

**ACCIÓN DE TUTELA / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD INDÍGENA / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA DIVERSIDAD ÉTNICA E IDENTIDAD CULTURAL DE COMUNIDAD INDÍGENA / CRITERIO DE AFECTACIÓN DIRECTA DE TERRITORIO INDÍGENA**

[C]onstituye un desconocimiento de los derechos fundamentales a la diversidad étnica e identidad cultural de la comunidad accionante, el haber considerado que su ausencia física dentro del trazado del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal era un criterio suficiente para señalar que no era procedente la consulta previa respecto de la Comunidad de Gambote, pues claramente otros aspectos deben ser considerados por la entidad administrativa al momento de establecer dicha situación. (...) el criterio de afectación directa no debió limitarse al referido aspecto geográfico, pues era necesario establecer si con la construcción de la mencionada infraestructura, era necesario establecer si aspectos como la vida cultural, social, económica, o los medios de subsistencia, usos, costumbres, tradiciones, o incluso, la existencia de lugares sagrados, se verían perturbados. (...) la Sala encuentra, de los elementos aportados al expediente, que el estudio llevado a cabo por el Ministerio del Interior a efectos de establecer la presencia de comunidades afectadas directamente por la construcción del Gasoducto Loop San Mateo-Mamonal, y de esta manera establecer la necesidad del proceso consultivo antes del inicio de dichas obras, resultó insuficiente, en la medida en que los criterios allí adoptados se basaron en un concepto reducido de territorio indígena, que se fundó en la ubicación geoespacial, y no en los demás elementos que pueden verse afectados y que hacen parte del espacio físico ocupado por ello.

**FUENTE FORMAL:** CONVENIO 169 DE LA OIT - ARTÍCULO 6 / CONVENIO 169 DE LA OIT - ARTÍCULO 15 / CONVENIO 169 DE LA OIT - ARTÍCULO 16 / CONVENIO 169 DE LA OIT - ARTÍCULO 17 / CONVENIO 169 DE LA OIT - ARTÍCULO 22 / CONVENIO 169 DE LA OIT - ARTÍCULO 27 - NUMERAL 1 / CONVENIO 169 DE LA OIT - ARTÍCULO 28 / DECRETO 1320 DE 1998 / DECRETO 1066 DE 2015 / DIRECTIVA PRESIDENCIAL NÚMERO 10 DE 2013

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el criterio de la Sección Quinta de esta Corporación relacionado con las comunidades indígenas como sujetos especiales de protección, consultar la sentencia de 10 de noviembre de 2016, exp. 44001-23-33-000-2016-00155-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro. La sentencia desarrolla los conceptos de derecho a la consulta previa y de territorio en el marco de las comunidades indígenas así como el alcance de la certificación de la presencia de comunidades indígenas en áreas de influencia de obras proyectos o actividades.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN QUINTA**

**Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 13001-23-33-000-2016-01200-01(AC)**

**Actor: ABEL ANTONIO TALAIGUA SANTOS**

**Demandado: MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTRO**

### **OBJETO DE LA DECISIÓN**

Corresponde a la Sala resolver la impugnación presentada por el accionante en contra de la sentencia del 31 de enero del 2017, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Bolívar – Sala de Decisión No. 005 Constitucional, concedió el amparo solicitado por el actor.

### **I. ANTECEDENTES**

Mediante escrito radicado el 12 de enero del 2017<sup>1</sup> en la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Bolívar, el señor Abel Antonio Talaigua Santos, actuando en su calidad de capitán del Cabildo de la Comunidad Indígena Gambote del Pueblo Zenú, instauró acción de tutela en contra de la Nación – Ministerio del Interior, la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, la Corporación Autónoma Regional del Dique –CARDIQUE- y la empresa comercial PROMIGAS S.A., con el fin de obtener la protección de los derechos constitucionales fundamentales al “*DEBIDO PROCESO, LA DIVERSIDAD ÉTNICA Y A LA CONSULTA PREVIA*”<sup>2</sup>.

Las citadas prerrogativas las consideró vulneradas con ocasión de la construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal por parte de la empresa PROMIGAS S.A., proyecto que a su juicio, debió ser consultado en forma previa con la comunidad representada por el aquí tutelante, en la medida en que ocupa sus territorios ancestrales.

A título de amparo constitucional solicitó:

*“Con fundamento en los hechos relacionados solicito, Señor Juez, TUTELAR los derechos fundamentales a la protección del derecho a la consulta previa, la diversidad étnica y el debido proceso, por lo que solicito respetuosamente:*

*PRIMERO: ORDENAR la suspensión inmediata de las obras que se estén ejecutando en marco del proyecto de construcción y operación del Gasoducto*

---

<sup>1</sup> Folios 34 y 35.

<sup>2</sup> Folio 1.

*Loop San Mateo – Mamonal en la zona de influencia de la comunidad étnica demandante.*

*SEGUNDO: ORDENAR que en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo el Ministerio del Interior y Promigas S.A. E.S.P, den inicio al proceso de consulta previa.*

*TERCERO: ORDENAR las medidas necesarias tendientes a evitar la vulneración de los derechos fundamentales alegados violados.”<sup>3</sup>.*

Como sustento de su petición de amparo, indicó que 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, ala (sic) fecha solo se ha consultado a la comunidad indígena de la Peñata, desconociendo así, que las comunidades accionantes cuentan 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”.

Alegó que con la construcción del referido proyecto de infraestructura, se causaron perturbaciones sobre el territorio de la comunidad accionante, ello en la medida en que se presentó la destrucción de plantas medicinales, e incluso, la afectación de las aguas de consumo que se extraen del Canal del Dique, lo que a su vez, según su dicho, generó impacto en las actividades de agricultura, caza de animales silvestres y pesca que se realizan alrededor de dicha zona geográfica.

Relató que la Corte Constitucional, en sentencia de revisión de tutela T-197 del 2016, determinó que entre las comunidades afectadas por la construcción del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal, se encuentran aquellas ubicadas en La Rocha, Municipio de Arjona (Bolívar), por lo que las mismas debían ser consultadas en forma previa sobre la ejecución de dicha obra.

Finalmente, realizó sendas consideraciones en relación con la función del juez de tutela como garante de derechos constitucionales fundamentales, entre ellos el de consulta previa; las minorías étnicas como sujetos especiales de protección; los derechos derivados del territorio y la necesidad de garantizar los mismos.

---

<sup>3</sup> Folio 30.

## 2. Hechos probados y/o admitidos

La Sala encuentra acreditados los siguientes **hechos relevantes** a efectos de la decisión que se ha de adoptar:

- La Coordinadora del Grupo de Investigación y Registro de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, en certificación del 19 de marzo del 2015, obrante a folio 33 del expediente, hizo constar lo siguiente:

*“Que consultadas las bases de datos institucionales de esta Dirección, en jurisdicción de los municipios de Arjona, San Juan Nepomuceno y Mahates, departamento de Bolívar, se registra la Comunidad Indígena Gambote, reconocida por la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom, mediante Resolución No. 0013 del 11 de febrero del 2013.*

*Que consultadas las bases de datos institucionales del registro de Autoridades y/o Cabildos Indígenas de esta Dirección, se encuentra registrado el señor ABEL ANTONIO TALAIGUA SANTOS, identificado con cédula de ciudadanía número 98.610.442, como capitán del CABILDO INDÍGENA de la Comunidad Indígena Gambote, según acta de sesión de fecha 13 de enero de 2015, suscrita por la Alcaldía Municipal de Arjona, para el período del 1 de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2016.”*

- La Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, mediante Resolución No. 618 del 2 de abril del 2014, titulada *“Sobre la presencia o no de comunidades étnicas en las zonas de protección, obras o actividades a realizarse”*, decidió sobre la solicitud presentada por la Gerente de Medio Ambiente y Seguridad Industrial de la Empresa PROMIGAS S.A. en el sentido de que se expidiera certificación sobre la presencia de comunidades étnicas en el área de proyecto *“CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DE GASODUCTO LOOP SAN MATEO MAMONAL”*, localizado en jurisdicción de los municipios de Arjona, Turbana, María la Baja y en el Distrito Histórico, Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, en el departamento de Bolívar, así como en los municipios de San Onofre, Ovejas, Tolú, Toluviejo, San Pedro, Morroa, Sincelejo, Sincé, San Juan de Betulia y Corozal del departamento de Sucre.

- En el citado acto administrativo, de conformidad con el informe técnico del 31 de marzo del 2014 producto de la verificación de la “(i) base cartográfica de resguardos indígenas constituidos (Incoder – Igac 2012); ii) base cartográfica de Consejos Comunitarios constituidos (Incoder 2012); iii) Base de datos de la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías Étnicas y ROM (Mininterior 2012); iv) Base datos de la Dirección de Comunidades Negras, Afrocolombiana, Raizales y Palenqueras (Mininterior 2012); v) Solicitudes de titulación colectiva a comunidades indígenas (Incoder 2012-2013); vi) Solicitudes de titulación colectiva a Comunidades Negras (Incoder 2012-2013); vii) Bases de datos (espacial y no espacial) de Resguardos Indígenas de Origen Colonial (Incoder 2012); viii) Bases de datos (espacial y no espacial) de predios priorizados por la Comisión Nacional de Territorios Indígenas (Incoder 2013); ix) Bases de Datos (espacial y no espacial) de predios del Fondo Nacional Agrario en proceso de adjudicación o adjudicados a grupos étnicos (Incoder 2013) x) Bases de Datos (espacial y no espacial) de Reservas Indígenas (Incoder 2013) y xi) base de datos de consulta previa (Mininterior 2012)”, se determinó:

*“PRIMERO: Que se registra presencia de la Parcialidad Indígena LA PEÑATA, reconocida por la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías, con las Resolución No. 022 del 26 de octubre del 2011, en el Municipio de Sincelejo, en el área del Proyecto “CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DEL GASODUCTO LOOP SAN MATEO MAMONAL (...)*

*SEGUNDO: Que no se registra presencia de comunidades Negras, Afrodescendientes, Raizales y Palenqueras, en el área del proyecto (...)*

*TERCERO: Que la información sobre la cual se expide la presente certificación aplica específicamente para las coordenadas y las características técnicas relacionadas y entregadas por la solicitante (...)*”

- El 24 de junio del 2014, la sociedad comercial solicitante dentro del trámite administrativo antes referenciado, tras manifestar encontrarse debidamente notificada del acto administrativo ya mencionado, requirió al ente ministerial el acompañamiento en un recorrido en la zona de influencia del proyecto, con el fin de verificar, en el terreno, la presencia de comunidades indígenas o minorías étnicas.

- Ante la petición antedicha, el Ministerio del Interior, en oficio del 26 de junio del 2014, negó la misma, considerando que la Resolución No. 618 del 2 de abril del 2014, se encuentra vigente y que goza de presunción de legalidad, por lo que la correspondiente certificación allí fijada, debía tenerse en cuenta a efectos de conocer de la presencia o no de comunidad a ser consultadas en forma previa a la ejecución del proyecto.
- La Agencia Nacional de Licencias Ambientales, *“a través de Resolución No. 0805 del 9 de julio del 2015, otorgó licencia ambiental a la empresa PROMIGAS S.A. E.S.P., para el proyecto ‘Construcción y operación del Gasoducto ‘Loop San Mateo – Mamonal’”*<sup>4</sup>.

### **3. Actuaciones procesales relevantes**

#### **3.1. Admisión de la demanda**

Mediante auto del 13 de enero del 2017<sup>5</sup>, el magistrado ponente de la decisión de primera instancia, admitió la demanda de tutela, ordenando las siguientes notificaciones y solicitudes:

- Al Ministerio del Interior, solicitándole, además del informe correspondiente, anexar el certificado actualizado de quien se registra en sus bases de datos como Capitán del Cabildo Indígena de Gambote.
- A la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, requiriéndole la presentación de un informe en relación con los hechos que sustentan la petición de amparo constitucional.

A la Corporación Autónoma Regional del Dique –CARDIQUE-, a quien requirió la presentación de informe sobre los fundamentos de la tutela de la referencia.

A la empresa PROMIGAS S.A., a quien solicitó *“la descripción del proyecto, cronograma de trabajo y si es posible, los mapas del gasoducto Lopp San Mateo –*

---

<sup>4</sup> Folio 43. Hecho admitido por la Agencia Nacional de Licencias Ambientales en su contestación de la petición de amparo.

<sup>5</sup> Folio 36.

*Mamonal en los departamentos de Sucre y Bolívar, y las condiciones y convenciones generales*<sup>6</sup>.

### **3.2. Contestaciones**

Efectuadas las notificaciones correspondientes, tal y como obra en la constancia secretarial a folio 41 del expediente de tutela, se presentaron las intervenciones que a continuación se relacionan:

**3.2.1. El representante legal de la empresa PROMIGAS S.A. E.S.P.**, en correo electrónico del 18 de enero del 2017<sup>7</sup>, presentó el informe correspondiente en los siguientes términos:

En primer lugar, resaltó que el señor Talaigua Santos, presentó en el año 2015, acción de tutela bajo los mismos hechos y pretensiones de la petición de la referencia, siendo en su momento negadas, en tanto se demostró que la comunidad étnica por él representada, no se encuentra asentada dentro del área de influencia del proyecto de construcción y operación del gasoducto Lopp San Mateo – Mamonal. En esta medida, consideró, que el *sub judice*, se traduce en una actuación temeraria.

Seguidamente, y ya frente al fondo del asunto, consideró que de forma previa a la iniciación del proyecto, se adelantaron actuaciones administrativas ante el Ministerio del Interior a efectos de que fuera certificada la existencia de comunidades o minorías étnicas que debieran ser consultadas respecto de la ejecución del mismo, situación que fue resuelta por la mencionada cartera ministerial –entidad con la competencia para el efecto-, indicándosele que solamente se verificó la presencia de una comunidad indígena, a saber, la correspondiente a la Peñaata.

Señaló que durante la construcción del referido gasoducto, no se verificó la afectación del pueblo indígena representado por el aquí tutelante, relatando igualmente que a la fecha de la contestación, no se está realizando ningún tipo de obra, en tanto las actividades de la misma ya culminaron, encontrándose suspendidas, en forma indefinida, las relacionadas con el cruce subfluvial en el

---

<sup>6</sup> Folio 36. Envés.

<sup>7</sup> Junto con la mencionada comunicación, se adjuntó CD que contiene la contestación correspondiente, y a su vez, se allegaron las pruebas que pretende hacer valer la sociedad comercial accionada.

Canal del Dique, por lo que a su juicio, no existe una situación apremiante que amerite la intervención del juez constitucional.

Bajo la anterior premisa, consideró que en el presente caso no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, que permitiera la procedencia excepcional del recurso de amparo como mecanismo transitorio, señalando además que la actuación de la sociedad comercial por él representada, se ha ceñido a los presupuestos de la buena fe y la confianza legítima, en tanto ha adelantado todas las actuaciones necesarias a efectos de determinar la necesidad o no del proceso de consulta previa respecto de alguna comunidad o minoría étnica en el área del proyecto.

**3.2.2. El apoderado judicial de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales<sup>8</sup>** contestó la acción de tutela de la referencia, oponiéndose a las pretensiones de la misma, en los siguientes términos:

Inicialmente, precisó que el Ministerio del Interior, como entidad competente para certificar la presencia de una comunidad o minoría étnica en un determinado territorio, certificó mediante acto administrativo la presencia de un pueblo con dichas características en el área de influencia del proyecto en comento – a saber, la Parcialidad Indígena de la Peñata-, por lo que en la correspondiente resolución por medio de la cual se otorgó la licencia ambiental a la Empresa PROMIGAS S.A. E.S.P (No. 805 del 9 de julio del 2015), se hizo referencia al proceso de consulta previa adelantado sobre dicha población, indicándose que los acuerdos allí alcanzados, y protocolizados ante el Ministerio del Interior, serían objeto de seguimiento.

Con posterioridad, alegó que la entidad administrativa por él representada, carece de competencia alguna en relación con el proceso de consulta previa, siendo ésta del Ministerio del Interior, por lo que en los términos del artículo 86 constitucional, no se encuentra legitimada en la causa, en su extremo pasivo, para ser llamada al presente trámite.

---

<sup>8</sup> Poder otorgado por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la referida entidad, obrante a folio 47 del expediente de tutela.



Concluyó su intervención haciendo referencia a la falta de elementos de prueba para demostrar las afectaciones alegadas por el aquí tutelante en su escrito, por lo que no existe razón para otorgar el amparo solicitado.

**3.2.3. El Director de la Corporación Autónoma Regional del Dique – CARDIQUE-**, señaló que no cuenta con la competencia para pronunciarse en relación con los hechos alegados en la demanda de tutela, en la medida en que no hizo parte del trámite de expedición de la licencia ambiental –la cual correspondió a la ANLA-, así como tampoco cuenta con facultad alguna respecto del proceso de consulta previa –el cual es asunto del Ministerio del Interior-, razón por la cual, adicionalmente, no puede predicarse que la entidad por él representada, haya llevado a cabo acción u omitido deber alguno que implique la vulneración de los derechos fundamentales alegados.

**3.2.4 El Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de tutela, al considerar que la alegación a derechos fundamentales alegada era inexistente, bajo las siguientes consideraciones:

En primer lugar, informó que en la Resolución No. 618 del 2 de abril del 2014, y en relación con el proyecto de, *“CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DEL GASODUCTO LOOP SAN MATEO MAMONAL”*, se determinó la presencia, solamente, de la Parcialidad Indígena La Peñata, trámite que se deriva del cumplimiento de dos condiciones (i) que en forma efectiva, la comunidad indígena, negra, afrodescendiente, palenquera, ROM, se encuentre con sus *“usos, costumbres y medios de subsistencia activos”* dentro del área de influencia del proyecto, obra o actividad; y (ii) que dicha poblaciones reciban un impacto directo ocasionado por la ejecución del proyecto, obra o actividad.

Así las cosas, alegó que para el caso concreto, *“no es pertinente la Consulta Previa dentro del proyecto referido por el accionante para la Comunidad Indígena Gambote, pues a partir del acto administrativo de certificación se evidencia si una comunidad étnica es o no es susceptible de ser afectada por los proyectos en comento y en consecuencia surtir o no el proceso consultivo, máxime cuando la Comunidad Indígena de Gambote en los corregimientos de Rocha, Sincerín, Gambote, San Cayetano y Palenque, en jurisdicción de los Municipios de Arjona, San Juan Nepomuceno y Mahates del Departamento de Bolívar, se encuentran*

*alejados a una distancia aproximada entre 2.0 y 12 kilómetros del área de influencia del proyecto objeto de la acción de tutela, tal y como se evidencia en el mapa que se anexa al presente escrito y hace parte integral del mismo.*<sup>9</sup>

Así las cosas, consideró que en el *sub lite*, se está ante una “*sustracción de materia*” toda vez que ya existe un acto administrativo que determinó la presencia de comunidades en el área de influencia, lo que resultó del estudio de diversas bases de datos que obran en el Ministerio.

Finalmente, propuso dos excepciones que sustentó de la siguiente manera:

Improcedencia de la acción de tutela, la cual sustentó en que la comunidad accionante contaba con los recursos de los artículos 74 y 76 de la Ley 1437 del 2011; sin embargo, interpuso la acción de tutela casi tres años después de la notificación de la resolución de certificación.

Inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales de la parte actora.

**3.2.5. El apoderado judicial del Ministerio de Minas y Energía**, en primer lugar, estableció que la entidad por él representada carece de legitimación en la causa por el extremo pasivo, en la medida en que no tiene competencia alguna, asignada por la ley y correspondientes normas reglamentarias, en relación con el procedimiento de consulta previa que se consideró omitido por la comunidad accionante.

Seguidamente, consideró que en el caso concreto no existe vulneración a los derechos alegados por el tutelante, en tanto la comunidad por él representada, se ubica en lugares diferentes al que tiene influencia el proyecto del gasoducto en comento, por lo que el procedimiento de consulta previa era prescindible.

Finalmente, expuso que en el caso concreto se presenta la temeridad de la petición de amparo, en tanto con anterioridad interpuso una acción de tutela por los mismos hechos y bajo los mismos argumentos.

### **3.3. Otras actuaciones previas al fallo de primera instancia**

---

<sup>9</sup> Folio 71.

En oficio del 30 de enero del 2017, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, remitió informe en el cual relacionó el proceso consultivo adelantado en cumplimiento del fallo de tutela T-197 del 2016, el cual ordenó adelantar dicho trámite respecto de los Consejos Comunitarios Ma-Majari del Nispero y del Flamenco, ello respecto de la construcción del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal.

El Procurador 130 Delegado ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, de forma oficiosa intervino en el presente trámite constitucional, considerando, en síntesis, que en el caso se presenta un hecho superado, en la medida en que, si bien es cierto por encontrarse situada en una zona de influencia del proyecto, la comunidad accionante tendría derecho al proceso de consulta previa, lo cierto es que de conformidad con el informe rendido por la sociedad PROMIGAS S.A. E.S.P., las obras en dicho lugar ya concluyeron.

Con auto del 30 de enero del 2017, el Magistrado Sustanciador en primera instancia, solicitó al Ministerio del Interior, rendir informe en relación con el cumplimiento del fallo de tutela dictado el 5 de febrero del 2016, dentro del expediente con radicación No. 13001-22-21-000-2016-00010-00, adoptado por la Sala de Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena –actuación judicial a la que hacen referencia las entidades accionadas en sus contestaciones-, fallo en el cual, se protegieron los derechos invocados por el actor y, en consecuencia, se dispuso que el referido ente ministerial, realizara una visita al lugar de construcción del proyecto ya referenciado.

En cumplimiento de la orden anterior, se remitió el informe presentado por el Director de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales ante el referido tribunal superior, entidad que junto con el Ministerio del Interior dio cumplimiento a lo dispuesto por dicho juez constitucional, en el cual se llegó a las siguientes conclusiones:

*“1. De lo verificado en la visita efectuada por la ANLA, se ha podido establecer que el proyecto a la fecha no ha afectado las condiciones físico-bióticas de la ciénaga de Juan Gómez, encontrándose está (sic) a más de 500 metros del punto más cercano al derecho de vía del gasoducto. Por lo anterior, no es posible atribuirle afectaciones a las actividades cotidianas de caza y pesca de la población del*

*Corregimiento de Rocha y menos aún respecto de las actividades de la parcialidad indígena Zenú Gambote.*

*2. Las actividades adelantadas han generado impactos ambientales que son previstos en el marco del licenciamiento ambiental, los cuales cuentan con medidas de manera ambiental para su prevención, control, mitigación y/o compensación. Estos impactos previstos están contemplados y aprobados en la Licencia Ambiental otorgada mediante Resolución No. 0805 de 2015. Es decir no existe una alteración –denominada como afectación- que no esté contemplada en las medidas de manejo inicialmente evaluadas por la autoridad.*

*3. Frente a las especies vegetales identificadas por el médico tradicional de la Parcialidad Indígena de Gambote del Pueblo Zenú se concluye que su biología corresponde a especies catalogadas como comunes del Bosque seco Tropical (sic), y tiene una amplia distribución en la Región Caribe, por lo que no se encuentran restringidas al derecho de vía del gasoducto y no podrían determinarse como especies amenazadas producto del desarrollo del proyecto.*

*4. En cuanto a las áreas de influencia del proyecto y una vez analizada la información que se encuentra en el estudio de impacto ambiental, sumado esto a la vista de campo efectuada entre el 22 y el 25 de febrero del año en curso, y el avance de la etapa constructiva del proyecto, se ha establecido en el nivel físico, biótico y socioeconómico, que este es acorde con los impactos propios del proyecto y las medidas de manejo ambiental planteadas y aprobadas por la autoridad ambiental. Eso quiere decir que en estricto sentido obedecen al análisis riguroso de estos impactos permitiendo prevenir, mitigar, corregir y/o compensar posibles alteraciones ambientales.*

*5. La comunidad mantiene las condiciones socioculturales que se evaluaron con el estudio etnológico para los respectivos registros y legalización, como lo indica el Ministerio del Interior en su informe.*

*6. La distancia entre la comunidad y las zonas de donde se obtiene sus recursos – pesca y caza en el humedal- se encuentran a más de 500 metros del gasoducto, es decir considerablemente retirado de los ecosistemas por lo que no se evidenció –según lo manifestado por el Ministerio del Interior un impacto directo o indirecto en la zona.*

7. Indica el Ministerio del Interior que no es pertinente certificar la pertenecía (sic) de la comunidad de Gambote que han llegado posterior al año 2013, pues esto no corresponde a un crecimiento natural de la comunidad, por lo que se desconoce mediante cuales mecanismos fueron incorporadas, si estas han cumplido o no con el debido proceso, encontrado así incertidumbre frente a su conciencia de identidad étnica.”<sup>10</sup>

### 3.3. Fallo impugnado<sup>11</sup>

La Sala No. 005 Constitucional del Tribunal Administrativo de Bolívar, en fallo del 31 de enero del 2017, (i) amparó los derechos fundamentales alegados por el actor; (ii) ordenó que dentro de las 48 horas siguientes a las notificación del fallo, la comunidad indígena de Gambote, del Pueblo Zenú, fuera incluida en el trámite de la consulta previa ordenada por la sentencia T-197 de 2016, y, en consecuencia, se adelante los pasos necesarios para dicho trámite.

Para arribar a la citada resolutive, realizó las siguientes consideraciones:

(i) En el caso concreto, la acción de tutela es procedente en la medida en que la determinación de si era necesario o no el proceso de consulta frente a la comunidad accionante, a su juicio, “escapan de la órbita de la decisión del juez administrativo, en el marco de la revisión judicial de los actos proferidos por la autoridad demandadas”<sup>12</sup>, situación que habilita la intervención del juez constitucional.

(ii) Señaló que la Corte Constitucional, en sentencia T-197 del 2016, conoció de un caso relacionado con el derecho a la consulta previa del Consejo Comunitario Pasacaballos en relación con la construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal. Indicó que en dicha providencia, el Tribunal Constitucional consideró que era posible que el Ministerio del Interior hubiere vulnerado las garantías de otras comunidades o minorías étnicas por el desarrollo de dicha obra de infraestructura; sin embargo, al no contar con elementos de juicio para determinar si en cada caso existió o no afectación

---

<sup>10</sup> Folio 132 del expediente de tutela.

<sup>11</sup> Folio 143.

<sup>12</sup> Folio 150.

directa, ordenó a la Defensoría del Pueblo el acompañamiento para la presentación de otras acciones de tutela, fijando reglas especiales para su procedencia, en los siguientes términos:

- Que la acción de tutela es el medio idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales de la comunidad accionante.
- Que en gran medida, los argumentos empleados por el Ministerio del Interior para considerar que no existe afectación directa, contrarían la jurisprudencia constitucional.
- Que no se incumple con el requisito de inmediatez, por cuanto las obras están en ejecución y afectación directa en el tiempo.
- Que no existe temeridad, a pesar de la presentación de diversas acciones, en tanto a partir de la notificación de dicha providencia de revisión de tutela, aconteció un hecho nuevo que habilita una segunda solicitud ante el juez constitucional.

Al aplicar dichos criterios, los encontró cumplidos en el caso concreto.

(iii) Descendiendo al caso, consideró que si bien es cierto el Ministerio del Interior alegó que la comunidad indígena accionante se encuentra ubicada entre 2 y 12 km de la zona de construcción del proyecto, ello implica utilizar un criterio restringido de territorio que resulta contrario al criterio de afectación directa desarrollado por la jurisprudencia constitucional, en la medida en que se limita criterios geográficos de terreno, sin considerar para el efecto, la cosmovisión y costumbres del pueblo Zenú de Gambote.

De otro lado, resulta evidente la ubicación de la Comunidad tutelante en la zona de influencia del proyecto, y una afectación directa a la misma, en tanto el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena así lo determinó en el fallo de la acción de tutela presentada en forma previa, consideración que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia al estudiar el caso en segunda instancia.

Así las cosas, consideró que se presentó una vulneración al derecho a la consulta previa, ello en la medida en que se evidenció la afectación directa a la comunidad indígena representada por el señor Talaigua Santos, por lo que dispuso, como medida de protección constitucional, incluir a la misma en el proceso consultivo ordenado por la sentencia T-197 del 2016.

### 3.4. Impugnaciones<sup>13</sup>

#### 3.4.1. Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa

Solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, insistiendo en que efectuado el proceso de verificación de la presencia de comunidad o minorías étnicas en la zona de influencia del proyecto Gasoducto Lopp San Mateo – Mamonal, el cual terminó con la Resolución No. 618 del 2 de abril de 2014, no estableció que la Comunidad del Pueblo Zenú de Gambote, se encontrase en dicha zona.

En relación con la decisión del juez *a quo*, indicó que si bien el concepto de territorio no se limita a un aspecto físico o geográfico, lo cierto es que la procedencia de la consulta previa no tiene en cuenta en forma única dicho aspecto, sino también, el relacionado con la afectación directa y específica, por lo que señaló que para el caso concreto, *“no es pertinente la Consulta Previa dentro del proyecto referido por el accionante para la Comunidad Indígena de Gambote, pues a partir del Acto Administrativo de certificación se evidencia si una comunidad étnica es o no susceptible de ser afectada por los proyectos en comento y en consecuencia surtir o no el proceso consultivo máxime cuando la Comunidad Indígena de Gambote (...) se encuentran alejados a una distancia aproximada entre 2.20 y 12 kilómetros del área de influencia del proyecto objeto de la acción de tutela (...)”*.

Consideró que no se puede tener en cuenta como prueba dentro del proceso, el fallo del 29 de septiembre del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en tanto resulta ser una prueba aportada extraprocesalmente, por causa de una solicitud no oficial de la Sala a quo.

Finalmente, reiteró que en el caso concreto se presenta *“sustracción de materia”*, en tanto con el proceso de verificación ya adelantado por dicho ente ministerial, se determinó que no era necesario el proceso de consulta previa frente al pueblo indígena aquí tutelante.

#### 3.4.2. Sociedad PROMIGAS S.A. E.S.P

---

<sup>13</sup> Folio 330.

La referida persona jurídica societaria, por intermedio de su representante legal, señaló que en el caso concreto se desconocieron las pruebas por ella aportadas, a efectos de demostrar que el desarrollo de la obra no afectó cultural, económica o socialmente a la comunidad mencionada en el escrito de tutela.

Indicó que la técnica de perforación del canal del Dique, alegada como causante de las perturbaciones al pueblo indígena Zenú, fue aprobada por la ANLA dado que no tiene grandes efectos en dicho cuerpo acuático, ni en su flora o fauna nativa, por lo que no puede considerarse que la mentada obra afecte las prácticas tradicionales expuestas por el accionante.

Adicionalmente, los asentamientos de la Comunidad de Gambote se encuentran alejados de las obras de construcción del citado gasoducto, presentándose como única presunta relación con ello, la alegada afectación al Canal del Dique, sobre lo cual, no existe prueba alguna en el expediente.

Por último, reiteró que las obras ya concluyeron, por lo que la acción de tutela devino en “*extemporánea*”.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. Competencia**

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada contra la sentencia del 31 de enero del 2017, dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar- Sala No. 005 Constitucional, de conformidad con los Decretos 2591 de 1991, 1069 de 2015 y con el Acuerdo 55 de 2003.

### **2. Problema jurídico a resolver en la presente acción de amparo**

Corresponde dar respuesta al siguiente interrogante:

¿Incurrieron las entidades administrativas accionadas en un desconocimiento de los derechos fundamentales al debido proceso, a la consulta previa, a la identidad cultural y al territorio colectivo, con ocasión de la construcción del Gasoducto Loop San Mateo - Mamonal, el cual, presuntamente, afecta directamente su territorio,



costumbres y cosmovisión, sin que previamente se hubiera desarrollado el procedimiento de consulta previa?

### **3. Razones jurídicas de la decisión**

Para resolver el problema jurídico planteado, se analizarán los siguientes temas: **(i)** las comunidades indígenas como sujetos especiales de protección; **(ii)** consulta previa y el criterio de afectación directa; **(iii)** derecho al territorio de los pueblos indígenas; **(iv)** la certificación de presencia de comunidades en áreas de proyectos, obras o actividades y su alcance **(v)** análisis del caso concreto.

#### **3.1. Las comunidades indígenas como sujetos especiales de protección**

Al respecto, se reitera el criterio adoptado por esta Sala de Sección en sentencia del 10 de noviembre del 2016<sup>14</sup>, en donde se estableció lo siguiente:

*“La Constitución de 1991, entre sus múltiples aportes, reivindicó la posición especial y la protección debida a las comunidades indígenas asentadas en todo el territorio colombiano, a partir del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, artículo 7 de la Constitución Política.*

*En desarrollo de la multiculturalidad y en pro de la protección de estas comunidades, históricamente desconocidas, el Tribunal Constitucional ha fijado parámetros de protección para el restablecimiento de sus derechos, a partir de su reconocimiento como sujetos de especial protección, en razón, entre otros por fuera de resguardo aspectos (sic), de su cosmovisión y del desconocimiento permanente de sus derechos por la denominada cultura mayoritaria.*

*En la sentencia T-698 de 2011<sup>15</sup>, entre otras, se precisó que a partir de la Constitución de 1991, el Estado está obligado a otorgar un amparo especial a estas colectividades, en razón de la discriminación, el despojo y el abandono histórico que sufrieron y que aún padecen.*

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 10 de noviembre del 2016. Radicación 44001-23-33-000-2016-00155-01. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

<sup>15</sup> Proferida dentro de la acción de tutela instaurada por Efrén de Jesús Reyes, en representación del resguardo indígena cañamomo lomapieta, contra la alcaldía municipal de Riosucio, caldas. magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

*En efecto, el alto Tribunal puso de presente que son evidentes “los patrones históricos de discriminación no superados, la presencia de una cultura mayoritaria que amenaza la preservación de las costumbres ancestrales de los pueblos indígenas, su percepción sobre el desarrollo y la economía, su particular forma de ver la vida y de relacionarse con su entorno y el grave impacto que ha tenido el conflicto armado sobre sus territorios...”*

*En razón de esa especial condición y atendiendo los compromisos internacionales adquiridos por Colombia –según se esbozará más adelante–, la Corte Constitucional ha dictado órdenes encaminadas a garantizar, entre otros, el derecho a la consulta previa e informada, y a impulsar la adopción de medidas necesarias para que estas comunidades preserven sus territorios, sus tradiciones, su identidad y sus costumbres, lo que implica que el Estado está en la obligación de velar no solo para que estas colectividades tengan la oportunidad de ver garantizados sus derechos sino implementar todos los procedimientos que sean necesarios para hacerlos realizables.*

*En ese sentido, se ha entendido que el Estado es garante de los derechos de estas colectividades y que la acción de tutela se convierte en el instrumento de defensa idóneo para materializarlos.”*

### **3.2. El derecho a la consulta previa<sup>16</sup>**

El derecho a la consulta previa es el fundamento para la protección de las garantías de participación democrática de las minorías étnicas en la toma de decisiones que afecten de forma considerable su integridad como tales en los diversos aspectos de su existencia: costumbres, tradiciones, territorio, supervivencia física, entre otros aspectos<sup>17</sup>.

Considerando que dicho mecanismo fue consagrado en una primera oportunidad a través del Convenio 169 de la OIT, la Corte Constitucional en sentencia SU – 039 de 1997, determinó que la consulta previa adquiere la connotación de derecho fundamental, siendo necesario que dicha garantía –y las demás que se buscan hacer efectivas a través de ella-, se materialicen a través de un trámite consultivo

---

<sup>16</sup> Sobre el particular, se reitera el criterio expuesto por esta Sala de Sección en sentencia del 4 de agosto del 2016, radicación No. 25000-23-41-000-2015-00873-01, C.P. Rocío Araújo Oñate.

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-175 del 2009

que debe ser anterior a la adopción de cualquier medida que afecte directamente a los pueblos étnicos.

En relación con la titularidad de este derecho, en decisión T-197 de 2016 a la que se hizo referencia, se reconoció que, *“en lugar de vincular la condición de pueblo indígena a una definición concreta, la comunidad internacional ha optado por asociar a que el respectivo grupo posea ciertas características particulares que lo distingan del resto de la sociedad, y a que reivindique esa diferencia , en el ejercicio del derecho a determinar su propia identidad o pertenencia, de conformidad con sus propias costumbres o tradiciones”*.

A su vez, se ha reconocido que el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, establece los parámetros para la procedencia de la consulta previa, del cual se resalta el que las comunidades deben ser consultadas *“cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas **susceptibles de afectarlos directamente**”*.

En primer lugar, la jurisprudencia constitucional ha resaltado el término “susceptibles”, para concluir que en atención al mismo, la consulta previa no sólo debe emplearse *“exclusivamente frente a proyectos que específicamente afecten a pueblos tribales, sino a medidas que tengan la potencialidad de ser susceptibles de afectarlos”*.<sup>18</sup>

Así las cosas, se concluyó:

*“En este orden de ideas, es claro que los escenarios de afectación directa son múltiples y, en consecuencia, no existen unos criterios uniformes para el efecto. Por ende, deberá determinarse en cada caso si los efectos de la medida o proyecto inciden en la conformación de la identidad diferenciada de los pueblos étnicos. Para ello, el aspecto central a tener en cuenta es la significación que para el ethos de la comunidad tiene la materia debatida. Por ejemplo, asuntos como la explotación de recursos en el territorio en que habita la comunidad tradicional, o la regulación sobre el uso de la tierra, son generalmente materias que deben ser consultadas, habida cuenta la relación intrínseca entre la definición de la identidad étnica y el territorio.”*<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup>Corte Constitucional. Sentencia T -197 del 2016, reiterando criterios de la sentencia T-576 del 2014.

<sup>19</sup> Ídem.

Entonces, frente al presupuesto de la afectación directa, el Convenio 169 de la OIT ha determinado expresamente algunas situaciones que requieren de la consulta previa:

- i) Aquellas medidas que involucren la prospección o explotación de recursos naturales en las tierras de los pueblos indígenas (artículo 15 del Convenio)
- ii) Las medidas que impliquen trasladar o reubicar a esas colectividades de las tierras que ocupan (artículo 16 del Convenio).
- iii) Las decisiones relativas a su capacidad para la enajenación de sus tierras (artículo 17 del Convenio).
- iv) Las medidas relacionadas con la organización y el funcionamiento de programas especiales de formación profesional (artículo 22 del Convenio)
- v) La determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno (artículo 27 numeral 1º del Convenio)
- vi) Las medidas relacionadas con la enseñanza y la conservación de la lengua (Artículo 28 del Convenio).

A pesar de lo anterior, se han construido también criterios para identificar una vulneración directa de grupos étnicos, los cuales se exponen en la sentencia C-175 del 18 de marzo del 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, en los siguientes términos:

*“(i) Se debe consultar cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos.*

*(ii) Para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. (...)*

*(iii) Aquellas políticas que en razón de su contenido o implicaciones interfieran directamente con los intereses de las comunidades diferenciadas”.*

En este punto, es importante resaltar que a través del Decreto 1320 de 1998, compilado en el Decreto 1066 del 2015, por medio del cual se expidió el Decreto Único del Sector Administrativo del Interior, se reglamentó el trámite para el desarrollo de la consulta previa en territorio de comunidades étnicas, el cual debe ser complementado con lo señalado en la Directiva Presidencial No. 10 del 2013.

En relación con la procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la consulta previa de las minorías étnicas, esta Sala ha expuesto que en atención a la naturaleza de la citada prerrogativa de orden constitucional, así como a la falta de un mecanismo judicial idóneo y eficaz para su protección, se hace procedente el estudio de fondo y las medidas que se adoptan se tornan definitivas<sup>20</sup>.

### **3.3. Concepto de territorio en el marco de las comunidades indígenas**

En decisión C-891 del 2002, la Corte Constitucional reconoció que el concepto de territorio, en materia de comunidades indígenas, supera los aspectos económico o jurídico, *“(...) precisamente por el carácter ancestral y sagrado que éste ostenta, constituyéndose entonces en un elemento integrante de la forma como aquéllos ven y entienden el mundo”*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del 31 de agosto del 2011, dictada en el caso *Comunidad Mayagna Sumo (Awas Tingini) contra el Estado de Nicaragua*, entendió la relación entre el territorio y las comunidades indígenas que lo habitan en los siguientes términos:

*“Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas, por el hecho de su propia existencia, tienen derecho a vivir libremente en sus propios*

---

<sup>20</sup> Al respecto, ver: sentencia del 4 de agosto del 2016, radicación 25000-23-41-000-2015-00873-01, C.P. Rocío Araújo Oñate; sentencia del 10 de noviembre del 2016, radicación 44001-23-33-000-2016-00155-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro. Sobre el particular, se aclara que la ponente de la presente providencia ha suscrito las referidas providencias con aclaración de voto, al considerar que en casos en donde se estudie la vulneración o no del derecho a la consulta previa, si bien es cierto es necesaria la protección inmediata y efectiva del mismo, lo cierto es que las medidas que otorgue el juez de tutela proceden de manera transitoria, en los términos del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, y no definitiva, pues de lo contrario, se desconoce el alcance de las acciones contencioso administrativas ordinarias, en especial, de las medidas cautelares fijadas en el ordenamiento procesal, a través de las cuales, incluso, es posible precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Así las cosas, continuando con dicho criterio, la presente providencia se suscribe con aclaración de voto de la Consejera de Estado, doctora Rocío Araújo Oñate, a efectos de reiterar el citado criterio.

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

De otro lado, el Tribunal Constitucional ha expuesto que, el concepto de afectación directa –como presupuesto indispensable para la procedencia de la consulta previa -, *“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”*<sup>21</sup>.

#### **3.4. La certificación de la presencia de comunidades indígenas en áreas de influencia de obras, proyectos o actividades. Alcance**

Sobre este punto en particular, la jurisprudencia constitucional ha tenido un amplio desarrollo, del cual se puede concluir que el proceso de consulta previa **no depende** de la certificación que sobre la presencia de comunidades o minorías étnicas en el área de influencia del proyecto, obra o actividad, expida para el efecto el Ministerio del Interior a través de su Dirección de Consulta Previa.

En la providencia de revisión de tutela que se ha venido comentando<sup>22</sup>, la cual se trae a colación como un criterio auxiliar de interpretación, el Tribunal Constitucional determinó que *“la obligación de consultar la ejecución de un proyecto con la comunidad étnicamente diferenciada surge de la titularidad de los derechos derivados de la identidad étnica diversa. Esa calidad se origina en factores objetivos así como subjetivos, y no deriva de registros del Estado.”* Por lo anterior concluyó que *“En atención a dicho criterio, diferentes Salas de Revisión han descartado las certificaciones de existencia de comunidades indígenas o tribales, en el evento en que esa verificación es insuficiente frente a la presencia*

---

<sup>21</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-436 del 12 de agosto del 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

<sup>22</sup> Ídem.

*de las colectividad o no comprenda las realidades sociales, económicas, espirituales y rituales que implica una concepción amplia de territorio.”*

Así las cosas, se advierte que la referida Corporación Judicial ha reconocido que, por ejemplo, en casos donde no exista titulación de tierras (SU-383 del 2003), o en aquellos eventos en donde la obra, proyecto o actividad se encuentre fuera de los territorios reconocidos a una determinada comunidad o minoría étnica (T-547 del 2010, entre otras), la *“obligatoriedad del trámite de la consulta previa con comunidades indígenas o tribales afectadas por los proyectos de infraestructura no se reduce con la certificación proferida por parte del Ministerio del Interior que advierta la inexistencia de esos grupos en la zona de intervención. Dicha constatación es una medida que racionaliza la actuación de la administración y de los particulares, empero carece de la plena idoneidad para demostrar la presencia de esos grupos étnicos, al punto que la realidad prevalecerá cuando esa constatación formal no obedece a aquella. Así, la concertación es obligatoria cuando, pese a la certificación de ausencia de colectividad, se verifica su presencia por otros medios probatorios”*<sup>23</sup>.

Finalmente, señaló la Corte Constitucional que:

*“Además, las certificaciones de inexistencia de comunidades son insuficientes para eludir la consulta previa con esos grupos, en el evento en que se elaboraron sin acudir al sitio de influencia del proyecto. Sucede lo mismo, siempre que esos actos administrativos se construyan con base en una visita al área del programa que no tenga: i) los parámetros que permitan un diálogo intercultural e intersubjetivo con los interesados; y ii) una comprensión de la afectación de territorio que incluya el desarrollo actual y regular de las prácticas tradicionales de supervivencia del grupo, así como una visión cultural, ritual o simbólica de éste, que no se agota en un contraste físico o geográfico del terreno del resguardo.”*<sup>24</sup>

Por estas razones, esta Sala de Sección considera que, en cada caso particular, en la medida en que obre una certificación por parte del Ministerio del Interior en relación con la presencia o no de comunidades étnicas en el área de influencia de un proyecto, obra o actividad, se debe considerar la misma como un elemento más que no resulta determinante para establecer la procedencia de la consulta

---

<sup>23</sup> Ídem.

<sup>24</sup> Ídem.

previa, pues de lo contrario, se permitiría que los derechos de participación, protección del territorio y de diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes, raizales y demás minorías étnicas, dependan del registro que repose en entidades del Estado, lo cual desconocería su cosmovisión, costumbres, tradiciones, entre otras.

### **3.5. El caso de la construcción del Gasoducto Loop San Mateo Mamonal. La sentencia T-197 del 26 de abril del 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.**

En el expediente de tutela antes referido, la Corte Constitucional estudió en sede de revisión la petición de amparo elevada por el Consejo de Comunitario Ma-Majari del Níspero, el Consejo Comunitario de Flamenco y la Asociación de Agricultores y Pescadores Artesanales de Pasacaballos, por considerar vulnerados, entre otros, su derecho constitucional a la consulta previa con ocasión del desarrollo del proyecto de infraestructura Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal.

En dicha oportunidad, tras reiterar una serie de reglas jurisprudenciales en relación con el derecho fundamental a la consulta previa, se concedió el amparo a la referida prerrogativa fundamental, pues consideró que si bien era cierto se había certificado que no existía afectación directa a los Consejos Comunitarios accionantes, lo cierto es que era clara la afectación a un cuerpo hídrico –Canal del Dique-, del cual las referidas comunidades derivan su subsistencia –consumo de agua, pesca, entre otras actividades-, e incluso, se determinó que en algunos casos se evidenció una afectación a los caminos por los cuales usualmente transitan, por lo que era necesario que dichas comunidades fueran consultadas sobre el desarrollo de dicho proyecto.

Igualmente, en el acápite 12 de dicha providencia, denominado “*Efectos extensivos de la decisión adoptada*”, se consideró que existía la posibilidad de que otras comunidades o minorías étnicas se encontraran en la misma situación de los Consejos Comunitarios accionantes en dicha oportunidad, ello en la medida en que en desarrollo del trámite de tutela se reportó de la existencia de las mismas y se solicitó, incluso por la Defensoría del Pueblo, incluirlas en la decisión que fuera adoptada<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Dijo la Corte en su momento: 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



En su momento, la Corte Constitucional consideró que no contaba con elementos de juicio a efectos de determinar la afectación directa, sin embargo, consideró que era necesario que se realizara un acompañamiento a los miembros de las mencionadas poblaciones, a efectos de lograr que se presentaran acciones de tutela en defensa de sus derechos.

Para el efecto, fijó estos criterios:

*“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.”*

### **3.6. Caso concreto**

Procede la Sala entonces con el estudio de la petición de amparo elevada por el señor Abel Antonio Talaigua Santos, en su calidad de Capitán de la Comunidad Indígena de Gambote del pueblo indígena Zenú, autoridad tradicional

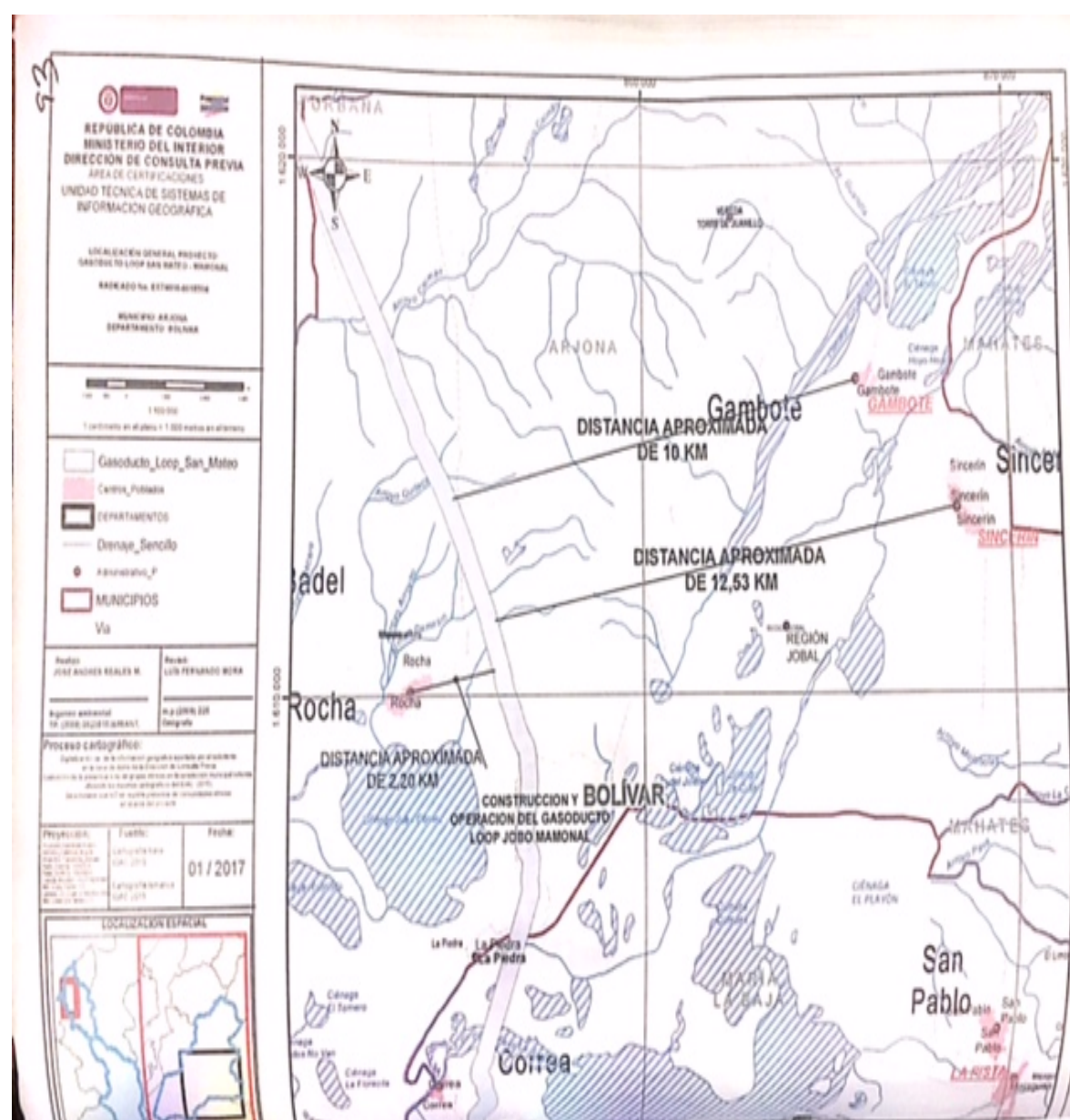
---

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 (Turbara) y Correa (María la baja)”*, igualmente vulnerados por la construcción del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal. En igual medida, la Defensoría del Pueblo Regional Sucre, igualmente consideró que en la construcción del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal *“se han desconocido comunidades indígenas que habitan el Departamento de Sucre y por las cuales se encuentra el trazado o área de influencia de dicho proyecto, tal y como lo pudimos evidenciar en los municipios de Sincelejo (Cabildo Menor Indígena de San Mateo), Corozal (Cabildo Menor indígena del Mamón y Cabildo Menor indígena de Esmerada Las Tinajas), Tolviejo (Cabildo Menor indígena la Unión Floresta, Cabildo Menor indígena la Cigüeñita y Ovejas (Cabildo Menor Indígena Flor del Monte y Cabildo San Rafael de Galapa)”*. Así mismo cabe recordar que en el trámite del proceso de revisión, fue allegado escrito por parte de la apoderada del Cabildo Menor Indígena Maisheshe la Chivera del pueblo Zenú. En dicho escrito, se solicitó que la Corte Constitucional en caso de llegar a amparar el derecho a la consulta previa de los Consejos comunitarios de Ma-Majari del Níspero, de Flamenco y de Pasacaballo, extendiera los efectos del fallo (fuero de atracción y vinculación al proceso), al Cabildo Menor Indígena Maisheshe la Chivera del pueblo Zenú.

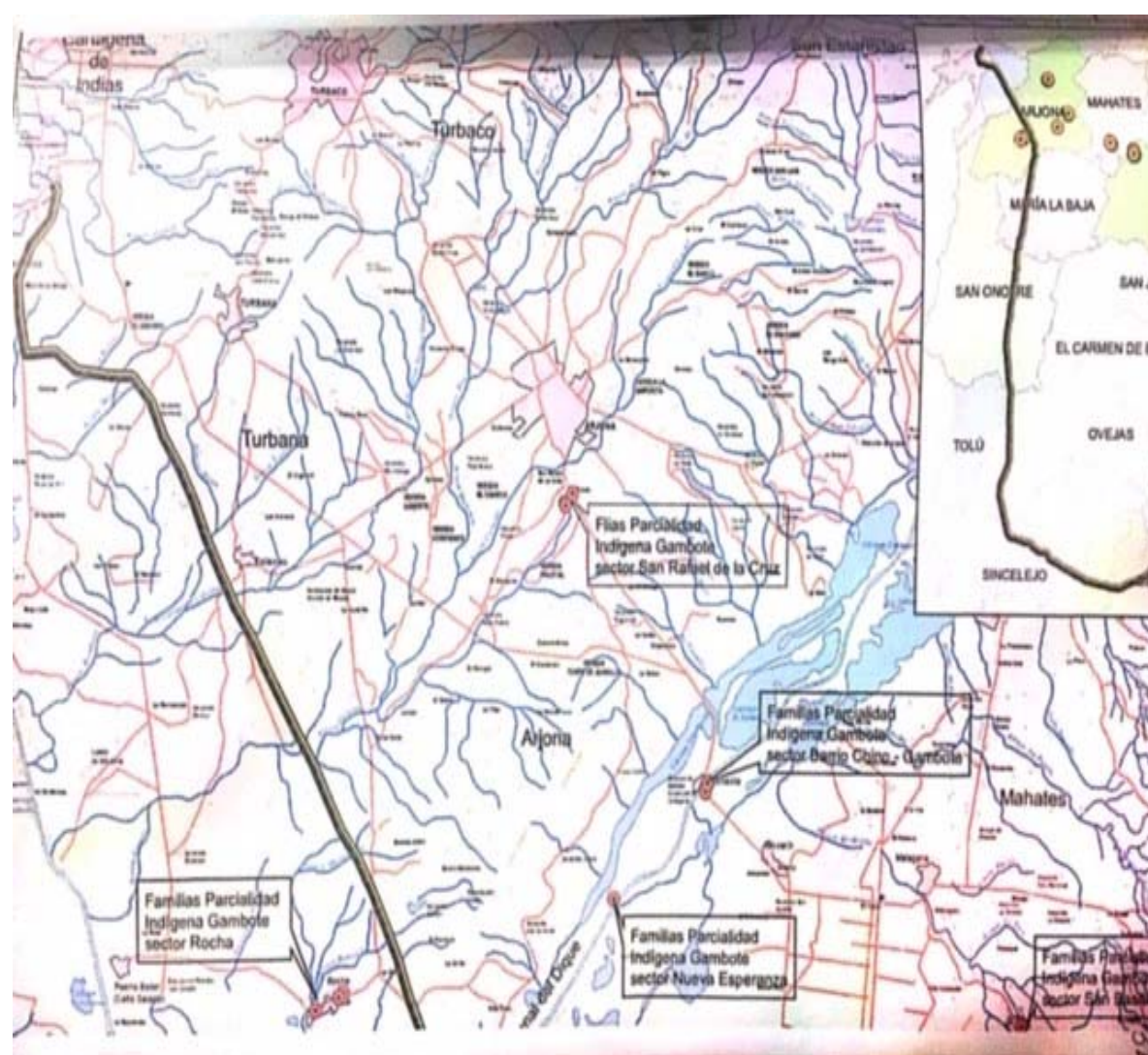
legítimamente reconocida ante el Ministerio del Interior para representar al referido pueblo tribal.

Como primer aspecto a considerar, este juez constitucional evidencia en el expediente, que la Comunidad Gambote, del pueblo Zenú, se encuentra localizada en *“los municipios de Arjona, San Juan Nepomuceno y Mahates, departamento de Bolívar”*, **tal y como fue certificado con el Ministerio del Interior, en documento obrante a folio 114 del expediente de tutela.**

Ahora bien, en relación con su ubicación respecto del proyecto de infraestructura Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal, el Ministerio del Interior, remitió el siguiente mapa que indica la localización de los asentamientos de dicha comunidad, en el cual ha sustentado su dicho en relación con la distancia respecto de la zona por donde se proyectó la construcción de la referida obra, para concluir la inexistencia de una afectación directa a dichas comunidades:



Como observa de la anterior imagen, el referido ente ministerial reportó la existencia de **tres asentamientos** correspondientes a la Comunidad accionante, los cuales, tomando como punto de referencia el trazado del gasoducto, se ubican a 2,20 KM, 10 KM y 12,53 KM. Sin embargo, la información reportada por la entidad accionada en el presente trámite de tutela, contrasta con la reportada por el representante de la comunidad del Gambote, como se observa a continuación:



Del último de los mapas expuestos, que se insiste fue allegado por la comunidad indígena accionante, se observa que se reportan un total de **cinco asentamientos**, incluso ubicados en las cercanías del Canal del Dique, lo que no se reporta en el aportado por el Ministerio del Interior.

De otro lado, como se señaló en forma expresa en el acápite de hechos probados de la presente providencia, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, al momento de certificar la presencia o no de comunidades étnicas en el área de construcción del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal, tuvo en cuenta, **en forma exclusiva**, la información que obtuvo de las siguientes fuentes:

*“(i) base cartográfica de resguardos indígenas constituidos (Incoder – Igac 2012); ii) base cartográfica de Consejos Comunitarios constituidos (Incoder 20129; iii) Base de datos de la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías Étnicas y ROM (Mininterior 2012); iv) Base datos de la Dirección de Comunidades Negras, Afrocolombiana, Raizales y Palenqueras (Mininterior 2012); v) Solicitudes de*

*titulación colectiva a comunidades indígenas (Incoder 2012-2013); vi) Solicitudes de titulación colectiva a Comunidades Negras (Incoder 2012-2013); vii) Bases de datos (espacial y no espacial) de Resguardos Indígenas de Origen Colonial (Incoder 2012); viii) Bases de datos (espacial y no espacial) de predios priorizados por la Comisión Nacional de Territorios Indígenas (Incoder 2013); ix) Bases de Datos (espacial y no espacial) de predios del Fondo Nacional Agrario en proceso de adjudicación o adjudicados a grupos étnicos (Incoder 2013) x) Bases de Datos (espacial y no espacial) de Reservas Indígenas (Incoder 2013) y xi) base de datos de consulta previa (Mininterior 2012)”*

De lo dicho en forma precedente, la conclusión a la que arriba esta Corporación, es que el Ministerio del Interior ha fundamentado su defensa en el presente trámite constitucional, así como en la actuación administrativa que culminó con la Resolución No. No. 618 del 2 de abril del 2014, **en un criterio estrictamente geográfico, espacial y cartográfico**, para determinar la afectación o no frente a las comunidades del área de influencia del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal.

De entrada, la Sala observa que dicha situación implica un desconocimiento de los criterios que ha considerado la Corte Constitucional a efectos de establecer la procedencia de la consulta previa frente a una comunidad o minoría étnica, y que han sido acogidos por diversos pronunciamientos de esta Sección Quinta<sup>26</sup> pues en forma reducida limita la construcción cultural de las comunidades indígenas, al espacio físico que habitan, desconociendo que ello proviene de otros aspectos que hacen referencia a su cultura, *ethos*, tradiciones, costumbres, medios de subsistencia, dinámicas sociales y políticas, entre otros.

Adicionalmente, y frente a los dos mapas expuestos en forma precedente, se observa una determinada contradicción entre el número de asentamientos y su localización en la zona respecto al Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal, más ello no puede volverse en contra de la Comunidad de Gambote aquí accionante, pues de conformidad con lo expuesto en el marco teórico que precede este acápite, la información territorial que soporta la certificación del Ministerio del Interior, **es solo uno de los elementos a tener en cuenta efectos de establecer la presencia de comunidades**, pues es claro que si bien dicho aspecto resulta

<sup>26</sup> Sobre el particular, ver: sentencia del 4 de agosto del 2016, radicación No. 25000-23-41-000-2015-00873-01, C.P. Rocío Araújo Oñate, sentencia del 10 de noviembre del 2016, radicación 44001-23-33-000-2016-00155-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro

relevante, **no es prevalente**, en tanto en voces de este proyecto, dicho aspecto trasciende la ubicación geográfica e incluye aspectos de índole económico, cultural, socioeconómico.

En esta medida, se considera que la argumentación presentada por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, en el sentido de señalar en sus términos una “*sustracción de materia*”, en tanto ya se dictó un acto administrativo que determinó que la Comunidad de Gambote no estaba afectada por el desarrollo de la obra en comento, dista de ser considerada como aceptables por este juez constitucional, en la medida en que se observa que dicha actuación, no tuvo en cuenta otros elementos que también definen el espacio sociocultural de una comunidad, en este caso, indígena, por lo mismo, aquella resulta **insuficiente**.

Adicionalmente, la referenciada decisión administrativa, en consecuencia, no resulta ser un elemento determinante para establecer, en el caso particular, la necesidad o no del trámite consultivo, pues se reitera, en criterio de la Corte Constitucional, toda vez que “*Dicha constatación es una medida que racionaliza la actuación de la administración y de los particulares, empero carece de la plena idoneidad para demostrar la presencia de esos grupos étnicos, al punto que la realidad prevalecerá cuando esa constatación formal no obedece a aquella.*”<sup>27</sup>

En conclusión, constituye un desconocimiento de los derechos fundamentales a la diversidad étnica e identidad cultural de la comunidad accionante, el haber considerado que su ausencia física dentro del trazado del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal era un criterio suficiente para señalar que no era procedente la consulta previa respecto de la Comunidad de Gambote, pues claramente otros aspectos deben ser considerados por la entidad administrativa al momento de establecer dicha situación.

En estrecha relación, el criterio de afectación directa **no debió limitarse** al referido aspecto geográfico, pues era necesario establecer si con la construcción de la mencionada infraestructura, era necesario establecer si aspectos como la vida cultural, social, económica, o los medios de subsistencia, usos, costumbres, tradiciones, o incluso, la existencia de lugares sagrados, se verían perturbados.

---

<sup>27</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-436 del 12 de agosto del 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

De otro lado, sobre la existencia de elementos para determinar la afectación directa de la obra mencionada sobre la comunidad accionante, más allá de lo dicho en forma precedente, la Sala considera necesario hacer las siguientes apreciaciones:

Como ya se indicó en forma previa, la distancia de los asentamientos respecto del sitio de la obra, no resulta como un criterio válido para establecer la afectación directa, en la medida en que otras situaciones pueden permitir evidenciar dicho aspecto, más allá del espacio físico ocupado por la comunidad.

Adicionalmente, del mapa que aportó la comunidad accionante (folio 32 del expediente de tutela), se observan algunos asentamientos de la Comunidad de Gambote del Pueblo Zenú, se encuentran localizados en cercanías al Canal del Dique, sin que hubiere sido desvirtuado en el presente trámite constitucional, y que según los términos de la demanda se han visto afectadas en la medida en que dicho cuerpo de agua, obtienen la necesaria para el consumo, así como de otro lado, ello ha afectado sus medios de subsistencia (caza y pesca).

Si bien respecto de este último elemento no existe un elemento de convicción que permita corroborar su veracidad, lo cierto es que el Ministerio del Interior, al momento de establecer la procedencia de la consulta previa para la construcción del gasoducto en comento, **no tuvo en cuenta un elemento distinto al estrictamente geográfico**, desconociendo la posibilidad de la existencia de una relación entre la Comunidad de Gambote del Pueblo Zenú, sus usos, costumbres y medios de subsistencia, y el Canal de Dique, sitio que claramente se ve afectado por la obra en la medida en que serán perforado subfluvialmente, como ha sido reconocido por la empresa PROMIGAS S.A.

Así mismo, y en relación con el argumento presentado por la referida compañía comercial, en el sentido de indicar que las condiciones de la licencia ambiental otorgada por la Agencia Nacional de Licencias Ambientales a efectos de la referida perforación, cubren los impactos generados por dicha actividad, se indica que ello no resulta ser un elemento de discusión relevante a efectos de resolver el sub iudice, en la medida en que (i) no se está estudiando la legalidad del acto administrativo que contienen la referida autorización de la autoridad ambiental; y (ii) ello desconoce que es posible que se presenten afectaciones que van más allá de las ambientales, pues es claro, como se ha dicho con claridad suficiente, que

puede existir una perturbación de los elementos socio-culturales y económicos de las comunidades que se benefician del Canal del Dique.

En conclusión, la Sala encuentra, de los elementos aportados al expediente, que el estudio llevado a cabo por el Ministerio del Interior a efectos de establecer la presencia de comunidades afectadas directamente por la construcción del Gasoducto Loop San Mateo-Mamonal, y de esta manera establecer la necesidad del proceso consultivo antes del inicio de dichas obras, resultó insuficiente, en la medida en que los criterios allí adoptados se basaron en un concepto reducido de territorio indígena, que se fundó en la ubicación geoespacial, y no en los demás elementos que pueden verse afectados y que hacen parte del espacio físico ocupado por ello.

Ello implica que, en efecto, es procedente confirmar la sentencia de primera instancia, en cuanto consideró que los derechos fundamentales de la Comunidad Gambote del Pueblo Zenú, representada aquí por su capitán, el señor Abel Antonio Talaigua Santos, deben ser amparados.

Sin embargo, la Sala encuentra una serie de dificultades respecto de las órdenes dictadas por el Tribunal Administrativo de Bolívar, las cuales se presentan de la siguiente manera:

(i) La Corte Constitucional, en la sentencia T-197 del 2016, determinó la posible existencia de otras comunidades afectadas por la construcción de Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal, por lo que para efectos de permitir su defensa, dispuso que la Defensoría del Pueblo prestara el acompañamiento respectivo a efectos de garantizar el acceso a la jurisdicción constitucional de dichas poblaciones. A pesar de ello, no se observa que se haya ordenado expresamente que las posibles comunidades afectadas, debían ser incorporadas en el proceso consultivo que se debía iniciar respecto del Consejo Comunitario Ma-Majari del Níspero, el Consejo Comunitario de Flamenco y la Asociación de Agricultores y Pescadores Artesanales de Pasacaballos. Considerar lo anterior, puede implicar una dificultad, dado que dichos consejos comunitarios, tienen diferencias históricas, sociales, culturales, económicas, por ejemplo, respecto de la Comunidad Indígena Gambote del Pueblo Zenú.



(ii) La orden desconoció que la empresa PROMIGAS S.A. informó la conclusión de las obras de construcción de Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal, encontrándose suspendida, únicamente, la perforación subfluvial del Canal del Dique.

(iii) Es claro que a esta instancia, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior omitió la consideración de otros aspectos a efectos de establecer si la mentada obra de infraestructura afectó a las comunidades indígenas u otras minorías étnicas en su zona de influencia.

Por todo ello, esta Sección, en sus amplias facultades como juez constitucional de tutela, procederá a modificar las medidas adoptadas por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en los siguientes términos:

(i) Se **ORDENARÁ** a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, que dentro de los 20 días siguientes a la notificación de esta providencia, realice una **VISITA DE VERIFICACIÓN**, a través de la cual se establezca:

- El número exacto de asentamientos de la Comunidad Gambote del Pueblo Zenú ubicados en la zona de influencia del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal, determinando su localización, extensión, población, y demás aspectos geográficos que resulten relevantes.
- Los usos, costumbres, tradiciones, medios de subsistencias, y demás elementos sociales, económicos, culturales y relevantes de la Comunidad Gambote del Pueblo Zenú, que se desarrollan en el área de influencia del Gasoducto Loop San Mateo-Mamonal, teniendo en cuenta para el efecto un concepto amplio de territorio, en el cual se atiendan los criterios de la Corte Constitucional, así como el contenido de la Directiva Presidencial No. 010 del 7 de noviembre del 2013, la cual fija los siguientes elementos para determinar la presencia de comunidades en el área de influencia del proyecto, obra o actividad: (i) asentamiento de comunidades en las áreas de influencia; (ii) desarrollo de usos y costumbres por parte de comunidades en esas áreas y (iii) tránsito de comunidades étnicas en las áreas de interés

- La relación de la comunidad Gambote del Pueblo Zenú respecto al Canal del Dique, atendiendo para el efecto, los mismos factores descritos en el punto anterior.

Para la realización de dicha visita, la referida entidad pública contará el acompañamiento de (i) la Procuraduría General de la Nación, a través de la competencia correspondiente; (ii) la Defensoría del Pueblo, a través de la dependencia correspondiente; y (iii) el Instituto Colombiano de Antropología e Historia.

Dentro de dicho proceso, deberá garantizarse la plena participación, así como el contenido esencial del debido proceso, de las autoridades tradicionales de la Comunidad Gambote del Pueblo Zenú.

(ii) Efectuada la visita ordenada, se presentan dos situaciones:

- Frente a las obras concluidas, reportadas por la empresa **PROMIGAS S.A.**, la **Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior**, la **Agencia Nacional de Licencias Ambientales** y la referida empresa comercial, esta última en su calidad de constructora del proyecto de infraestructura, y de evidenciarse la afectación directa a la Comunidad Gambote del Pueblo Zenú con ocasión de dichas obras, **DEBERÁN** iniciar el proceso de consulta previa a efectos de la corrección de los impactos ocasionados con la construcción del Gasoducto Loop San Mateo Mamonal<sup>28</sup>, ello con la finalidad de corregir los impactos debidamente identificados, ocasionados a los derechos colectivos de la comunidad accionante.

- Frente a las obras pendientes, en especial, aquellas suspendidas relacionadas con la perforación subfluvial del Canal del Dique, y de evidenciarse la afectación directa de la Comunidad Gambote del Pueblo Zenú, se **INICIARÁ**, en

---

<sup>28</sup> Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia T-197 del 2016 señaló: *“Es necesario reconocer que hay situaciones en las cuales la consulta no se lleva a cabo de manera previa. En tales casos, puede ocurrir que el proyecto, obra o actividad, ya haya causado daños e impactos. Lo dicho anteriormente respecto del carácter eminentemente preventivo de la consulta previa no significa que no se deba realizar la consulta una vez ha sido ejecutado el proyecto respectivo. Las consultas en tales casos deben ir encaminadas, principalmente, a corregir los impactos debidamente identificados, que hayan sido causados a los derechos colectivos de la comunidad. Sin embargo, dichas consultas no pueden desnaturalizarse convirtiéndose únicamente en mecanismos de compensación e indemnización de los daños causados a los miembros de la comunidad individualmente considerados. Esto debilitaría la autoridad de las instituciones y las formas organizativas propias de dichas comunidades.”* En dicha oportunidad, se reiteró el criterio expuesto en las sentencias T-652 de 1998 y T-969 de 2014.

forma inmediata, proceso de consulta previa con este grupo poblacional, ante de reiniciarse cualquier actividad sobre dicha obra de ingeniería.

(iii) Durante el período en que se cumplan las órdenes anteriores, **TODA ORDEN DE SUSPENSIÓN DE TRABAJOS DE PERFORACIÓN SUBFLUVIAL DEL CANAL DEL DIQUE**, se mantienen.

(iv) Se **ORDENARÁ** a la Defensoría del Pueblo, que a través de la dependencia que corresponda, y desde el momento en que le sea comunicada la presente decisión, preste acompañamiento a la Comunidad Gambote del Pueblo Zenú, socializando con las autoridades de dicha comunidad, el contenido de la presente sentencia y soportando la asesoría legal necesaria para su cumplimiento.

(v) Los informes de cumplimiento de las órdenes aquí dictadas, deberán acreditarse ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, autoridad judicial de primera instancia en el presente trámite constitucional.

### **3.7. Exhorto a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior.**

Como se expuso en precedencia, en el trámite de expedición de Resolución No. 618 del 2 de abril del 2014, titulada *“Sobre la presencia o no de comunidades étnicas en las zonas de protección, obras o actividades a realizarse”*, y por medio de la cual se decidió sobre la solicitud presentada por la Gerente de Medio Ambiente y Seguridad Industrial de la Empresa PROMIGAS S.A. en el sentido de que se expidiera certificación sobre la presencia de comunidades étnicas en el área de proyecto *“CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DE GASODUCTO LOOP SAN MATEO MAMONAL”*, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior se fundamentó en un criterio estrictamente geográfico para el efecto.

Lo anterior, resulta contrario a los criterios que inveteradamente ha establecido la Corte Constitucional en su jurisprudencia respecto del criterio de afectación directa, y que esta Sección ha acogido para el efecto, aplicando un concepto reducido respecto del citado concepto.

En esta medida, se **EXHORTA** a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, a efectos de que efectúe una revisión de sus procedimientos internos, con el fin garantizar que los elementos adicionales a la ubicación geográfica de una

comunidad o minoría étnica, sean relevantes al momentos de dictar los actos administrativos por medio de los cuales certifica la presencia o no de las mismas en un área de influencia de un proyecto, obra o actividad.

Como entidad del Estado, la referida entidad se encuentra vinculada a la obligación de garantía efectiva de los derechos fundamentales, en los términos del artículo 2 de la Constitución, razón por la cual, está en el deber de adoptar mecanismo, procedimientos, estudios, y demás que sean pertinentes, para lograr la efectividad del derecho a la consulta previa de las minorías étnicas del país.

### III. DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, en uso de facultades constitucionales y legales,

#### FALLA:

**PRIMERO: CONFIRMAR** el numeral primero de la sentencia del 31 de enero del 2017, dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar, por medio de la cual se amparó de los derechos de la Comunidad Gambote del Pueblo Zenú, representada por el señor Abel Antonio Talaigua Santos, por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia del 31 de enero del 2017, dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el cual quedará así:

**2.1. ORDENAR** a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, que dentro de los 20 días siguientes a la notificación de esta providencia, realice una **VISITA DE VERIFICACIÓN**, a través de la cual se establezca:

- El número exacto de asentamientos de la Comunidad Gambote del Pueblo Zenú ubicados en la zona de influencia del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal, determinando su localización, extensión, población, y demás aspectos geográficos que resulten relevantes.
- Los usos, costumbres, tradiciones, medios de subsistencias, y demás elementos sociales, económicos, cultivos y relevantes de la Comunidad Gambote

del Pueblo Zenú, que se desarrollan en el área de influencia del Gasoducto Loop San Mateo-Mamonal, teniendo en cuenta para el efecto un concepto amplio de territorio, en el cual se atiendan los criterios de la Corte Constitucional, así como el contenido de la Directiva Presidencial No. 010 del 7 de noviembre del 2013, la cual fija los siguientes elementos para determinar la presencia de comunidades en el área de influencia del proyecto, obra o actividad: (i) asentamiento de comunidades en las áreas de influencia; (ii) desarrollo de usos y costumbres por parte de comunidades en esas áreas y (iii) tránsito de comunidades étnicas en las áreas de interés

- La relación de la comunidad Gambote del Pueblo Zenú respecto al Canal del Dique, atendiendo para el efecto, los mismos factores descritos en el punto anterior.

**PARÁGRAFO PRIMERO:** Para la realización de dicha visita, la referida entidad pública contará el acompañamiento de (i) la Procuraduría General de la Nación; (ii) la Defensoría del Pueblo; y (iii) el Instituto Colombiano de Antropología e Historia. Todas las entidades antes referidas, deberán prestar su acompañamiento a través de la dependencia correspondiente.

**PARÁGRAFO SEGUNDO:** Dentro de dicho proceso, deberá garantizarse la plena participación, así como el contenido esencial del debido proceso, de las autoridades tradicionales de la Comunidad Gambote del Pueblo Zenú.

**2.2. ORDENAR** a la **Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, la Agencia Nacional de Licencias Ambientales y a PROMIGAS S.A. E.S.P**, esta última en su calidad de constructora del proyecto de infraestructura, que en relación con las obras ya concluidas de la misma, y de evidenciarse la afectación directa a la Comunidad Gambote del Pueblo Zenú con ocasión de las mismas, **INICIAR** el proceso de consulta previa a efectos de la corrección de los impactos ocasionados con la construcción del Gasoducto Loop San Mateo Mamonal<sup>29</sup>, ello

---

<sup>29</sup> Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia T-197 del 2016 señaló: *“Es necesario reconocer que hay situaciones en las cuales la consulta no se lleva a cabo de manera previa. En tales casos, puede ocurrir que el proyecto, obra o actividad, ya haya causado daños e impactos. Lo dicho anteriormente respecto del carácter eminentemente preventivo de la consulta previa no significa que no se deba realizar la consulta una vez ha sido ejecutado el proyecto respectivo. Las consultas en tales casos deben ir encaminadas, principalmente, a corregir los impactos debidamente identificados, que hayan sido causados a los derechos colectivos de la comunidad. Sin embargo, dichas consultas no pueden desnaturalizarse convirtiéndose únicamente en mecanismos de compensación e indemnización de los daños causados a los miembros de la comunidad individualmente considerados. Esto debilitaría la autoridad*

con la finalidad de corregir los impactos debidamente identificados, ocasionados a los derechos colectivos de la comunidad accionante.

**2.3.** En relación con la perforación subfluvial del Canal del Dique, y de evidenciarse la afectación directa de la Comunidad Gambote del Pueblo Zenú, se **ORDENA** a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales y a la empresa PROMIGAS S.A. E.S.P., **INICIAR**, en forma inmediata, proceso de consulta previa con este grupo poblacional, antes de reiniciarse cualquier actividad sobre dicha obra de ingeniería.

**PARÁGRAFO TERCERO:** Todos los compromisos adquiridos en desarrollo de los procesos consultivos a los que hacen referencia los numerales anteriores, deberán cumplirse a cabalidad por las entidades involucradas en ellos, de acuerdo con las responsabilidades asignadas, así como los cronogramas que se tengan en cuenta para el efecto.

**2.4.** Durante el período en que se cumplan las órdenes anteriores, **TODA ORDEN DE SUSPENSIÓN DE TRABAJOS DE PERFORACIÓN SUBFLUVIAL DEL CANAL DEL DIQUE**, se mantienen.

**2.5. ORDENAR** a la Defensoría del Pueblo, que a través de la dependencia de corresponda, y desde el momento en que le sea comunicada la presente decisión, preste acompañamiento efectivo a la Comunidad Gambote del Pueblo Zenú, socializando con las autoridades de dicha comunidad, el contenido de la presente sentencia y soportando la asesoría legal necesaria para su cumplimiento.

**PARÁGRAFO CUARTO:** Los informes de cumplimiento de las órdenes aquí dictadas, deberán acreditarse ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, autoridad judicial de primera instancia en el presente trámite constitucional.

**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás, la providencia del 31 de enero del 2017, dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

---

*de las instituciones y las formas organizativas propias de dichas comunidades." En dicha oportunidad, se reiteró el criterio expuesto en las sentencias T-652 de 1998 y T-969 de 2014.*

**CUARTO: EXHORTAR** a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, a efectos de que efectúe una revisión de sus procedimientos internos, con el fin garantizar que los elementos adicionales a la ubicación geográfica de una comunidad o minoría étnica, sean relevantes al momentos de dictar los actos administrativos por medio de los cuales certifica la presencia o no de las mismas en un área de influencia de un proyecto, obra o actividad.

**QUINTO: NOTIFÍQUESE** a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**SEXTO:** Dentro de los 10 días siguientes a su ejecutoria, **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

La presente decisión se discutió y adoptó en decisión de la fecha.

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

**Presidente**

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

**Consejera de Estado**

**Aclara el voto**

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**Consejera de Estado**

**CON ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

**JUEZ DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Decide como juez de legalidad y como juez de constitucionalidad / JUEZ DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Cláusula general de competencia**

Con la expedición de la Ley 1437 del 2011, el juez de lo contencioso administrativo no solamente realiza juicios de simple legalidad de un acto administrativo, sino que(...) también debe garantizar la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden público(...) dicho funcionario judicial no sólo decide frente a la legalidad, sino que también se encuentra investido de una función constitucional, en la cual se encuentra vinculado por el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el texto superior, lo cual no sólo se deriva de las normas de rango legal antes referidas, sino también del mandato expreso consagrado en el artículo 2 constitucional.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 4 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 93 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 103

**MEDIDAS CAUTELARES - Mecanismos idóneos y eficaces de protección de derechos fundamentales / MEDIDAS CAUTELARES - Clases / MEDIDAS CAUTELARES - Medio para lograr una tutela judicial efectiva**

El estatuto procesal contencioso administrativo de 2011 incluyó grandes cambios en materia de medidas cautelares, las cuales hacen que se tornen en mecanismos idóneos y eficaces para un protección de los derechos fundamentales de las personas que acuden a la jurisdicción... éstas pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, siendo necesario que tengan una relación directa con las pretensiones de la demanda... más allá de la posibilidad de suspender los efectos de un acto, procedimiento o actuación administrativa, se podrán impartir las órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del procesos obligaciones de hacer o no hacer... corresponderá entonces al juez de lo contencioso administrativo a la hora de decidir las medidas cautelares que le sean solicitadas dentro del trámite de un proceso ordinario, garantizar los principios que rigen a la jurisdicción de lo contencioso administrativo: los derechos fundamentales de las personas que acuden a ella -sean estos de carácter fundamental o legal- y la preservación del orden jurídico... las medidas cautelares son un medio útil, adecuado y eficaz para lograr una tutela judicial efectiva, pues a partir del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el juez fue empoderado para ordenar las medidas solicitadas en sede de ordinaria como mecanismo transitorio, sin más requisitos que los necesarios para determinar si resulta procedente acudir a ellas.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 230 - NUMERAL 5 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 233

**NOTA DE RELATORÍA:** En relación con la eficacia de las medidas cautelares consagradas en la Ley 1437 de 2011, consultar la providencia de 17 de marzo de 2015, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. En el mismo sentido ha adoptado su posición la Sección Quinta en diversos fallos de tutela, al respecto ver las sentencias de 16 de octubre del 2014, exp. 25000-23-36-000-2014-01162-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro; de 15 de abril de 2015, exp. 13001-23-31-000-2014-00018-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro; de 15 de abril de 2015, exp. 25001-23-42-000-2015-00826-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro; de 3 de agosto de 2015, exp. 25000-23-42-000-2015-02823-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro; de 4 de febrero de 2016, exp. 25000-23-42-000-2015-005591-01, C.P. Rocío Araújo Oñate; de 4 de febrero de 2016, exp. 11001-03-15-000-2015-02999-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; y de 7 de abril de



2016, exp. 25000-23-41-000-2015-02465-01, C.P. Rocío Araújo Oñate; entre otros.

**ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO DE PROTECCIÓN / ACCIÓN DE TUTELA - Naturaleza residual / PERJUICIO IRREMEDIABLE - Configuración**

El primer elemento a considerar la tutela como mecanismo transitorio a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, es la existencia de un perjuicio irremediable(...) la forma en la que se diseñó por el constituyente la acción de tutela, la cual fue concebida como un mecanismo residual tras el agotamiento de las vías ordinarias -que son las primeras llamadas a defender y garantizar los derechos fundamentales-, permite entender que la procedencia del recurso de amparo como mecanismo transitorio busca precisamente proteger el contenido y la competencia de la autoridad que tiene la competencia para dirimir el conflicto que se pone a consideración del juez de tutela, sólo que, ante la configuración de un perjuicio irremediable, se hace necesaria la adopción de medidas transitorias de protección del derecho fundamental alegado(...) considero que la Sala de Decisión debió fallar el asunto sometido a su consideración, señalando que si bien es cierto procedía con el estudio de fondo de la cuestión constitucional planteada, en el evento de determinarse la existencia de una vulneración, el mecanismo de tutela procedía en forma transitoria y no definitiva (...) De esta forma, la Sala hubiera garantizado los dos extremos en tensión que se evidenciaron al momento de estudiar el fondo del asunto, a saber, por un lado (i) la necesidad de garantizar el derecho a la consulta previa de la comunidad actora; y por el otro (ii) la preservación del contenido, idoneidad y eficacia de las acciones contencioso administrativas y de las competencias asignadas a juez de dicha jurisdicción, logrando así el equilibrio que, incluso el mismo constituyente, buscó al consagrar a la acción de tutela como un mecanismo residual, cuya procedencia será transitoria, a pesar de la existencia de otros instrumentos idóneos y eficaces, cuando resulte clara la necesidad de evitar un perjuicio irremediable.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 2591 DE 1991 - ARTÍCULO 8

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre los requisitos para la ocurrencia del perjuicio irremediable, consultar la sentencia T-397 DE 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, de la Corte Constitucional.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas en forma mayoritaria por la Sala de Sección, manifiesto que, si bien comparto la determinación tomada en la parte resolutive del fallo del 23 de marzo 2017 del 2016, consistente en confirmar el amparo otorgado a los miembros de la Comunidad Gambote del Pueblo Zenú, representada por quien acudió en calidad de accionante en el presente trámite constitucional, me permito aclarar algunos aspectos dilucidados por éste en su parte motiva, dada su relación con el criterio jurídico que he presentado ante la Sala.

Entre los aspectos considerados por la Sección en la providencia objeto de aclaración, y de manera específica en relación con la subsidiaridad de la acción de tutela frente a la existencia de mecanismos ordinarios de defensa judicial en casos

de violación al derecho fundamental a la consulta previa, se determinó lo siguiente:

*“En relación con la procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la consulta previa de las minorías étnicas, esta Sala ha expuesto que en atención a la naturaleza de la citada prerrogativa de orden constitucional, **así como a la falta de un mecanismo judicial idóneo y eficaz para su protección, se hace procedente el estudio de fondo y las medidas que se adoptan se tornan definitivas**”.* (Negrilla fuera del texto original)

Al respecto, es de anotar que la posición arriba señalada, se fundamentó en lo expuesto en la sentencia del 4 de agosto del 2016<sup>30</sup>, en donde en forma mayoritaria esta Sala de Sección determinó:

*“La Sala, no desconoce el alcance que se ha dado a través de la jurisprudencia de esta Corporación a las medidas cautelares consagradas en el procedimiento contencioso administrativo, en especial aquellas que pueden ser requeridas de urgencia – de conformidad con el artículo 234 de la Ley 1437 del 2011 -, como un mecanismo judicial idóneo para la protección de derechos y garantías fundamentales, toda vez que incluso, es necesario que se tenga en cuenta que, desde el artículo 1º ejusdem, la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene por objeto ‘la efectiva de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la Ley y la preservación del orden justo’.*

*Sin embargo, dadas las especiales características señaladas en relación con la necesidad proteger en forma inmediata el derecho de consulta previa, no resultaría aceptable otorgar la protección de amparo de forma transitoria mientras se acude a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues ello de forma posterior, podría hacer nugatoria cualquier actuación administrativa tendiente a la protección de la garantía constitucional que se hubiere adelantado en virtud de una eventual orden tutelar.*

*Es por esta razón que se considera que, incluso ante la existencia de otros medios de defensa judicial, lo cierto es que en casos como el sub judice en los que se pretende la tutela del derecho a la consulta previa, la protección debe darse de forma definitiva, y en el evento en que se requiera la suspensión de los efectos de un acto administrativo, como medida tutelar de protección de un derecho fundamental, ella deberá extenderse por el tiempo que tome reestablecer el derecho vulnerado.*

*De esta forma, en lo sucesivo, la Sala entiende que, en los casos de acciones de tutelas que buscan la protección del derecho fundamental a la consulta previa, y en los cuales exista un acto administrativo que se presume afecta dicha prerrogativa de las minorías étnicas, la misma es procedente a pesar de la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, siendo el amparo que se*

---

<sup>30</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 4 de agosto del 2016. Radicación 25000-23-41-000-2015-00873-01. C.P. Rocío Araújo Oñate. Actor: Comunidad Muisca de Bosa.

*otorgue, de prosperar el mismo, definitivo, ello sin perjuicio de que se pueda acudir posteriormente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con las consecuencias jurídicas que ello traería.”*

En dicha oportunidad presenté aclaración de voto en relación con la conclusión a la cual arribó la Sala, razón por la cual, al hacerse igual consideración en la providencia objeto de la presente aclaración, estimo necesario reiterar mi criterio al respecto, el cual se expone, para efectos metodológicos, de la siguiente manera:

- i) La Ley 1437 del 2011 y la función del juez administrativo como juez de constitucionalidad;
- ii) La idoneidad y eficacia de las medidas cautelares en el nuevo régimen procesal contencioso administrativo; y por último
- iii) La tutela como mecanismo transitorio de protección en los casos en que se evidencia la existencia de otros mecanismos de defensa judicial idóneos, así como la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Lo anterior para concluir que, si bien es cierto, la naturaleza del derecho a la consulta previa requiere de medidas urgentes y eficaces para su protección, también lo es que el juez constitucional de tutela debe mantener la vigencia y el contenido de las medidas cautelares que definen los conflictos de derecho público, que no sean de naturaleza constitucional, en especial cuando se alega la vulneración al referido derecho fundamental con ocasión de actos administrativos o contratos estatales –como ocurrió en el caso *sub judice*–, lo cual se garantiza a través del diseño que se ha establecido al momento de reglamentar la acción de tutela en los términos del Decreto 2591 de 1991, de manera específica, la utilización de dicha acción como mecanismo de protección transitoria.

**(i) La Ley 1437 de 2011: El juez de lo contencioso administrativo como juez de constitucionalidad**

En la sentencia del 4 de agosto del 2016, cuyo criterio es reiterado en la providencia objeto de la presente aclaración, la Sala precisó el alcance del requisito de la subsidiaridad cuando a través de una acción de tutela se busque la protección del derecho a la consulta previa y de participación de las comunidades indígenas, tomando para el efecto, las consideraciones que fueron realizadas por la Corte Constitucional en el fallo de revisión de tutela T-197 del 26 de abril del 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

En dicha oportunidad, se realizó una síntesis de los argumentos expuestos por el Tribunal Constitucional, en los siguientes términos:

“(…)

- *Reitera el criterio judicial de la subsidiaridad como requisito para la procedencia de la acción de tutela, determinando que corresponde al juez constitucional establecer la existencia de los mecanismos de defensa*

*judicial para la protección de los derechos que se alegan como desconocidos, o en su defecto, ante la existencia de éstos, las razones por las cuales los mismos no son idóneos ni eficaces para el ello.*

- *Indicó que la Ley 1437 del 2011, “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 del derecho a la consulta previa”.*
- *Bajo estas premisas, la Corte Constitucional reiteró su criterio en relación con el requisito de subsidiariedad derivado del numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 y la existencia de los medios de control consagrados en el ordenamiento procesal contencioso administrativo y la posibilidad de solicitar medidas de suspensión provisional en el marco de ellos.*
- *Sobre la idoneidad de los medios de control, en especial de aquellos de nulidad y restablecimiento del derecho, precisó que, de conformidad con la posición adoptada en la decisión T-576 del 2014, “Los medios de defensa de la jurisdicción de lo contencioso administrativo 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”. Posteriormente indicó que, de conformidad con la 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 decida esta sentencia, acciones materiales tendiente a efectuar el procedimiento de consulta”.*
- *A pesar de lo anterior, reiteró el criterio señalado desde la sentencia SU-039 de 1997, en donde se indicó que a pesar de los medios de control contencioso 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 relación con la posibilidad de solicitar medidas cautelares en el desarrollo del procedimiento judicial, recordó que en la sentencia T-576 del 2014 “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”.*
- *Finalmente, expuso que en estos casos, “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”*. (Negrilla fuera del texto original)

En su momento, expuse ante los demás miembros de la Sección, la necesidad de fijar nuestra posición en relación con las consideraciones de la Corte Constitucional en el citado fallo de revisión de tutela, pues a mi juicio, con ellas se dejaba sin contenido a los medios de control de la administración ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en especial, tras la reforma del estatuto procesal del año 2011.

Con la expedición de la Ley 1437 del 2011, el juez de lo contencioso administrativo no solamente realiza juicios de simple legalidad de un acto administrativo, sino que, de conformidad con el artículo 103 *ejusdem*, también debe garantizar “*la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden público*”, siendo aplicables en la interpretación de las normas que rigen la actuación ante el juez administrativo “**los principios constitucionales y los de derecho procesal**”. (Negrilla fuera del texto original)

De esta forma, dicho funcionario judicial no sólo decide frente a la legalidad, sino que también se encuentra investido de una función constitucional, vinculado por el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el texto superior, lo cual no sólo se deriva de las disposiciones de rango legal antes referidas, sino también del mandato expreso consagrado en el artículo 2º constitucional<sup>31</sup>. Dicha conclusión también se obtiene de reconocer la fuerza normativa de la Constitución, establecida en el artículo 4º del Texto Fundamental<sup>32</sup>, así como del control de convencionalidad que se fijado en el artículo 93<sup>33</sup> *ejusdem*.

En conclusión, lejos de encontrarse con un campo de acción limitado a los asuntos de la mera o simple legalidad de las actuaciones de la administración –entre ellas, el proceso de consulta previa-, el juez de lo contencioso administrativo debe, en sus razonamientos y conclusiones, atender no sólo las disposiciones legales y reglamentarias, sino también las normas que integran el ordenamiento constitucional vigente, así como los principios que lo orientan, la jurisprudencia y

---

<sup>2</sup> **ARTICULO 2o.** 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 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

<sup>32</sup> **ARTICULO 4o.** La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

<sup>33</sup> **ARTICULO 93.** Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

las demás fuentes de derecho, y que debe ser garantizado a través de sus decisiones, en especial, buscando siempre la eficacia de las garantías y derechos de las personas.

**(ii) Las medidas cautelares como mecanismos idóneos y eficaces de protección de derechos fundamentales**

Pero más allá de la sola posibilidad de interponer el medio de control de control que sea procedente, lo cierto es que en virtud del principio de tutela judicial efectiva, el estatuto procesal contencioso administrativo de 2011 incluyó grandes cambios en materia de medidas cautelares, las cuales hacen que se tornen en mecanismos idóneos y eficaces para un protección de los derechos fundamentales de las personas que acuden a la jurisdicción.

De conformidad con el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, el cual define el contenido y alcance de este mecanismo procesal, éstas pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, siendo necesario que tengan una relación directa con las pretensiones de la demanda. Con posterioridad, el mismo artículo consagra las medidas que se podrán adoptar en dicha sede judicial, de la cual se resalta que, más allá de la posibilidad de suspender los efectos de un acto, procedimiento o actuación administrativa, se podrán *“impartir las órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del procesos obligaciones de hacer o no hacer”* (numeral 5º, artículo 230, Ley 1437 de 2011).

Por ello, contrario a lo sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia T-197 de 2006, que fundamentó en su momento de la posición de la Sala en relación con la subsidiaridad en casos como el *sub lite*, en la actualidad se cuentan con facultades amplias que superan la simple suspensión de los efectos de un acto administrativo, pues con claridad el juez de constitucionalidad y legalidad, puede adoptar medidas concretas de hacer o no hacer, a efectos de permitir en cualquier momento del proceso, la restauración del orden jurídico.

En este punto resulta importante resaltar, que el nuevo orden jurídico consagra medidas cautelares que superan la simple actividad de suspender los efectos de un acto administrativo –estudio de legalidad-, sino que también se permite incluso, *“impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”* (numeral 5º artículo 230, Ley 1437 de 2011), lo que claramente cubre omisiones, como lo sería, el no haberse adelantado el proceso de consulta previa.

Adicional a lo anterior, se debe resaltar que el mismo legislador ordinario consagró la posibilidad de que las referidas medidas cautelares sean adoptadas de urgencia, desde la presentación de la correspondiente solicitud, sin previa notificación a la otra parte y sin agotar el procedimiento previsto para el efecto en el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011.

En relación con el tema, es de resaltar que la Sala Plena de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015<sup>34</sup>, precisó que contrario a lo que sucedía con el anterior Código, actualmente las medidas cautelares son eficaces para lograr lo pretendido con la demanda, porque ya no se requiere que el juez encuentre acreditada la “*manifiesta infracción*” de la norma superior, sino que basta con que realice un “*análisis inicial*” de legalidad, que de ninguna manera puede confundirse con prejuzgamiento y que lo que busca es precisamente, garantizar, no obstaculizar, una tutela judicial efectiva. Al respecto, en la referida providencia se señaló:

*“Contrario a lo que ocurría en vigencia del Código Contencioso Administrativo, las medidas cautelares proceden antes de que se notifique el auto admisorio y en cualquier etapa del proceso, y que su fin consiste en proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, a través de un pronunciamiento que no implica prejuzgamiento.*

*Conforme al artículo 230 ibídem, las medidas cautelares pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, debiendo tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Dentro de este último criterio, en el numeral 3º, se estipuló la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, garantía concordante con lo dispuesto en el artículo 238 de la Constitución Política”<sup>35</sup>.*

Lo anterior, también se acompasa con la posición adoptada por esta Sección en diversos fallos de tutela<sup>36</sup>, en donde se ha establecido la idoneidad de las medidas cautelares a efectos de proteger los derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, corresponderá entonces al juez de lo contencioso administrativo a la hora de decidir las medidas cautelares que le sean solicitadas dentro del trámite de un proceso ordinario, garantizar los principios que rigen a la jurisdicción de lo contencioso administrativo: los derechos fundamentales de las personas que acuden a ella -sean estos de carácter fundamental o legal- y la preservación del orden jurídico, como lo establece el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011.

En consonancia con lo anterior, se precisa que las medidas cautelares son un medio idóneo, útil, adecuado y eficaz para lograr una tutela judicial efectiva, pues a partir del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el juez tiene la capacidad de ordenar las medidas solicitadas que

---

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de 17 de marzo de 2015. C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de 17 de marzo de 2015. C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

<sup>36</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencias del 16 de octubre del 2014 (Radicación 25000-23-36-000-2014-01162-01), C.P. Alberto Yepes Barreiro; 15 de abril del 2015 (Radicación 13001-23-31-000-2014-00018-01), C.P. Alberto Yepes Barreiro; 15 de abril del 2015 (Radicación 25001-23-42-000-2015-00826-01) C.P. Alberto Yepes Barreiro; 3 de agosto del 2015 (25000-23-42-000-2015-02823-01); C.P. Alberto Yepes Barreiro; 4 de febrero del 2016 (25000-23-42-000-2015-005591-01) C.P. Rocío Araújo Oñate; 4 de febrero del 2016 (11001-03-15-000-2015-02999-00) C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; 7 de abril del 2016 (25000-23-41-000-2015-02465-01) C.P. Rocío Araújo Oñate; entre otros.

considere oportunas en sede de ordinaria como mecanismo transitorio, sin más requisitos que los necesarios para determinar si resulta procedente acudir a ellas.

### **(iii) La tutela como mecanismo transitorio de protección**

El artículo 8º del Decreto 2591 de 1991, régimen aplicable al trámite de las acciones de tutela, determina con claridad suficiente lo siguiente:

*“Artículo 8o. La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

*En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.*

*En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.*

*Si no se instaura, cesarán los efectos de éste.*

*Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás precedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.”*

Como se observa de la transcripción de la norma, el primer elemento a considerar la tutela como mecanismo transitorio a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, es la existencia de un perjuicio irremediable.

La Corte Constitucional, en sentencia de revisión de tutela<sup>37</sup>, la cual traigo a colación como mecanismo auxiliar de interpretación, reiteró su jurisprudencia en relación con los requisitos para la ocurrencia del perjuicio irremediable en los siguientes términos:

*“La Corte Constitucional ha señalado que cuando la tutela se interpone como mecanismo transitorio, debido a que existe un medio judicial principal, se debe demostrar que la intervención del juez constitucional es necesaria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Así, la jurisprudencia ha señalado que el perjuicio debe ser: i) inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ii) grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) urgente, de tal manera que las medidas que se requieran tomar para conjurar el perjuicio se deban tomar de manera inmediata; y iv) la tutela sea un medida impostergable*

---

<sup>37</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-397 del 30 de junio del 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



*para garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad”*

De esta forma, desde mi punto de vista, es claro que la forma en la que se diseñó por el constituyente la acción de tutela, la cual fue concebida como un mecanismo residual tras el agotamiento de las vías ordinarias -que son las primeras llamadas a defender y garantizar los derechos fundamentales-, permite entender que la procedencia del recurso de amparo como mecanismo transitorio busca precisamente proteger el contenido de la competencia de la autoridad llamada a dirimir el conflicto que se pone a consideración del juez de tutela, sólo que, ante la configuración de un perjuicio irremediable, se hace necesaria la adopción de medidas transitorias de protección del derecho fundamental alegado.

#### **(iv) Conclusiones frente al caso concreto**

En consideración a lo expuesto en forma precedente, a mi juicio resulta desacertada la apreciación efectuada en la sentencia objeto de la presente aclaración, en el sentido de indicar que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe un medio ordinario de defensa judicial que permita la concreción del derecho fundamental a la consulta previa, cuando lo cierto es que con la expedición de la Ley 1437 de 2011, el papel del juez de lo contencioso administrativo de forma clara sufrió una transformación importante, pues de forma expresa fue consagrada la vinculación de su actividad juzgadora a la fuerza normativa de la constitución, así como su función principal de lograr la efectividad de los derechos y garantías consagrados en ella.

Con apreciaciones como la expuesta en la providencia dictada en forma mayoritaria por la Sala de Sección en el caso *sub lite*, tiene como efecto un desplazamiento del juez de lo contencioso administrativo como juez natural de las causas en las cuales se encuentre vinculada la administración pública –en los términos de la cláusula general de competencia fijada en el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 -, así como un vaciamiento de la función constitucional que el legislador ha asignado, al juez de lo contencioso administrativo a través de los medios de control establecidos dicho cuerpo normativo.

Desde esta perspectiva, se puede concluir que hoy en día, la función del juez de contencioso administrativo se enmarca en una visión más amplia del ordenamiento jurídico, que incluye no sólo los aspectos de la legalidad, sino también, aquellos referidos a la constitucionalidad de la actuación de la administración, y que incluso implican la protección de los administrados ante omisiones de la administración, tal como se expuso en precedencia.

Por ello, resulta por decir lo menos desacertada, la posición expuesta por la Corte Constitucional en la providencia de revisión de tutela que fundamentó la conclusión a la que arriba esta Sala de Decisión, ello en la medida en que evidencia un profundo desconocimiento de las grandes modificaciones que se introdujeron por el legislador ordinario del año 2011.

Pueden ser que existan casos, excepcionalísimos y particulares, en los cuales se observe que incluso, ni siquiera una medida cautelar de urgencia, sería el medio idóneo a efectos de proteger derechos públicos subjetivos cuyo trasfondo sea un derecho fundamental. Sin embargo, para el efecto, es de resaltar que la acción de tutela ha sido concebida para que en esos casos, el amparo que resulte de dichas consideraciones, sea otorgado de forma transitoria y no definitiva, como expresamente lo consagra el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991.

De conformidad con lo dicho, considero que la Sala de Decisión debió fallar el asunto sometido a su consideración, señalando que si bien es cierto procedía con el estudio de fondo de la cuestión constitucional planteada, en el evento de determinarse la existencia de una vulneración, el mecanismo de tutela procedía en forma transitoria y no definitiva.

De esta forma, la Sala hubiera garantizado los dos extremos en tensión que se evidenciaron al momento de estudiar el fondo del asunto, a saber, por un lado (i) la necesidad de garantizar el derecho a la consulta previa de la comunidad actora; y por el otro (ii) la preservación del contenido, idoneidad y eficacia de las acciones contencioso administrativas y de las competencias asignadas a juez de dicha jurisdicción, consiguiendo así el equilibrio que, incluso el mismo constituyente, buscó al consagrar a la acción de tutela como un mecanismo residual, cuya procedencia será transitoria, a pesar de la existencia de otros instrumentos idóneos y eficaces, cuando resulte clara la necesidad de evitar un perjuicio irremediable.

En los anteriores términos presento mi aclaración de voto.

*Fecha up supra,*

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**  
**Consejera de Estado**