

**SALA DE DECISIÓN N° 005 CONSTITUCIONAL**

Cartagena de Indias D.T. y C., Enero treinta y uno (31) de dos mil diecisiete (2017)

Acción	ACCIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-23-33-000-2016-01200-00
Demandante	ABEL ANTONIO TALAIGUA SANTOS, en representación al de la Comunidad Indígena de Gambote
Demandado	Ministerio del Interior, Agencia Nacional De Licencias Ambientales, Promigas S.A, Corporación Autónoma Regional Del Dique
Magistrado	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Procedencia de la acción de tutela para la realización de la consulta previa. Concesión del derecho fundamental de la consulta previa a pesar de haber interpuesto otra acción de tutela, por no existir ni temeridad, ni cosa juzgada.

I. OBJETO A DECIDIR

Mediante escrito de fecha dieciséis (16) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)¹, el señor ABEL ANTONIO TALAIGUA SANTOS, en calidad de Capitán del Cabildo de la Comunidad Gambote del Pueblo Indígena Zenú instauró acción de tutela contra la NACIÓN- MINISTERIO DEL INTERIOR, AGENCIA NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES, PROMIGAS S.A, CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL DIQUE para que, por medio de la misma, se le ampare el derecho fundamental al debido proceso, la diversidad étnica y a la consulta previa.

II. ACCIONANTE

La presente acción constitucional la instauró el señor ABEL ANTONIO TALAIGUA SANTOS, en calidad de Capitán del Cabildo de la Comunidad Gambote del Pueblo Indígena Zénu, identificado con la C.C. No. 98,610.442 de Zaragoza- Antioquía.

¹ Fol. 31

**SENTENCIA No. 02 /2017****III. ACCIONADO**

La acción está dirigida en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DEL INTERIOR, AGENCIA NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES, PROMIGAS S.A, y la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL DIQUE.

IV. ANTECEDENTES**4.1 Pretensiones.**

El señor ABEL ANTONIO TALAIGUA SANTOS, en representación de la comunidad indígena de Gambote, impetró acción de tutela pretendiendo el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, la diversidad étnica y a la consulta previa; en consecuencia de lo anterior, solicita se ordene la suspensión de las obras que se están ejecutando en el marco del "proyecto de construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo Mamonal" en la zona de influencia de la comunidad étnica demandante y por último solicitan que se ordene al Ministerio del Interior y PROMIGAS S.A., que en el término de 48 horas den inicio al proceso de consulta previa.

4.2. Hechos².

La parte accionante, como sustento a sus pretensiones, expuso los siguientes hechos que se compendian así:

"La comunidad indígena de Gambote con presencia en los corregimientos de Rocha, Sincerín y Gambote en jurisdicción del área rural del municipio de Arjona, en el corregimiento de San Cayetano en el municipio de San Juan de Nepomuceno bolívar, y en Palenque en jurisdicción del Municipio de Mahates- Bolívar, de acuerdo a lo establecido en la resolución 0013 del 11 de febrero de 2013 expedida por la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom, y Minorías, afirmó que mediante certificación número 618 del 02 de abril de 2014, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior le informó la empresa PROMIGAS S.A E.S.P, que en el proyecto de "construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo- Mamonal" se registraba la presencia únicamente de la parcialidad indígena de la Peñata, ubicada en el Municipio de Sincelejo en el departamento de Sucre. (Para tal efecto se anexa copia de las resoluciones de registro de la comunidad indígena Zénu de Gambote expedida por el Ministerio del Interior y la certificación 618 del 2 de abril de 2014).

² Fols. 1- 4

**SENTENCIA No. 02 /2017**

La certificación 618 del 2 de abril de 2014, igualmente determinó que “no se registraba presencia de comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras en el área del proyecto construcción y operación del gasoducto loop San Mateo- Mamonal. Conforme a los documentos allegados el “gasoducto Loop San Mateo- Mamonal” tendrá una longitud de 190 kilómetros y conectará las zonas de producción encontradas en los pozos de Mamey y Bonga de Hocol con los centros industriales de la región, iniciará en el municipio de Ovejas Sucre y terminara en Mamonal, Cartagena. Tendrá como finalidad aumentar la capacidad de transporte del gasoducto existente y atender la demanda de gas natural en esa zona del país. (Este hecho se acredita con la prueba señalada en el hecho 1).

La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales- ANLA expidió la resolución número 0805 del 9 de julio de 2015, mediante la cual otorgó Licencia ambiental a la empresa Promigas S.A. E.S.P para desarrollar el proyecto construcción y operación del gasoducto Loop San Mateo- Mamonal. (Se aporta como prueba copia de la resolución 0805 de 2015).

La comunidad indígena de Gambote no ha sido consultada, pues, debido a las decisiones administrativas expedidas por el Ministerio del Interior y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, a la fecha solo se ha consultado a la comunidad indígena de la Peñata, desconociendo así, que las comunidades accionantes cuenten con una historia de ocupación de sus territorios de más de 20 años y que el gasoducto que se está instalando va a pasar por parte de este territorio.

Las actividades de descapote (remoción de capa vegetal), excavaciones e instalaciones de tuberías ya terminaron, sin embargo las actividades realizadas por la empresa se generaron impactos tales como: ruido, polvo y deterioro de la vía de acceso que conecta a las comunidades indígenas y negras de Rocha, Puerto Badel, destrucción de plantas medicinales, como bejuco, cadena, cardón, verbena, guácimo, lata de corozo, viva seca, roble, rajuña, gato, sensitiva, jobo, escoba blanca, orejero, balsamina, escubilla menda, noni, traslazaró, santa maría, dominguera, ruda, ciruela, totumo, botón de oro, entre otras.

En la actualidad se está construyendo un túnel que atravesará el Canal del Dique a la altura de las comunidades indígenas y negras de Rocha (Arjona) y Correa (María La Baja), generando impacto para el

**SENTENCIA No. 02 /2017**

agua de consumo humano que es extraída del Canal del Dique y ciénagas del complejo cenagoso ubicado en este territorio y que comparten las comunidades indígenas y negras, además de generar cambios en la actividad de la pesca, la caza de animales silvestres y la agricultura que hacen de estas comunidades a las orillas del Canal del Dique, y en los humedales de la Ciénaga de San Juan Gómez de lo cual se desprende que el impacto y afectación de sus territorios ancestrales, es inminente.

Mediante fallo T-197 de 2016 de la Honorable Corte Constitucional estableció que “En este orden de ideas vale la pena resaltar el informe presentado por la Defensoría del Pueblo Regional Bolívar en respuesta al auto de fecha 29 de enero de 2016, el cual manifestó que la Corte debía amparar igualmente los derechos a la consulta previo de las comunidades de “la Rocha (Arjona), tanto en su Consejo Comunitario como en su Cabildo Indígena, Puerto Badel (Arjona), Leticia y Recreo en sus consejos comunitarios (Cartagena), Lomas de Matunilla en su consejo comunitario (Turbona) y Correa (María la baja)”, igualmente vulnerados por la construcción del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal”.

De igual manera se debe tener en cuenta que con anterioridad la comunidad indígena había presentado una acción de tutela, pero al generarse un hecho nuevo no se está actuando con temeridad de acuerdo a lo establecido en el fallo T- 197 DE 2016 el cual manifiesta: “Los jueces que conozcan de las respectivas acciones, conforme a la parte considerativa de esta providencia deberán tener en cuenta: (i) que la acción de tutela es el mecanismo de defensa idóneo para garantizar el derecho a la consulta previa por parte del Ministerio del Interior y Promigas S.A. E.S.P. en el marco del proceso de construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal, (ii) que en gran medida los argumentos empleados por el Ministerio para considerar que no existe afectación directa contrarían la jurisprudencia constitucional, (iii) que no se incumple el requisito de inmediatez por cuanto las obras actualmente se están ejecutando y hay afectación directa en el tiempo y (iv) que a pesar de la presentación previa de varias acciones no se puede considerar como temeraria las nuevas tutelas presentadas por las comunidades por cuanto a partir de la notificación de esta providencia, aconteció un hecho nuevo que habilita a presentar por una sola vez el amparo constitucional”.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta su fallo de tutela dl 29 de septiembre de 2016, en el cual se protegen los derechos

**SENTENCIA No. 02 /2017**

fundamentales de las comunidades negras que se encuentra en los mismos sitios de afectación de la comunidad indígena.

V. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción fue presentada el 16 de diciembre de 2016³, la cual fue admitida por medio de providencia del 13 de enero de 2017⁴, en donde se dispuso se diera curso a las notificaciones de rigor.

VI. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**6.1 CONTESTACIÓN DE PROMIGAS S.A⁵**

PROMIGAS S.A., en el informe solicitado, en primer lugar solicita que se estudie una posible temeridad que por estos mismos hechos y pretensiones el aquí accionante presentó el año anterior bajo la misma calidad que hoy ostenta. Informa que anexa copia de la mencionada acción de tutela la cual fue conocida por la Sala Especializada en restitución de tierras de Cartagena.

Aduce además que, las obras ya fueron ejecutadas en el sector que se referencia, y que no es la autoridad administrativa que pueda certificar la existencia de las comunidades que se encuentran dentro del área de influencia del gasoducto ya que esto conforme a la ley le corresponde al Ministerio del Interior.

En cuanto a la pretensión de realizar la consulta previa, informa que al encontrarse el cabildo indígena por fuera de la zona de ejecución del proyecto, no fue necesaria la realización de la consulta previa.

6.2 AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES⁶

La entidad en el informe rendido, solicita que se declare la falta de legitimación por pasiva debido a que, afirma que la autoridad competente para la realización de la consulta previa es el Ministerio del Interior a través de la Dirección de consulta previa.

En segundo lugar, alega una insuficiencia en la carga probatoria del actor, toda vez que, según la entidad, los accionantes realizan afirmaciones sin ningún conocimiento e injerencia alguna. Por tales razones, pide que se denieguen las pretensiones de la demanda.

³ Fol.31

⁴ Fol. 36

⁵ Fol. 40

⁶ Fols. 43-46



6.3 CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE⁷.

La entidad, manifiesta que, no es de su competencia pronunciarse sobre lo alegado por el accionante por cuanto no fue la entidad que adelantó dicho trámite administrativo licenciatario del proyecto en mención, y las razones de hecho y derechos que lo sustenta, se cite solo a manifestar la misión en la realización de la consulta previa a dicha comunidad.

En razón a lo anterior, solicita que se declare la improcedencia de la presente acción, por cuanto no es la entidad llamada a responder en la misma.

6.4 MINISTERIO DEL INTERIOR⁸

En el informe solicitado la entidad, propone la excepción de improcedencia de la acción por ausencia de inmediatez, debido a que, el accionante según sus afirmaciones, debió interponer los recursos a que hubiere lugar en el momento procesal oportuno en este caso, la apelación al contenido de la certificación expedida por ellos.

Por otro lado exponen que, el estudio realizado para establecer la presencia de comunidades étnicas dentro del área de influencia demanda el cumplimiento de una serie de requisitos establecidos por la ley y que fueron atendidos en el presente caso.

Concluye afirmando que para el caso en concreto, no era pertinente la consulta previa dentro del proyecto a esta comunidad pues a partir del acto administrativo de certificación se evidencia si existe o no presencia de una comunidad {étnica que puede ser o no susceptible de afectación. En el caso de las comunidades accionantes los mismos se encuentran alejados a una distancia de 2.2.0 y 12 kilómetros del área de influencia del proyecto.

VII. PRUEBAS

- Mapa de localización general del proyecto “construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo- Mamonal”⁹.
- Constancia expedida por la Dirección de asuntos indígenas, ROM, y minorías del Ministerio del Interior, por medio de la cual certifica como Capitán del cabildo indígena de la comunidad de Gambote al señor Abel Antonio Talaigua Santos¹⁰.

⁷ Fols. 62- 64

⁸ Fols. 67- 80

⁹ Fol 32

¹⁰ Fol. 33

**SENTENCIA No. 02 /2017**

- Certificación No. 618 del 02 de abril de 2014, expedida por el Ministerio del Interior por medio de la cual, informa a PROMIGAS S.A., que en el área del proyecto se registraba únicamente la presencia de indígenas de la Peñata¹¹.
- Copia de la Resolución No. 0805 expedida por la ANLA para el desarrollo del proyecto de construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo- Mamonal¹².
- Copia del fallo de tutela del 29 de septiembre del Tribunal Superior del Distrito Superior de Cartagena, Sala Penal¹³.

VIII. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**8.1. La Competencia**

El Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en PRIMERA INSTANCIA, según lo establecido en su artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991.

8.2. El problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar sí:

¿vulneran las entidades accionadas los derechos fundamentales al debido proceso, la diversidad étnica y a la consulta previa al expedir la Resolución número 0805 del 9 de julio de 2015 sin adelantar el proceso de consulta previa con la Comunidad Indígena de Gambote con presencia en los corregimientos de Rocha, Sincerín y Gambote en Jurisdicción del área rural del municipio de Arjona, en el corregimiento de San Cayetano en el municipio de San Juan de Nepomuceno Bolívar y en Palenque en Jurisdicción del municipio de Mahates- Bolívar?

Para desarrollar el interrogante anterior se desarrollará el siguiente temario:

(i) Generalidades de la acción de tutela (ii) La procedencia de la acción de tutela para garantizar el derecho a la consulta previa, (iii) De derecho Fundamental a la Consulta previa y (iv) Caso Concreto.

¹¹ Fol. 60

¹² Fol. 60

¹³ Fol. 60



8.3 Tesis de la Sala

En ese orden de ideas, la Sala amparará los derechos fundamentales de la Comunidad Indígena accionante, teniendo en cuenta que, existe un precedente jurisprudencial de la H. Corte Constitucional para el caso en concreto, en el cual se ordena la protección de las comunidades indígenas afectadas directamente con la construcción del Gasoducto Loop San Mateo- Mamonal, como es la Sentencia T- 197 de 2016.

Por otro lado, las razones expuestas por dichas entidades como ya se ha demostrado violan el precedente constitucional, debido a que, si bien es cierto que los estudios realizados revelan que el área del proyecto no afecta directamente a dicha comunidad, los mismos son contrarios a la regla de la Corte Constitucional que ampara el derecho fundamental a la consulta previa, debido a que para el ejercicio de este derecho no es necesario acreditar por este tipo de comunidades la afectación directa del espacio geográfico, sino que esta debe entenderse como el menos cabo de su entorno, social, cultural, económico, espiritual, mejor conocido como la cosmogonía de la identidad de este tipo de culturas.

En el caso concreto se encontró que la instalación del gaseoducto antes mencionado, se realiza en el asentamiento de la comunidad indígena actora, y por ende se encuentra afectada, así como se encontró de igual manera vulnerados los derechos de los afrodescendientes que fueron protegidos a través de la sentencia mencionada en el párrafo inicial de este capítulo. En otras palabras, se ampara el derecho a la consulta previa, de las comunidades indígenas en condiciones iguales a las afrodescendientes, ya protegidas.

8.4. Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias

**SENTENCIA No. 02 /2017**

específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

8.5 La procedencia de la acción de tutela para garantizar el derecho a la consulta previa¹⁴.

“3.1. La subsidiariedad de la tutela está contemplada en el artículo 86 de la Carta, este precisa que: “esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corporación ha manifestado en reiteradas ocasiones que el juez debe analizar en cada caso si el peticionario cuenta con otros mecanismos de defensa judicial, o en su defecto, debe determinar si aun existiendo estos, no resultan eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados.

Así lo sostuvo en sentencia T-235 de 2010, al indicar:

“Para que la acción de tutela sea procedente como mecanismo principal, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o teniéndolos, éstos, no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados. A su turno, el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio de defensa iusfundamental, implica que, aun existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la acción de tutela”.

¹⁴ Sentencia T 197 de 2016, Magistrado Ponente JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril dos mil dieciséis (2016).

**SENTENCIA No. 02 /2017**

Cabe señalar que en materia de amparo judicial de los derechos fundamentales hay una regla general. La tutela es un mecanismo excepcional de defensa al que puede acudir un afectado solo después de ejercer infructuosamente todos y cada uno de los medios ordinarios. Así lo consideró este tribunal, por ejemplo, en la sentencia T-480 de 2011:

“La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional. En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales”.

En lo relativo a la idoneidad y eficacia del instrumento judicial ordinario, esta Corporación expresó en sentencia T-569 de 2011, que:

“El deber del juez de tutela es examinar si la controversia puesta a su consideración: (i) puede ser ventilada a través de otros mecanismos judiciales y (ii) si a pesar de existir formalmente, aquellos son o no suficientes para proveer una respuesta material y efectiva a la disputa puesta a su consideración. Por consiguiente, no es suficiente, para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo violados.”

3.2. Concretamente la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha establecido las siguientes subreglas en torno a la procedencia de la tutela para garantizar el derecho a la consulta previa.

Se debe precisar que los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), instituyeron los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, los cuales pueden emplearse para cuestionar la validez de las decisiones adoptadas por las autoridades. Dicho proceso puede ser iniciado cuando los actos administrativos se expidan (i) desconociendo las normas en que deben fundarse, (ii) por un órgano que carece de competencia, (iii) de manera irregular, (iv) violando el derecho de audiencia y defensa, (v) mediante falsa motivación o (vi) con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (Artículo 137 inciso. 2º).

**SENTENCIA No. 02 /2017**

Las causales aludidas pueden ser catalogadas como clásicas, ya que son la reproducción literal de aquellas que existían en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984^[4] (anterior Código Contencioso Administrativo) y se caracterizan por cuestionar cada uno de los elementos del acto administrativo (competencia, forma, procedimiento, motivación, finalidad y objeto).

Sin embargo, se debe resaltar que el Decreto 01 de 1984 al ser una norma pre constitucional y anterior a la expedición de la Ley 21 de 1991^[5], no contempló como causal de nulidad de los actos expedidos por la administración, el desconocimiento del derecho a la participación de los pueblos que por sus costumbres, tradiciones y procesos de discriminación histórica poseen un estatus de especial protección constitucional (indígenas y tribales).

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con el objeto de armonizar la legislación nacional a las nuevas realidades constitucionales e internacionales, dispuso como causal autónoma de nulidad de los actos administrativos el desconocimiento al derecho a la consulta previa. En este sentido el artículo 46 de la ley 1437 de 2011 contempla lo siguiente: "cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar".

Teniendo en cuenta lo anterior, varios jueces y magistrados especialmente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con fundamento en la disposición en comento, han entendido que en todas las circunstancias en las cuales se presente una acción de tutela en contra de decisiones proferidas por la administración, y además se solicite la protección del derecho a la consulta previa, esta resulta improcedente debido a la existencia de los medios de control de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho.

Ahora bien, la Corte Constitucional en distintas oportunidades ha tenido la posibilidad de manifestar su reparo respecto a este razonamiento. En la sentencia T-576 de 2014 esta Corporación afirmó en relación con la idoneidad de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho para cuestionar las decisiones administrativas no consultadas, lo siguiente:

"Los medios de defensa ante la jurisdicción contenciosa no son idóneos. Esto debido a que solo pueden resolver aspectos relativos a la legalidad de la decisión administrativa, más no está en capacidad de resolver temas relacionados con la omisión del procedimiento de consulta previa. En ese sentido, la Corte ha puesto de presente en casos similares al que ahora ocupa a la Sala que ante controversias relativas al amparo del derecho a la consulta previa en las que se plantee la necesidad de que los accionantes agoten otros mecanismos ordinarios de defensa, el juez constitucional deba considerar i) el carácter de derecho fundamental que se le reconoce a la consulta previa, ii) que es él el funcionario responsable de asegurar el ejercicio eficaz de esa



SENTENCIA No. 02 /2017

categoría de derechos y que iii) las condiciones especiales de vulnerabilidad que suelen enfrentar las comunidades indígenas y tribales justifica que sea esta vía excepcional el escenario idóneo para evitar la lesión de sus derechos."

En este orden de ideas, la interposición de los medios de control contemplados en la ley 1437 de 2011 tienden a ser insuficientes para reparar desde el ámbito constitucional el derecho a la participación de las comunidades afectadas, tal y como lo estableció esta Corporación en sentencia T-485 de 2015:

*"La actuación requerida por parte de los funcionarios responsables **no encuentra respuesta concreta a partir de la revisión judicial del acto administrativo**, sino que exige, en caso que así se decida en esta sentencia, acciones materiales tendientes a efectuar el procedimiento de consulta, **las cuales no hacen parte de la decisión que adopte la jurisdicción contenciosa**. En otros términos, la resolución de los problemas jurídicos materia de esta sentencia se centra en definir si el proceso de consulta previa respecto de la comunidad negra de la Vereda Playa Blanca, es exigible o no. Esta clase de asuntos, en razón de su naturaleza, **escapan a la órbita de decisión del juez administrativo, en el marco de la revisión judicial de los actos proferidos por las autoridades demandadas**". (Negrilla y cursiva fuera de texto)*

El hecho de que desde el punto de vista constitucional, los medios de control contenciosos administrativos no tengan la idoneidad necesaria para desplazar a la acción de tutela como mecanismo principal de protección del derecho a la consulta previa, no significa que estos no puedan emplearse concurrentemente con el amparo constitucional. En este sentido la sentencia SU-039 de 1997 afirmó:

"El hecho de que la perspectiva del juez contencioso administrativo sea distinta a la del juez constitucional explica que la acción de tutela y las acciones contenciosas sean compatibles, incluso, si el afectado no solicitó la suspensión provisional del acto administrativo que habría infringido sus derechos fundamentales, o si lo hizo, pero el juez contencioso adoptó una decisión adversa a sus intereses".

La anterior decisión cobra especial significación respecto a la procedencia de la acción de tutela contra decisiones que desconocen el derecho a la consulta previa, por cuanto la existencia de medidas cautelares en el marco de procesos contenciosos administrativo desde antaño ha sido esgrimida para negar la protección por vía tutelar del derecho a la consulta previa.

Sobre este aspecto, según la jurisprudencia constitucional, el hecho de que la ley 1437 de 2011 haya flexibilizado los requisitos para obtener la prosperidad de una medida provisional en el marco de un proceso contencioso administrativo, no es per se un argumento suficiente que permita desvirtuar la procedencia de la acción de tutela. En este sentido la sentencia SU-355 de 2015 afirmó lo siguiente:

**SENTENCIA No. 02 /2017**

“El juez de tutela tiene la obligación de calificar, en cada caso particular, la idoneidad de los medios judiciales para enfrentar la violación de derechos fundamentales cuando ella tenga por causa la adopción o aplicación de actos administrativos. Para el efecto, deberá tener en cuenta los cambios que recientemente y según lo dejó dicha esta providencia, fueron incorporados en la Ley 1437 de 2011. Solo después de ese análisis podrá establecer la procedencia transitoria o definitiva de la acción de tutela, teniendo como único norte la efectiva vigencia de las normas de derecho fundamental.

En consecuencia, no obstante los importantes cambios legislativos que en materia de medidas cautelares introdujo la Ley 1437 de 2011 y en particular en lo que se refiere a la denominada suspensión provisional, la acción de tutela podría proceder, entre otros eventos, (i) cuando la aplicación de las normas del CPACA no proporcione una protección oportuna de los derechos fundamentales o (ii) cuando el contenido o interpretación de las disposiciones de dicho Código no provean un amparo integral de tales derechos”.

En desarrollo de lo anterior, la sentencia T-576 de 2014 ya citada afirmó respecto a la interrelación de la acción de tutela con las medidas cautelares contempladas en el derecho administrativo lo siguiente: “la tutela y la medida de suspensión provisional protegen derechos de distinta naturaleza. Así, mientras la primera persigue la salvaguarda de derechos constitucionales fundamentales, la segunda busca impedir la ejecución de actos administrativos que violan el ordenamiento jurídico y que, por ello, perjudican a alguna persona.”

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

3.3. Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha entendido que debido a las condiciones de vulnerabilidad y pobreza extrema en las que habitan las comunidades afro e indígenas de nuestro país, la procedencia de la acción de tutela adquiere un carácter prevalente para garantizar sus derechos constitucionales. Sobre el particular esta corporación ha manifestado lo siguiente:

“Ante controversias relativas al amparo del derecho a la consulta previa en las que se plantee la necesidad de que los accionantes agoten otros mecanismos ordinarios de defensa, el juez constitucional debe considerar las condiciones especiales de vulnerabilidad que suelen enfrentar las comunidades indígenas y tribales justifica que sea esta vía excepcional el escenario idóneo para evitar la lesión de sus derechos”.

**SENTENCIA No. 02 /2017**

Es común que la planeación y ejecución de proyectos de infraestructura o de explotación de recursos naturales afecten los derechos de las comunidades étnicas, puesto que además que son directamente afectadas por los mismos, carecen de instancias de participación efectiva. Así, la abierta asimetría de poder entre las comunidades étnicas y quienes adelantan dichos proyectos, sumada a la discriminación histórica contra los pueblos indígenas y tribales, ha llevado a la jurisprudencia a conferirles la condición de sujetos colectivos de especial protección constitucional.

En igual línea de pensamiento esta Corporación ha reconocido que las personas afrocolombianas y las comunidades a las que pertenecen son titulares de derechos fundamentales y gozan de un status especial de protección que aspira, "tanto a compensarlas por las difíciles circunstancias sociales, políticas y económicas que han enfrentado tras décadas de abandono institucional, como a salvaguardar su diversidad étnica y cultural, en armonía con el marco constitucional y los compromisos internacionales que el Estado colombiano ha adquirido en esa materia".

Así las cosas, es claro que los procesos consultivos son un escenario esencial para asegurar la pervivencia física y la protección de las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas y tribales, por lo cual la Corte desde sus primeras sentencias, ha reconocido la competencia del juez de tutela para proteger sus derechos fundamentales e impartir las órdenes que aseguren que estas sean informadas oportunamente sobre los proyectos que impacten sobre sus territorios o sus formas de vida y para que cuenten con la oportunidad de evaluar y de incidir en la reformulación de la decisión de que se trate."

8.5.1 Procedencia de la acción de tutela para la realización del proyecto "Construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo- Mamonal".

Los demandantes interponen la presente acción de tutela exponiendo dos problemáticas que, en su sentir, afectan sus derechos fundamentales al debido proceso, la diversidad étnica y a la consulta previa.

La primera está relacionada con la susceptibilidad de afectación directa a los derechos étnicos que se está presentando por la construcción y operación del Gasoducto "Loop – San Mateo - Mamonal". En cuanto a la segunda, advierten que la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA expidió la Resolución número 0805 del 9 de julio de 2015, mediante la cual otorgó Licencia Ambiental a la empresa Promigas S.A. E.S.P. sin adelantar la consulta previa correspondiente.

Ante esta situación, debe determinarse si la acción de tutela es procedente, en vista de la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, en este caso los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. A

**SENTENCIA No. 02 /2017**

este respecto, debe tenerse en cuenta que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, en casos como el analizado los medios de defensa ante la jurisdicción contenciosa no son idóneos. Esto debido a que solo pueden resolver aspectos relativos a la legalidad de la decisión administrativa, más no están en capacidad de resolver temas relacionados con la omisión del procedimiento de consulta previa, propios del juez constitucional.

En ese sentido, la Corte ha puesto de presente en casos similares al que ahora ocupa a la Sala que *“ante controversias relativas al amparo del derecho a la consulta previa en las que se plantee la necesidad de que los accionantes agoten otros mecanismos ordinarios de defensa, el juez constitucional deba considerar i) el carácter de derecho fundamental que se le reconoce a la consulta previa, ii) que es él el funcionario responsable de asegurar el ejercicio eficaz de esa categoría de derechos y que iii) las condiciones especiales de vulnerabilidad que suelen enfrentar las comunidades indígenas y tribales justifica que sea esta vía excepcional el escenario idóneo para evitar la lesión de sus derechos.”*¹⁵

En el presente asunto se evidencia que el proceso consultivo requerido por los accionantes no fue llevado a cabo. Por lo tanto, la actuación requerida por parte de los funcionarios responsables no encuentra respuesta concreta a partir de la revisión judicial del acto administrativo, sino que exige, en caso que así se decida en esta sentencia, acciones materiales tendientes a efectuar el procedimiento de consulta, las cuales no hacen parte de la decisión que adopte la jurisdicción contenciosa. En otros términos, la resolución de los problemas jurídicos materia de esta sentencia se centra en definir si el proceso de consulta previa respecto de las Comunidades Indígenas de Gambote exigible o no. Esta clase de asuntos, en razón de su naturaleza, escapan a la órbita de decisión del juez administrativo, en el marco de la revisión judicial de los actos proferidos por las autoridades demandadas.

En casos similares a este, se ha pronunciado al respecto:

“Recientemente la sentencia SU-355 de 2015 reconoció la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando en el caso concreto (i) quede en entredicho la idoneidad de los medios de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo o (ii) se evidencie que en el caso sub examine las herramientas que consagra la ley 1437 de 2011 no proporcionan una protección oportuna de los derechos fundamentales. En este sentido dicha providencia afirmó lo siguiente:

¹⁵ Sentencia T- 197 de 2016, MP. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio

**SENTENCIA No. 02 /2017**

El juez de tutela tiene la obligación de calificar, en cada caso particular, la idoneidad de los medios judiciales para enfrentar la violación de derechos fundamentales cuando ella tenga por causa la adopción o aplicación de actos administrativos. Para el efecto, deberá tener en cuenta los cambios que recientemente y según lo dejó dicho esta providencia, fueron incorporados en la Ley 1437 de 2011. Solo después de ese análisis podrá establecer la procedencia transitoria o definitiva de la acción de tutela, teniendo como único norte la efectiva vigencia de las normas de derecho fundamental.

*En consecuencia, no obstante los importantes cambios legislativos que en materia de medidas cautelares introdujo la Ley 1437 de 2011 y en particular en lo que se refiere a la denominada suspensión provisional, la acción de tutela podría proceder, entre otros eventos, (i) cuando la aplicación de las normas del **CPACA no proporcione una protección oportuna de los derechos fundamentales** o (ii) cuando el contenido o interpretación de las disposiciones de dicho Código no provean un amparo integral de tales derechos". (Subrayas propias)*

En este orden de ideas, es claro que las medidas cautelares en el caso concreto no permiten lograr la materialización de los derechos de los accionantes y las comunidades que representan. Lo anterior por cuanto, en caso de que al interior del proceso contencioso administrativo se determine su prosperidad, estas solo podrían suspender los actos administrativos que otorgaron la licencia, dejando así intacta la vulneración de los derechos a la identidad étnica y cultural de los accionantes.

En igual medida, es claro que obligar a las comunidades accionantes a tramitar sus reclamaciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, llevaría a que la afectación a sus derechos probablemente se prolongara por varios años más, sometiendo así a los pueblos afrodescendientes a una restricción desproporcionada en el ejercicio de sus prácticas tradicionales. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala observa que dadas las circunstancias del caso concreto, no se identifica algún otro recurso judicial efectivo para la protección de los accionantes distinto a la tutela.

Por último, en el presente fallo se ha demostrado cómo las comunidades accionantes han sido sujetos de discriminación histórica, lo que implica que la acción de tutela se muestre como la vía judicial más eficiente y pertinente para la protección de los derechos fundamentales interferidos.

En conclusión, la Sala advierte que el asunto en cuestión justifica la procedencia de la acción de tutela en los términos de la jurisprudencia anteriormente señalada. Esto en razón a que esta corporación, en situaciones como la presente, ha determinado que los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico carecen de eficacia inmediata e idoneidad para amparar las garantías que surgen de los derechos a

**SENTENCIA No. 02 /2017**

la integridad social, cultural y económica, a la participación democrática, a la consulta previa y a la existencia”¹⁶.

8.5.2 Sub reglas establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia T-197 de 2016.

La Corte Constitucional en sede de revisión, resolvió una acción de tutela similar a la del presente caso, en donde el Consejo Comunitario de Pasacaballo solicitó la realización de la consulta previa y la suspensión de las obras en el marco del proyecto “construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo- Mamonal”.

En el mencionado fallo, la Corte estableció que los efectos de dicho fallo se haría extensivo siempre y cuando se cumplieran con unas series de sub reglas para la procedencia de la acción, con motivo a las peticiones realizadas por la Defensoría del Pueblo en las cuales consideraba que con dicha construcción se podrían ver afectadas otras comunidades indígenas desconocidas dentro del área del proyecto.

Las razones para lo anterior, fue fundamentado de la siguiente forma:

“En este orden de ideas, esta Corporación considera que existe la posibilidad de que al igual que en el caso sub examine, el Ministerio del Interior y Promigas S.A. E.S.P. hayan vulnerado las garantías reconocidas en el Convenio 169 de la OIT a diversas comunidades indígenas y tribales que colindan con el Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal. Sin embargo, debido a que esta Corporación no cuenta con los elementos de juicio para determinar si en cada caso existió afectación directa o no, ordenará a la Defensoría del Pueblo, Regional Bolívar y a la Defensoría del Pueblo, Regional Sucre, que en compañía de las comunidades posiblemente afectadas presente las respectivas acciones de tutela con miras a obtener la protección de sus derechos fundamentales”.

Con base en lo anterior, estableció las siguientes sub reglas para los jueces que conozcan de las respectivas acciones de tutelas, conforme a lo expuesto en su parte considerativa:

“Los jueces que conozcan de las respectivas acciones, conforme a la parte considerativa de esta providencia deberán tener en cuenta: (i) que la acción de tutela es el mecanismo de defensa idóneo para garantizar el derecho a la consulta previa por parte del Ministerio del Interior y Promigas S.A. E.S.P. en el marco del proceso de construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal, (ii) que en gran medida los argumentos empleados por el Ministerio para considerar que no existe afectación directa contrarían la jurisprudencia constitucional, (iii) que no se incumple el requisito de inmediatez por cuanto las obras actualmente se están ejecutando y hay afectación directa

¹⁶Supra nota 15

**SENTENCIA No. 02 /2017**

en el tiempo y (iv) que a pesar de la presentación previa de varias acciones no se puede considerar como temeraria las nuevas tutelas presentadas por las comunidades por cuanto a partir de la notificación de esta providencia, aconteció un hecho nuevo que habilita a presentar por una sola vez el amparo constitucional”.

Verificados estos requisitos, se determinará si el procedente la tutela, lo cual permitirá resolver el fondo del asunto, o si por el contrario debe ser negada por temeridad o cosa juzgada.

8.6 Del derecho fundamental a la consulta previa.

Dentro de la enunciación de los principios que edifican el Estado Colombiano, se erige el de la democracia participativa, entendida como uno de los instrumentos para el aseguramiento de un orden político, económico y social justo.

El respaldo constitucional de tal noción, se encuentra expresamente en el preámbulo y en su artículo 1º, así:

“En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana,...”

“Artículo 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

El artículo 2º de la Carta Política, establece a su vez, la cláusula finalista del Estado Colombiano, es decir, la enunciación de los fines esenciales que han de cumplirse por parte de las autoridades estatales, i) para la protección de los derechos de todos los coasociados, ii) para asegurar el cumplimiento de los deberes, tanto de los agentes públicos como de los particulares y iii) para darle sentido a todo el sistema jurídico. El tenor literal de dicha norma, es el siguiente:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en

**SENTENCIA No. 02 /2017**

las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares."

De igual manera, el artículo 7º superior, reconoce y consagra el deber del Estado de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana, imperativo constitucional que busca al igual que otras obligaciones, el de mitigar cualquier trato de discriminación y salvaguardar las creencias de dichas comunidades.

Por su parte, el Convenio 169 - Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales En Países Independientes -, establece:

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

Del anterior contexto jurídico y deontológico, emana el derecho fundamental a la consulta previa, destinado a preservar la integridad de los pueblos indígenas y la diversidad étnica y cultural de la Nación. Valga la pena destacar, que la Honorable Corte Constitucional ha precisado que *"la condición de ser una comunidad indígena, tribal o aquellas que se encuentran en la frontera étnica y aducen conservar o estar reconstruyendo su integridad cultural, social y económica (elemento objetivo) tiene que ser valorado en el contexto específico de cada caso particular. No obstante, cuando una persona o comunidad se identifique como indígenas, afro, o en el espectro de la frontera étnica, debe presumirse y considerarse que esto es cierto"*

**SENTENCIA No. 02 /2017**

Ahora bien, el Alto Tribunal Constitucional en sentencia T-256 de 2015, reiteró, que todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que se ejecute con el ánimo de intervenir en territorios de comunidades étnicas, sin importar la escala de afectación que genere, deberá observar las siguientes reglas:

“(i) La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.

(ii) No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.

(iii) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.

(iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.

(v) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.

(vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

(vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.

(viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma. En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son

**SENTENCIA No. 02 /2017**

perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine.

(ix) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.

(x) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

(xi) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación."

Ahora bien, aclarado el contenido y naturaleza del derecho fundamental a la consulta previa, lo que procede es definir qué se entiende por afectación directa a la comunidad étnica, al momento de darse curso, al proceso administrativo para concretar tal derecho. Para ello, se ha indicado que tal concepto, se entiende, en el sentido de que *"toda medida administrativa, de infraestructura, de proyecto u obra que intervenga o tenga la potencialidad de afectar territorios indígenas o étnicos, deberá agotar, no sólo el trámite de la consulta previa, desde el inicio, sino que se orientará bajo el principio de participación y reconocimiento, en un proceso de diálogo entre iguales, que tendrá como fin, el consentimiento, previo, libre e informado de las comunidades étnicas implicadas"*¹⁷.

Por lo cual, no toda afectación por sí misma, da lugar al ejercicio del mecanismo de protección pluricitado, de allí que se haya recurrido al estudio específico de cada evento, con apoyo de las directrices gubernativas solventadas al respecto, como lo es, en el caso concreto, la certificación del Ministerio del Interior, el cual, si bien, no es un requisito sine qua non para la consulta, si se traduce en un elemento de importancia mayúscula, para valorar el criterio de afectación directa. Sobre lo manifestado, se ha indicado:

"Pero existe un tema adicional que revela cuán aceptada ha sido esa perspectiva, incluso, por parte de las autoridades. Es el que tiene que ver con el trámite de la "Certificación de presencia de grupos étnicos en zonas de ejecución de proyectos", una de las herramientas clave para resolver cualquier

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-693 de 2011. M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

**SENTENCIA No. 02 /2017**

duda de los empresarios o de las entidades gubernamentales sobre la necesidad de agotar el proceso de consulta.

Algunos de los debates constitucionales que se dieron en el pasado sobre la procedencia de la consulta fueron resueltos en atención a la obtención de dicha certificación que, hoy, puede solicitarse vía web, a través del Programa de Gobierno en Línea del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Un caso emblemático es el de la sentencia T-880 de 2006[90], que le ordenó a Ecopetrol suspender las actividades exploratorias que estaba adelantando en una vereda del municipio de Tibú y consultar a las autoridades del Pueblo Indígena Motilón Barí sobre su presencia en la zona, para determinar de qué manera incidía la construcción de un pozo petrolero en su integridad cultural, social y económica.

El problema consistió en que la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia negó la presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia del pozo petrolero, lo cual condujo a que el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial concediera la licencia ambiental para construirlo.

La Corte ordenó verificar dicha presencia, porque, de confirmarse, habría que consultar a las minorías étnicas correspondientes sobre dicha construcción.

El trámite de la referida certificación fue un elemento fundamental para definir procesos posteriores, como el evaluado por la sentencia T-1045A de 2010. En este caso, la Corte advirtió que “el Ministerio del Interior y de Justicia recomendó realizar la consulta previa, precisamente por la presencia de comunidades afrodescendientes en la respectiva área de explotación, consulta que obviamente debió efectuarse antes de iniciarse la explotación minera”.

Pero eso no quiere decir que el documento opere como una camisa de fuerza que determine o descarte la realización de la consulta. La sentencia T-547 de 2010 aclaró ese tema, debido a que, en el caso, la misma se expidió con referencia en criterios legales y reglamentarios “según los cuales la consulta solo procedía si se trataba de adelantar proyectos en resguardos o zonas con asentamientos permanentes y a partir de la constatación de que el área del proyecto no hacía parte de un territorio indígena jurídicamente establecido”.

La Corte precisó que la ausencia de asentamientos permanentes de comunidades indígenas en la zona del proyecto no descartaba el trámite de la consulta previa, porque, de todas maneras, el elemento de afectación directa estaba demostrado, en tanto que el proyecto en estudio incidía sobre el entorno territorial y sobre los lugares en los que los accionantes realizaban prácticas culturales.

**SENTENCIA No. 02 /2017**

Así, quedó claro que la certificación es un instrumento válido al que, en aplicación del principio de buena fe, deben acudir las autoridades del Estado y a los particulares interesados en la medida susceptible de afectar a las comunidades indígenas.

Vale la pena recordar las consideraciones que hizo la Corte sobre tal exigencia de buena fe. El fallo advirtió que esta involucra el deber de plantear ante las instancias correspondientes el requerimiento de consulta, tan pronto se tenga conocimiento de una medida que pueda afectar a una comunidad indígena. Era dicha conducta la que se esperaba de las accionadas en este caso.

La Sala considera pertinente insistir sobre el marco de referencia que la Constitución y la jurisprudencia han desarrollado para cerrarle el paso a cualquier duda relacionada con la pertinencia de la consulta. Y sobre las herramientas que ha dispuesto el Gobierno para garantizar este derecho fundamental, mientras se determina la competencia que tienen los entes territoriales en esta materia.

Ciertamente, la ausencia de una regulación legal de los eventos en los cuales es procedente la consulta no excusa lo que ocurrió en este caso. Sobre todo, cuando existen instructivos como la Directiva Presidencial 001 del 2010, que indica qué acciones requieren agotar ese trámite, cuáles no y establece los mecanismos para desarrollarlo.

El documento fija una regla general que insta a realizar la consulta “antes de la ejecución o puesta en marcha de cualquier proyecto que pueda afectar a los Grupos Étnicos Nacionales, o los derechos de los que son titulares de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o los instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación”.

También precisa un listado de acciones concretas que deben ser consultadas con los grupos étnicos nacionales, entre las que se incluye la expedición de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directa y específicamente a los grupos étnicos nacionales y que requieran en el ámbito de su aplicación la formulación de enfoque diferencial.

El hecho de que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior tenga entre sus funciones las de “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” y “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” confirma que no hay pretextos para rehuir al trámite de la consulta.

**SENTENCIA No. 02 /2017**

Los interesados pueden requerir la información pertinente antes de proceder a la ejecución de cualquier acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir o tenga la potencialidad de afectar territorios habitados por minorías étnicas.”¹⁸

No obstante, del mismo extracto jurisprudencial se destaca, que la complejidad de la afectación directa, con respecto a las distintas realidades que se puedan presentar a la hora de implementarse o no la consulta previa, es muy general y abarca sendas particularidades, donde es dable afirmar que es el juez constitucional, a través de una valoración pormenorizada bajo criterios racionales y razonables, el que determinara en todo sentido, la procedencia del trámite que se cualifica en el derecho de la consulta previa, apoyándose a través de criterios geográficos, políticos y sociales, que permitan inferir el grado de la incidencia de la actividad que se dice afecta la identidad y cosmovisión de los pueblos indígenas, los cuales a su vez, reclaman su participación y dialogo sobre la misma.

8.7 Caso Concreto

En el presente asunto, el actor solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la diversidad étnica y a la consulta previa, por encontrarse presuntamente transgredidos por la el Ministerio del Interior, la ANLA, CARDIQUE y PROMIGAS S.A; así las cosas, advierte la Sala que se encuentran demostrados los siguientes hechos:

8.7.1. Legitimación en la causa

En primer lugar, en cuanto a la legitimación en la causa por activa del señor ABEL ANTONIO TALAIGUA SANTOS, si bien es cierto que la certificación expedida por la Dirección de asuntos indígenas, ROM y minorías del Ministerio del Interior solo se realizó para el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2016, no lo es menos que, la presente acción fue interpuesta en fecha 16 de diciembre de 2016¹⁹, estando vigente su calidad de Capitán del cabildo indígena de la comunidad indígena de Gambote.

En segundo lugar que, se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva en cuanto a Cardique y el Ministerio de Minas y Energía, teniendo en cuenta que, de acuerdo a las pretensiones de la demanda dichas entidades no son las encargadas de garantizar el derecho a la consulta previa exigidas por las comunidades accionantes; así como tampoco

¹⁸ Ver también Sentencia T - 129 de 2011. M.P: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁹ Fol. 34

**SENTENCIA No. 02 /2017**

hicieron parte del trámite en el proyecto “construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo- Mamonal”.

8.7.2 Procedencia de la acción de tutela

Para la procedencia de la presente acción, estudiaremos las sub reglas conforme al caso en concreto:

i) Que la acción de tutela es el mecanismo de defensa idóneo para garantizar el derecho a la consulta previa por parte del Ministerio del Interior y Promigas S.A. E.S.P. en el marco del proceso de construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal: En el presente caso no se puede obligar a las comunidades accionantes a tramitar sus reclamaciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo teniendo en cuenta que, esto llevaría a que la afectación a sus derechos probablemente se prolongará por varios años más, sometiendo así a dichas comunidades a una restricción desproporcionada en el ejercicio de sus prácticas tradicionales. La Sala observa que dadas las circunstancias del caso concreto, no se identifica algún otro recurso judicial efectivo para la protección de los accionantes distinto a la tutela; teniendo en cuenta que ya lo han intentado en otras oportunidades y no le ha prosperado.

ii) Que en gran medida los argumentos empleados por el Ministerio para considerar que no existe afectación directa contrarían la jurisprudencia constitucional: En el sub examine, el Ministerio del Interior vulneró los derechos de la comunidad accionante por cuanto: Consideró que solo debían consultarse las comunidades respecto de las cuales la construcción afectara directamente, en el caso de la comunidad de Gambote decidió que la misma no resultaba afectada directamente con la construcción en comento teniendo en cuenta que se encontraba a una distancia entre 2.20 y 12 kilómetros del área de influencia del proyecto, al respecto en sentencia T- 436 de 2016, se estableció el concepto de territorio:

“el concepto de afectación que se presenta en la construcción de carreteras no se sujeta a un concepto de territorio restringido y material. De hecho, la acepción de interferencia sobrepasa el derecho de propiedad y se incrusta en dinámicas sociales, económicas, espirituales así como rituales de las comunidades étnicas diferenciadas.

El concepto anterior, se reitera por nuestro máximo Tribunal Constitucional²⁰ en la sentencia que sirve de fundamento a este fallo, así,

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

²⁰ Supra nota 15



SENTENCIA No. 02 /2017

En ese orden de ideas, no es necesario que existan territorios colectivos afectados por parte de una obra de infraestructura, para que surja el deber de consultar.

iii) Que no se incumple el requisito de inmediatez por cuanto las obras actualmente se están ejecutando y hay afectación directa en el tiempo: por medio de certificación emitida por PROMIGAS S.A.²¹, las obras actualmente se encuentran suspendidas por motivo de la decisión proferida por la H. Corte Constitucional en sentencia T- 197 de 2016, en ese sentido, afirman que, se encuentran realizando la desmovilización de los equipos de construcción y con la liquidación del personal.

De acuerdo a lo anterior, a pesar de que las obras no se encuentran ejecutando tampoco han sido concluidas, en vista de la orden de suspensión, en ese sentido se cumple con el requisito de inmediatez y las afectaciones a la comunidad que puede estar produciéndose, pueden ser objeto aun de la protección por este medio, porque la obra no ha terminado.

iv) Que a pesar de la presentación previa de varias acciones no se puede considerar como temeraria las nuevas tutelas presentadas por las comunidades por cuanto a partir de la notificación de esta providencia, aconteció un hecho nuevo que habilita a presentar por una sola vez el amparo constitucional”: teniendo en cuenta esto, la presente acción no se torna temeraria, en razón a que, es la misma Corte Constitucional es quien afirma que, la presentación de nuevas tutelas no viola este precepto por configurarse un nuevo hecho, nacido de la jurisprudencia constitucional.

Atendiendo que la comunidad indígena de Gambote presentó en anterior ocasión una Acción de Tutela que le correspondió por reparto al Tribunal Superior del Distrito Judicial – Sala Especializada en Restitución de Tierras Cartagena, Radicada bajo el No. 13001-22-21-000-2016-00010-00 donde mediante fallo 5 de febrero de 2016, se amparó el derecho a la consulta previa de la comunidad de Gambote, ordenándose lo siguiente:

*“TERCERO: ORDENAR a la AGENCIA NACIONAL DE LICENCIA AMBIENTALES – ANLA, y PROMIGAS S.A. E.P.S. que, en coordinación con la Dirección de Consulta Previa del MINISTERIO DEL INTERIOR, una vez efectuada la visita de verificación inicial, y en el término máximo de treinta (30) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, **diseñen y pongan en marcha espacios que aseguren la participación efectiva y significativa e dicha colectividad, siempre que se determine como asentada en la zona de influencia del “Proyecto Construcción y Operación Gasoducto Loop San***

²¹ Fol. 102

**SENTENCIA No. 02 /2017**

Mateo – Mamomal". Esta participación deberá versar sobre la evaluación de los impactos ambientales, sociales, culturales y económicos, así como sobre el diseño de medidas de prevención, mitigación y compensación correspondientes."(Negrillas de la Sala).

Con el objeto de determinar si se había configurado la temeridad se ordenó al Ministerio del Interior por medio del área de consulta previa, nos informara sobre el cumplimiento de la acción de tutela antes mencionada, dicha oficina envió el "*Informe de las condiciones socio ambientales del proyecto*", concluyendo la ANLA, la Dirección de Etnias del Ministerio de Interior, que no procede la consulta previa en la comunidad de Gambote, por las siguientes razones: (i) que el proyecto no ha afectado las condiciones físico – bióticas de la ciénaga de Juan Gómez, por encontrarse a más de 500 metros del punto más cercano del gasoducto, (ii) que las actividades adelantadas han generado impactos ambientales que son previstos en el marco de licenciamiento ambiental, los cuales cuentan con medida de manejo ambiental para su prevención, control, mitigación y/o compensación, (iii) que frente a las especies vegetales identificadas por el médico tradicional de parcialidad Indígena de Gambote del Pueblo Zénu, se concluye que su biología corresponde a especies catalogadas como comunes del Bosque seco tropical y tienen amplia distribución en la región caribe, (iv) que la comunidad mantiene las condiciones socioculturales que se evaluaron con el estudio etnológico para los respectivos registro y legalización, (v) que no es pertinente certificar la pertenencia de la comunidad de Gambote que han llegado posterior al año 2013, pues esto no corresponde a un crecimiento natural de la comunidad.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, lo cual indicaría que no es necesaria la consulta previa, posterior a este concepto, se emite la sentencia T-197 de 2016, donde en el aparte final de las consideraciones se plasma:

"...12.2. Ahora bien, se debe destacar que conforme a lo expuesto en el presente fallo, el Ministerio del Interior vulneró los derechos de las comunidades accionantes por cuanto: (i) consideró que solo debían consultarse a las comunidades respecto de los cuales la tubería de gas cruzara su territorio, (ii) que dicha consulta solo era procedente respecto a comunidades con territorio titulado, (iii) alegó que las obras adelantadas en terrenos de propiedad privada no tenían la potencialidad de generar afectaciones étnicas y (iv) que era indispensable demostrar y probar bajo estándares occidentales la afectación a las cuencas o ríos de las comunidades.

En este orden de ideas, esta Corporación considera que existe la posibilidad de que al igual que en el caso sub examine, el Ministerio del Interior y Promigas S.A. E.S.P. hayan vulnerado las garantías reconocidas en el Convenio 169 de la OIT a diversas comunidades indígenas y tribales que

**SENTENCIA No. 02 /2017**

colindan con el Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal. Sin embargo, debido a que esta Corporación no cuenta con los elementos de juicio para determinar si en cada caso existió afectación directa o no, ordenará a la Defensoría del Pueblo, Regional Bolívar y a la Defensoría del Pueblo, Regional Sucre, que en compañía de las comunidades posiblemente afectadas presente las respectivas acciones de tutela con miras a obtener la protección de sus derechos fundamentales

Los jueces que conozcan de las respectivas acciones, conforme a la parte considerativa de esta providencia deberán tener en cuenta: (i) que la acción de tutela es el mecanismo de defensa idóneo para garantizar el derecho a la consulta previa por parte del Ministerio del Interior y Promigas S.A. E.S.P. en el marco del proceso de construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal, (ii) que en gran medida los argumentos empleados por el Ministerio para considerar que no existe afectación directa contrarían la jurisprudencia constitucional, (iii) que no se incumple el requisito de inmediatez por cuanto las obras actualmente se están ejecutando y hay afectación directa en el tiempo y (iv) que a pesar de la presentación previa de varias acciones no se puede considerar como temeraria las nuevas tutelas presentadas por las comunidades por cuanto a partir de la notificación de esta providencia, aconteció un hecho nuevo que habilita a presentar por una sola vez el amparo constitucional.”

La Sala quiere resaltar, que la acción de tutela que amparo parte del derecho a la consulta previa, proferida la Sala Especializada en Restitución de Tierras no protegió de manera íntegra este derecho, puesto que condicionó su ejercicio al resultado de los estudios que finalmente concluyeron con las mismas razones que la Corte Constitucional desechó en la sentencia antes trascrita; luego no existe ni temeridad, ni cosa juzgada frente a lo decidido por el Tribunal Superior de Cartagena y ratificado por la Corte Suprema de Justicia, al contrario, está justificada la procedencia de esta acción que si bien se ordenó a la defensoría del Pueblo que los acompañara a la presentación de la misma, ni la ley, ni el máximo juez constitucional prohibió a que los afectaron acudieran directamente a la interposición de otra acción, teniendo en cuenta que el Cabildo de Gambote del Pueblo Zénu, si tiene arraigo en el corregimiento de Rocha del municipio de Arjona por donde pasa el gaseoducto; luego está dentro de los beneficiados de la extensión de la sentencia.

8.7.3 Análisis Probatorio.

Del caudal probatorio se desprende que, mediante certificación No. 618 del 02 de abril de 2014 el Ministerio del Interior certificó la presencia de la parcialidad indígena de la Peñata y de igual forma certificó que no se

**SENTENCIA No. 02 /2017**

registraba la presencia de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y Palenqueras en el área del proyecto en mención²².

Posteriormente y en informe rendido a la Sala Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Cartagena, dentro del expediente a folio 130-142 se insistió por parte del MINISTERIO DEL INTERIOR y de la ANLA, que no existía afectación sobre el Cabildo de Gambote, pero de esas mismas pruebas, se puede colegir que esta comunidad indígena si está asentada dentro del área de influencia del *Proyecto Construcción y Operación Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal*, no solo porque se encontraron en esa espacio de influencia dos familias de esa comunidad que llegaron desplazadas, sino que también está demostrado que la comunidad indígena de Gambote tiene presencia en varios municipios del Departamento de Bolívar, tal como se puede observar en el certificado expedido por la Coordinadora del Grupo de investigación y registro de la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio de Interior²³

De acuerdo al contexto cultural y etnográfico de la comunidad indígena de Gambote, se desprende de las pruebas aportadas en el proceso que, se encuentra en zonas aledañas al Canal del Dique²⁴ además, es una comunidad perteneciente a la etnia Zénu, de manera histórica se han dedicado a la pesca, la agricultura y la caza. La pesca es su principal fuente de subsistencia y la practican diversas ciénagas que hace parte del complejo cenagoso que comparte con las comunidades negras e indígenas de Rocha, Lomas de Matunilla, Leticia y Recreo, así mismo, los cultivos están ubicados cerca de la tubería del gasoducto el cual hay que cruzar para llegar a los cultivos, a la orilla del Canal del Dique.

De acuerdo al mapa de localización general del proyecto “*construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo- Mamonal*”, el Ministerio del Interior afirma que, no era necesaria la consulta previa para las comunidades accionantes debido a que, la distancia aproximada entre el área del proyecto y las comunidades indígenas de Gambote es de 2,20 y 13 km aproximadamente y que la misma no causaba afectación directa alguna sobre su comunidad, sin embargo de acuerdo al mapa se analiza lo siguiente:

- Área del proyecto- comunidad indígena de Gambote con presencia en Rocha: 2,20 km.
- Área del proyecto- comunidad indígena de Gambote con presencia en Gambote: 10 km.

²² Fol. 60

²³ Folio 33 y 114

²⁴ Fol.32

**SENTENCIA No. 02 /2017**

- Área del proyecto- comunidad indígena de Gambote con presencia en Sincerín: 12,53 km.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-436 de 2016²⁵, define la Cosmogonía, así:

“El concepto de afectación directa de las comunidades indígenas sobrepasa la concepción formal de territorio y se articula con una denotación que incluye los lugares económicos, sociales, rituales y espirituales que requiere la comunidad para mantener su identidad. En aplicación de ese criterio, la Corte ha protegido los derechos de las comunidades indígenas que se ven quebrantados por fuera de la frontera de su terreno titulado. Los proyectos de infraestructura vial tienen la posibilidad de afectar de manera directa a las comunidades que se encuentran en su zona de influencia, de modo que las colectividades deben ser consultadas sobre esas medidas. La interferencia que padecen los grupos étnicos diferenciados en sus territorios comprenden las zonas que se encuentran tituladas, y todas aquellas franjas han sido ocupadas ancestralmente y que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas, religiosas y espirituales. En esta denotación amplia de territorio adquieren importancia los lugares sagrados que no se encuentran al interior de los resguardos, pues en ellos la comunidad indígena puede desenvolverse libremente según su cultura y mantener su identidad”.

En ese sentido, no pueden las entidades accionadas, argumentar su omisión ante la no realización de la consulta previa a la Comunidad Indígena de Gambote en el hecho de que, se encuentren a una distancia aproximada de 2,20 y 13 km del área del proyecto. Si se tiene en cuenta que, son una comunidad indígena certificada por medio de resolución 0013 del 11 de febrero de 2011, y no pueden las certificaciones de inexistencia de comunidades emitidas por el Ministerio del Interior, afirmar tal situación a pesar que acudieron al sitio de influencia del proyecto y realizaron las visitas ordenadas por el Juez Constitucional, dando como resultado la improcedencia de la consulta previa, como se plasmó en el acápite 8.7.2. de este fallo. Lo anterior debido a que, se necesita de una comprensión de la afectación del territorio que incluya el desarrollo actual y regular de las prácticas tradicionales de supervivencia de dicho grupo, así como una visión cultural, ritual o simbólica de éste, que no se agota en un contraste físico o geográfico del terreno del resguardo.

En conclusión, los parámetros utilizados para verificar la presencia de comunidades se restringieron a criterios geográficos de terreno y no incluyeron una visión amplia del territorio de las comunidades indígenas, acepción que tuviese en cuenta las prácticas tradicionales de la colectividad.

²⁵ Sentencia T-436 de 2016 M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS

**SENTENCIA No. 02 /2017**

Otro elemento probatorio de que la comunidad indígena accionante, está dentro del territorio, donde se está construyendo el gaseoducto pluricitado, es que en el fallo proferido por la Sala de Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, donde se amparó, los derechos fundamentales de los actores, en cabeza del capitán del Cabildo, señor Abel Antonio Talaigua Santos, se ordenó la **suspensión** de las obras del proyecto “*Construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo- Mamonal*”, ordenando además la realización de los estudios o evaluación de la afectación de los derechos de la parcialidad indígena de Gambote del Pueblo Zénu, la misma, fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia en segunda instancia²⁶; en el estudio de fondo, dicha Corporación llegó a la siguiente conclusión:

“El fallo impugnado deberá ser confirmado, por ser evidente que la protección constitucional invocada resulta procedente, por una parte, si se tiene en cuenta que las labores que está desarrollando la compañía Promigas S.A. E.S.P. con relación al proyecto denominado “Gaseoducto Loop San Mateo - Mamonal”, pueden llegar a afectar, particularmente, los territorios de la comunidad indígena Zénu de Gambote (Bolívar), posibilidad que se extrae de la inspección judicial practicada por el a quo, en la que se dejó constancia, pese a la medida provisional ordenada, que sí se están realizando obras dentro de su territorio (fls. 344 a 347, cdno. 1, Tomo II), hecho que no pudo ser desvirtuado por las entidades accionadas durante el presente trámite y en la referida diligencia, situación que de suyo conlleva un impacto directo en dichos terrenos, y da lugar a que se protejan los derechos fundamentales de esa colectividad.

Así entonces, como el cabildo indígena accionante puede llegar a presentar una eventual alteración del estado presente y actual en que se desarrolla su modus vivendi, no resultan desacertadas las órdenes impartidas por el Juez constitucional de primer grado, pues con ellas, a más de brindárseles una protección a sus garantías superiores, se garantiza a las partes involucradas en el citado proyecto la posibilidad de clarificar tal situación, para así poder adoptar en conjunto con la comunidad, las decisiones que se muestren más congruentes con su cultura y cosmovisión, así como con los objetivos de la obra”.

Conclusión que es la misma a la que llegó la Corte Constitucional en la sentencia T- 197 de 2016, la cual está plasmada en el acápite de 8.7.2. de este fallo. A partir de lo expuesto, puede sostenerse que la comunidad indígena de Gambote refleja una cultura, modos de producción y organización social propias, construidos en un proceso histórico que los ha definido como un grupo culturalmente diverso. Su cultura gira tradicionalmente ha girado en torno a la pesca, la agricultura y diversos fenómenos, tales como la medicina tradicional indígena.

²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Magistrado Ponente: ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO, Radicación n.º 13001-22-21-000-2016-00010-02, Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

**SENTENCIA No. 02 /2017**

Ahora bien, de la lectura del mapa anexo por el Ministerio del Interior, es claro que, se desconoce que para las comunidades indígenas y afro descendientes, la sola superposición de una obra sobre un cuerpo de agua que utilizan de manera ancestral, tiene la susceptibilidad de afectarlos.

Verificada la existencia de una afectación directa a la comunidad accionante, se concluye entonces que la eficacia del derecho fundamental a la consulta previa era exigible en el caso planteado. Sin embargo, de las pruebas allegadas a los expedientes, se colige que esta consulta no ha sido realizada., bajo argumentos que contrarían la jurisprudencia de la Corte Constitucional y esto es suficiente para proteger el derecho fundamental a la consulta previa, como se ha dicho reiteradamente a lo largo de este proveído.

Así las cosas, la Sala protegerá el derecho fundamental a la consulta del Comunidad Indígena Gambote del pueblo Zénu, ordenando que se realice la misma, antes de continuar con la instalación del gaseoducto ya aquí mencionado y no se ordenará la suspensión de las obras (el cual es el remedio constitucional comúnmente utilizado) que se estén ejecutando en la Comunidad Indígena de Gambote, no tendrían ningún impacto sobre el derecho a la identidad étnica y cultural de las comunidades, ya que las obras se encuentran suspendidas en atención a lo ordenado por la sentencia T- 197 de 2016 proferida por la H. Corte Constitucional.

Lo anterior, tiene su fundamento en el informe entregado por Promigas S.A. E.S.P, en respuesta al requerimiento realizado en fecha 23 de enero de 2017, donde se evidencia que *"la construcción de las obras civiles se encuentran actualmente suspendidas, con motivo de la decisión proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Penal de fecha 29 de septiembre de 2016, y en este momento nos encontramos realizando la desmovilización de los equipos de construcción."* Y si no se estuviera ante la suspensión de las obras, esto no fuera obstáculo para proteger el derecho fundamental invocado, puesto que, como lo ha manifestado el máximo Tribunal Constitucional en sentencia T-172 de 2013, *"ni siquiera la terminación de la obra constituye un obstáculo para la garantía del derecho a través de la acción de tutela"*. Así las cosas, aunque haya fases del proceso que no se puedan rehacer, es evidente que los accionantes todavía pueden hacerse partícipes de los beneficios de la obra, así como de todas las mesas de trabajo que sean adelantadas para mitigar o evitar los riesgos de la puesta en funcionamiento del gasoducto.

**SENTENCIA No. 02 /2017****IX. CONCLUSIÓN**

Colofón de lo expuesto, la respuesta al problema jurídico planteado es positivo, debido a que, las entidades accionadas se restringieron a criterios geográficos de terreno para certificar la presencia de comunidades indígenas cerca al área del proyecto y en su defecto para expedir la resolución No. 18 del 02 de abril de 2014, por otro lado, no incluyeron una visión amplia del territorio de las comunidades indígenas, acepción que tuviese en cuenta las prácticas tradicionales de la colectividad.

Por otro lado, existe precedente jurisprudencial al respecto, en donde se ampara el derecho a la consulta previa de las comunidades afectadas con la construcción y operación del gasoducto de Loop San Mateo-Mamonal, y las mismas fueron ignoradas por dichas entidades al momento de la realización del proyecto.

En efecto, de acuerdo con las pautas establecidas en la jurisprudencia es decir, la sentencia T- 197 de 2016, esta Sala procederá a conceder el amparo del derecho fundamental a la consulta previa y ordenará que en el término de 48 horas el Ministerio del Interior y PROMIGAS S.A. E.S.P. den inicio a los pasos necesarios para garantizar el proceso de consulta a la Comunidad Indígena de Gambote de manera que, como mínimo: (i) puedan definirse, mermarse y evitarse todo acto perjudicial para las comunidades y (ii) sea incluida en todo beneficio compatible con sus usos y costumbres, que sea derivado de la operación y construcción del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal.

En cuanto a la suspensión de las obras, esta Corporación se abstendrá de ordenar la misma, por motivo a la decisión proferida por la H. Corte Constitucional el Sentencia T- 197 de 2016; debido a que, no se puede suspender lo que ya se encuentra suspendido, en este caso las obras que se estén ejecutando en el proyecto Loop San Mateo- Mamonal.

X. DECISIÓN

Atendiendo lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la Ley,

FALLA:

PRIMERO: AMPARAR la protección del derecho a la consulta previa al CABILDO INDÍGENA de la Comunidad Indígena de Gambote, representado



SENTENCIA No. 02 /2017

por el señor ABEL ANTONIO TALAIGUA SANTOS, en los términos de esta providencia.

SEGUNDO: como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia el Ministerio del Interior y Promigas S.A. E.S.P. incluyan a la Comunidad Indígena de Gambote, en la Consulta previa ordenada en sentencia T- 197 de 2016, y en consecuencia, den inicio a los pasos necesarios para comenzar el proceso de consulta en los términos expuestos en esta providencia.

TERCERO: DECLARAR la falta de la legitimación en la causa de Cardique y del Ministerio de Minas y Energía, por lo anotado en la parte motiva de la providencia.

CUARTO: Si no es impugnada ,esta decisión, **REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 31 Decreto 2591 de 1991).

QUINTO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, y **ENVÍESE** copia de la presente decisión al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión extraordinaria de la fecha, según consta en Acta No. 02

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ