

**ACCION DE TUTELA - Término para la presentación oportuna / VULNERACION CONTINUA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES - Los hechos que configuran la vulneración se extienden en el tiempo / INMEDIATEZ - No siempre el simple transcurso del tiempo puede llevar al juez a concluir que la tutela se ha presentado de forma tardía**

En principio, la acción de tutela debe presentarse tan pronto se tenga conocimiento de la vulneración o amenaza del derecho fundamental, pues esa circunstancia marca el punto de partida para analizar la vulneración o amenaza que se atribuye a la entidad pública o al particular, según sea el caso. Sin embargo, hay casos en los que la violación o amenaza no se concreta en un solo hecho, sino que son varios los hechos que la configuran y, por ende, la vulneración se extiende en el tiempo, es continua. Incluso, puede ocurrir que el paso del tiempo agrave la violación y que, por tanto, la intervención del juez sea, con mayor razón, urgente e improrrogable. Siendo así, no siempre el simple transcurso del tiempo puede llevar al juez a concluir que la tutela se ha presentado de forma tardía. Pueden existir circunstancias especiales que no solo justifiquen que la acción de tutela no se haya presentado en un término razonable, sino que demuestren que el hecho o la omisión que vulnera el derecho fundamental sean permanentes, persisten en el tiempo, y hacen que la violación sea siempre actual. Esto es, la violación sigue existiendo y, por tanto, debe aceptarse la procedencia de la acción de tutela, así el hecho inicial hubiese ocurrido hace mucho tiempo.

**COMUNIDADES INDIGENAS - Sujetos de especial protección constitucional / INMEDIATEZ - El análisis de este requisito no puede ser tan riguroso en acción de tutela interpuesta por grupo étnico / DERECHO A LA CONSULTA PREVIA - Término razonable para interponer la acción de tutela por miembros de las comunidades indígenas**

Si la solicitud de amparo fue presentada el 16 de junio de 2015, no es cierto que hayan transcurrido más de 2 años desde que las comunidades indígenas demandantes le informaron a la ANLA y a la ANI sobre los impactos que sufrirían en el evento de construirse el proyecto vial referido, como lo afirma la sociedad AS S.A.S. En realidad, han pasado 8 meses desde que se expidió el último acto administrativo de otorgamiento de la licencia ambiental. A juicio de la Sala, ese término es razonable para que un grupo étnico ejerza la acción de tutela en pos de la defensa de sus derechos fundamentales. En efecto, si la Sala Plena de esta Corporación estimó que 6 meses, contados a partir de la notificación, era un plazo prudente para instaurar la acción de tutela contra providencias judiciales, es perfectamente razonable que las comunidades indígenas demandantes hubieran tardado 8 meses para elaborar la demanda y solicitar la protección de los derechos fundamentales invocados, en especial, el de la consulta previa. Tampoco se puede pasar por alto que esas parcialidades indígenas ostentan la condición de sujetos de especial protección constitucional y, por lo tanto, el análisis del requisito de inmediatez no puede ser tan riguroso. Siendo así, la acción de tutela sí cumple con el requisito de inmediatez.

**NOTA DE RELATORIA:** la Sala Plena de la Corporación se refirió al término razonable para interponer acción de tutela contra providencia judicial, al respecto, ver sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014, exp. 11001-03-15-000-2012-02201-01(IJ), M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

**DERECHO A LA CONSULTA PREVIA - Derecho fundamental de los grupos étnicos / DERECHO A LA CONSULTA PREVIA - Noción. Objetivo. Finalidad**

La consulta previa es, pues, el derecho fundamental de los grupos étnicos a ser informados y consultados sobre la adopción de las medidas administrativas o legislativas que puedan afectarlos directamente. Grosso modo, el objetivo principal

de la consulta previa es establecer un diálogo con el respectivo grupo étnico, que favorezca la adopción de las medidas administrativas o legislativas y al mismo tiempo mantener incólume su integridad étnica y cultural... la consulta previa es el espacio propicio para que, por una parte, las autoridades expliquen detalladamente en qué consisten las medidas administrativas o legislativas que planean implementar y determinen de qué manera tales medidas pueden afectar directamente al grupo étnico consultado. Y, por otra, es la oportunidad para que las comunidades étnicas formulen los reparos que tengan sobre dichas medidas y, de ser posible, lleguen a un acuerdo con las autoridades respecto de la forma de resolverlos y de garantizar la preservación de la identidad etnocultural. La consulta previa es, pues, el mecanismo que materializa el derecho de participación de las comunidades étnicas para proteger su identidad cultural, social y económica.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 7 / CONVENIO 169 DE LA OIT / LEY 21 DE 1991

**NOTA DE RELATORIA:** En varios pronunciamientos, la Corte Constitucional ha reiterado que el derecho de los grupos étnicos a la consulta previa es de carácter fundamental, ver, entre otras, las siguientes sentencias: T-428 de 1992, SU-037 de 1997, T-652 de 1998, T-634 de 1999, SU-383 de 2003, T-955 de 2003, T-737 de 2005, T-880 de 2006, T-154 de 2009, T-769 de 2009 y SU-039 de 1997.

**COMUNIDADES ETNICAS - Son titulares de derechos fundamentales / DERECHO A LA CONSULTA PREVIA - Presupuestos para solicitar el amparo: legitimación por activa y certificación sobre la presencia de comunidades étnicas en un determinado territorio**

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho que, en virtud del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, las comunidades étnicas: indígenas, negros, raizales, palenqueros y rom, son titulares de derechos fundamentales. Según la Corte, en su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia. La consulta previa -derecho cuyo amparo se solicita principalmente en el sub examine- es uno de esos derechos fundamentales de las comunidades étnicas que puede ser vulnerado o amenazado. En lo que concierne a la consulta previa, conviene aclarar que, de conformidad con lo previsto en el Decreto 1320 de 1998 y en el Decreto Ley 2893 de 2011, el Ministerio del Interior es la entidad competente para certificar sobre la existencia y representación de un grupo étnico en determinado territorio... De manera que, cuando se reclama la protección de un derecho fundamental cuyo titular es un determinado grupo étnico, como la consulta previa, es necesario i) que el Ministerio del Interior certifique sobre la existencia y representación de la comunidad étnica, y ii) que la solicitud de tutela sea presentada por el representante de la respectiva comunidad étnica. De esa forma el juez de tutela no solo adquiere certeza sobre la presencia de un grupo étnico en determinado territorio, sino que también se asegura de que la persona que presenta la solicitud de amparo esté legitimada para hacerlo, esto es, que esté habilitado para pedir la protección de los derechos fundamentales en representación de toda la comunidad.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1320 DE 1998 / DECRETO LEY 2893 DE 2011

**LEGITIMACION POR ACTIVA - Debida representación de los cabildos indígenas / CERTIFICACION DEL MINISTERIO DEL INTERIOR SOBRE LA PRESENCIA DE COMUNIDADES ETNICAS - No es suficiente para descartar la protección del derecho de otras parcialidades indígenas sí existen otras pruebas que acrediten su presencia en el área de intervención del proyecto /**

## **VULNERACION DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA - Omisión de consulta a las comunidades indígenas sobre la ejecución de obras de infraestructura**

En el sub lite se cumple cabalmente el primer presupuesto: legitimación por activa, pues, en lo que en esta instancia interesa, la tutela fue presentada por los señores FVPR y LRMM, quienes acreditaron haber sido elegidos y haber tomado posesión como capitanes de los cabildos indígenas Maisheshe La Chivera y Flores de Chinchelejo, respectivamente. No cabe duda, entonces, de que esas personas actúan en representación de las referidas parcialidades indígenas y que estaban plenamente habilitadas para reclamar la protección de los derechos fundamentales de sus comunidades. Con respecto al segundo presupuesto, la Sala observa que, en el año 2011, el Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa certificó que en el área de influencia del proyecto vial en cuestión únicamente se registró la presencia de los cabildos indígenas Palmira y Unión Floresta. Es decir, que se descartó de plano la presencia de las comunidades Maisheshe La Chivera y Flores de Chinchelejo, aquí demandantes. De acuerdo con lo explicado, en principio, dicha certificación sería suficiente para desestimar la vulneración de los derechos fundamentales invocados. De hecho, así lo resolvió esta Sección en anteriores oportunidades. Empero, en este caso, la Sala no puede pasar por alto que existen otras pruebas sobre la presencia de indígenas pertenecientes a las parcialidades Maisheshe La Chivera y Flores de Chinchelejo en el área de intervención del proyecto, particularmente, en los cerros de la Sierra de Flor. Es más, del material probatorio obrante en el expediente se extrae que las autoridades demandadas recibieron información sobre la presencia de esas comunidades en la zona y, sin embargo, omitieron consultarlas... Ahora, aunque es cierto que un contratista del Ministerio del Interior recorrió la zona de ejecución del proyecto vial, en aras de informar sobre la existencia de grupos étnicos en la zona, también lo es que no se percató de los usos culturales y religiosos que las parcialidades Maisheshe La Chivera y Flores de Chinchelejo le han dado ancestralmente a los cerros de la Sierra Flor. Esa omisión en la visita de verificación llevó al Ministerio a concluir que no era necesaria la consulta previa, hecho que, a la postre, vulneró los derechos de las comunidades indígenas referidas a ser informadas y consultadas sobre la ejecución de obras de infraestructura en su territorio. Según la Corte Constitucional, esa verificación no se debe agotar en la presencia física o en la residencia, sino en el desarrollo actual y regular de prácticas tradicionales de supervivencia o simbólicas, tales como la caza, la pesca, la recolección de frutos, la práctica de rituales, entre otras más.

**NOTA DE RELATORIA:** para consultar la posición anterior de la Sección sobre la apreciación del certificado proferido por el Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa, ver, entre otras, las sentencias del 16 de diciembre de 2013, exp. 25000-23-41-000-2013-01783-01 y del 6 de agosto de 2014 exp. 47001-23-33-000-2014-00042-01. De otra parte, en lo relativo a la verificación de la presencia de comunidades indígenas conforme a su desarrollo actual y regular de prácticas tradicionales de supervivencia o simbólicas, analizar la sentencia T-693 de 2011 de la Corte Constitucional.

## **ACCION DE TUTELA - Es improcedente para dejar sin efectos los actos administrativos de licenciamiento ambiental / VULNERACION DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA - No da lugar a la suspensión de las obras de infraestructura**

No es procedente dejar sin efectos los actos administrativos de licenciamiento ambiental del proyecto de construcción de la segunda calzada de la carretera Sincelejo – Toluvié. En efecto, a pesar de que está probado que la ANLA inició y culminó dicho trámite sin que se hubiera surtido la consulta previa, lo cierto es que

esa entidad cumplió con la obligación de solicitar la certificación sobre la presencia de grupos étnicos en la zona. Cosa distinta es que, como se vio, para el Ministerio del Interior hayan pasado inadvertidos los rituales y las actividades económicas de los integrantes de los cabildos Maisheshe La Chivera y Flores de Chinchalejo en los cerros de la Sierra Flor. Se insiste: en el sub lite, la entidad que generó la vulneración del derecho a la consulta previa fue el Ministerio del Interior, por haber certificado que en el área de influencia del proyecto vial mencionado solo se encontraban las parcialidades Palmira y Unión Floresta... En cuanto al segundo punto de inconformidad, cabe anotar que la Sala comparte la decisión de no suspender la ejecución de las obras, pues, al igual que el a quo, estima que la cercanía geográfica entre esos cabildos y las obras puede favorecer la concertación, sin que sea necesario interrumpir el desarrollo de la actividad contractual. De hecho, con miras a lograr dicha concertación, se ve apropiado que el a quo haya fijado un plazo de 30 días hábiles para que se realice la consulta con las parcialidades indígenas objeto de protección. No es cierto, como lo afirmó la parte actora en la impugnación, que se trate de una decisión arbitraria o caprichosa. Por el contrario, es una verdadera garantía para todos los involucrados en el proceso de consulta, en la medida que evita que la consulta se prolongue en el tiempo sin que se cumpla su cometido: la concertación entre las autoridades y las comunidades indígenas sobre las medidas que puedan afectarlas directamente. En todo caso, la consulta deberá orientarse hacia los intereses de la comunidad, que, entre otros, ha manifestado preocupación por los siguientes aspectos: i) los diseños y el trazado de la vía; ii) la adopción de medidas para el tránsito seguro de las personas y semovientes, incluidas, la construcción de puentes y senderos peatonales, y iii) la compensación por la destrucción de los reservorios de agua en la zona. Lo anterior, sin perder de vista que la consulta parte de la premisa de concertación entre las partes y que se edifica sobre la base de que no hay poder de veto por parte del grupo consultado.

#### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION CUARTA**

**Magistrado ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS**

Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de dos mil quince (2015)

**Radicación número: 70001-23-33-000-2015-00197-01(AC)**

**Demandante: FELIX PATERNINA ROMERO Y OTROS**

**Demandado: AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES Y OTROS**

La Sala decide las impugnaciones formuladas por la parte demandante, la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S., el Ministerio del Interior y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales contra la sentencia del 30 de junio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, que resolvió:

*“PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a la consulta previa, de las parcialidades indígenas MAISHESHE LA CHIVERA y FLORES DE CHINCHELEJO, según las razones de este proveído.*

*SEGUNDO: ORDENAR a la parte accionada AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES ‘ANLA’ – MINISTERIO DEL INTERIOR DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA – AUTOPISTAS DE LA SABANA S.A.S., que adelanten, en lo que a cada uno corresponde, un proceso de consulta con los representantes de las comunidades indígenas MAISHESHE LA CHIVERA y FLORES DE CHINCHELEJO, destinado a establecer el impacto, que generan las obras efectuadas, para la construcción de la doble calzada Sincelejo – Tolviejo.*

*El proceso deberá completarse en un periodo máximo de treinta (30) días hábiles y se sujetará a los parámetros previstos por la normatividad y la jurisprudencia constitucional.*

*TERCERO: NIÉGUENSE las restantes pretensiones de este medio de protección constitucional.*

*(...)”<sup>1</sup>.*

## **ANTECEDENTES**

### **1. Pretensiones**

Mediante apoderada judicial, los señores Félix Paternina Romero, Luis Rafael Martínez Martínez, Arelis del Carmen Álvarez Camargo, Jorge Eliécer López Bettín, José del Tránsito Bettín Ozuna, Rafael Antonio Álvarez Arroyo y Luis Francisco Atencia Parra, en calidad de representantes de las parcialidades indígenas Maisheshe La Chivera, Flores de Chinchalejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito, respectivamente, presentaron acción de tutela contra la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (en adelante ANLA), el Ministerio del Interior, la Agencia Nacional de Infraestructura (en adelante ANI) y Autopistas de la Sabana S.A.S. (en adelante AS S.A.S.) porque estimaron vulnerados los derechos fundamentales a la vida, a la consulta previa, a la igualdad, al debido proceso, de petición y a la libertad de locomoción. En consecuencia, formularon las siguientes pretensiones:

*“Que se conceda la Tutela de los Derechos Constitucionales Fundamentales y de tipo colectivo amenazados o vulnerados: al Debido Proceso, De Petición, de Participación, libre locomoción, la vida, de igualdad, de consulta previa: por la existencia, autonomía, integridad e identidad cultural y social, usos, costumbres y derecho consuetudinario de las comunidades étnicas del pueblo Zenú representado por los Cabildos Menores Indígenas Zenú: Maisheshe La Chivera, Flores de Chinchalejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito, y Lomas de Palito; y subsidiariamente como mecanismos (sic) adecuado y eficaz por estrecha relación con el derecho o interés de tipo colectivo al Goce al Medio Ambiente y los que considere su señoría, enunciados en este memorial de Tutela. Por existir elementos claros y suficientes, que acreditan el requisito de manifiesta infracción.*

---

<sup>1</sup> Folios 333 y 334, cuaderno No. 2.

*Que se ordene la SUSPENSIÓN de las Resoluciones N°. 0588 de 10 de Junio de 2014 y 1283 de 27 de octubre de 2014, expedidas por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA).*

*Que se ordene la NULIDAD de todo lo actuado dentro del trámite administrativo de Licenciamiento Ambiental que conllevó a la expedición de las Resoluciones N°. 0588 de 10 de Junio de 2014 y 1283 de 27 de octubre de 2014 expedidas por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA).*

*Que se le ordene a La Sociedad Autopistas de la Sabana S.A., Representada por el señor MENZEL AMÍN AVENDAÑO, o quien haga sus veces al momento de la notificación, que debe detener la ejecución de las obras del proyecto de construcción vial de la segunda calzada Sincelejo – Tolviejo. Asimismo detener la tala de árboles, caza y captura de animales silvestres en la jurisdicción del proyecto vial.*

*Que se le ordene a La Sociedad Autopistas de la Sabana S.A., Representada por el señor MENZEL AMÓN AVENDAÑO, o quien haga sus veces al momento de la notificación, que SUSPENDA los cortes, extracción, relleno y explotación de materiales de construcción como arenas, gravas y otros minerales, desde el PR 0+000 hasta el PR 18-0335. Asimismo SUSPENDA la tala de árboles, caza, captura de animales silvestres, detenga la destrucción de los reservorios hídricos en la jurisdicción del proyecto vial hasta tanto no se concerté (sic) el trazado vial con los cabildos indígenas del pueblo Zenú.*

*Que se le ordene al Juzgado Tercero Civiles del Circuito de Sincelejo (sic), que suspendan los efectos jurídicos del Acta de Entrega Anticipada de fecha 4 de junio de 2015, contenida en proceso de expropiación No. 2015-00039-00. Hasta tanto no se concerté (sic) el trazado vial con los cabildos indígenas del pueblo Zenú.*

*Que se les ordene a los juzgados civiles del circuito de Sincelejo, que suspendan los procesos de demandas de expropiación de los predios ubicados entre los kilómetros PR 0+000 hasta el PR 18+03351+500 de la vía que conduce de Sincelejo a Tolviejo. Hasta tanto no se concerté el trazado vial con los cabildos indígenas del pueblo Zenú.*

*Que se ordene a Autopistas de la Sabana implementar las acciones de mitigación que conlleve (sic) al abastecimiento de agua potable a los habitantes del corregimiento Las Majaguas. Hasta que autopistas de la sabana les construya un nuevo reservorio hídrico que les permita abastecerse de agua potable.*

*Las demás que ordene Su Señoría en amparo de los derechos fundamentales de mis representados”<sup>2</sup>.*

## **2. Hechos y argumentos de la tutela**

De la demanda, se destaca la siguiente información:

Que el cabildo Maisheshe La Chivera tiene una población de 557 habitantes, agrupados en 127 familias, y está asentada en dos corregimientos del municipio de Sincelejo: La Chivera y Las Majaguas.

---

<sup>2</sup> Folio 11, cuaderno No. 1.

Que ese asentamiento indígena se extiende a lo largo de la carretera Sincelejo – Tolviejo, vía en la que se encuentran 47 viviendas de indígenas y la escuela Dulce Nombre de Jesús, sede Las Majaguas, que presta servicios educativos a niños de la comunidad Maisheshe La Chivera. Que, por ende, los miembros de esa parcialidad indígena deben transitar diariamente por esa carretera, ya sea a pie, en bicicleta o utilizando semovientes.

Que, mediante adicional No. 03 del 29 de marzo de 2010 al contrato de concesión vial Córdoba – Sucre No. 002 de 2007, suscrito entre el INCO (hoy ANI) y AS S.A.S., se pactó la ejecución por cuenta y riesgo de la sociedad concesionaria del estudio, diseño y construcción de la segunda calzada Sincelejo – Tolviejo, que comprende desde el PR 0+000 hasta PR 18+0335.

Que AS S.A.S. solicitó la respectiva licencia ambiental a la ANLA para dicho proyecto vial.

Que la ANLA, mediante Auto 2129 del 12 de julio de 2013, inició el trámite administrativo de licencia ambiental. Que, sin embargo, *“en la hoja 2 de dicho acto administrativo se manifiesta que solo existen dos parcialidades indígenas en la jurisdicción del proyecto vial, que son: La Parcialidad Indígena LA PALMIRA y LA UNIÓN FIORESTA (sic) pertenecientes al Municipio de Tolviejo – Sucre”*<sup>3</sup>.

Que, a finales del mes de noviembre de 2013, los miembros del cabildo indígena Maisheshe La Chivera le informaron a los funcionarios de AS S.A.S. —quienes hacían recorridos de medición topográfica— que el trazado de la segunda calzada Sincelejo – Tolviejo afectaba el territorio de esa comunidad indígena. Que, por ende, solicitaron la presencia del personal de coordinación social de la empresa, pero la visita nunca se realizó.

Que, mediante Resoluciones No. 0588 del 10 de junio de 2014 y 1283 del 27 de octubre de 2014, la ANLA otorgó licencia ambiental para la construcción de la segunda calzada del corredor vial Sincelejo – Tolviejo, sin que se hubiera agotado el procedimiento de consulta previa. Que, de hecho, esa licencia ambiental *“faculta al concesionario para que tale miles de árboles y se devaste (sic) zonas verdes que están ubicadas en las dos orillas de la vía, igualmente los facultan para hacer capturas y caza de animales silvestres, decisión que se tomó*

---

<sup>3</sup> Folio 2, cuaderno No. 1.

*sin la debida concertación y participación de las parcialidades indígenas del pueblo Zenú*<sup>4</sup>.

Que, con base en la autorización de la ANLA, la sociedad concesionaria AS S.A.S. inició las obras de construcción de la segunda calzada Sincelejo – Tolviejo a finales del mes de septiembre de 2014.

Las comunidades indígenas demandantes estiman que se vulneró su derecho a la consulta previa, pues las autoridades demandadas omitieron informarles sobre el proyecto de construcción de la segunda calzada de la carretera Sincelejo – Tolviejo. Según los actores, el trazado de la vía no prevé la construcción de ciclorrutas, puentes y zonas peatonales y pasos para semovientes.

Que, el 1º de diciembre de 2014, el capitán del cabildo Maisheshe La Chivera presentó escrito ante el Ministerio del Interior, en el que puso de presente que esa comunidad no había sido consultada por el proyecto de construcción de la segunda calzada de la carretera Sincelejo – Tolviejo. Que, a la fecha, el Ministerio no se ha pronunciado al respecto.

Por otra parte, según los actores, debe ordenarse la suspensión de los procesos de expropiación que el INCO está promoviendo ante los juzgados civiles del circuito de Sincelejo, toda vez que las inconsistencias frente al alinderamiento de los predios a expropiar pueden afectar los territorios indígenas.

Finalmente, los demandantes aducen que la ejecución de las obras de construcción del proyecto vial mencionado ha generado graves impactos ambientales, entre los que se cuentan la destrucción de 150.000 m<sup>2</sup> de bosque.

### **3. Intervención de las autoridades demandadas**

#### **3.1. Ministerio de Justicia y del Derecho**

La jefe de la oficina asesora jurídica adujo que el Ministerio de Justicia y del Derecho no está legitimado para comparecer como demandado al proceso, pues las pretensiones de la tutela no guardan ninguna relación con sus funciones y competencias. Que, por lo tanto, dicha entidad debe ser desvinculada del trámite de tutela.

---

<sup>4</sup> Folio 7, cuaderno No. 1.

### **3.2. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI**

La apoderada judicial de la ANI solicitó que se declarara improcedente la tutela o, en su defecto, que se desvinculara a la entidad por carecer de legitimación en la causa por pasiva.

Que, en efecto, la ANI no tiene competencia para expedir licencias ambientales. Que esa atribución está en cabeza de la ANLA, entidad ante la que se surtió el trámite de licenciamiento del proyecto de construcción de la segunda calzada Sincelejo – Tolviejo, incluida la socialización con las comunidades indígenas de la zona, como lo señaló la firma interventora del contrato de concesión No. 002 de 2007.

Que, contra lo afirmado por la parte actora, la sierra Flor no está catalogada como área protegida, sino como área de especial importancia ecológica, conforme con lo establecido en el Plan de Ordenamiento Territorial (POT) de Sincelejo.

Que, en todo caso, ese debate ya se está surtiendo en el proceso de acción popular No. 2015-00044, promovido por el señor Norbey Moreno a instancias del Tribunal Administrativo de Sucre, quien pretende, entre otras, que se ordene a la ANLA modificar la Resolución No. 0588 del 10 de junio de 2014, en el sentido de negar el licenciamiento ambiental en la zona conformada por los cerros y bosques de protección de la Sierra de la Flor de Sincelejo.

Que, por último, la tutela deviene improcedente porque los demandantes pueden ejercer las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, a fin de que se suspendan las resoluciones Nos. 0588 y 1283 de 2014.

### **3.3. Ministerio del Interior**

El director de consulta previa del Ministerio del Interior solicitó denegar las pretensiones de la tutela.

Luego de hacer un recuento de las normas que regulan el procedimiento de consulta previa, precisó que, conforme con el Decreto 2893 de 2011, esa entidad es la competente para expedir certificaciones sobre la presencia o no de comunidades étnicas en el área de interés de un proyecto, obra o actividad.

Que, para tal fin, se efectúa un análisis espacial de la zona de intervención del proyecto, obra o actividad, de acuerdo con la localización georreferenciada que allegue el interesado. Que, asimismo, se confrontan los datos aportados por el solicitante con las fuentes de información que posee la Dirección de Consulta Previa, tales como las bases cartográficas de resguardos indígenas y consejos comunitarios constituidos, elaboradas por el INCODER y el IGAC, entre otras entidades.

Que si existen dudas respecto de la presencia de grupos étnicos en la zona de influencia de un proyecto, obra o actividad, se programa una visita de verificación, cuyo objeto es *“realizar un reconocimiento etnológico de las comunidades, delimitando con especial atención la relación que tiene(n) las comunidades con los territorios que ocupan o utilizan de alguna manera y los aspectos colectivos de esa relación”*<sup>5</sup>.

Que una vez se registra la presencia de comunidades étnicas en determinados territorios, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior expide un acto administrativo, que establece la obligatoriedad de que un proyecto, obra o actividad sea consultado, y se da inicio al proceso de consulta. Que dicho trámite deberá adelantarse bajo el marco establecido en la ley, la jurisprudencia y la Directiva Presidencial No. 10 de 2013.

Que, en el caso concreto, el proceso de consulta previa se surtió cabalmente con las parcialidades indígenas La Palmira y La Unión Floresta, de acuerdo con la certificación expedida el 26 de julio de 2011 por el Ministerio del Interior.

Que, por otra parte, *“en lo relacionado con las comunidades étnicas del pueblo Zenú objeto de esta tutela: Cabildos Menores Indígenas Zeñú, Maisheshe La Chivera, Flores de Chinchelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito, no se encuentran relacionadas en la certificación de presencia de Grupos Étnicos en el área del proyecto (...) y por consiguiente no pueden verse afectadas por el desarrollo del mismo, como en tanto dichas comunidades no se encuentran asentadas en el área de influencia del proyecto”*<sup>6</sup>. Que, de hecho, la distancia existente entre el proyecto de construcción de la segunda calzada Sincelejo – Tolviejo y las comunidades indígenas demandantes, es prueba de que estas no se encuentran en el área de influencia:

---

<sup>5</sup> Folio 266, cuaderno No. 2.

<sup>6</sup> Folio 269, cuaderno No. 2.

- Maisheshe La Chivera: 2.5 km
- Flores de Chincelejo: 3 km
- Tatachio Mirabel: 7.8 km
- Mateo Pérez: 11.5 km
- Sabanalarga 18 km
- Palito y Lomas de Palito 20 km

#### **3.4. Autopistas de la Sabana S.A.S. (AS S.A.S.)**

El apoderado judicial de la sociedad AS S.A.S. se opuso a las pretensiones de la tutela y pidió que se denegara por improcedente.

En síntesis, señaló que los actores pudieron intervenir en el trámite administrativo de expedición de la licencia ambiental para el proyecto de construcción de la segunda calzada Sincelejo – Tolviejo, pero no lo hicieron. Que, además, cuentan con otros mecanismos judiciales para controvertir las Resoluciones 0588 y 1283 de 2014: la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o la acción popular.

Que, de hecho, algo similar ocurre con las decisiones adoptadas en el proceso de expropiación No. 2015-00039, que se adelanta en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Sincelejo, cuya suspensión se solicita por vía de tutela, por cuanto la apoderada de los demandantes intervino en ese proceso y *“una vez el juez la escuchó y dando aplicación al Numeral 11 del artículo 399 del Código General del Proceso, le advirtió que contaba con el término de diez días para promover incidente para que se reconozca su derecho, diez (10) días que aún no habían vencido al momento de presentarse la acción que los ocupa”*<sup>7</sup>.

Adicionalmente, manifestó que la tutela no cumple con el requisito de inmediatez porque se interpuso después de 2 años de la ocurrencia de los hechos que dieron lugar a la presunta vulneración de los derechos fundamentales, esto es, desde que dieron cuenta a la ANLA y a la ANI de los supuestos impactos que generaría la construcción de la segunda calzada de la carretera Sincelejo – Tolviejo para las comunidades indígenas.

En cuanto al fondo del asunto, adujo que quien tiene la competencia para determinar si se debe realizar el proceso de consulta previa frente a un determinado proyecto, obra o actividad es el Ministerio del Interior, entidad que,

---

<sup>7</sup> Folio 241, ibídem.

mediante oficio del 26 de julio de 2011, certificó que en el área de influencia del proyecto de construcción de la segunda calzada de la carretera Sincelejo – Toluviejo, únicamente se registraba la presencia de las parcialidades indígenas La Palmira y La Unión Floresta.

Que, posteriormente, el Ministerio del Interior, por comunicado del 5 de diciembre de 2013, dirigido a la ANLA, descartó la necesidad de agotar la consulta previa con las comunidades de Chinchelejo y Umaken, en razón de que son cabildos urbanos.

Que, mediante oficio 20101126662, el INCODER certificó que dicho proyecto no se traslapa ni se cruza con ningún territorio legalmente titulado a comunidades indígenas o afrodescendientes.

Que, en suma, la actuación de AS S.A.S. se ajustó a derecho porque surtió a cabalidad el proceso de consulta previa con las parcialidades indígenas, cuya presencia registró el Ministerio del Interior. Que, siendo así, no es posible obligar a la empresa concesionaria y ejecutora del proyecto vial a realizar consultas adicionales a las legalmente establecidas.

En relación con los trabajos que se adelantan en los cerros de Sierra Flor, manifestó que la sociedad concesionaria se ha limitado a cumplir con lo previsto en los actos administrativos de licenciamiento ambiental. Que, en efecto, en la zona licenciada se han realizado actividades de aprovechamiento forestal y de corte y excavación de material, mas no de minería, como lo afirma la parte actora.

Finalmente, sostuvo que no es lógico pensar que la construcción de la segunda calzada de la vía que conecta a los municipios de Sincelejo y Toluviejo pueda aumentar los niveles de riesgo de los transeúntes, pues *“en la actualidad el peatón para transitar por la vía, solo goza de una franja mínima de terreno al lado de la vía, en razón a que la calzada existente tiene un ancho de 7 m y no cuenta con bermas, por otro lado, como la calzada es bidireccional el peatón al pasar la vía tiene que preocuparse por observar hacia ambos sentidos del flujo vehicular”*<sup>8</sup>.

Que, en cambio, *“con la construcción de la segunda calzada el peatón podrá transitar de forma segura por una berma de 1.8 m de ancho, la calzada proyectada tendrá un ancho de 9.4 m, éste al momento de cruzar la vía solo se preocupará*

---

<sup>8</sup> Folio 252, cuaderno No. 2.

*por observar hacia un solo lado, luego debe esperar en el separador y nuevamente mirar en solo sentido hacia el otro lado, condiciones que sin lugar a dudas implican beneficios para los transeúntes*<sup>9</sup>.

### **3.5. Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA)**

La ANLA rindió el informe solicitado después de que se profirió la sentencia de tutela de primera instancia<sup>10</sup> y, por lo tanto, no será tenido en cuenta.

### **4. Sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo de Sucre, mediante sentencia del 30 de junio de 2015, concedió el amparo del derecho fundamental a la consulta previa, únicamente respecto de las parcialidades indígenas Flores de Chinchelejo y Maisheshe La Chivera.

De manera preliminar, señaló que tanto los hechos como los argumentos de la tutela resultaban confusos y, por ende, el estudio de fondo debía circunscribirse a la vulneración del derecho fundamental a la consulta previa. Que, de hecho, varios de los asuntos planteados en la solicitud de amparo *“ya han sido objeto de judicialización<sup>11</sup>, como lo es, la controversia en torno a las actuaciones emprendidas por el Juzgado Tercero Civil Oral del Circuito de Sincelejo<sup>12</sup>, y la afectación de los derechos colectivos y del medio ambiente<sup>13</sup>”<sup>14</sup>.*

Seguidamente, citó jurisprudencia de la Corte Constitucional, relacionada con los criterios que deben tenerse en cuenta al momento de establecer si existe afectación directa por el desarrollo de un proyecto, obra o actividad<sup>15</sup>, y concluyó que la cercanía geográfica de esas comunidades indígenas con el proyecto de construcción de la segunda calzada de la carretera Sincelejo – Tolviejo —2.5 y 3 km, respectivamente— era suficiente para concluir que debía realizarse la consulta previa.

---

<sup>9</sup> *Ibíd.*

<sup>10</sup> Ver folios 586 a 592, cuaderno No. 3.

<sup>11</sup> *“Donde se observa el ejercicio de sendas acciones con naturaleza, objeto y finalidad propia, lo que caracteriza su carácter autónomo, y que permite afianzar el estudio de fondo de esta solicitud de amparo, para determinar la supuesta vulneración o amenaza de derechos de corte iusfundamental”.*

<sup>12</sup> *“Ver folios 295-310 del expediente, donde es aportada copia de pieza procesal de acción de tutela, que cursa en el Tribunal Superior de Sincelejo, con radicación 2015-00118-00”.*

<sup>13</sup> *“Problemáticas que asumen su estudio, en el proceso contentivo de acción popular, con radicación 2015-00044-00, que cursa en este Tribunal, Despacho 001”.*

<sup>14</sup> Folio 328 vto., cuaderno No. 2.

<sup>15</sup> El *a quo* citó, entre otras, las sentencias T-001 de 2012 y T-693 y 698 de 2011.

Que, en cambio, como las parcialidades indígenas Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito, en su orden, se encuentran a 7.8, 11.5, 18 y 20 km de distancia del proyecto vial, quedaba desvirtuada la afectación directa.

Por último, sostuvo que la consulta con los cabildos Flores de Chinchelajo y Maisheshe La Chivera podía adelantarse, sin necesidad de suspender las obras del referido proyecto vial, *“máxime cuando se observa que el elemento proximidad, permite a su vez, el adecuamiento (sic) de un escenario de concertación, que resuelva los intereses de las comunidades indígenas amparadas y de aquellos, predicables del resto de la población Colombiana, beneficiado con el proyecto de la doble calzada”*<sup>16</sup>.

## **5. Impugnaciones**<sup>17</sup>

### **5.1. Parte demandante**<sup>18</sup>

La parte actora impugnó la sentencia de primera instancia, por las razones que la Sala resume así:

- (i) Que, pese a que concedió el amparo del derecho fundamental a la consulta previa, el tribunal no suspendió la ejecución de las obras de construcción de la segunda calzada de la carretera Sincelejo – Toluviéjo. Que esa circunstancia desconoce el Decreto 2591 de 1991, cuyo artículo 29 (numerales 3 y 4) establece que el fallo de tutela deberá contener la determinación del derecho tutelado y la orden y la definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la tutela.
- (ii) Que el *a quo* incurrió en extralimitación de funciones, pues ordenó que el proceso de consulta previa se agotara en un periodo máximo de 30 días hábiles, término que no está fijado en el Convenio 169 de la OIT ni en las normas de carácter nacional que regulan la materia, en especial, la Directiva Presidencial No. 10 de 2013 y el Decreto 2613 del mismo año. Que esa decisión caprichosa y subjetiva del tribunal *“de manera innegable favorece al principal accionado que es Autopistas de la Sabana, que incluso*

<sup>16</sup> Folios 332 vto. y 333, cuaderno No. 2.

<sup>17</sup> Mediante auto del 13 de julio de 2015, el Tribunal Administrativo de Sucre negó la solicitud de coadyuvancia de la impugnación de AS.S.A.S, presentada por la ANI.

<sup>18</sup> Si bien los demandantes presentaron solicitud de aclaración del fallo de tutela de primera instancia, el *a quo*, mediante auto del 13 de julio de 2015, determinó que, en realidad, lo que pretendían era cuestionar los argumentos expuestos en la sentencia y, en consecuencia, le dio el tratamiento de impugnación.

*se está enriqueciendo ilícitamente con las extracciones ilegales de material, ejerciendo abiertamente la minería ilegal en los suelos de protección de los cerros de la sierra flor de Sincelejo*<sup>19</sup>.

(iii) Que debió ordenarse la nulidad de todo lo actuado en el trámite de licenciamiento ambiental o, en su defecto, la inaplicabilidad de los actos administrativos que otorgaron la licencia ambiental al proyecto vial, en los términos del artículo 29, numeral 6, del Decreto 2591 de 1991.

## **5.2. Autopistas de la Sabana S.A.S. (AS S.A.S.)**

En general, AS S.A.S. reiteró los argumentos expuestos en la contestación, en cuanto a la improcedencia de la tutela por incumplimiento del requisito de inmediatez y la certificación del Ministerio del Interior, en la que consta que las comunidades indígenas demandantes se encuentran por fuera del área de influencia del proyecto. Adicionalmente, dijo que, contra lo afirmado por el tribunal, en el proceso no existe prueba de la real afectación de las parcialidades indígenas Flores de Chinchelajo y Maisheshe La Chivera. Que, de hecho, una vez realizada la visita de verificación al área de influencia del proyecto vial en cuestión y luego del análisis de elementos geográficos, cartográficos y espaciales, el grupo de consulta previa del Ministerio del Interior determinó que el proceso de consulta previa debía agotarse únicamente frente a las comunidades indígenas La Palmira y La Unión Floresta.

Que, por otra parte, *“Los accionantes beneficiarios con el fallo de tutela objeto de impugnación solo realizan la manifestación de ser indígenas y pertenecer a una comunidad, pero no allegan prueba alguna que así lo demuestre, por el contrario nosotros sí demostramos que lo que pretende la parte demandante es obstruir el proceso constructivo y especialmente la entrega del predio del señores (sic) Juan Carlos Payares, identificado con la matrícula inmobiliaria 34056032”*<sup>20</sup>.

## **5.3. Ministerio del Interior**

En el escrito de impugnación, el Ministerio del Interior insistió en que el factor determinante para la procedencia de la consulta previa es que la medida adoptada o el POA que se vaya a realizar afecten directamente a la comunidad. Que, siendo así, no debió concederse el amparo pedido porque esa entidad certificó que las

---

<sup>19</sup> Folio 652, cuaderno No. 4.

<sup>20</sup> Folio 700, cuaderno No. 4.

parcialidades indígenas demandantes se encuentran por fuera del área de intervención del proyecto de construcción de la segunda calzada de la carretera Sincelejo – Tolviejo.

#### **5.4. Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA**

La apoderada judicial de la ANLA impugnó<sup>21</sup> la providencia de primera instancia y manifestó que sustentaría el recurso de alzada en segunda instancia. No obstante, revisado el expediente, no se encontró dicha sustentación. Por lo tanto, la Sala debe entender que la impugnación de la ANLA versa sobre los aspectos desfavorables del fallo de primera instancia.

### **CONSIDERACIONES**

#### **1. De la acción de tutela. Generalidades**

La acción de tutela es un mecanismo judicial cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley.

La tutela procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, el otro medio de defensa debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado, siempre que esté acreditada la razón para conferir la tutela.

#### **2. Caso concreto**

En el *sub examine*, la parte actora, conformada por varios cabildos menores indígenas asentados en el departamento de Sucre, solicitó la protección los derechos fundamentales a la vida, a la consulta previa, a la igualdad, al debido proceso, de petición y a la libertad de locomoción, a su juicio, vulnerados por la ANLA, el Ministerio del Interior, la ANI y la sociedad AS S.A.S., por cuanto omitieron agotar la consulta previa frente al trámite de licenciamiento ambiental del

---

<sup>21</sup> Mediante escrito del 7 de julio de 2015, visible a folio 728, cuaderno No. 4.

proyecto de construcción de la segunda calzada de la carretera Sincelejo – Toluvejo.

Desde ya conviene aclarar que la Sala no se ocupará de estudiar los argumentos relacionados con **i)** las actuaciones adelantadas por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Sincelejo, en el proceso de expropiación No. 2015-00039-00, y **ii)** los presuntos impactos ambientales derivados de la ejecución del proyecto vial en cuestión, pues, como acertadamente lo advirtió el *a quo*, esos asuntos ya son del conocimiento del Tribunal Superior de Sincelejo (proceso de tutela No. 2015-00118-00) y del Tribunal Administrativo de Sucre (proceso de acción popular No. 2015-00044-00).

De otro lado, se advierte que en el fallo de tutela de primera instancia el *a quo* concluyó que las parcialidades indígenas Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito no se encontraban en el área de influencia del proyecto vial mencionado y les denegó el amparo pedido. Esa decisión no fue cuestionada en la impugnación, razón por la que la Sala tampoco se referirá a la presunta vulneración de los derechos fundamentales de esas comunidades indígenas.

### **3. Problema Jurídico**

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

Si la sentencia de tutela de primera instancia se ajustó a derecho, en cuanto amparó el derecho fundamental a la consulta previa de las parcialidades indígenas Maisheshe La Chivera y Flores de Chinchalejo y ordenó que, en el término de 30 días hábiles, se agotara la consulta con esas comunidades, respecto del impacto que generarán las obras de construcción de la segunda calzada de la carretera Sincelejo – Toluvejo.

De manera previa al estudio del problema jurídico formulado, la Sala deberá determinar si la tutela cumple con el requisito de inmediatez, habida cuenta de que la sociedad AS S.A.S., tanto en la contestación de la demanda como en la impugnación, alegó que la parte actora presentó la solicitud de amparo 2 años después de que le informaron a la ANLA y a la ANI sobre los posibles impactos que se generarían con la construcción del proyecto vial mencionado.

#### **4. Análisis de la Sala**

##### **4.1. Del cumplimiento del requisito de inmediatez**

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

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

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

En el caso concreto, la Sala encuentra que las parcialidades indígenas demandantes alegaron, principalmente, que no se les consultó respecto de la construcción de la segunda calzada de la carretera Sincelejo – Toluviéjo, a pesar de que están asentadas en el área de influencia de ese proyecto. Que, de hecho, tampoco las tuvieron en cuenta durante el trámite de licenciamiento ambiental, que culminó con la expedición de las Resoluciones Nos. 0588 y 1283 del 10 de junio y del 27 de octubre de 2014.

Entonces, si la solicitud de amparo fue presentada el 16 de junio de 2015, no es cierto que hayan transcurrido más de 2 años desde que las comunidades indígenas demandantes le informaron a la ANLA y a la ANI sobre los impactos que sufrirían en el evento de construirse el proyecto vial referido, como lo afirma la sociedad AS S.A.S. En realidad, han pasado 8 meses desde que se expidió el último acto administrativo de otorgamiento de la licencia ambiental.

A juicio de la Sala, ese término es razonable para que un grupo étnico ejerza la acción de tutela en pos de la defensa de sus derechos fundamentales. En efecto, si la Sala Plena de esta Corporación estimó que 6 meses, contados a partir de la notificación, era un plazo prudente para instaurar la acción de tutela contra providencias judiciales<sup>22</sup>, es perfectamente razonable que las comunidades indígenas demandantes hubieran tardado 8 meses para elaborar la demanda y solicitar la protección de los derechos fundamentales invocados, en especial, el de la consulta previa.

Tampoco se puede pasar por alto que esas parcialidades indígenas ostentan la condición de sujetos de especial protección constitucional y, por lo tanto, el análisis del requisito de inmediatez no puede ser tan riguroso.

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

#### **4.2. Del derecho fundamental a la consulta previa**

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

Ahora, si bien el término grupo étnico no alude específicamente a los grupos minoritarios (pues, como se dijo, en estricto sentido hace referencia al conjunto de personas de la misma etnia), lo cierto es que la jurisprudencia nacional ha utilizado dicha expresión preferentemente para referirse a comunidades históricamente discriminadas, comunidades que, por cuenta de la imposición de una visión del mundo mayoritariamente aceptada y del acceso restringido a instancias de decisión, han visto debilitadas sus prácticas culturales, sociales y espirituales. Los grupos étnicos asentados en territorio colombiano son los indígenas, los negros, los raizales, los palenqueros y los rom o gitanos<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Expediente: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Demandante: Alpina Productos Alimenticios S.A. Demandado: Consejo de Estado – Sección Primera.

<sup>23</sup> Sobre el reconocimiento del pueblo rom o gitano como grupo etnocultural diverso, la Corte Constitucional, en sentencia C-864 de 2008, señaló que “*Aunque no existe en la Constitución Política un reconocimiento específico del Pueblo ROM como un grupo étnico sujeto de especial protección constitucional, el mismo sí ha sido reconocido por el Consejo Nacional de Seguridad social en Salud como un pueblo tribal objeto de la*

Ese contexto de debilitamiento sistemático de los valores y costumbres de los grupos étnicos, sumado a “*las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven*”<sup>24</sup>, explica la adopción en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) del Convenio 169 sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales en países independientes.

En Colombia, el Convenio 169 de la OIT se aprobó mediante la Ley 21 de 1991, que es la primera respuesta efectiva del Estado frente a las voces inconformes que empezaban a exigir cambios profundos en el sistema político-normativo imperante del país, que no propendía por la protección de la diversidad étnica y cultural<sup>25</sup>. Vale decir que dicha ley también fue el prelude del reconocimiento constitucional de la diversidad étnica. El artículo 7 de la Constitución Política, por ejemplo, hace alusión al reconocimiento y la protección de la diversidad étnica de la nación colombiana por parte del Estado.

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

La consulta previa es, pues, el derecho fundamental<sup>26</sup> de los grupos étnicos a ser informados y consultados sobre la adopción de las medidas administrativas o legislativas que puedan afectarlos directamente. *Grosso modo*, el objetivo principal de la consulta previa es establecer un diálogo con el respectivo grupo étnico, que favorezca la adopción de las medidas administrativas o legislativas y al mismo tiempo mantener incólume su integridad étnica y cultural.

---

*aplicación del Convenio 169 de la OIT, por lo que el mencionado Consejo ha dictado normas especiales dirigidas a proteger el derecho a la salud de los miembros de este pueblo (...)*  
*la Corte concluye que un órgano gubernamental ha reconocido formalmente que el pueblo Rom o pueblo gitano, por su proceso histórico y cultural y su conciencia de identidad comunitaria, es un pueblo tribal o grupo étnico al cual se hacen extensivas las disposiciones contenidas en el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional de Trabajo, OIT (...)*”.

<sup>24</sup> Consideraciones del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

<sup>25</sup> “*Para Stavenhagen (2009), el pasado colonial y poscolonial de la explotación, racismo y exclusión social de los pueblos étnicos que se mantuvo en la construcción de los Estados nacionales en las Américas tuvo como ruptura histórica la década de los 80 del siglo XX, donde un considerable número de Estados adoptaron reformas legales que incorporaron por vez primera los pueblos indígenas al marco legal de los países*”. Extracto tomado del texto de autoría de Rodrigo Almanza Hernández y Carlos Eduardo Salinas Alvarado: Consulta previa: recorrido introductorio hacia un diálogo intercultural. Revista Centro de Estudios Políticos del Ministerio del Interior y de Justicia, número 2, año 2. Enero – junio de 2010.

<sup>26</sup> En varios pronunciamientos, la Corte Constitucional ha reiterado que el derecho de los grupos étnicos a la consulta previa es de carácter fundamental. Ver, entre otras, las siguientes sentencias: T-428 de 1992, SU-037 de 1997, T-652 de 1998, T-634 de 1999, SU-383 de 2003, T-955 de 2003, T-737 de 2005, T-880 de 2006, T-154 de 2009 y T-769 de 2009.

Sobre la finalidad de la consulta previa, en sentido más amplio, la Corte Constitucional manifestó<sup>27</sup>:

*“(...) la consulta previa tiene la finalidad de (i) dotar a las comunidades de conocimiento pleno sobre los proyectos y decisiones que les conciernen directamente -como los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, así como los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; (ii) ilustrar a las comunidades sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares; (iii) brindar la oportunidad a las comunidades para que libremente y sin interferencias extrañas, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valoren conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto; sean oídas en relación con las inquietudes y pretensiones que tengan en lo que concierne a la defensa de sus intereses y puedan pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto (...).”*

Ahora, conviene recordar que la consulta previa no genera el derecho de veto de los grupos étnicos frente a las medidas administrativas o legislativas que pretenda implementar el Estado, sino que, en palabras de la Corte Constitucional, *“se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo”*<sup>28</sup>.

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

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

---

<sup>27</sup> Sentencia SU-039 de 1997. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

<sup>28</sup> Sentencia SU-383 de 2003. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

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

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

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

De lo anteriormente expuesto, podría inferirse que solo las personas individualmente consideradas son titulares de derechos fundamentales y que, por ende, aparecen como las únicas habilitadas para comparecer al proceso de tutela en calidad de demandantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho<sup>29</sup> que, en virtud del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, las comunidades étnicas: indígenas, negros, raizales, palenqueros y rom, son titulares de derechos fundamentales. Según la Corte, *“En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia”*<sup>30</sup>. La consulta previa —derecho cuyo amparo se solicita principalmente en el *sub examine*— es uno de esos derechos fundamentales de las comunidades étnicas que puede ser vulnerado o amenazado.

En lo que concierne a la consulta previa, conviene aclarar que, de conformidad con lo previsto en el Decreto 1320 de 1998<sup>31</sup> y en el Decreto Ley 2893 de 2011<sup>32</sup>,

<sup>29</sup> Ver Sentencia T-380 de 1993. Reiterada en las sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998 y SU-383 de 2003 y T-769 de 2009, entre otras.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> *“ARTÍCULO 3o. IDENTIFICACIÓN DE COMUNIDADES INDÍGENAS Y NEGRAS. Cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda realizar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por comunidades indígenas o negras susceptibles de ser afectadas con el proyecto, le corresponde al Ministerio del Interior certificar la presencia de dichas comunidades, el pueblo al que pertenecen, su representación y*

el Ministerio del Interior es la entidad competente para certificar sobre la existencia y representación de un grupo étnico en determinado territorio.

En ejercicio de la autonomía que se deriva de la Constitución Política, las comunidades étnicas tienen derecho a establecer sus propias formas de organización y sus sistemas de autoridad, gobierno y representación. En tal virtud, las comunidades indígenas conforman cabildos<sup>33</sup> y las comunidades negras hacen lo propio mediante los llamados consejos comunitarios<sup>34</sup>. En todo caso, para cada una de esas formas de organización, la comunidad elige una o varias personas, según el caso, a fin de que representen sus intereses.

De manera que, cuando se reclama la protección de un derecho fundamental cuyo titular es un determinado grupo étnico, como la consulta previa, es necesario **i)** que el Ministerio del Interior certifique sobre la existencia y representación de la comunidad étnica, y **ii)** que la solicitud de tutela sea presentada por el representante de la respectiva comunidad étnica<sup>35</sup>. De esa forma el juez de tutela no solo adquiere certeza sobre la presencia de un grupo étnico en determinado territorio, sino que también se asegura de que la persona que presenta la solicitud de amparo esté legitimada para hacerlo, esto es, que esté habilitado para pedir la protección de los derechos fundamentales en representación de toda la comunidad.

## 5. Del material probatorio allegado al proceso

---

*ubicación geográfica. El Instituto Colombiano para la Reforma Agraria - Incora, certificará sobre la existencia de territorio legalmente constituido (...)*" (subrayado fuera del texto original).

<sup>32</sup> "ARTÍCULO 16. FUNCIONES DE LA DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA. Son funciones de la Dirección de Consulta Previa, las siguientes:  
(...)

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

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

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

<sup>33</sup> "Ley 89 de 1890. Artículo 3°. En todos los lugares en que se encuentre establecida una parcialidad de indígenas habrá un pequeño cabildo nombrado por éstos, conforme sus costumbres (...).

<sup>34</sup> "Decreto 1745 de 1995. Artículo 3°. Definición. Una comunidad negra podrá constituirse en Consejo Comunitario, que como persona jurídica ejerce la máxima autoridad de administración interna dentro de las Tierras de las Comunidades Negras, de acuerdo con los mandatos constitucionales y legales que lo rigen y los demás que le asigne el sistema de derecho propio de cada comunidad (...).

<sup>35</sup> En los asuntos relacionados con el derecho a la consulta previa, la Corte Constitucional siempre revisa que la comunidad étnica esté reconocida como tal y que la persona que instaura la acción de tutela esté legitimada para hacerlo. Por ejemplo, en la sentencia T-116 de 2011, magistrado ponente: Humberto Sierra Porto, verificó que la comunidad indígena paez de La Gaitana existía y que la señora Marciana Quira Calapsu, que interpuso la tutela, ostentaba la calidad de representante de esa comunidad.

Revisado el expediente de tutela, la Sala encontró las siguientes pruebas relevantes:

- Resolución No. 321 del 29 de abril de 2011, expedida por el director de asuntos indígenas, minorías y rom del Ministerio del Interior, por la que se reconoce como parcialidad indígena a la comunidad Maisheshe La Chivera, del pueblo Zenú (folios 25 a 27, cuaderno No. 1).
- Acta No. 4404 del 13 de mayo de 2015, en la que consta que el señor Félix Valois Paternina Romero se posesionó como capitán del cabildo indígena Zenú, Maisheshe La Chivera, servicio para el que fue elegido por la Asamblea General del cabildo, el 15 de diciembre de 2014 (folio 24, cuaderno No. 1).
- Acta de la Asamblea General del 6 de enero de 2015, en la que consta que el señor Luis Rafael Martínez Martínez resultó elegido capitán del cabildo indígena Zenú, Flores de Chinchelejo (folio 30, cuaderno No. 1).
- Acta No. 4313 del 12 de marzo de 2015, en la que consta que el señor Luis Rafael Martínez Martínez se posesionó como capitán del cabildo indígena Zenú, Maisheshe La Chivera, servicio para el que fue elegido por la Asamblea General del cabildo, el 6 de enero de 2015 (folio 29, cuaderno No. 1).
- Copia del adicional al contrato de concesión No. 002 de 2007, proyecto concesión vial Córdoba – Sucre, suscrito entre el INCO (hoy ANI) y la sociedad AS S.A.S. En ese documento consta que se pactó la ejecución por cuenta y riesgo de la sociedad concesionaria del estudio, diseño y construcción de la segunda calzada Sincelejo – Tolviejo, que comprende desde el PR 0+000 hasta PR 18+0335 (folios 64 a 73, cuaderno No. 1).
- Auto No. 2129 del 12 de julio de 2013, expedido por el coordinador del grupo de infraestructura de la ANLA, por el que se inició el trámite administrativo de licenciamiento ambiental del proyecto vial segunda calzada de la carretera Sincelejo – Tolviejo (folios 74 a 77, cuaderno No. 1).
- Copia del oficio del 21 de mayo de 2013, suscrito por Luis Rafael Martínez Martínez y José Luis Mercado Narváez, por el que informan a la ANLA, a la ANI y al Ministerio de Transporte sobre los inconvenientes y eventuales impactos para las comunidades indígenas, derivados de la construcción de la doble calzada de la carretera Sincelejo – Tolviejo. Textualmente, manifestaron que *“Los Cerros de la Sierra Flor, para nuestro Resguardo*

*Indígena, son de suma importancia, estas montañas representan una riqueza espiritual. En ese sitio, es donde le rendimos honor al Águila Roja; que para nosotros es el ave que nunca muere, por ser el contacto cosmológico en nuestra espiritualidad, que nos brinda sabiduría y protección. No podemos dejar pasar, en informales, que este próximo 25 de mayo, realizaremos un rito sagrado en los Cerros de la Sierra Flor, en honor a nuestra reina LUNA, ya que ese día habrá eclipse de Luna Llena, permitiéndonos hacer nuestras plegarias de protección y buena venturanza”* (folios 79 a 81, cuaderno No. 1).

- Copia del concepto emitido por el antropólogo, Luis Cadena Tejeda, consultor de la firma C & C Asesores y Consultores, sobre el rol espiritual y vital que cumplen los cerros de la Sierra Flor, en la cotidianidad de las comunidades indígenas asentadas en la zona (folios 93 a 95, cuaderno No. 1).
- Cederrón<sup>36</sup> contentivo de las Resoluciones Nos. 0588 del 10 de junio de 2014 y 1283 del 27 de octubre del mismo año, por las que la ANLA otorgó licencia ambiental a la sociedad AS S.A.S., para el proyecto de construcción de la segunda calzada de la carretera Sincelejo – Tolviejo (folio 133, cuaderno No. 1).
- Certificación del 26 de julio de 2011, expedida por la coordinadora del grupo de consulta previa del Ministerio del Interior, en la que consta que, de acuerdo con la visita de verificación efectuada, en el área de influencia del proyecto de construcción de la segunda calzada de la carretera Sincelejo – Tolviejo únicamente se registra la presencia de las parcialidades indígenas Palmira y Unión Floresta (folios 271 y 272, cuaderno No. 2).
- Oficio del 31 de octubre de 2013, dirigido a la Secretaría Técnica del OCAD<sup>37</sup> del fondo de ciencia, tecnología e innovación del SGR<sup>38</sup>, por el que el gobernador del departamento de Sucre presenta el programa de investigación y transferencia de tecnologías para el incremento del valor de las plantas aromáticas y medicinales del caribe colombiano, con participación, entre otros, de la empresa Natures Fragances & Flavors S.A.S. y el cabildo indígena Flores de Chincelejo (folios 305 y 306, cuaderno No. 2).

---

<sup>36</sup> Según el diccionario panhispánico de dudas, cederrón es el sustantivo creado a partir de la lectura española de la sigla CD-ROM (compact disc read-only memory). Ver <http://lema.rae.es/dpd/?key=cederr%C3%B3n>.

<sup>37</sup> Órgano Colegiado de Administración y Decisión.

<sup>38</sup> Sistema General de Regalías.

- Certificación del 25 de junio de 2015, expedida por el representante legal de la empresa Naturus Fragances & Flavors S.A.S., en la que consta que las parcialidades indígenas Flores de Chinchelejo y Maisheshe La Chivera<sup>39</sup> *“están realizando la siembra y cultivo de las plantas aromáticas y recibiendo capacitación y entrenamiento en el procesamiento para la industria de aceites esenciales desde el marco científico y tecnológico (...) en el predio ubicado en la parte alta de los cerros de la sierra flor de Sincelejo, margen izquierdo, a (sic) de la vía que conduce de Sincelejo a Tolviejo. Beneficiándose 20 familias pertenecientes a dicha comunidad indígena”* (folio 302, cuaderno No. 2).
- Oficio del 5 de diciembre de 2013, suscrito por el director del grupo de consulta previa del Ministerio del Interior, por el que se da respuesta a la directora general de la ANLA frente a la solicitud de certificar sobre la presencia de las comunidades Chinchelejo y Umaken en el área de influencia del proyecto de construcción de la segunda calzada de la carretera Sincelejo – Tolviejo. En ese oficio, el director de consulta previa informó que se trata de cabildos indígenas urbanos que no aparecen registrados en las bases de datos y, seguidamente, ratificó que las únicas comunidades presentes en la zona son Palmira y Unión Floresta.
- Acta de la audiencia pública ambiental celebrada el 24 de abril de 2014, previa convocatoria de la ANLA, en la que consta la asistencia del señor Luis Rafael Martínez Martínez, como miembro de las comunidades del área de influencia del proyecto vial mencionado (Documento contenido en el Cederrón aportado por la sociedad AS S.A.S. Ver folio 209, cuaderno No. 1).
- Informe del 28 de mayo de 2015, suscrito por el director de interventoría del consorcio El Pino), que, entre otros aspectos, se refirió a la ejecución del proyecto de construcción de la segunda calzada de la carretera Sincelejo – Tolviejo en los cerros de la Sierra Flor, así:

*“Los cerros de Sierra Flor no se encuentran peticionados, ni reconocidos como resguardo indígena, así lo manifiesta la Licencia Ambiental:*

*(...)*

*En este sentido, es necesario dar alcance al Concepto Técnico No. 8376 del 15 de mayo de 2014, en lo relacionado con el pronunciamiento sobre el sub-tramo comprendido entre los PR 1+500 a PR 3+000, el cual sería objeto de análisis una vez se absolvieran las inquietudes manifestadas por representantes de la comunidad durante una Audiencia Pública del día 24*

---

<sup>39</sup> En la certificación también se mencionó a los cabildos menores Umaken y Chayewaspa, que no conforman el extremo activo de la demanda de tutela bajo estudio.

de abril de 2014, lo cual implicaba obtener respuesta por parte de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, referente a la existencia de Sierra Flor como sitio espiritual y ritual para las personas que se identificaron como miembros del grupo étnico Zenú (...)” (folio 224 a 229, cuaderno No. 2).

## 6. Solución del problema jurídico

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

De las pruebas allegadas al proceso, es posible colegir que en el *sub lite* se cumple cabalmente el primer presupuesto: legitimación por activa, pues, en lo que en esta instancia interesa, la tutela fue presentada por los señores Félix Valois Paternina Romero y Luis Rafael Martínez Martínez, quienes acreditaron haber sido elegidos y haber tomado posesión como capitanes de los cabildos indígenas Maisheshe La Chivera y Flores de Chinchelejo, respectivamente.

No cabe duda, entonces, de que esas personas actúan en representación de las referidas parcialidades indígenas y que estaban plenamente habilitadas para reclamar la protección de los derechos fundamentales de sus comunidades.

Con respecto al segundo presupuesto, la Sala observa que, en el año 2011, el Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa certificó que en el área de influencia del proyecto vial en cuestión únicamente se registró la presencia de los cabildos indígenas Palmira y Unión Floresta. Es decir, que se descartó de plano la presencia de las comunidades Maisheshe La Chivera y Flores de Chinchelejo, aquí demandantes.

De acuerdo con lo explicado, en principio, dicha certificación sería suficiente para desestimar la vulneración de los derechos fundamentales invocados. De hecho, así lo resolvió esta Sección en anteriores oportunidades<sup>40</sup>. Empero, en este caso, la Sala no puede pasar por alto que existen otras pruebas sobre la presencia de indígenas pertenecientes a las parcialidades Maisheshe La Chivera y Flores de Chinchelejo en el área de intervención del proyecto, particularmente, en los cerros

---

<sup>40</sup> Ver, entre otras, las sentencias del 16 de diciembre de 2013 (expediente No. 25000-23-41-000-2013-01783-01) y del 6 de agosto de 2014 (Expediente No. 47001-23-33-000-2014-00042-01).

de la Sierra de Flor. Es más, del material probatorio obrante en el expediente se extrae que las autoridades demandadas recibieron información sobre la presencia de esas comunidades en la zona y, sin embargo, omitieron consultarlas.

En efecto, mediante oficio del 21 de mayo de 2013, Luis Rafael Martínez Martínez, en calidad de representante del cabildo Flores de Chinchelejo, le advirtió a la ANLA, a la ANI y al Ministerio de Transporte, que su comunidad practicaba ritos ancestrales en los cerros de la Sierra Flor, razón por la que la construcción de la doble calzada de la carretera Sincelejo – Toluvié podría generar inconvenientes. De hecho, en su momento, la directora de la ANLA le pidió al Ministerio de Interior, que certificara nuevamente sobre la presencia de parcialidades indígenas en la zona de intervención del proyecto, pero el Ministerio del Interior se ratificó en que las únicas comunidades asentadas en la zona eran Palmira y Unión Floresta.

Por igual, está demostrado que el señor Martínez Martínez asistió a la audiencia pública ambiental convocada por la ANLA, en calidad de miembro de las comunidades del área de influencia del proyecto. Según lo informado por la firma interventora del contrato de concesión No. 002 de 2007 (consorcio El Pino), en esa audiencia los miembros de la etnia Zenú manifestaron su preocupación por los impactos que se generarían sobre los cerros de la Sierra Flor, por tratarse de un sitio de gran valor espiritual.

A lo anterior se suman, el concepto emitido por el antropólogo Luis Cadena Tejeda, que enfatiza en el significado espiritual que tienen los cerros de la Sierra Flor para los cabildos Maisheshe La Chivera y Flores de Chinchelejo, y los documentos que dan cuenta del proyecto productivo (siembra de plantas aromáticas) que están desarrollando en esos cerros.

Tales pruebas, valoradas en conjunto, no solo dan cuenta de la presencia de las parcialidades indígenas mencionadas en la zona de intervención del proyecto vial, sino que suponen que las autoridades y la sociedad concesionaria demandadas conocían de antemano esa información, circunstancias que, en el caso particular, permiten desvirtuar el contenido de la certificación expedida por el Ministerio del Interior y, de contera, los argumentos expuestos en la impugnación por la concesionaria AS S.A.S., que aseveró que dicha certificación era suficiente para relevarse de agotar el proceso de consulta.

Ahora, aunque es cierto que un contratista del Ministerio del Interior recorrió la zona de ejecución del proyecto vial, en aras de informar sobre la existencia de

grupos étnicos en la zona, también lo es que no se percató de los usos culturales y religiosos que las parcialidades Maisheshe La Chivera y Flores de Chinchelejo le han dado ancestralmente a los cerros de la Sierra Flor.

Esa omisión en la visita de verificación llevó al Ministerio a concluir que no era necesaria la consulta previa, hecho que, a la postre, vulneró los derechos de las comunidades indígenas referidas a ser informadas y consultadas sobre la ejecución de obras de infraestructura en su territorio. Según la Corte Constitucional, *“esa verificación no se debe agotar ‘en la presencia física o en la residencia, sino en el desarrollo actual y regular de prácticas tradicionales de supervivencia o simbólicas, tales como la caza, la pesca, la recolección de frutos, la práctica de rituales, entre otras más”*.<sup>41</sup>

La naturaleza sagrada de los cerros de Sierra Flor no ha sido controvertida por las autoridades y la sociedad demandadas. Lo que alegan es que existen certificaciones en las que consta que los cabildos demandantes no se encuentran en el área de influencia del proyecto vial en cuestión (certificación Ministerio del Interior), y que este, a su vez, no se traslapa con ningún territorio colectivo titulado (certificación INCODER).

Para la Sala, es evidente que las demandadas parten de una interpretación restringida del concepto de territorio de las comunidades étnicas, pues entendieron que alude únicamente al territorio colectivo titulado por el INCODER. Esa noción reducida del territorio se contrapone al postulado constitucional de reconocimiento y protección de la diversidad étnica, toda vez que excluye las áreas en las que esos grupos desarrollan actividades de orden religioso, cultural y económico. Sobre el particular, la Corte Constitucional<sup>42</sup> ha dicho lo siguiente:

*“(…) Dada la relación de las comunidades con el hábitat, su concepto de territorio es dinámico, pues para ellas comprende, como indica la doctrina, ‘todo espacio que es actualmente imprescindible para que un pueblo indígena acceda a los recursos naturales que hacen posible su reproducción material y espiritual, según sus características propias de organización productiva y social. Este espacio se puede presentar, según sea el caso, de manera continua o discontinua. // Aclaro que me refiero a un ‘espacio actual’ porque sitúo la consideración de la definición de límites territoriales de un pueblo determinado, en un momento histórico sincrónico cuyas características demográficas y tecnológicas, una vez determinado el espacio que le corresponde, deberán modificarse y/o readecuarse en el futuro, de tal manera que guarden una relación equilibrada al interior de sus límites”*<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Sentencia T-693 de 2011.

<sup>42</sup> Sentencia T-693 de 2011.

<sup>43</sup> “Balza Alarcón, Roberto. ‘Tierra, territorio y territorialidad indígena.’ Pág. 80”.

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

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

*Otro aspecto que vale la pena resaltar, se relaciona con la propiedad, ya que, contrario al concepto comunal que manejan las comunidades étnicas, la cultura occidental mantiene una visión privatista de la propiedad. Al respecto, esta Corporación ha sostenido que el derecho a la propiedad privada ‘es el prototipo de los derechos patrimoniales y, junto con la libertad de contratación, constituye la expresión más notable de la libertad económica del individuo en el Estado liberal o democrático, que permite a aquel obtener los bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades’<sup>44</sup>.*

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

Con claridad sobre lo anterior, pasa la Sala a estudiar los argumentos de la impugnación expuestos por la parte demandante.

El *a quo* concedió la tutela pedida, respecto de las parcialidades indígenas Maisheshe La Chivera y Flores de Chinchelejo, y ordenó que, en el término de 30 días hábiles, se agotara la consulta con esas comunidades, debido al impacto que generarán las obras de construcción de la segunda calzada de la carretera Sincelejo – Tolviejo. No obstante, **i)** guardó silencio frente a la solicitud de declarar la nulidad de todo lo actuado en el trámite de licenciamiento ambiental, y **ii)** negó la pretensión relacionada con la suspensión de la ejecución de las obras de construcción del referido proyecto vial, pues, en su criterio, resultaba innecesaria, debido a que la proximidad de las comunidades permitía establecer espacios de concertación. Precisamente, esos son los puntos de inconformidad planteados por la parte actora en la impugnación.

Para la Sala, no es procedente dejar sin efectos los actos administrativos de licenciamiento ambiental del proyecto de construcción de la segunda calzada de la carretera Sincelejo – Tolviejo.

---

<sup>44</sup> “Sentencia C-864 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería”.

En efecto, a pesar de que está probado que la ANLA inició y culminó dicho trámite sin que se hubiera surtido la consulta previa, lo cierto es que esa entidad cumplió con la obligación de solicitar la certificación sobre la presencia de grupos étnicos en la zona. Cosa distinta es que, como se vio, para el Ministerio del Interior hayan pasado inadvertidos los rituales y las actividades económicas de los integrantes de los cabildos Maisheshe La Chivera y Flores de Chinchalejo en los cerros de la Sierra Flor. Se insiste: en el *sub lite*, la entidad que generó la vulneración del derecho a la consulta previa fue el Ministerio del Interior, por haber certificado que en el área de influencia del proyecto vial mencionado solo se encontraban las parcialidades Palmira y Unión Floresta.

Conviene decir, además, que la Corte Constitucional, en casos similares, ha dicho que *“realizar la consulta previa con posterioridad al inicio del proyecto o a la adopción de la medida administrativa, no sana el vicio que generó no realizarla previamente, pero permite que la comunidad afectada intervenga en el proceso restante a la finalización del proyecto, obra o actividad y tenga conocimiento de qué es lo que se va a desarrollar en su territorio para solicitar la mitigación o compensación de impactos culturales que puedan generarse”*<sup>45</sup>.

En cuanto al segundo punto de inconformidad, cabe anotar que la Sala comparte la decisión de no suspender la ejecución de las obras, pues, al igual que el *a quo*, estima que la cercanía geográfica entre esos cabildos y las obras puede favorecer la concertación, sin que sea necesario interrumpir el desarrollo de la actividad contractual. De hecho, con miras a lograr dicha concertación, se ve apropiado que el *a quo* haya fijado un plazo de 30 días hábiles para que se realice la consulta con las parcialidades indígenas objeto de protección. No es cierto, como lo afirmó la parte actora en la impugnación, que se trate de una decisión arbitraria o caprichosa. Por el contrario, es una verdadera garantía para todos los involucrados en el proceso de consulta, en la medida que evita que la consulta se prolongue en el tiempo sin que se cumpla su cometido: la concertación entre las autoridades y las comunidades indígenas sobre las medidas que puedan afectarlas directamente.

En todo caso, la consulta deberá orientarse hacia los intereses de la comunidad, que, entre otros, ha manifestado preocupación por los siguientes aspectos: **i)** los diseños y el trazado de la vía; **ii)** la adopción de medidas para el tránsito seguro

---

<sup>45</sup> Sentencia T-547 de 2010. En igual sentido, ver la sentencia T-800 de 2014.

de las personas y semovientes, incluidas, la construcción de puentes y senderos peatonales, y **iii)** la compensación por la destrucción de los reservorios de agua en la zona. Lo anterior, sin perder de vista que la consulta parte de la premisa de concertación entre las partes y que se edifica sobre la base de que no hay poder de veto por parte del grupo consultado.

En ese contexto, queda resuelto el problema jurídico formulado: la sentencia de primera instancia se ajustó a derecho, en cuanto **i)** amparó el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades indígenas Maisheshe La Chivera y Flores de Chinchelejo, **ii)** fijó un plazo para que se realizara el procedimiento de consulta, y **iii)** denegó la pretensión relacionada con la suspensión de las obras del proyecto de construcción de la segunda calzada de la carretera Sincelejo – Toluviéjo hasta tanto se agote el proceso de consulta.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **FALLA**

- 1. CONFIRMAR** la sentencia impugnada.
- Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA**  
Presidente de la Sección

**HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS**

**CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ**

**JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ**