe vulneración de derechos fundamentales, por lo que solicitó que se denegaran las pretensiones de la acción de tutela, con fundamento los siguientes argumentos:

Señaló que antes de expedir la certificación de presencia o no de comunidades étnicas, la Dirección de Consulta Previa de la entidad consultó la base de datos de las comunidades indígenas y realizó una visita de verificación en campo con el fin de comprobar cartográficamente la presencia de comunidades en el área de influencia.

Sostuvo que se encuentra probado que dicha dirección cumplió con las competencias funcionales asignadas en el Decreto 2893 de 2011 garantizando el derecho a la consulta previa de la comunidad que resultó certificada, por encontrarse en el área de influencia directa del proyecto.

Alegó la improcedencia de la acción por existir otros recursos en el ordenamiento jurídico colombiano para controvertir las decisiones que en su contenido sean lesivas para los derechos que se aducen vulnerados, así como por falta del requisito de inmediatez, teniendo en cuenta que la expedición de la certificación No 2104 ocurrió el 8 de noviembre de 2012.

La **Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA** - dentro de la oportunidad procesal, rindió el informe requerido y se opuso a las pretensiones de la tutela, con fundamento en lo siguiente:

Mediante Resolución 759 del 14 de julio de 2014 se aprobaron las obras y actividades para la intervención proyectada del cauce natural del Arroyo Bruno por parte de la empresa Cerrejón, por cumplir los requisitos previos para el desarrollo del desvío, lo cual no constituye la autorización, pues esta se había concedido desde el año 1998 y en el concepto técnico No. 9186 de junio de 2014, acogido mediante la Resolución 759 de 2014, por la cual se aprueban las obras y actividades relacionadas con la desviación del Arroyo Bruno.

Señaló que los permisos, concesiones y autorizaciones necesarias para el desvío efectivo del Arroyo Bruno son competencia de la Corporación Autónoma Regional de La Guajira - CORPOGUAJIRA y que ANLA se circunscribe a adelantar un riguroso seguimiento y control sobre el cumplimiento de las medidas y obligaciones establecidas para prevenir, mitigar, corregir y/o compensar los efectos derivados de dichas actividades y, de manera inmediata, a establecer los correctivos a que haya lugar en el desarrollo del proyecto minero.

En cuanto a las pretensiones, esbozó como argumentos la falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto la autoridad competente para realizar la consulta previa con las

comunidades indígenas accionantes es el Ministerio del Interior, a través de la Dirección de Consulta Previa. Aseveró que como consecuencia de ello, se concluye que la autoridad Nacional de Licencias Ambientales no es la responsable de los hechos u omisiones que motivaron la acción constitucional de la referencia, por lo que no es la llamada a resistir (sic) las pretensiones de la demanda.

La **Corporación Autónoma Regional de La Guajira - CORPOGUAJIRA**, dentro de la oportunidad procesal, rindió el informe requerido y también se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en lo siguiente:

Señaló que como se invoca la vulneración del derecho fundamental de consulta previa, es claro que dicha corporación no tiene injerencia alguna en la violación de derechos alegada, ya que la responsabilidad de identificar y certificar la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia directa de proyectos sujetos a la licencia ambiental corresponde a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Interior y de Justicia.

Indicó que CORPOGUAJIRA, como autoridad ambiental del departamento, realiza el acompañamiento a las reuniones de consulta previa programadas por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Interior, previa invitación formal realizada.

4. Providencia impugnada

El Tribunal Administrativo de la Guajira, en sentencia de 2 de mayo de 2016, amparó los derechos fundamentales a la vida, la salud, el acceso al agua potable, a la consulta previa, al debido proceso y a la igualdad de la

comunidad La Horqueta 2, representada por la señora Lorenza Marcela Gil Pushaina, en su condición de autoridad tradicional de la misma.

Luego de una inspección judicial a la zona realizada el día 28 de abril de 2015, consideró el Tribunal que, ya que mediante la Resolución 501 del 27 de marzo de 2012 la Dirección de Consulta previa había certificado la presencia de la comunidad La Horqueta de la etnia Wayuu para el proyecto "Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de modificación de cauce del Arroyo Bruno", no se explicaba por qué dicha comunidad no hizo parte de la consulta previa luego de la modificación del proyecto inicial, que incluía también la afectación del Arroyo Purpurema.

Advirtió que entre el primer proyecto y el segundo, fue la sociedad concesionaria la que definió en el tiempo y en el espacio la cobertura de las autorizaciones que le dieron las entidades públicas, sin que las autoridades nacionales de Consulta Previa, ANLA, CORPOGUAJIRA y la entidades territoriales competentes estuvieran coordinadas en el ejercicio de sus competencias, ya que a las comunidades indígenas no se les "socializó", a posteriori, los actos administrativos cuyos efectos jurídicos las afectarían de forma directa.

Reiteró el compromiso internacional de la República de Colombia, derivado del convenio 169 de la OIT, a la consulta previa, y halló que la comunidad actora no fue debidamente informada con anterioridad al 29 de agosto de 2014 sobre la intervención del Arroyo Bruno.

En tal razón encontró probada la vulneración de los derechos de consulta previa, debido proceso e igualdad de la comunidad actora, ante la evidente

descoordinación institucional derivada de la modificación del proyecto de alteración del cauce del arroyo Bruno.

Refirió que del material probatorio arrimado al plenario pudo constatar que la ubicación de LA HORQUETA queda aguas arribas del lugar donde se va a hacer la desviación del cauce, pero que, sin embargo, los impactos medio ambientales no podían analizarse de forma parcial ni fragmentada, ya que requieren una visión ecosistémica que comprenda el impacto en todo el ciclo hidrobiológico, teniendo en cuenta que el agua dulce es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente, como lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia C-094 de 2015.

Consideró que en el caso en estudio, por tratarse de actividad minera y agua dulce superficial, el impacto ambiental de la obra repercute en el suelo, el subsuelo y la atmosfera del ecosistema del Arroyo Bruno, que va desde los Montes de Oca hasta la desembocadura del Rio Ranchería en el mar Caribe, así como en la afectación biótico a la fauna y flora terrestre, fluvial y marina y a la población de La Guajira, cuyas fuentes de agua sean el Arroyo Bruno (municipios de Maicao y Albania) o el Rio Ranchería aguas debajo de su confluencia.

Añadió que dichos impactos ponen en riesgo la seguridad alimentaria y las fuentes de trabajo de la población afectada y, además, influían en los altos niveles de mortalidad infantil presentados en el departamento.

En tal sentido, suspendió los efectos jurídicos de las licencias ambientales proferidas por la Corporación Autónoma Regional de La Guajira - CORPOGUAJIRA, en relación con la obra de desvío del cauce del Arroyo Bruno, por el término de un mes a partir de la notificación

de la providencia, término que podría ser ampliado por esa Corporación a petición de parte a fin de acreditar el cumplimiento de lo ordenado.

De otra parte, ordenó a la sociedad Carbones del Cerrejón Limited que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la providencia, iniciara las gestiones necesarias para dar cumplimiento a lo ordenado por la Resolución 2104 del 8 de noviembre de 2012, en su artículo sexto, respecto de nuevas comunidades indígenas afectadas directamente por la modificación parcial del arroyo Bruno, que aparecieran durante la ejecución del proyecto. Para este efecto otorgó plazo de un mes contado desde la notificación del fallo.

Adicionalmente, ordenó al Ministerio del Interior, Oficina de Consulta Previa, que dentro de los treinta (30) días siguientes a la solicitud anterior, determinara si existía influencia directa en la comunidad la HORQUETA 2 del municipio de Albania — La Guajira, por parte del proyecto parcial de desviación del Rio Bruno 1A y de las actividades de explotación minera de la empresa Carbones Cerrejón Limited, en el tajo La Puente.

Finalmente, ordenó la realización de una mesa interinstitucional coordinada con el fin de i) diseñar un plan definitivo que asegure a la comunidad la HORQUETA 2 el estudio técnico definitivo sobre la no extinción del recurso hídrico proveniente del arroyo Bruno de acuerdo con las políticas ambientales y ii) determinar si existe influencia directa de la modificación del cauce del arroyo Bruno 1 "A", para, en tal caso, coordinar la realización de la consulta previa de la comunidad la HORQUETA 2 en un término no mayor a 1 mes a partir de la solicitud, e involucrar dentro del procedimiento

administrativo que les defina sus derechos a las personas de dicha comunidad.

5. Impugnación

El apoderado de la **demandante** impugnó la anterior decisión y solicitó que se ordenara una consulta previa entre la empresa El Cerrejón y todas las comunidades étnicas indígenas Wayuu, en relación con la construcción de la vía férrea y la circulación del tren cargado de carbón, el cual, afirmó, pone en peligro sus vidas, la de sus animales tradicionales y genera enfermedades y ruidos que trastornan la vida de la comunidad de acuerdo con sus costumbres y cultura.

Adicionalmente, solicitó “que se extendiera el plazo otorgado para el proceso de consulta previa con las comunidades referente al proyecto de desviación del Arroyo Bruno, el cual considera insuficiente para debatir el tema, debido al gran número de comunidades étnicas involucradas”.

El apoderado del **Cerrejón** presentó escrito de impugnación al fallo de primera instancia y solicitó que se revocara.

Indicó que de acuerdo con amplio desarrollo jurisprudencial, el alcance del derecho a la consulta previa suscrito por Colombia a través de la firma del Convenio 169 de la OIT, permite inferir que la sola existencia de una comunidad indígena y de un proyecto minero no activa el derecho a la misma, pues habrá de establecerse para cada caso específico si existe una

afectación directa sobre cada comunidad, la cual, en su concepto, no existe para el caso concreto.

Aseguró que como el asentamiento de la comunidad demandante se encuentra a 4 kilómetros del punto de inicio de las obras de desviación y que en la zona la misma no desarrolla prácticas tradicionales o de subsistencia, no se encuentran presentes los requisitos que activen el derecho a la consulta previa de ella para la ejecución de la obra, por lo que no se evidencia la violación de este derecho fundamental, ni del de igualdad, en razón de que aquellas comunidades que sí fueron consultadas previamente se encuentran en una situación no homologable con la de la comunidad La Horqueta 2, dada su ubicación geográfica y zonas de desarrollo de actividades culturales y de subsistencia respecto del área a intervenir.

Argumentó que, contrario a lo señalado por el a-quo, no existen incongruencias entre el contenido de la Resolución ANLA 498 de 2015 y la Resolución 2104 de 2012 del Ministerio del Interior, ya que, en sus términos, se trata de resoluciones complementarias; la primera, que requirió al Cerrejón para que certificara las relaciones de 27 comunidades circundantes a la zona de la obra de desviación del Arroyo Bruno con el fin de abrir espacios de socialización, y la segunda, es el acto administrativo emanado del Ministerio del Interior que reconoció el derecho a la consulta previa para la comunidad de Campo Herrera, directa afectada con la obra.

Negó que, como lo indica el fallo de primera instancia, el impacto ambiental haya sido analizado parcial o fragmentadamente, ya que, a su juicio, el proyecto cuenta con todos los estudios ambientales requeridos, los cuales fueron presentados ante las autoridades competentes y evaluados por las

mismas para los trámites de aprobación de la ingeniería de detalle y los permisos ambientales asociados.

A este mismo respecto, ahondó sobre el manejo sostenible que la empresa hace del agua, como recurso finito y vulnerable.

De otra parte, alega una supuesta indebida valoración probatoria por parte del a-quo, frente a aspectos que no fueron evidenciados en la inspección judicial de 28 de abril del presente año, entre los que se destaca el señalamiento de la tala ilegal y la ampliación de las zonas de ganadería como responsables directos de la desaparición de los cuerpos de agua. Igualmente, la aclaración de que el proyecto va a asegurar la continuidad del flujo de agua hacía el Rio Ranchería y de que no va a utilizar el agua del arroyo en ninguna actividad.

Seguidamente, acusa al fallo impugnado de amparar derechos fundamentales no alegados por la parte actora sin que la vulneración de los mismos se encuentre suficientemente probada dentro del expediente, ya que, en su concepto, el fallo parte de simples conjeturas sin fundamento técnico que demuestren un perjuicio irremediable y coarta la posibilidad de Cerrejón de defenderse del cargo de vulneración del derecho al agua potable que se le endilgó, el que estima inexistente.

Finalmente, reiteró los argumentos de la contestación de la demanda sobre la falta del presupuesto de inmediatez relacionado con la construcción de la vía férrea y de la modificación del cauce del Arroyo Bruno, por el supuesto conocimiento que de la obra ha tenido la comunidad demandante desde el año 2013.

El Director de **Consulta Previa del Ministerio del Interior** impugnó la decisión de primera instancia y solicitó que se exonerara a la entidad que representa de cualquier responsabilidad dentro del caso en estudio.

Para el efecto, argumentó que la entidad actuó de acuerdo con las competencias funcionales que le están legalmente asignadas y describió el proceso de “certificación de comunidades étnicas” como uno en el que *“la Dirección de consulta previa en un análisis inicial para determinar si un proyecto, obra o actividad puede afectar determinado territorio reconocido a una comunidad étnica, procede a revisar en las siguientes bases de datos i) Base cartográfica de resguardos indígenas constituidos (Incoder - Igac 2015), ii) Base cartográfica de Consejos Comunitarios constituidos (Incoder 2015), Base de datos de la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías Étnicas y Rom (Mininterior 2015), iv) Base de datos de la Dirección de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras (Mininterior 2015), v) Base de datos de Consulta Previa (Mininterior 2015), conforme a las coordenadas presentadas por el solicitante para el proyecto.”.*

Sostuvo que la Dirección de Consulta Previa cumplió con sus obligaciones y utilizó todas las herramientas tales como la verificación de las bases de datos de comunidades étnicas y la visita de verificación en campo para determinar la presencia o no de comunidades étnicas en el área de influencia directa del proyecto "desviación parcial del arroyo bruno", lo que arrojó como resultado la expedición de la certificación No. 501 del 27 de marzo de 2016, por lo que no violó el derecho de consulta previa de las comunidades que resultaron certificadas.

El apoderado de la **Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - "ANLA"**, impugnó la decisión de primera instancia y solicitó que se atendiera a los argumentos con los que sustentó el recurso de alzada.

Adujo que no se vislumbraba arbitrariedad alguna de su parte en la aplicación de las normas ni en la interpretación del derecho y que, por el contrario, observaba que los procedimientos administrativos se han sujetado al principio de legalidad, no sólo en la interpretación normativa, sino en el análisis de las circunstancias fácticas sobre las cuales se han tomado las decisiones, preservando el orden jurídico y protegiendo los derechos fundamentales.

Arguyó que hay un error en la orden adoptada en el numeral quinto del fallo recurrido, por cuanto el Tribunal desbordó con ella su poder nominal como operador judicial, invadiendo el espacio reglamentario que corresponde al Ejecutivo y adicionando una función más a las competencias que por ley le fueron impuestas.

El **Servicio Geológico Colombiano** impugnó la decisión, por cuanto consideró haber recibido órdenes en el fallo de primera instancia, pese a que no hizo parte del proceso en el que el mismo se dictó, pues no fue notificado en ningún momento.

En tal sentido, solicitó que se revocara dicha decisión en lo relacionado con las órdenes que se le impartieron a esa entidad.

El **Incoder** (en liquidación) afirmó que no podía acatar ninguna de las ordenes contenidas en el fallo, pues al tratarse de una entidad en liquidación, se encuentra legalmente cobijada por la suspensión de los términos de los

procesos administrativos que en su contra se impetren, los cuales serán reasumidos por la Agencia Nacional de Tierras.

El **Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible** impugnó la decisión con el fin de que se declarara la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva a su favor.

Lo anterior con el argumento de que no tiene competencia ni funciones legales para decidir sobre licencias ambientales, además de que no es el superior jerárquico de las autoridades ambientales competentes para estos efectos, por lo que alegó que la acción dirigida en su contra carecería de legitimación por no ser la entidad que por acción u omisión vulnera los derechos de la demandante.

Trámite Procesal

Mediante acta individual de reparto de 23 de junio de 2016, el proceso entró al Despacho para conocer de las impugnaciones interpuestas.

A través de memorial recibido en la Secretaría General de la Corporación el día 8 de julio de 2016, el apoderado de **Cerrejón** se pronunció respecto del escrito de impugnación presentado por la demandante en los siguientes términos.

Acusa al escrito de impugnación de carecer de medios probatorios que sustenten la existencia de comunidades indígenas y/o la afectación que estas puedan sufrir con la construcción de la vía férrea para el tren de carga de la empresa que representa, así como la falta de legitimación de la actor para

interponer la petición en nombre de comunidades de las cuales no adjunta poder.

De otra parte, expone argumentos destinados a ilustrar la dimensión del proyecto de desvío del cauce del Arroyo Bruno y su relevancia para mantener los niveles de producción de la empresa y, según sus palabras, por ende, de generación de empleo, regalías y beneficios para la región.

Arguyó que el proceso de otorgamiento de los permisos y licencias fue transparente y exhaustivo y que contó con la participación de todos los actores involucrados.

Ahondó en la importancia de la ejecución del proyecto de desvío del cauce del Arroyo Bruno para la operación de la empresa Cerrejón, la cual asoció al desarrollo general de la región, y enumeró razones de orden económico, laboral y tributario que, en su sentir, realzan la necesidad de la obra “para el futuro del negocio y las contribuciones que como empresa Cerrejón pueda darle a la región”.

Enlistó los compromisos ambientales adquiridos por la empresa a lo largo de su operación en el país y afirmó que hay de parte de esta un compromiso por la visibilización de los problemas del Departamento de la Guajira, especialmente la falta de agua potable para sus habitantes.

Finalmente, adjuntó más de 50 folios con firmas de los “Empleados de Cerrejón” solicitando la aprobación de la realización de la obra, por el riesgo de perder su trabajo.

De otra parte, en memorial recibido el 13 de julio del año en curso en la Secretaría General de la corporación, el apoderado de **Cerrejón** anexó el informe rendido por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior en cumplimiento de lo ordenado en el numeral cuarto del fallo de primera instancia, referente a determinar en el lapso de un mes desde la notificación del fallo si existía o no influencia directa sobre la comunidad La Horqueta 2 de las actividades de explotación minera de Cerrejón Limited en el tajo La Puente y respecto de los demás focos de contaminación que se mencionan en la demanda como la ferrovía y otros.

Dicho informe, anexado en 62 folios, concluyó lo siguiente:

“Se evidencia conforme a la visita de verificación, georreferenciación, registros fotográficos y fílmicos, audios grabados, la no presencia de actividades relacionadas con los usos y costumbres de la comunidad en el área del proyecto "MODIFICACIÓN DE CAUCE PARCIAL DEL ARROYO BRUNO ALTERNATIVA 1A".

Teniendo en cuenta el uso ancestral del agua para la comunidad es importante advertir que se identificó que el uso de la misma es "aguas arriba" del proyecto a ejecutarse situación que no altera su aprovechamiento.

Conforme lo señala la ANLA y en lo referente a la contaminación por ruido en el transporte ferroviario, entre la Horqueta y el corredor se encuentra localizada una barrera natural conformada por paisaje de lomerío que impide que el ruido generado por la operación férrea trascienda hacia la población, dado el efecto de apantallamiento. Igualmente menciona que la distancia entre la Horqueta y la línea férrea es de aproximadamente 250 metros.

En línea de lo anterior y en lo que se refiere a la actividad minera, y según el análisis provisto por la ANLA, se establece "que las comunidades que se encuentren vientos arriba de las actividades mineras del Cerrejón no se excederán los límites permisibles de calidad del aire para material particulado".

En cuanto a la polución de las voladuras de la actividad minera, se resalta del documento soporte allegado por el ANLA: "las emisiones de las actividades de

perforación y voladura en la mina Cerrejón generan en la actualidad aproximadamente 1.74% de las Emisiones totales de material particulado (...) Según resolución 610 de 2010 para material particulado y dada la temporalidad no es significativo en la mayoría de casos para el comportamiento de la calidad del aire".

Expuesto lo anterior. se trae como referente la conclusión precisada por la ANLA en su documento técnico sobre el proyecto en mención: "Al analizar los elementos del medio biótico citado en el documento concluye que el área de influencia directa definida por la empresa se encuentra acorde con los impactos que sobre los componentes analizados genera el proyecto en este medio.

En este caso y conforme al análisis efectuado por la ANLA y documentado con la visita de verificación ordenada en el fallo judicial, no se evidencia afectación respecto de la comunidad accionante en los aspectos antes identificados, confirmándose en este sentido que no se dan los presupuestos facticos para que la comunidad La Horqueta 2 sea objeto de consulta previa en el marco del referido proyecto."

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, que en el artículo 1° establece: «*Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto*».

Esta acción procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Del derecho fundamental a la consulta previa

Es sabido que la conquista y posterior colonización del continente americano trajo aparejada la coexistencia de personas de distintas latitudes del planeta: indígenas, africanos y europeos, todos, con características fenotípicas, creencias, costumbres e idiomas marcadamente diferentes. A ese cúmulo de rasgos lingüísticos, culturales, religiosos, etcétera, que caracterizan a determinado grupo humano es a lo que comúnmente se le denomina: etnia. De ahí que al conjunto de personas de la misma etnia se le llame grupo étnico o comunidad étnica.

Ahora, si bien el término grupo étnico no alude específicamente a los grupos minoritarios (pues, como se dijo, en estricto sentido hace referencia al conjunto de personas de la misma etnia), lo cierto es que la jurisprudencia nacional ha utilizado dicha expresión preferentemente para referirse a comunidades históricamente discriminadas, comunidades que, por cuenta de la imposición de una visión del mundo mayoritariamente aceptada y del acceso restringido a instancias de decisión, han visto debilitadas sus prácticas culturales, sociales y espirituales. Los grupos étnicos asentados en territorio colombiano son los indígenas, los negros, los raizales, los palenqueros y los rom o gitanos¹.

¹ Sobre el reconocimiento del pueblo rom o gitano como grupo etnocultural diverso, la Corte Constitucional, en sentencia C-864 de 2008, señaló que *“Aunque no existe en la Constitución Política un reconocimiento específico del Pueblo ROM como un grupo étnico sujeto de especial protección constitucional, el mismo sí ha sido reconocido por el Consejo Nacional de Seguridad social en Salud como un pueblo tribal objeto de la aplicación del Convenio 169 de la OIT, por lo que el mencionado Consejo ha dictado normas especiales dirigidas a proteger el derecho a la salud de los miembros de este pueblo (...)*

la Corte concluye que un órgano gubernamental ha reconocido formalmente que el pueblo Rom o pueblo gitano, por su proceso histórico y cultural y su conciencia de identidad comunitaria, es un pueblo tribal o grupo étnico al cual se hacen extensivas las disposiciones contenidas en el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional de Trabajo, OIT (...)”.

Ese contexto de debilitamiento sistemático de los valores y costumbres de los grupos étnicos, sumado a *“las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”*², explica la adopción en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) del Convenio 169 sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales en países independientes.

En Colombia, el Convenio 169 de la OIT se aprobó mediante la Ley 21 de 1991, que es la primera respuesta efectiva del Estado frente a las voces inconformes que empezaban a exigir cambios profundos en el sistema político-normativo imperante del país, que no propendía por la protección de la diversidad étnica y cultural³. Vale decir que dicha ley también fue el preludio del reconocimiento constitucional de la diversidad étnica. El artículo 7 de la Constitución Política, por ejemplo, hace alusión al reconocimiento y la protección de la diversidad étnica de la nación colombiana por parte del Estado.

No es casualidad, entonces, que uno de los aspectos centrales del Convenio 169 de la OIT sea el de la consulta previa.

² Consideraciones del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

³ *“Para Stavenhagen (2009), el pasado colonial y poscolonial de la explotación, racismo y exclusión social de los pueblos étnicos que se mantuvo en la construcción de los Estados nacionales en las Américas tuvo como ruptura histórica la década de los 80 del siglo XX, donde un considerable número de Estados adoptaron reformas legales que incorporaron por vez primera los pueblos indígenas al marco legal de los países”*. Extracto tomado del texto de autoría de Rodrigo Almanza Hernández y Carlos Eduardo Salinas Alvarado: Consulta previa: recorrido introductorio hacia un diálogo intercultural. Revista Centro de Estudios Políticos del Ministerio del Interior y de Justicia, número 2, año 2. Enero – junio de 2010.

La consulta previa es, pues, el derecho fundamental⁴ de los grupos étnicos a ser informados y consultados sobre la adopción de las medidas administrativas o legislativas que puedan afectarlos directamente. *Grosso modo*, el objetivo principal de la consulta previa es establecer un diálogo con el respectivo grupo étnico, que favorezca la adopción de las medidas administrativas o legislativas y al mismo tiempo mantener incólume su integridad étnica y cultural.

Sobre la finalidad de la consulta previa, en sentido más amplio, la Corte Constitucional manifestó⁵:

“(...) la consulta previa tiene la finalidad de (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 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 (...)”.

⁴ En varios pronunciamientos, la Corte Constitucional ha reiterado que el derecho de los grupos étnicos a la consulta previa es de carácter fundamental. Ver, entre otras, las siguientes sentencias: T-428 de 1992, SU-037 de 1997, T-652 de 1998, T-634 de 1999, SU-383 de 2003, T-955 de 2003, T-737 de 2005, T-880 de 2006, T-154 de 2009 y T-769 de 2009.

⁵ Sentencia SU-039 de 1997. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Ahora, conviene recordar que la consulta previa no genera el derecho de veto de los grupos étnicos frente a las medidas administrativas o legislativas que pretenda implementar el Estado, sino que, en palabras de la Corte Constitucional, *“se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo”*⁶.

Dicho de otro modo: la consulta previa es el espacio propicio para que, por una parte, las autoridades expliquen detalladamente en qué consisten las medidas administrativas o legislativas que planean implementar y determinen de qué manera tales medidas pueden afectar directamente al grupo étnico consultado. Y, por otra, es la oportunidad para que las comunidades étnicas formulen los reparos que tengan sobre dichas medidas y, de ser posible, lleguen a un acuerdo con las autoridades respecto de la forma de resolverlos y de garantizar la preservación de la identidad etnocultural.

La consulta previa es, pues, el mecanismo que materializa el derecho de participación de las comunidades étnicas para proteger su identidad cultural, social y económica.

De los presupuestos para solicitar el amparo del derecho fundamental a la consulta previa: la legitimación por activa y la certificación sobre la presencia de comunidades étnicas en un determinado territorio

⁶ Sentencia SU-383 de 2003. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

En los términos del artículo 86 de la Constitución Política, es titular de la acción de tutela toda persona cuyos derechos constitucionales fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

Por su parte, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 señala que la acción de tutela puede ejercerse directamente por el titular del derecho fundamental o a través de su representante. Dicha norma también prevé que, cuando el titular de los derechos fundamentales no esté en condiciones de promover su propia defensa, otra persona los puede agenciar, siempre que esa circunstancia se manifieste en la solicitud de tutela. Es lo que comúnmente se denomina: agencia oficiosa.

De lo anteriormente expuesto podría inferirse que solo las personas individualmente consideradas son titulares de derechos fundamentales y que, por ende, aparecen como las únicas habilitadas para comparecer al proceso de tutela en calidad de demandantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho⁷ que, en virtud del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, las comunidades étnicas: indígenas, negros, raizales, palenqueros y rom son titulares de derechos fundamentales. Según la Corte, *“En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia”*⁸. La consulta previa —derecho cuyo amparo se solicita principalmente en el *sub examine*— es uno de esos derechos fundamentales de las comunidades étnicas que puede ser vulnerado o amenazado.

⁷ Ver sentencia T-380 de 1993. Reiterada en las sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998 y SU-383 de 2003 y T-769 de 2009, entre otras.

⁸ *Ibídem*.

En lo que concierne a la consulta previa se precisa que, de conformidad con lo previsto en el Decreto 1320 de 1998⁹ y en el Decreto Ley 2893 de 2011¹⁰, el Ministerio del Interior es la entidad competente para certificar sobre la existencia y representación de un grupo étnico en determinado territorio.

En ejercicio de la autonomía que se deriva de la Constitución Política, las comunidades étnicas tienen derecho a establecer sus propias formas de organización y sus sistemas de autoridad, gobierno y representación. En tal virtud, las comunidades indígenas conforman cabildos¹¹ y las comunidades negras hacen lo propio mediante los llamados consejos comunitarios¹². En todo caso, para cada una de esas formas de organización la comunidad elige una o varias personas, según el caso, a fin de que representen sus intereses.

⁹ “ARTÍCULO 3o. IDENTIFICACIÓN DE COMUNIDADES INDÍGENAS Y NEGRAS. Cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda realizar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por comunidades indígenas o negras susceptibles de ser afectadas con el proyecto, le corresponde al Ministerio del Interior certificar la presencia de dichas comunidades, el pueblo al que pertenecen, su representación y ubicación geográfica. El Instituto Colombiano para la Reforma Agraria - Incora, certificará sobre la existencia de territorio legalmente constituido (...)” (subrayado fuera del texto original).

¹⁰ “ARTÍCULO 16. FUNCIONES DE LA DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA. Son funciones de la Dirección de Consulta Previa, las siguientes:
(...)”

4. Realizar las visitas de verificación en las áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, a fin de determinar la presencia de grupos étnicos, cuando así se requiera.

5. Expedir certificaciones desde el punto de vista cartográfico, geográfico o espacial, acerca de la presencia de grupos étnicos en áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, obras o actividades que tengan influencia directa sobre estos grupos.

6. Verificar, antes del inicio de cualquier proceso de Consulta Previa, con las direcciones de asuntos indígenas, Rom y minorías, y de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, los registros actualizados de la representación legal de las autoridades de los grupos étnicos y conformación legítima de los espacios de concertación propios de cada uno de ellos (...)”.

¹¹ “Ley 89 de 1890. Artículo 3º. En todos los lugares en que se encuentre establecida una parcialidad de indígenas habrá un pequeño cabildo nombrado por éstos, conforme sus costumbres (...)”.

¹² “Decreto 1745 de 1995. Artículo 3º. Definición. Una comunidad negra podrá constituirse en Consejo Comunitario, que como persona jurídica ejerce la máxima autoridad de administración interna dentro de las Tierras de las Comunidades Negras, de acuerdo con los mandatos constitucionales y legales que lo rigen y los demás que le asigne el sistema de derecho propio de cada comunidad (...)”.

De manera que cuando se reclama la protección de un derecho fundamental cuyo titular es un determinado grupo étnico, como la consulta previa, es necesario **i)** que el Ministerio del Interior certifique sobre la existencia y representación de la comunidad étnica y, **ii)** que la solicitud de tutela sea presentada por el representante de la respectiva comunidad étnica¹³. De esa forma el juez de tutela no solo adquiere certeza sobre la presencia de un grupo étnico en determinado territorio, sino que también se asegura de que la persona que presenta la solicitud de amparo esté legitimada para hacerlo, esto es, que esté habilitado para pedir la protección de los derechos fundamentales en representación de toda la comunidad.

De los derechos ambientales. La Constitución ecológica.

Dado el impacto ambiental que apareja el problema bajo estudio y a la luz de la reciente crisis que en esta materia atraviesa el Departamento de La Guajira, se hace necesario analizar la problemática planteada a la luz de esta concepción de la Constitución, desarrollada por la Corte Constitucional en la sentencia C-449 de 2015 así:

“La Constitución ecológica. El valor intrínseco de la naturaleza y la interacción del humano con ella

4.1. El reconocimiento de la importancia de la “madre tierra” y sus componentes ha sido un proceso lento y difícil históricamente, careciendo de desarrollos significativos que les

¹³ En los asuntos relacionados con el derecho a la consulta previa, la Corte Constitucional siempre revisa que la comunidad étnica esté reconocida como tal y que la persona que instaura la acción de tutela esté legitimada para hacerlo. Por ejemplo, en la sentencia T-116 de 2011, magistrado ponente: Humberto Sierra Porto, verificó que la comunidad indígena paez de La Gaitana existía y que la señora Marciana Quira Calapsu, que interpuso la tutela, ostentaba la calidad de representante de esa comunidad.

registren su valor por sí mismos. A través de los tiempos se han concebido principalmente como cosas al servicio del ser humano, quien puede disponer libremente de ellos y encontrar justificado su abuso[28]. Colombia ha sido reconocida por la comunidad internacional como un país “megabiodiverso”, al constituir fuente de riquezas naturales invaluable sin par en el planeta, que amerita una protección especial bajo una corresponsabilidad universal[29]. La jurisprudencia de esta Corporación ha insistido en que la Carta de 1991 instituyó nuevos parámetros en la relación persona y naturaleza, al conceder una importancia cardinal al medio ambiente sano en orden a su conservación y protección, lo cual ha llevado a catalogarla como una “Constitución ecológica o verde”[30]. Así lo demuestran las numerosas disposiciones constitucionales (33), que han llevado a reconocerle un “interés superior”.

Ha explicado la Corte que la defensa del medio ambiente sano constituye un objetivo de principio dentro de la actual estructura del Estado social de derecho[31]. Bien jurídico constitucional que presenta una triple dimensión, toda vez que: es un principio que irradia todo el orden jurídico correspondiendo al Estado proteger las riquezas naturales de la Nación; es un derecho constitucional (fundamental y colectivo) exigible por todas las personas a través de diversas vías judiciales; y es una obligación en cabeza de las autoridades, la sociedad y los particulares, al implicar deberes calificados de protección. Además, la Constitución contempla el “saneamiento ambiental” como servicio público y propósito fundamental de la actividad estatal (arts. 49 y 366 superiores).

En la sentencia C-123 de 2014[32] la Corte refirió a los deberes que surgen para el Estado, a partir de la consagración del medio ambiente como principio y como derecho: “Mientras por una parte se reconoce el medio ambiente sano como un derecho del cual son titulares todas las personas -quienes a su vez están legitimadas para participar en las decisiones que puedan afectarlo y deben colaborar en su conservación-, por la otra se le impone al Estado los deberes correlativos de: 1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera[33].”

4.2. *La legislación expedida y la jurisprudencia constitucional vertida sobre la defensa al medio natural y el entorno ecológico han partido de un desarrollo histórico y líneas de pensamiento que han desembocado en la existencia de diversos enfoques jurídicos que vienen a concretarse en visiones: i) antropocéntricas[34], ii) biocéntricas[35] y iii) ecocéntricas[36], entre otras. Una perspectiva antropocéntrica la constituye la Declaración de Estocolmo para la Preservación y Mejoramiento del Medio Humano, 1972, al proclamar que “el hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea” (considerando 1) y “de cuanto existe en el mundo, los seres humanos son lo más valioso. Ellos son quienes promueven el progreso social, crean riqueza social, desarrollan la ciencia y la tecnología, y, con su duro trabajo, transforman continuamente el medio humano” (considerando 5). Un enfoque ecocéntrico lo constituye la Carta Mundial de la Naturaleza, 1982, al reconocer que “toda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera que sea su utilidad para el hombre, y con el fin de reconocer a los demás seres vivos su valor intrínseco” (preámbulo) y se “respetará la naturaleza y no se perturbarán sus procesos esenciales” (principio general 1).*

En lo que atañe a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, puede apreciarse que la protección de la naturaleza y sus componentes ha partido de una visión esencialmente antropocéntrica, aunque igualmente es factible encontrar decisiones con un carácter marcadamente biocéntrico, y otras con visos claros de un ecocentrismo. En ocasiones, de una misma providencia de este Tribunal es posible deducir diversos enfoques en forma simultánea[37], como acaece con la sentencia T-411 de 1992[38] que muestra en principio un enfoque antropocéntrico al expresar: “es a partir del ser humano, su dignidad, su personalidad jurídica y su desarrollo (...) que adquieren sentido (...) la defensa del ambiente, en tanto que éste es el entorno vital del hombre”, además de expresar que “al fin y al cabo el patrimonio natural de un país (...) pertenece a las personas que en él viven, pero también a las generaciones venideras”.

No obstante, también es posible predicar una visión ecocéntrica al agregar: “la era pasada nos ha enseñado una muy buena lección: el hombre no puede mandar sobre el viento y la lluvia. El hombre no es el amo omnipotente del universo, con carta blanca para hacer impunemente lo que desee o lo que le convenga en un determinado momento. Y, como sostiene el humanista Vaclav Havel, el mundo en que vivimos está hecho de un tejido inmensamente complejo y misterioso sobre el cual sabemos muy poco y al cual debemos tratar con humildad. Entre los habitantes de la tierra, son las tribus indígenas las que aún conservan el respeto por ella; así lo manifestó el Jefe Seattle de las tribus Dwasmich y

Suquamech: 'Esto sabemos: la tierra no pertenece al hombre; el hombre pertenece a la tierra. Todo va enlazado como la sangre que une a una familia[39]'.

La sentencia C-339 de 2002[40] expone el carácter biocéntrico en la protección del medio ambiente, al informar que de la Constitución se advierte un enfoque que aborda la cuestión ambiental desde el punto de vista ético, económico y jurídico: "desde el plano ético se construye un principio biocéntrico que considera al hombre como parte de la naturaleza, otorgándoles a ambos valor. Desde el plano económico, el sistema productivo ya no puede extraer recursos ni producir desechos ilimitadamente, debiendo sujetarse al interés social, al ambiente y al patrimonio cultural de la nación; encuentra además, como límites el bien común y la dirección general a cargo del Estado (artículos 333 y 334). En el plano jurídico el Derecho y el Estado no solamente deben proteger la dignidad y la libertad del hombre frente a otros hombres, sino ante la amenaza que representa la explotación y el agotamiento de los recursos naturales; para lo cual deben elaborar nuevos valores, normas, técnicas jurídicas y principios donde prime la tutela de valores colectivos frente a valores individuales".

La perspectiva ecocéntrica puede constatarse en algunas decisiones recientes de esta Corporación. La sentencia C-595 de 2010[41] anota que "la Constitución muestra igualmente la relevancia que toma el medio ambiente como bien a proteger por sí mismo y su relación estrecha con los seres que habitan la tierra." De igual modo, la sentencia C-632 de 2011[42] expuso que "en la actualidad, la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados. En este sentido, la compensación ecosistémica comporta un tipo de restitución aplicada exclusivamente a la naturaleza". Postura que principalmente ha encontrado justificación en los saberes ancestrales en orden al principio de diversidad étnica y cultural de la Nación (art. 7º superior)".

Problema Jurídico

De conformidad con lo planteado, el problema jurídico que la Sala debe resolver es el siguiente:

Si la sentencia de tutela de primera instancia se ajustó a derecho, en cuanto amparó los derechos fundamentales a la consulta previa y de acceso al agua potable, entre otros, de la comunidad indígena La Horqueta 2 (ordinal primero) y ordenó a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior que, en el término de 30 días hábiles, realizara un nuevo estudio que determinara si existe influencia directa en esa comunidad a raíz del impacto que generarían las obras de desviación del cauce natural del Arroyo Bruno por parte de Cerrejón Limited (ordinal cuarto), así como que, a la mayor brevedad, se realizara una mesa interinstitucional coordinada tendiente a: i) diseñar un plan definitivo que asegure a la comunidad La Horqueta 2 el estudio técnico definitivo sobre la no extinción del recurso hídrico proveniente del arroyo Bruno, de acuerdo con las políticas ambientales ii) Si existe influencia directa de la modificación del cauce del arroyo Bruno 1 "A", coordinar para realizar la consulta previa de la comunidad La Horqueta 2 en un término no mayor a 1 mes a partir de la solicitud si se determina que tiene afectación directa, e involucrar dentro del procedimiento administrativo que le defina los derechos de las personas de dicha comunidad.

Previamente, la Sala deberá determinar si se cumple el requisito de inmediatez en cuanto a las alegaciones relacionadas con la construcción de la vía férrea por la que se transporta el carbón, así como frente a la modificación del cauce del Arroyo Bruno que invoca CERREJÓN, por el supuesto conocimiento que la comunidad actora ha tenido de la obra desde el año 2013.

Cumplimiento del requisito de inmediatez

Es cierto que, en principio, la acción de tutela debe presentarse tan pronto se tenga conocimiento de la vulneración o amenaza del derecho fundamental, pues esa circunstancia marca el punto de partida para analizar la vulneración o amenaza que se atribuye a la entidad pública o al particular, según sea el caso.

Sin embargo, hay casos en los que la violación o amenaza no se concreta en un solo hecho, sino que son varios los hechos que la configuran y, por ende, la vulneración se extiende en el tiempo, es continua. Incluso, puede ocurrir que el paso del tiempo agrave la violación y que, por tanto, la intervención del juez sea, con mayor razón, urgente e improrrogable.

Siendo así, no siempre el simple transcurso del tiempo puede llevar al juez a concluir que la tutela se ha presentado de forma tardía. Pueden existir circunstancias especiales que no solo justifiquen que la acción de tutela no se haya presentado en un término razonable, sino que demuestren que el hecho o la omisión que vulnera el derecho fundamental sean permanentes, persisten en el tiempo y hacen que la violación sea siempre actual. Esto es, la violación sigue existiendo y, por tanto, debe aceptarse la procedencia de la acción de tutela, así el hecho inicial hubiese ocurrido hace mucho tiempo.

En el caso concreto, la Sala encuentra que la parcialidad indígena demandante alegó que no se le consultó respecto de la construcción de la vía férrea que Cerrejón Limited utiliza para el transporte de carbón, a pesar de que está asentada en el área de influencia de ese proyecto. Que, de hecho, tampoco la tuvieron en cuenta durante el trámite de licenciamiento ambiental de la obra de desvío del arroyo, que culminó con la expedición de las Resoluciones 1645 del 8 de septiembre de 2015, 01844 de 14 de octubre de 2015 (resuelve recurso), 02252 del 14 de diciembre de 2015, 02253 del 14 de diciembre de 2015 y 02254 del 14 de diciembre de 2015.

Entonces, si la solicitud de amparo fue presentada el 16 de mayo de 2016, no es cierto que hayan transcurrido más de 3 años desde que las comunidades indígenas demandantes tuvieron conocimiento sobre los impactos que sufrirían en el evento de llevarse a cabo el proyecto fluvial referido, como lo afirma el Cerrejón Limited. En realidad, han pasado 5 meses desde que se expidió el último acto administrativo de otorgamiento de la licencia ambiental.

A juicio de la Sala, ese término es razonable para que un grupo étnico ejerza la acción de tutela en pos de la defensa de sus derechos fundamentales. En efecto, la Sala Plena de esta Corporación estima que 6 meses contados a partir de la notificación, es un plazo prudente para instaurar la acción de tutela contra providencias judiciales¹⁴.

Siendo así, la acción de tutela sí cumple con el requisito de inmediatez.

Solución del problema jurídico

Para resolver el problema jurídico formulado, la Sala debe establecer si se cumplen los presupuestos para solicitar el amparo del derecho fundamental a la consulta previa, esto es, **i)** la legitimación por activa y, **ii)** la certificación sobre la presencia de comunidades étnicas en un determinado territorio.

De las pruebas allegadas al proceso es posible colegir que en el *sub lite* se cumple cabalmente el primer presupuesto: legitimación por activa, pues, en lo que en esta instancia

¹⁴ Expediente: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Demandante: Alpina Productos Alimenticios S.A. Demandado: Consejo de Estado – Sección Primera.

interesa, la tutela fue presentada por la señora Lorenza Marcela Gil Pushaina, quien acreditó haber sido elegida y haber tomado posesión como autoridad tradicional indígena Wayuu del clan Pushaina para la comunidad La Horqueta 2.

No cabe duda, entonces, de que actúa en representación de la referida parcialidad indígena y que está plenamente habilitada para reclamar la protección de los derechos fundamentales de su comunidad.

Con respecto al segundo presupuesto, la Sala observa que en el año 2012, mediante Resolución 0759, el Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa certificó que en el área de influencia del proyecto en cuestión únicamente se registró la presencia de la parcialidad indígena Campo Herrera. Es decir, que se descartó de plano la presencia de la comunidad La Horqueta 2, aquí demandante.

De acuerdo con lo explicado, en principio, dicha certificación sería suficiente para desestimar la vulneración de los derechos fundamentales invocados. De hecho, así lo resolvió esta Sección en anteriores oportunidades¹⁵. Empero, en este caso, la Sala no puede pasar por alto que existen otras pruebas sobre la relación estrecha de algunos puntos de la zona proyectada para la ejecución de la obra con actividades rituales de la comunidad, actividades de caza, de pastoreo y de haber sido, antes de la compra de los terrenos por parte de Cerrejón Limited, el territorio originario de la comunidad, en donde se asentaba un clan compuesto por más de 80 familias Wayuu.

¹⁵ Ver, entre otras, las sentencias del 16 de diciembre de 2013 (Expediente No. 25000-23-41-000-2013-01783-01) y del 6 de agosto de 2014 (Expediente No. 47001-23-33-000-2014-00042-01).

En efecto, a folio 45 del informe de visita de verificación de presencia de grupos étnicos, rendido por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior en cumplimiento de la orden del numeral cuarto del fallo de primera instancia, se puede leer: *“Antes de empezar un análisis sobre afectaciones es importante realizar consideraciones que son específicas para las prácticas tradicionales del pueblo wayuu y en general de los pueblos indígenas; pues sus lugares de prácticas colectivas no tienen como único escenario las zonas de asentamiento. ya que las formas de uso del territorio del pueblo wayúu muestran una fuerte interacción con su entorno y cuentan con estrategias de adaptación que responden a las condiciones y ciclos naturales de su territorio, lo cual refleja la historia de las comunidades en la forma en que configuran su territorio, en su cosmovisión y en las formas tradicionales de producción (Agricultura, pesca, cría de animales, entre otras), arquitectura y organización social. Por lo que es preciso señalar elementos que son propios de sus formas de uso y ocupación del territorio, como lo son historia de ocupación del territorio, zonas de asentamiento, acceso a puntos de agua, zonas de pastoreo y cultivos, zonas de pesca, zonas de caza, cementerio del primer entierro, sitios ritual y zonas de tránsito y movilidad”* (Subrayas fuera de texto).

En tal sentido, y en concordancia con lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia T-993 de 2012, en la que, al señalar las reglas de la consulta previa estableció que: *“(viii) (...) Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (...) represente un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma”*, la Sala observa que la desaparición de territorios relacionados íntimamente con su historia de ocupación del mismo, tales como su antiguo asentamiento, con lugares representativos de hitos culturales de la comunidad, como el cementerio del primer entierro, así como de sitios de prácticas rituales como “El Pozo el Tigre” y de zonas de tránsito y movilidad como las riberas del Arroyo Bruno en las que solían cazar, activan a favor de la comunidad La Horqueta 2 el derecho de consulta previa, pues se hace necesario otorgar a sus miembros la garantía de participación en decisiones que representan un alto impacto ambiental y

cultural en su territorio, para una comunidad que, por la ubicación geográfica del mismo, ha venido soportando desde hace años injerencias ajenas a su cultura derivadas del proyecto minero que actualmente la circunda¹⁶, con consecuencias nefastas para su cosmovisión como la pérdida de su territorio original y consecuente dispersión del clan¹⁷, así como la limitación de su movilidad por territorios en los que solían desarrollar actividades de caza y pesca.

En efecto, a páginas 42 y 43 del mencionado informe de visita de verificación se observa que: *“En inmediaciones al predio “Ranchería wayuu” se encuentran las cuencas del Arroyo Bruno y también la Quebrada Tamborana. Según declaraciones de la comunidad, mientras estuvieron asentados en este predio realizaron actividades de cacería en las riberas y pesca sobre el curso del arroyo. Según contó la comunidad estas actividades fueron desarrolladas hasta el año 2006 en este sector de acuerdo a lo informado por las autoridades de la comunidad.*

Estas prácticas no se volvieron a realizar en la zona debido a que el tránsito por este tramo del Arroyo fue restringido como parte de las medidas de precaución y

seguridad de las actividades mineras que se realizan en el área del tajo La Puente.

¹⁶ A folio 37 del informe de verificación de la Dirección de Consulta Previa puede leerse: “ (...) los dos puntos de asentamiento de la comunidad son vecinos de predios en poder de la empresa Carbones del Cerrejón en los que se desarrolla la mencionada actividad. Lo que puede ser evidenciado en la escritura pública no 113 de 1999. donde los linderos del predio “Mi Refugio” corresponden en su totalidad a predios propiedad de CARBOCOL S.A. e INTERCOR S.A. (Anexo 11: Escritura pública 113 de 1999)”.

¹⁷ “Según declaraciones realizadas por la comunidad, una vez asentados en el predio “mi refugio”, llegaron cerca de 50 familias que vivían en la ranchería antes de 1998, sin embargo este traslado causó que las familias se dispersaran y en la actualidad este nuevo asentamiento solo cuenta con 26 familias.”. Visible a página 30 del Informe de visita verificación de presencia de grupos étnicos de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

Que en cercanías al Arroyo Bruno y la Tamborana, sobre el punto "Antiguo asentamiento" se encuentra ubicado un pozo, el cual fue usado como pozo ritual por la comunidad de La Horqueta y en el que se realizaban ceremonias de tipo ritual, como ceremonias de armonización y de liberación de sueños.”.

Frente a lo anterior, la Sala evidencia una innegable contradicción entre los hallazgos del informe de verificación y sus conclusiones, pues si bien afirma que no se dan los elementos para ordenar la consulta previa con la comunidad La Horqueta 2, en la exposición de la información recaudada da cuenta de múltiples factores de modificación de las condiciones vitales, ambientales y culturales de los integrantes de la comunidad, a raíz de la forzosa relación que con la empresa Cerrejón Limited han sido avocados a tener a causa del crecimiento de la actividad de extracción minera en su territorio y los efectos de esta en el mismo.

Sobre los deberes que surgen para el Estado como consecuencia del choque entre las comunidades étnicas y el avance de actividades como la minería, se pronunció la Corte Constitucional en un caso análogo así¹⁸: *“(…) esta corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que*

¹⁸ Sentencia T-769/09.

en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea”.

Ahora bien, en los memoriales allegados por el impugnante Cerrejón Limited, este expone argumentos sobre la importancia de la ejecución del proyecto de desvío del cauce del Arroyo Bruno para la operación de la empresa Cerrejón, la cual asocia al desarrollo general de la región y enumera razones de orden económico, laboral y tributario que realzan la necesidad de la obra “para el futuro del negocio y las contribuciones que como empresa Cerrejón pueda darle a la región”.

Al respecto la Sala recuerda que no se puede entender el “interés general”, “el desarrollo” o el “progreso” que traen las obras de infraestructura minera como procesos aislados de las particulares significaciones socioculturales que las comunidades locales e implicadas en dichas obras les dan a los procesos.

En palabras de la Corte Constitucional, *“El debate en torno al “desarrollo” o el “progreso” en territorios de comunidades étnicas debe analizarse a la luz del desarrollo o progreso propio de los pueblos implicados. En otras palabras, debido al reconocimiento de la cosmovisión o mera visión de los pueblos étnicos frente a lo que suele llamarse de forma abstracta el “interés general”. Por eso, se torna indispensable equilibrar el reconocimiento del “otro” y de las “otras” distintas visiones que se puedan tener frente al desarrollo por parte de grupos étnicos que hacen parte de la alteridad y la pluralidad propia de una Nación como la colombiana, con los cuales se tiene el privilegio de coexistir en el mismo territorio¹⁹”.*

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-129 de 2011.

Para la Sala, el reconocimiento efectivo de esta cosmovisión contiene dos elementos fundamentales para la resolución del caso bajo estudio, por un lado, el reconocimiento del territorio en un sentido amplio, de manera tal que la certificación de existencia de un grupo en el área de impacto de un proyecto de infraestructura no se puede circunscribir a su lugar de habitación, sino que debe abarcar la totalidad del entorno en el que la comunidad desarrolla sus prácticas vitales y, por otro, que el entendimiento de dicho territorio para estas comunidades puede apartarse radicalmente de aquel concebido por la cultura occidental y en este sentido las especificaciones técnicas de una obra no constituyen una justificación aceptable, para la comunidad, respecto de la modificación - o como en este caso desaparición – del cauce natural de un arroyo que, como quedó registrado en declaraciones recogidas a miembros de la comunidad luego de la inspección judicial practicada por el a-quo el 28 de abril de 2016, “es entendido como un ser viviente que no debe ser cortado, así como ellos mismos no se cortarían un brazo”²⁰.

De otra parte, en relación con el concepto de Constitución Ecológica expuesto en el marco conceptual de esta providencia, no puede para la Sala pasar desapercibida la grave crisis humanitaria que enfrenta actualmente el Departamento de la Guajira, causada entre otras, por el desabastecimiento de agua y la falta de acceso a agua potable de los habitantes de la región, en especial de los miembros de la etnia Wayuu.

En este sentido, mal haría la Sala en analizar el caso sin tener en cuenta esta problemática de implicaciones enormes, que llevó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a ordenar medidas cautelares a favor del pueblo Wayuu y, recientemente, a la Corte Suprema de Justicia a declarar el estado de cosas inconstitucional en el Departamento y a ordenar a la Presidencia de la República que diseñe, coordine y ejecute un plan eficiente y eficaz que

²⁰ Folio 140, Cuaderno 2.

dé solución integral y definitiva a las dificultades de desnutrición, salud y falta de acceso al agua potable y salubre de los niños y niñas Wayúu.

De allí que, en una interpretación de derechos pro hominem y en concordancia con el desarrollo del concepto de Constitución Ecológica²¹, sobre la mayor importancia ordenar la realización de la Consulta Previa con la comunidad La Horqueta 2, sobre una obra que va a impactar directamente en el ecosistema cuyo ciclo hídrico provee el recurso máspreciado y más escaso en la actualidad en la región, el agua.

La Sala reitera que no es viable analizar las eventuales consecuencias del desvío de Arroyo Bruno circunscribiendo su afectación ambiental a las zonas proyectadas como inicio y final de la obra por Cerrejón Limited, sin detenerse a evaluar sus efectos dentro del contexto del impacto ambiental negativo que genera la explotación de carbón a cielo abierto, descrita por la Corte Constitucional en la sentencia T-256 de 2015 en estos términos: *“No se puede desconocer que en Colombia el impacto negativo generado por la explotación de carbón a cielo abierto ha repercutido en severos daños medioambientales como: el cambio o desvío de importantes fuentes hídricas, filtraciones, botaderos de estériles y residuos sólidos de las áreas de influencia, perjuicios causados al suelo, la tala masiva de árboles que llevan a deterioro del medioambiente, la afectación de la salud de los habitantes de una zona donde se realice explotación carbonífera y la pérdida de biodiversidad, entre otros”*.

²¹ Respecto de los deberes que surgen para el Estado a partir de la consagración del ambiente como principio y como derecho, la jurisprudencia constitucional manifestó “[m]ientras por una parte se reconoce el medio ambiente sano como un derecho del cual son titulares todas las personas -quienes a su vez están legitimadas para participar en las decisiones que puedan afectarlo y deben colaborar en su conservación-, por la otra se le impone al Estado los deberes correlativos de: 1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera. Sentencia C-123/2014. Corte Constitucional.

Ahora bien, aunque es cierto que personal delegado de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior recorrió la zona de ejecución del proyecto de desvío en aras de realizar el informe ordenado en primera instancia sobre la existencia de grupos étnicos en la zona en orden a determinar la posible necesidad de efectuar la consulta previa con estos, también lo es que para llegar a sus conclusiones se basó exclusivamente en los datos suministrados por la Agencia Nacional de Licencias Ambientales ANLA, los cuales, en su mayoría, no fueron recogidos a través de mediciones realizadas el día de la visita, sino que corresponden a las mediciones de referencia efectuadas por esa entidad con anterioridad para la expedición de las licencias en el pasado, o a datos suministrados por Cerrejón Limited, lo que deslegitima las conclusiones de tal informe, así como la pertinencia de la labor ordenada en el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia.

Ejemplo de lo anterior es lo consignado a folio 27 del informe de verificación. Allí, luego de describir la planeación de un desplazamiento *“para estar simultáneamente en los sitios en el momento de efectuar la voladura: Asentamiento 1 principal de la comunidad La Horqueta 2, asentamiento del kilómetro 8 y el Tajo La Puente (epicentro de la explosión), esto con el fin de percibir los efectos de la voladura desde estos puntos. (Realizada en el tajo La Puente a las. 12:45 p.m.)”* y así verificar la existencia o no de vibraciones que agrietan las viviendas de la comunidad y alejan la fauna de caza, no se hace mención alguna al resultado de esta pesquisa, ni se especifica si se hizo uso de equipos especializados para realizar las mediciones, o qué tipo de equipos se usaron, ni si hubo verificación de que las cantidades de explosivos usadas fueran las mismas que habitualmente se usan para el efecto por parte de Cerrejón Limited, o cualquier tipo de metodología encaminada a comprobar si las denuncias que hacen parte del escrito de tutela y que fueron reiteradas por la comunidad en todas las visitas oficiales eran o no ciertas para así poder formular soluciones a mas mismas y emitir las órdenes necesarias para la garantía de los derechos cuya protección se invoca.

De allí que le asista la razón al a-quo en cuanto concluyó que existía descoordinación institucional de las entidades llamadas a hacer parte del proceso del otorgamiento de licencias y de la respectiva verificación de la existencia o no de parcialidades indígenas cuyos intereses llegaron a resultar lesionados por aquellas, pues, justificadas en sus competencias legales, tales entidades fragmentan un proceso que por antonomasia debería ser compacto, y generan vacíos metodológicos y prácticos en las labores de campo de su competencia, que resultan en espacios idóneos para la violación de los derechos de las comunidades precisamente llamadas a ser protegidas por ellas.

Prueba de lo anterior es lo expuesto por la ANLA en su contestación de la demanda, en la que expresa haber basado su accionar *“no solo en los estudios ambientales presentados por la empresa, sino en los pronunciamientos que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, como autoridad competente en la materia, (...)”*, en contraste con lo expuesto por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior en su último informe de verificación, en el que, a folio 8 señala que *“Para dar cumplimiento a la orden del fallo tantas veces mencionado la Dirección, en el marco de sus competencias, implementó y ejecutó la metodología y actividades para dar respuesta al requerimiento del Tribunal. **Sin embargo, es necesario precisar que este despacho no es la entidad competente e idónea para determinar este tipo de afectaciones.** (sic) por tanto para hacer la revisión del caso y sobre los aspectos de tipo ambiental mencionados en el fallo la Dirección de Consulta Previa solicitó coadyuvancia de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA”*.

De otra parte, para la Sala es evidente que las demandadas parten de una interpretación restringida del concepto de territorio de las comunidades étnicas, pues entendieron que alude únicamente al territorio en el que se encuentra su asentamiento. Esa noción reducida

del territorio se contrapone al postulado constitucional de reconocimiento y protección de la diversidad étnica, toda vez que excluye las áreas en las que esos grupos desarrollan actividades de orden religioso, cultural y económico y desconoce que, como fue expuesto en el fallo de primera instancia, *“por tratarse de actividad minera y agua dulce superficial, el impacto ambiental repercute en suelo, subsuelo y atmósfera del ecosistema del arroyo Bruno que va desde los Montes de Oca hasta la desembocadura del Río Ranchería en el mar Caribe. En la vida impacta en la fauna y flora terrestre, fluvio-marina y marina (...)”*. Sobre el primer aspecto, la Corte Constitucional²² ha dicho lo siguiente:

“(...) Dada la relación de las comunidades con el hábitat, su concepto de territorio es dinámico, pues para ellas comprende, como indica la doctrina, ‘todo espacio que es actualmente imprescindible para que un pueblo indígena acceda a los recursos naturales que hacen posible su reproducción material y espiritual, según sus características propias de organización productiva y social. Este espacio se puede presentar, según sea el caso, de manera continua o discontinua. // Aclaro que me refiero a un ‘espacio actual’ porque sitúo la consideración de la definición de límites territoriales de un pueblo determinado, en un momento histórico sincrónico cuyas características demográficas y tecnológicas, una vez determinado el espacio que le corresponde, deberán modificarse y/o readecuarse en el futuro, de tal manera que guarden una relación equilibrada al interior de sus límites’²³.

De ahí, la importancia de ampliar el concepto de territorio de las comunidades étnicas a nivel jurídico, para que comprenda no sólo las áreas tituladas, habitadas y explotadas por una comunidad –por ejemplo bajo la figura del resguardo, sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades culturales y económicas, de manera que se facilite el fortalecimiento de la relación espiritual y material de estos pueblos con la tierra y se contribuya a la preservación de las costumbres pasadas y su transmisión a las generaciones futuras.

Esta visión contrasta con la de la cultura occidental, para la que el territorio es un concepto que gira en torno al espacio físico poblado en el que la sociedad se relaciona, coopera y compite entre sí, y sobre el que se ejerce dominio.

²² Sentencia T-693 de 2011.

²³ “Balza Alarcón, Roberto. ‘Tierra, territorio y territorialidad indígena.’ Pág. 80”.

Otro aspecto que vale la pena resaltar, se relaciona con la propiedad, ya que, contrario al concepto comunal que manejan las comunidades étnicas, la cultura occidental mantiene una visión privatista de la propiedad. Al respecto, esta Corporación ha sostenido que el derecho a la propiedad privada ‘es el prototipo de los derechos patrimoniales y, junto con la libertad de contratación, constituye la expresión más notable de la libertad económica del individuo en el Estado liberal o democrático, que permite a aquel obtener los bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades’²⁴.

Así las cosas, teniendo en cuenta las diferencias conceptuales que se manejan en torno al territorio, para lograr una protección efectiva de los derechos de las comunidades indígenas, es necesario que el Estado, en los procesos de delimitación territorial, exploración y explotación de recursos naturales en tierras comunales, cuente con la participación de los interesados en la adopción de medidas tendientes a desarrollar y garantizar las formas de vida de los miembros de las comunidades indígenas, a partir del reconocimiento de su concepto dinámico de territorio”.

En suma, la Sala encuentra que aun cuando contaba con suficientes elementos de juicio para ordenar el efectivo amparo del derecho a la consulta previa a favor de la comunidad La Horqueta 2, el Tribunal de la Guajira no determinó con certeza la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva dicha garantía, razón por la cual ordenó a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior que expidiera una nueva certificación de existencia de grupos étnicos que, como se explicó antes, consistió en una reafirmación de los mismos datos aportados por las entidades que – en evidente descoordinación - habían negado previamente tal derecho a la comunidad actora bajo una interpretación restringida del concepto de territorio y no un ejercicio de indagación que, mediante el uso de las metodologías y los recursos disponibles, se propusiera determinar los verdaderos valores, bajo las condiciones denunciadas, del impacto que la obra de desviación del Arroyo Bruno y consecuente expansión del proyecto minero de Cerrejón Limited podría causar en el entorno y condiciones de vida de la comunidad La Horqueta 2.

²⁴ “Sentencia C-864 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería”.

En tal sentido, la Sala ordenará la realización de la consulta previa con la comunidad La Horqueta 2 sobre las formas menos lesivas en que la obra de desviación parcial del Arroyo Bruno se puede conciliar con las condiciones actuales de vida y los futuros intereses de la comunidad La Horqueta 2 del Municipio de Albania.

En todo caso, la consulta deberá orientarse hacia los intereses de la comunidad que, entre otros, ha manifestado preocupación por los siguientes aspectos: **i)** la desaparición de la cuenca del arroyo, **ii)** la pérdida del recurso hídrico como ya en el pasado ha ocurrido a consecuencia de la concesión minera, **iii)** la desaparición de zonas de movilidad y caza y de las especies que allí habitan, así como **iv)** de la existencia de contaminación generada por la construcción de la vía férrea y la circulación del tren cargado con carbón y por la polución de las voladuras de la actividad minera. Lo anterior, sin perder de vista que la consulta parte de la premisa de concertación entre las partes.

Además, en ese contexto, la Sala concluye que la sentencia de primera instancia se ajustó a derecho, en cuanto amparó los derechos fundamentales a la consulta previa, a la salud, a la vida, al debido proceso, a la igualdad y de acceso al agua potable de la comunidad indígena La Horqueta 2 del Clan Pushaina y, al poner de presente que la evidente descoordinación interinstitucional de las entidades competentes ha influido en la falta de reconocimiento del derecho a la consulta previa y, en tal medida, que los hallazgos fruto de las comisiones de verificación no han sido transmitidos ni analizados correctamente, todo lo anterior, dentro del contexto de crisis humanitaria por la que atraviesa la etnia indígena Wayuu en el Departamento de La Guajira.

Por lo anterior, la Sala confirmará la sentencia del 2 de mayo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira respecto del amparo de los derechos de la comunidad actora, pero modificará las órdenes a impartirse, esclareciendo que la consulta previa se

erige como el mecanismo idóneo para amparar los derechos fundamentales cuya protección se invocó.

En mérito de lo expuesto la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

CONFÍRMANSE los ordinales **Primero, Segundo y Tercero** de la sentencia de 2 de mayo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira.

MODIFÍCANSE los ordinales **Cuarto y Quinto** de dicha decisión, los cuales quedarán así:

Cuarto: ORDÉNASE a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA y a la empresa Carbones de Cerrejón Limited que adelanten, en lo que a cada una corresponde, un proceso de consulta con la comunidad La Horqueta 2 sobre las formas menos lesivas en que la obra de desviación parcial del Arroyo Bruno se puede conciliar con las condiciones actuales de vida y los futuros intereses de dicha comunidad, consulta que deberá incluir los aspectos que generan la preocupación de la misma, en los términos expuestos en la parte motiva de esta decisión y que se deberá completar en un periodo máximo de treinta (30) días hábiles y se sujetará a los parámetros previstos por la normativa que regula dicho proceso y a la jurisprudencia constitucional sobre el tema.

Quinto: ORDÉNASE la realización de una mesa interinstitucional coordinada de las siguientes autoridades y personas: los representantes legales o sus delegados de Nación Ministerio de Interior - Dirección de consulta previa, Corporación Autónoma Regional de La Guajira - CORPOGUAJIRA, IDEAM, Carbones de Cerrejón Limited, Autoridad de Licencias Ambientales - ANLA, Agencia Nacional Minera ANM, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, INCODER, Instituto Agustín Codazzi, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento de La Guajira, municipios de Maicao y Albania, Defensor del Pueblo, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República y Servicio Geológico Colombiano con el fin de que, dentro del ejercicio de sus competencias, diseñen un plan que asegure a la comunidad la HORQUETA 2 el estudio técnico definitivo sobre la no extinción del recurso hídrico proveniente del arroyo Bruno de acuerdo con las políticas ambientales.

Las autoridades nacionales y las entidades territoriales, en cumplimiento de las leyes 373 y 1753 y en los asuntos de sus competencias, deberán dar aplicación a los principios de Estado Unitario, coordinación y concurrencia, respecto de los recursos del sistema general de participaciones utilizados para agua potable y saneamiento y demás competencias concurrentes para la prestación del servicio público de agua. Igualmente, en relación con las competencia sobre uso del suelo.

Los efectos de esta acción respecto de los derechos de la comunidad la HORQUETA 2 serán inter comunis para las demás personas que se encuentre en comunidades del pueblo Wayuu en los municipios de Albania o Maicao, cuya fuente de agua sea el arroyo Bruno, que estén mencionadas en

la Resolución 0498 de 2015 o que se afecten directamente con la modificación del cauce del mismo.

Notifíquese a las partes por el medio más expedito posible.

Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidenta de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ