

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

REF. IMPUGNACION ACCIÓN DE TUTELA
DE **MARÍA FERNANDA SÁNCHEZ CUERO**
Y OTROS MIEMBROS DIRECTIVOS DEL CONSEJO COMUNITARIO DE MULALÓ
VS. LA NACIÓN-MINISTERIO DEL INTERIOR-DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA-
MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE-
AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES
Y GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.,
RADICACIÓN: 760013105 009 2020 00050 01

AUDIENCIA NÚMERO 101 C-19

En Cali, a los treinta (30) días del mes de marzo del año dos mil veinte (2020), la magistrada **MONICA TERESA HIDALGO OVIEDO**, se constituyó en audiencia virtual (bajo las condiciones de aislamiento obligatorio o cuarentena dispuesta por el Decreto 457 de 2020) y en consenso con los magistrados LUIS GABRIEL MORENO LOVERA y CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ, con quienes integra la Sala Cuarta de Decisión Laboral, procediendo a proferir la siguiente,

SENTENCIA NÚMERO 93 C-19

MARÍA FERNANDA SÁNCHEZ, JULIA CUERO CUERO, ELIÉCER ALBERTO QUIJANO, MARY OCHOA PUENTE, ESMERALDA ORTÍZ CUERO, ABELARDO TELLO GARCÍA, JULIA ESTELIA ZÚÑIGA, GLORIA GARCÍA ZAPATA, ELADIO TELLO GARCÍA y JAIRO GÓNGORA VALENCIA, en calidad de miembros directivos del **CONSEJO COMUNITARIO DE MULALÓ** interpusieron el 5 de febrero de 2020 acción de tutela contra **LA NACIÓN-MINISTERIO DEL INTERIOR, DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA-MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE-AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES** y contra el **GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** a fin de que se le protejan sus derechos colectivos fundamentales a la autodeterminación, a la participación plena, activa y efectiva, a la consulta previa, al debido proceso, al territorio, autonomía y a la integridad cultural de la **COMUNIDAD DE MULALÓ COMO GRUPO ÉTNICO**. Acción a la que fue vinculada la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN-SECCIONAL VALLE DEL CAUCA PARA ASUNTOS AMBIENTALES, la DEFENSORÍA DEL PUEBLO-SECCIONAL VALLE DEL CAUCA, LA NACIÓN-MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, los MUNICIPIOS DE SANTIAGO DE CALI, YUMBO, CANDELARIA, PALMIRA, la AGENCIA NACIONAL DE TIERRAS y la EMPRESA DE ENERGÍA DEL PACÍFICO –EPSA E.S.P.-.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En lo que a la acción interesa, se pueden condensar en lo siguiente:

El Consejo Comunitario de Mulaló es la máxima autoridad étnica en el Territorio Ancestral de Mulaló, inscrito según Resolución No. 136 de 6 de agosto de 2006 en el Registro Único Nacional de Organizaciones de Base y Consejos Comunitarios de Comunidades Negras, Afrocolombiana, Raizales y Palenqueras; territorio que comprende 4670 hectáreas y que ha sido objeto de amparo cuando se adelantó el proyecto vial Mulaló-Loboguerrero (T-657 de 2013 y Auto 287 de 2014) y el Plan de Manejo Ambiental para el Sistema de Transporte Puerto Salgar-Cartago-Yumbo (Sentencia 123 de 12 de agosto de 2014 del Juzgado 12 Administrativo Oral de Cali, confirmado por Tribunal Administrativo el 7-X-2014).

Que el proyecto que motiva la acción de tutela es el denominado "Refuerzo 500 KV Suroccidente Subestación Alférez 500KV y líneas de transmisión asociadas", en particular, la línea Alférez-San Marcos comprendida entre la Subestación Alférez ubicada en Cali y Estación San Marcos en Yumbo (Valle), pues ésta última se encuentra ubicada en el territorio ancestral de Mulaló.

Que la cronología de peticiones previas a la acción de tutela es:

FECHA	ENTIDAD	A	OBJETO	RESPUESTA	Fls.	
2014	Empresa de Energía de Bogotá E.S.P., hoy, GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.	SOLICITUD	MINISTERIO DEL INTERIOR	Certificación de presencia o no de grupos étnicos en el área de influencia del proyecto	Certificación 1840 DE 12-11-2014 contiene al Consejo Comunitario del Territorio Ancestral de Mulaló	141-156
10/12/2015	Empresa de Energía de Bogotá E.S.P., hoy, GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.	oficio EEB10229	CONSEJO COMUNITARIO DE MULALÓ	Citación a reunión informativa del Estudio de Diagnóstico Ambiental de Alternativas proyecto La Virginia-Alférez-Alférez-San Marcos, porque UPME adjudicó el 12-02-2015 proyecto "UPME-04-2014 Refuerzo 500kv Suroccidental", parte del "Plan de expansión de referencia Generación-Transmisión 2013-2027"	22-12-2015: fecha de recepción	157
12/01/2016	Empresa de Energía de Bogotá E.S.P., hoy, GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.	Oficio C-EEB-ETAF-U414-0919	CONSEJO COMUNITARIO DE MULALÓ	Entrega información del Proyecto UPME-04-214, Refuerzo 500kv Suroccidental más copia Informe Diagnóstico Alternativas Ambientales del Tramo 3 Alferez-San Marcos		158-176
25/02/2016	Empresa de Energía de Bogotá E.S.P., hoy, GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.	RESPUESTA	CONSEJO COMUNITARIO DE MULALÓ	Esperan contar con pronunciamiento de AUTORIDAD DE LICENCIAS AMBIENTALES para participación del Consejo Comunitario para el levantamiento de la línea base ambiental		179, 207
26/08/2016	CONSEJO COMUNITARIO DE MULALÓ	SOLICITUD	Gerente Proyecto Sur-Occidente y AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES	Dar cumplimiento a consulta previa en el Proyecto UPME 04-2014 Refuerzo 500kv Suroccidente, tramo AlférezSan Marcos		192-198
23/09/2016						216-219
7/10/2016						
4/01/2017	CONSEJO COMUNITARIO DE MULALÓ	REITERACIÓN SOLICITUD 26-08-2015				280-281
6/10/2017						294-308

IMPUGNACION ACCIÓN DE TUTELA
DE MARÍA FERNANDA SÁNCHEZ CUERO
Y OTROS MIEMBROS DIRECTIVOS DEL CONSEJO COMUNITARIO DE MULALÓ
VS. LA NACIÓN-MINISTERIO DEL INTERIOR-DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA- Y OTROS
RADICACIÓN: 760013105 009 2020 00050 01

23/02/2018	GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.	SOLICITUD	DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA	Certificación 0108 del Proyecto "UPME 04-2014 (...)" de NO PRESENCIA de grupos étnicos en el área de influencia del citado proyecto	Nunca notificada al Consejo Comunitario de Mulaló	311-328
9/04/2018	CONSEJO COMUNITARIO DE MULALÓ	DERECHO PETICIÓN	ANLA, MINISTERIO DEL INTERIOR-DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA, DEFENSORÍA DEL PUEBLO	Se garantice consulta previa, y como MEDIDA CAUTELAR: suspenda, cancele o revoque licencia ambiental del Proyecto UPME 04-2014 (...)		361-380
may-18	CONSEJO COMUNITARIO DE MULALÓ	DERECHO PETICIÓN	DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA	Reclamos y reparos a certificación 0108 de 23-02-2018		
4/07/2018	GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.	LICENCIA AMBIENTAL	ANLA	Da inicio trámite de licenciamiento ambiental proyecto "Alfárez-San Marcos A 500kv"	Auto No. 3652 dentro de Expediente LAV0037-00-2018, artículo SEGUNDO y CUARTO, obligación consulta previa	
15/08/2018	CONSEJO COMUNITARIO DE MULALÓ	DERECHO PETICIÓN	MINISTERIO DEL INTERIOR-DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA	Copia documentos soportes de Certificación 108 de 23-02-2018, certificación información general del proyecto, mapa, coordenadas	Parcial. No entregaron soportes pedidos	435-436
22/08/2018	CONSEJO COMUNITARIO DE MULALÓ	REPLICA A RESPUESTA		Es inaceptable desconozcan el territorio ancestral, solicitan revisar, verificar y revocar Certificación 108 de 23-02-2018	No hubo respuesta efectiva	446-450
18/10/2018	CONSEJO COMUNITARIO DE MULALÓ	DERECHO PETICIÓN	ANLA	Reclamó consulta previa	28-11-2018 Rad. 2018165242-2-000 Niega suspensión o revocatoria licenciamiento porque Certificación 108 afirma NO PRESENCIA de grupos étnicos, presunción de legalidad	
21/02/2019	CONSEJO COMUNITARIO DE MULALÓ	SOLICITUD COMO TERCEROS INTERVINIENTES	ANLA	Dentro del trámite de licenciamiento ambiental	Auto No. 1064 de 15-03-2019 reconocen calidad de terceros intervinientes	550-557
19/03/2019	CONSEJO COMUNITARIO DE MULALÓ	DERECHO PETICIÓN	ANLA	Restablecimiento derecho a consulta previa en Proyecto "UPME 04-2014 (...)" porque requirieron al GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ informara sobre su presencia		561-571
28/05/2019	CONSEJO COMUNITARIO DE MULALÓ	DERECHO PETICIÓN	ANLA	Las comunidades identifican y delimitan territorio y no IGAC, INCODER hoy ANT o MINISTERIO DEL INTERIOR		595-611
30/05/2019	ANLA	LICENCIA AMBIENTAL	GRUPO ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.	Para el Proyecto "Alfárez-San Marcos A 500 kv".		
18/06/2019	CONSEJO COMUNITARIO DE MULALÓ	RECURSO REPOSICIÓN	ANLA-RESOLUCIÓN 00943 DE 30-05-2019	ANLA no hizo revisión y análisis técnico jurídico de expediente LAV 0037-00-2018, apoyándose en certificación de Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior que niega presencia del grupo étnico, y tomando el Concepto Técnico de Evaluación No. 07396 de 3-12-2018, donde hay traslape de coordenadas y yerros en el capítulo 5.2 "Área de Influencia Socioeconómica" al no considerar el territorio colectivo y no atender las diversas comunicaciones del Consejo Comunitario de Mulaló		617-634
26/09/2019	CONSEJO COMUNITARIO DE MULALÓ	RÉPLICA AL OFI19-36657-DCP-2500		Reitera petición de 13-08-2019 ante la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior		
27/09/2019	CONSEJO COMUNITARIO DE MULALÓ	DERECHO PETICIÓN	LIDER AREA CERTIFICACIONES-DIRECCIÓN CONSULTA PREVIA-MINISTERIO DEL INTERIOR	Responder si entre sus funciones está delimitar el territorio ancestral		716-717
27/09/2019	CONSEJO COMUNITARIO DE MULALÓ	DERECHO PETICIÓN	AGENCIA NACIONAL DE TIERRAS	Reitera petición de 16-08-2019 dirigida a saber si dicha entida delimita el territorio ancestral	21-10-2019: Únicamente le corresponde a la respectiva comunidad o grupo, a la Dirección de Asuntos Etnicos de la ANT le compete reducir extensiones de los territorios de los Consejos Comunitarios	714-715
27/09/2019	CONSEJO COMUNITARIO DE MULALÓ	DERECHO PETICIÓN	DIRECCIÓN DE ASUNTOS COMUNIDADES NEGRAS, AFROCOLOMBIANAS, RAIZALES Y PALENQUERAS, DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA-MINISTERIO DEL INTERIOR	Responder si entre sus funciones está delimitar el territorio ancestral	15-10-2019 OFI19-44455-DCP-2500 entre sus funciones no se encuentran las de delimitar, reducir, reconocer y declarar territorios de las comunidades étnicas (art. 16 Dec. 2893 de 2011), que ello compete a ANT	718-719
21/10/2019	CONSEJO COMUNITARIO DE MULALÓ	DERECHO PETICIÓN	GERENTE PROYECTO REFUERZO SUROCCIDENTAL 500KV, GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ	Responder si entre sus funciones está delimitar el territorio ancestral		724
21/10/2019	CONSEJO COMUNITARIO DE MULALÓ	DERECHO PETICIÓN	ANLA	Responder si entre sus funciones está delimitar el territorio ancestral		723

Que los accionantes observan un continuo afán por desconocer el territorio ancestral de Mulaló por parte del MINISTERIO DEL INTERIOR-DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA con certificaciones de no presencia, por el GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. E.P.S. al no informar como ejecutor del proyecto sobre la existencia de la comunidad étnica en el área de influencia, por la ANLA, al no verificar la información suministrada por el Consejo Comunitario de Mulaló.

Al contestar la tutela, el **MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE** (fls. 783-784) manifestó no asistirle competencia alguna en materia de licencias ambientales.

La sociedad **CELSIA COLOMBIA S.A. E.S.P. (antes EMPRESA DE ENERGÍA DEL PACÍFICO S.A. E.S.P.)** refirió (fls. 788-789) que no es adjudicatario de ningún proyecto relacionado con la acción de tutela, como sí lo es el **GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** (fls. 706-812) quien contestó atenerse a la Certificación No. 108 de 2 de febrero de 2018 que expidió la Dirección de Consulta Previa del MINISTERIO DEL INTERIOR, pues allí se concluye que “no se registra presencia” de grupos étnicos protegidos, dada la ausencia de influencia directa del proyecto a realizarse, sin que pueda aplicarse el contenido de certificaciones previas pues cada una versa sobre proyectos, áreas y ejecutores diferentes. Que no existen contradicciones entre certificaciones, una es general (2014), pedida por la UPME y otra más delimitada (2018), solicitada por el GEB y que se acompasa al “trazado definido y cierto del proyecto”, que el llamado a participar al Consejo Comunitario no constituye un trámite de consulta previa, además que el Diagnóstico Ambiental de Alternativas no incluía la presencia del Consejo Comunitario de Mulaló, exigible de manera previa. Que todas las peticiones ante el GEB (relaciona 13-fls. 813-827, 843-846) y la ANLA le fueron resueltas. Que la ANLA otorgó licencia ambiental (Resolución 943 de 30-05-2019) al GEB para el proyecto “Alfárez-San Marcos A 500 kv”, que fue confirmada (Resolución 1536 de 30-07-2019) ante el recurso de reposición formulado por el Consejo Comunitario. Que el Consejo Comunitario no precisa cuál es la contrariedad con el área que efectivamente ocupa el grupo étnico, mientras que el GEB realizó visitas de verificación y estudios que le condujeron a concluir que en el específico proyecto no existía presencia de ningún grupo, pues la delimitación, reducción, reconocimiento y declaratoria de territorios de comunidades étnicas atañe a la ANT.

La **DEFENSORÍA DEL PUEBLO** (fls. 793-793 vta.) informó que su Oficina Delegada para Grupos Étnicos con dos profesionales en el Valle del Cauca, coadyuva la acción de tutela.

La **AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES- ANLA** informó (fls. 857-867) que no le atañe el trámite de consulta previa, y que, expidió la Licencia Ambiental al GEB S.A. E.S.P. con fundamento en la certificación 108 de 23 de febrero de 2018 expedida por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, y en el “riguroso análisis técnico y jurídico del Estudio de Impacto Ambiental –EIA-, presentado por el solicitante

del trámite, en cumplimiento del artículo 2.2.2.3.3.1. del Decreto 1076 de 2015, por lo cual esta Autoridad no es partícipe de la elaboración del mencionado estudio”. Que atendió las objeciones del Consejo Comunitario al resolver el memorando 2019106776-3-000 del 24 de julio de 2019 y el recurso de reposición con la Resolución 1536 de 30 de julio de 2019.

La **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN – Delegada para Asuntos Étnicos** (fls. 871-873) solicitó que de llegarse a verificar que en su certificación el Ministerio del Interior “*descartó la visión amplia y cultural de territorio, al igual que los demás criterios de afectación directa, como son las perturbaciones culturales, ambientales o en la salud de los grupos étnicos (...)*” se ampare el derecho colectivo a la consulta previa y la **Procuradora Judicial II Ambiental y Agraria para el Valle del Cauca** refirió (fls. 884-895) las actuaciones que condujeron a que el Ministerio del Interior ratificara en oficio OF119-13876-DCP-2500 del 3 de mayo de 2019 que tuvo en cuenta el concepto de “territorio geográfico, ancestral y amplio desarrollados por la Jurisprudencia Constitucional” para expedir la Certificación 108 de 2018.

Los **MUNICIPIOS DE CANDELARIA** (fls. 874-875), **CALI** (fls. 896-899), **YUMBO** (fls. 913-915) manifestaron que no han vulnerado derecho fundamental alguno, pese a estar el MUNICIPIO DE CANDELARIA afectado con la utilización de los predios por el proyecto licenciado y el de YUMBO, coadyuvar el respeto a la consulta previa, que considera no le ha sido reconocido al Consejo Comunitario de Mulaló.

LA NACIÓN-MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA (fls. 930-939) expuso que los accionantes no acreditan vulneración alguna puesto que no surtieron el proceso de solicitud de reconocimiento y delimitación de su territorio ancestral ante la ANT y que en efecto, delegó en la UPME la gestión de los proyectos aprobados en el Plan de Expansión de Transmisión del Sistema de Interconectado Nacional, solicitó que, en caso de ordenarse la consulta previa, no se suspenda la ejecución del proyecto por no haber sido deprecado así por el grupo étnico.

LA NACIÓN-MINISTERIO DEL INTERIOR –DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA y la AGENCIA NACIONAL DE TIERRAS guardaron silencio.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Conoció de la acción el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, quien mediante sentencia No. 074 del 19 de febrero de 2020 negó el amparo constitucional (fls. 947-982) porque no encontró que el proyecto afecte directamente el ambiente y la salud de la comunidad étnica de Mulaló, no debiendo ser objeto de consulta, además, la DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA del MINISTERIO DEL INTERIOR y la AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES certificaron y licenciaron el proyecto con base en la no presencia de

comunidades étnicas en las zonas del proyecto. Y además, observó que los accionantes cuentan con otros mecanismos de defensa para debatir la legalidad de dichos actos administrativos.

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión los accionantes la impugnaron (fls. 1014-1045), para que se restablezca el derecho fundamental a la consulta previa, revocar las certificaciones 108 y 1073 de 2018 y licencia ambiental relacionadas con el Proyecto “Refuerzo a 500kv Alférez-San Marcos”, condensando sus argumentos en que:

- El Consejo Comunitario de Mulaló es un sujeto colectivo de protección reforzada.
- El bien jurídico que defienden es el Territorio Ancestral de Mulaló y los demás derechos colectivos fundamentales que se desprenden, como la consulta previa, participación, autodeterminación, integralidad cultural y debido proceso constitucional.
- La Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y el Municipio de Yumbo coadyuvaron la necesidad del amparo constitucional y corroboran el reclamo constante en pos del reconocimiento del grupo étnico.
- Los medios de control contenciosos carecen de idoneidad para salvaguardar el derecho a la consulta previa como lo sostiene la C.Constitucional en sentencia SU-123 de 2018.
- El GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. no cumplió sus deberes como responsable del proyecto de informar la presencia del Consejo Comunitario de Mulaló, exigiéndole la debida diligencia en pro de los derechos de las comunidades étnicas.
- El alcance de la certificación de la presencia de comunidades étnicas proferida por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior debe ajustarse a la realidad conforme a la jurisprudencia nacional, acuñando las distinciones entre “área de influencia directa y afectación directa”, que implica el posible daño que puede causarse al conjunto de derechos étnicos (SU-097 de 2017), justamente porque no han podido participar “plena, activa y efectiva[mente] en la realización de diagnósticos de impactos comprensivos para evidenciar la forma como los proyectos afectan e impactan nuestras vidas”, siendo excluidos del diálogo intercultural e intersubjetivo.
- Desconoce que el Ministerio del Interior a través de la Dirección de Consulta, hoy Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, haya surtido visitas de verificación geográfica y de rasgos y características de la comunidad étnica. Que generó respuestas confusas a la Procuraduría Judicial II Ambiental y Agraria del Valle al ubicar al grupo en “la jurisdicción del centro urbano de Mulaló”, precisando que sus coordenadas geográficas son más amplias.
- La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales no propendió jamás por la defensa y garantía de los derechos de la comunidad étnica de Mulaló.

DECISIÓN

Cumplidos los trámites constitucionales de la acción de tutela es preciso entrar a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Los accionantes pretenden que en sede constitucional esta Sala proteja los derechos fundamentales que consideran vulnerados por las entidades accionadas y que como remedio a la lesión ius fundamental que plantean, se realice consulta previa con el **CONSEJO COMUNITARIO DE MULALÓ** y se declare la revocatoria de certificaciones y licencia ambiental emanadas del **MINISTERIO DEL INTERIOR-DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA y la AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES** respecto del Proyecto “Refuerzo a 500 kv Alférez-San Marcos”.

De inicio, dado que la A quo denegó por improcedente el amparo, habrá de señalarse que si bien la acción de tutela tiene un carácter subsidiario o residual, en casos como el presente, ha sido reiterativa la jurisprudencia constitucional al determinar que los requisitos de subsidiariedad e inmediatez no imperan en casos donde colectividades indígenas o afrodescendientes reclaman el amparo del derecho a la consulta previa, aun cuando existe la vía contencioso administrativa y se encuentren en curso de ejecución las obras o construcciones reprochadas, incluso pasados años desde su inicio, pues la afectación de tal derecho se mantiene vigente en el tiempo y no es garantía de su protección el mecanismo ordinario previsto dentro de la vigente Ley 1437 de 2011 – CPACA-. Así por vía de ejemplo se ha planteado en sentencias T-657 de 2013, T-436 de 2016. De ahí que deba concluirse que el mecanismo constitucional de tutela es idóneo para casos donde se reclame la vulneración del derecho fundamental a la consulta previa.

Debemos recordar que Colombia suscribió el Convenio No. 169 de la OIT, el cual tiene una especial connotación y desarrollo en el derecho de estos pueblos en cuanto a la participación en la adopción y la aplicación de las decisiones que los afectan, aspecto que está previsto en distintas disposiciones del Convenio y que, de manera general, se desarrolla en sus artículos 6° y 7°, que enfatizan la necesidad de aplicación de sus preceptos para asegurar la participación de las comunidades, el establecimiento de mecanismos adecuados de consulta, la iniciación de procesos de cooperación y el respeto del derecho de estos pueblos a *“decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”*¹.

¹ Convenio 169 de la OIT, artículo 7°.
M.P. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

El citado Convenio fue aprobado por el Estado Colombiano mediante la Ley 21 de 1991, asumiéndose así el compromiso de promover las condiciones que permitan el desarrollo de los pueblos indígenas y tribales, de un modo que respete la diversidad étnica y cultural, se aseguren los espacios de autonomía requeridos para ello y se desenvuelvan en un marco de igualdad, y que específicamente se refiere “a su relación con las tierras o territorios”², así como el compromiso de la elaboración de las medidas necesarias para la adopción y ejecución del primer compromiso, las cuales tienen como elemento central la participación y el respeto por la diversidad y la autonomía.

Igualmente, el referido Convenio se refiere de manera expresa a los compromisos del Estado, orientados a que en su aplicación se garanticen los espacios de participación y consulta con los pueblos.³

Se colige de la referida norma internacional, que el derecho de estas comunidades se desarrolla en dos (02) dimensiones, la primera en lo que atañe a la obligación contenida en el literal b) del artículo 6º de establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; y la segunda en relación con el deber de consulta previsto en el literal a) del mismo artículo en correspondencia con las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos, y es precisamente en este escenario de ejercicio del derecho a la participación más específico frente a las medidas que afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, el cual, de acuerdo con el bloque de constitucionalidad, se ha establecido la obligatoriedad de surtir el proceso de **consulta previa**, catalogado por la Corte Constitucional como un verdadero derecho fundamental de estas poblaciones⁴.

De esta manera, corresponde al Tribunal determinar si alguna de las accionadas vulneró el derecho fundamental a la consulta previa del CONSEJO COMUNITARIO DE MULALÓ en el desarrollo del proyecto Proyecto “Refuerzo a 500 kv Alférez-San Marcos”, luego de haber obtenido del Ministerio del Interior-Dirección de Consulta Previa las certificaciones sobre la no presencia del grupo étnico en el área de influencia de dicho proyecto y de la AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES, su licenciamiento con base en dicha certificación.

² Véase la Sentencia T-652 de 1998 de la Corte Constitucional, que pone de presente la unificación jurisprudencial que en cuanto al tema del bloque de constitucionalidad que integra el convenio 169 de la OIT con el artículo 40-2 de la Constitución.

³ “Artículo 6º. 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

⁴ Ver entre otras, Sentencias de la Corte Constitucional T-657 de 2013, T-002 de 2017, T-201 de 2017, SU-217 de 2017, C-290 de 2017, T-568 de 2017, T-582 de 2017, T-667 de 2017, T-713 de 2017, T-733 de 2017, T-011 DE 2018, T-103 de 2018, T-300 de 2018.

Sobre la materia, la sentencia SU-123 de 2018 sintetizó la jurisprudencia colombiana, en virtud de la cual la consulta previa es un derecho fundamental irrenunciable que protege a grupos étnicos, que implica:

“(i) el objetivo de la consulta previa es intentar lograr en forma genuina y por un diálogo intercultural el consentimiento con las comunidades indígenas y tribales sobre las medidas que las afecten; (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes; (iii) por medio de la consulta se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados; (iv) la consulta debe ser un proceso intercultural de diálogo en el que el Estado debe entonces tomar las medidas necesarias para reducir las desigualdades fácticas de poder que puedan tener los pueblos étnicos; (v) en este diálogo intercultural ni el pueblo tiene un derecho de veto ni el Estado un poder arbitrario de imposición de la medida prevista; (vi) la consulta debe ser flexible, es decir, adaptarse a las necesidades de cada asunto; (vii) la consulta debe ser informada, esto es dispensar a los pueblos indígenas y tribales la información suficiente para que ellos emitan su criterio; (viii) la consulta debe respetar la diversidad étnica y cultural lo que permitirá encontrar mecanismos de satisfacción para ambas partes”.

Derecho que procede si y solo si existe posibilidad de **afectación directa** del grupo étnico, esto es, que el proyecto impacte i) en el territorio, ii) en el ambiente, salud o la estructura social, económica o cultural, en éste caso del Consejo Comunitario de Mulaló. Distinguiéndose dicho concepto del área de influencia o espacio geográfico.

La vulneración territorial comprende tanto el espacio geográfico o resguardo y las zonas o lugares “en donde tradicionalmente han desarrollado sus actividades sociales, económicas, espirituales o culturales” o donde superviven, para lo cual se impone corroborar “la intensidad, permanencia efectiva o grado de exclusividad de las prácticas culturales, ancestrales, espirituales o económicas de la comunidad en el territorio amplio, lo cual realizaran las autoridades públicas” en diálogo con el grupo étnico, conforme al artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT⁵.

Exige igualmente el análisis de “los parámetros (deberes) de debida diligencia del Estado y las empresas, previstos en la Observación General número 24 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración de Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (Principios Ruggie)”⁶ en pos del desarrollo de la consulta previa. Esto es, para los Estados la obligación de no discriminación, de respetar, proteger y dar efectividad y el ejercicio y en ejecución del deber de proteger, actuar con diligencia pues:

“La obligación de proteger entraña el deber positivo de adoptar un marco jurídico que exija que las empresas ejerzan la diligencia debida en materia de derechos humanos a fin de identificar, prevenir y mitigar los riesgos de vulneración de los derechos del Pacto, evitar que se conculquen esos derechos y responder de las consecuencias negativas que hayan provocado o contribuido a provocar sus decisiones y operaciones y las de las entidades que controlan en el disfrute de los derechos consagrados en el Pacto. Los Estados deberían adoptar medidas como imponer los requisitos de la diligencia debida para prevenir las violaciones de los derechos del Pacto en la cadena de suministro de las empresas y por parte de los subcontratistas, proveedores, franquiciados u otros socios comerciales.

⁵ **Convenio 169, artículo 7:** “(...) 3. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento”.

⁶<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdlmnsJZZVQclMOuuG4TpS9jwlhCJcXiumBy835dMBXx3qbFbFIQsxmftFUOg56%2F9JM1LMnnqJ1PRyKELBcKJtCKvrXnf%2FIH>

Y determina la Corte que el nivel de protección constitucional resulta proporcional al nivel de afectación, de manera que si la afectación directa es intensa requiere consentimiento previo, libre e informado de la comunidad étnica y si no lo es, procede la consulta previa, cuya vigencia a lo largo de un proyecto es permanente. En el evento de no darse afectación directa sólo se aplica el estándar básico de participación.

Ahora continúa la sentencia SU-123 de 2018 sobre “(...) *la validez de la certificación que expide el Ministerio del Interior sobre la no presencia de comunidades indígenas y tribales en el área de influencia de un proyecto, esta sentencia precisa que esta no es válida para eximirse de la consulta previa cuando se advierta o acredite una afectación directa a un pueblo étnico*”.

Y agrega:

“El operador administrativo será responsable en este trámite por incumplimiento de las normas del Convenio 169 OIT. Por tal razón, la Corte considera que los certificados de presencia de las comunidades étnicas deben incluir un estudio particular y expreso sobre la posible afectación directa que pueda causar un proyecto, obra o actividad a las comunidades étnicas, con independencia de la limitación del área de influencia”.

Trasladadas dichas premisas al caso en concreto se aprecia que:

El ejecutor del proyecto, GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. surtió dentro de su política de sostenibilidad y relacionamiento intercultural, las siguientes actividades:

- a) El 17 de diciembre de 2015 desarrolló reunión informativa con el Consejo Comunitario de Mulaló sobre el Diagnóstico Ambiental de Alternativas (815 vta.)
- b) El 12 de enero de 2016 (fl. 104, 815 vta.-816) requirió al Consejo Comunitario de Mulaló informara sobre caracterización cultural.
- c) El 29 de enero de 2016 (fl. 179, 817) informó al grupo étnico que dependían de la decisión de la ANLA.
- d) Visita de evaluación del 28 de abril de 2016 (fl. 183, 281)
- e) El 12 de septiembre de 2016 (fls. 203 y 815) se vuelve a informar a la comunidad de Mulaló que el derecho a la consulta previa dependía del pronunciamiento de la ANLA “sobre la selección de la alternativa más viable propuesta dentro del Diagnóstico Ambiental de Alternativas (DAA)” y de la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental (EIA), que no podía iniciarse mientras no se seleccionara alternativa ambiental.
- f) El 1º de diciembre de 2016 (fl. 817 vta.) contesta nuevamente al Consejo Comunitario que falta un pronunciamiento definitivo de la ANLA sobre el DDA.
- g) El 22 de septiembre de 2017 (fl. 821 vta.) insistió en cumplir requerimientos previos a la consulta.
- h) El 31 de octubre de 2017 (fl. 822 vta.-823) informó no haber iniciado la elaboración de Estudios de Impacto Ambiental, ni solicitado la certificación de presencia de grupos étnicos, señalando que suministraría “a la

Dirección de Consulta Previa una descripción de las actividades y etapas de construcción, las coordenadas de ubicación de las torres de energía, las coordenadas de las zonas de tránsito y de los sitios de ocupación temporal, con el fin de analizarlas en las bases de datos de la Dirección y/o los resultados de una visita de verificación en campo, y de ese modo cumplir con lo establecido en la Directiva citada” aludiendo a la Directiva No. 10 de 2013 de la Presidencia de la República.

- i) El 11 de octubre de 2018 (fls. 824) informó que el 22 de diciembre de 2017 solicitó certificación de presencia de grupos étnicos en el área de influencia directa del proyecto y que el Ministerio del Interior, el 23 de febrero de 2018 estableció mediante Acto Administrativo 120 “*que el proyecto se localiza en la jurisdicción de los municipios de Santiago de Cali, Candelaria, Palmira y Yumbo, departamento de Valle del Cauca, por lo tanto es posible continuar con el trámite de la solicitud*”.
- j) El 8 de noviembre de 2018 (fl. 825) informó que adelantaba proceso administrativo para la obtención de licencia ambiental del tramo Alférez-San Marcos, expediente ANLA LAV0037-00-2018 **QUE CUENTA CON LAS CERTIFICACIONES 108 DE 2018 Y 1073 DE 2018 DEL MINISTERIO DEL INTERIOR LA CUAL NO CERTIFICA LA PRESENCIA DE LA COMUNIDAD DE MULALÓ**. Y que, pese a ello, procedió a adelantar procesos de información y de participación para la elaboración del EIA, convocando a reuniones al Consejo Comunitario.
- k) El 14 de noviembre de 2019 (fl. 826 vta.-827) comunicó sobre la certificación de no presencia y su disposición de diálogo con el Consejo Comunitario.

El MINISTERIO DEL INTERIOR – DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA al no dar respuesta a la acción de tutela asume las consecuencias de la presunción de veracidad a que alude el artículo 20⁷ del decreto 2591 de 1991, en particular respecto de las omisiones y violaciones de derechos fundamentales que en su escrito de tutela plantean los accionantes. Ello en armonía con los hallazgos probatorios desentrañados del profuso expediente de tutela, de donde aflora que el Ministerio al explicar a la comunidad étnica la metodología aplicada para emitir la certificación de presencia de comunidades étnicas (fls. 836-839), informó que la certificación 108 de 23 de febrero de 2018 “*se encuentra sustentado a partir de un informe técnico el cual está compuesto del análisis de la información del proyecto entregada por el ejecutor y de la consulta de las bases de datos geográficos y cartográficos con los que cuenta esta Dirección*” (fl. 838). Sin embargo, ninguno de dichos soportes reposan en el expediente.

⁷ “ARTICULO 20. PRESUNCION DE VERACIDAD. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”.

Por el contrario, se cuenta con elementos de juicio que permiten dar prevalencia a las siguientes realidades:

- a) La certificación No. 1840 de 12 de noviembre de 2014 que globalizó la zona de influencia del proyecto “Refuerzo 500 kv Suroccidente Subestación Alferez 500 kv y líneas de transmisión asociadas” y listó al Consejo Comunitario de Mulaló como comunidad étnica presente.
- b) La presentación del área de influencia del proyecto para el tramo Alferez-San Marcos (fl.173) que resalta dos alternativas, resultando la No. 1 con impacto en el Municipio de Yumbo, corregimiento de Mulaló.
- c) La reunión informativa del 9 de noviembre de 2016 sobre los estudios de Diagnóstico Ambiental de Alternativas del proyecto, planteados al Consejo Comunitario de Mulaló (fls. 228) y las constancias por dejadas, y la presentación expuesta (fl. 263) sobre áreas de influencia que incluyen su territorio.
- d) El oficio de 2 de abril de 2018 (fl. 403) en el cual la Dirección de Consulta Previa señaló que sólo realizó el ejercicio técnico de digitalización del polígono de coordenadas entregadas por la EGB, pues al no encontrar presencia de comunidades étnicas en el área del proyecto presentado por la empresa *“no fue necesario llevar a cabo visita de verificación en campo, como quiera que el concepto técnico no arrojó dudas sobre la presencia de comunidades étnicas en el área del proyecto”*. Esto a pesar de las comunicaciones que previamente había remitido el Consejo Comunitario (fl.339).
- e) La coadyuvancia y advertencia al respeto del derecho a la consulta previa por parte de la DEFENSORÍA DEL PUEBLO, la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a través de su Delegado para Asuntos Étnicos y la Procuradora **Judicial II Ambiental y Agraria para el Valle del Cauca** y el MUNICIPIO DE YUMBO.

De manera que, está en cuestionamiento la afectación directa al territorio ancestral del Consejo Comunitario de Mulaló por haberse emitido una certificación que no tuvo en cuenta sino el aspecto geográfico del territorio y verificó únicamente las coordenadas planteadas por el ejecutor del proyecto o si existía un traslape del área de influencia del proyecto al resolver las peticiones del Consejo Comunitario, olvidando la visión cultural del territorio, que en las socializaciones iniciales del proyecto sí había contemplado el ejecutor del proyecto (fls. 162 a 176, 253) y que insistentemente recordó el Consejo Comunitario de Mulaló.

Hechos que desconocen además, la debida diligencia que debió aplicar el MINISTERIO DEL INTERIOR-DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA, en el seguimiento a la Directiva 10 de 2013, que en materia de certificaciones si bien actúa *“(…) A partir de la información suministrada por el solicitante, (..)según lo que registren las bases de datos de la Dirección y/o los resultados de una visita de verificación en campo, cuando sea necesaria”* pues en el caso particular, dicha visita in situ se hacía imprescindible, dadas las previas certificaciones de existencia de comunidades étnicas emanadas respecto del proyecto general.

Es más, añade la Directiva que:

“2. La DCP debe realizar las acciones adecuadas para constatar si hay presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto a ejecutarse. Específicamente, debe evaluarse si el proyecto se pretende realizar en: • Territorios titulados a comunidades étnicas de manera colectiva. • Territorios destinados a comunidades étnicas de manera colectiva, pero que aún no figuran como formalmente titulados. Para obtener esta información es necesario consultar con el Lncoder y el Supemotariado. • De ser posible, territorios baldíos donde habitan comunidades étnicas • Resguardos coloniales que conservarán esta condición según el Plan Nacional de Desarrollo.3. La DCP debe certificar la presencia de comunidades en el área de influencia del proyecto, obra o actividad. Cuando la DCP considere que es necesario tener certeza sobre los límites espaciales, colindancias y proximidad del área solicitada en relación con territorios que registren presencia de comunidades étnicas, se realizará una visita de verificación en la que se tendrán en cuenta los criterios trazados por la Corte Constitucional”

Y frente al paso específico de verificación *in situ*, señala:

“Paso 3: Verificación en campo, sólo en caso que la DCP haya determinado la necesidad de realizarla, y en el plazo que ella misma lo determine. La DCP debe caracterizar y reconocer áreas de presencia de comunidades étnicas, para lo cual tendrá siempre en cuenta el área de influencia del POA. Para determinar la presencia de una comunidad étnica en las áreas de interés del Proyecto Obra o Actividad (POA), debe estar presente al menos alguno de los elementos enunciados a continuación:

- *Asentamiento de comunidades en las áreas de influencia.*
- *Desarrollo de usos y costumbres por parte de comunidades en esas áreas.*
- *Tránsito de comunidades étnicas en las áreas de interés del POA.*

Si durante la verificación en efecto se encuentran comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto, se deben identificar los representantes de dichas comunidades, para realizar exclusivamente con ellos las etapas de preconsulta, consulta y seguimiento, y así quedará consignado en la certificación

Paso 4. Verificación de posible incidencia en territorios que no tienen asentamientos permanentes. Para determinar si el proyecto genera impacto directo en comunidades étnicas que no están asentadas permanentemente en el área de influencia, la DCP analizará si este involucra actividades que tienen repercusiones directas sobre el “entorno” o “hábitat” de la comunidad (...)”

Por tanto, se colige que la certificación expedida por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio adolece de la verificación en campo, que para el presente caso, debió considerar necesaria, y en ese contexto el GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y la AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES no pueden eximirse de adelantar la consulta previa con el Consejo Comunitario de Mulaló, con sustento en que la certificación señalaba la no presencia de ese pueblo en la zona de influencia del proyecto. Por el contrario, se demostró que se conocía de antemano, que el proyecto era susceptible de afectar directamente a la comunidad étnica de Mulaló.

Para apreciar dicha vulneración del derecho a la consulta previa, la Sala advierte que no basta con anunciar el compromiso con una política de respeto al diálogo intercultural, sino también atender los *parámetros de debida diligencia* que le correspondían, y que tornan eficaces los mandatos del Convenio 169 OIT.

De manera que, conforme a lo explicado debe concederse la protección constitucional, la cual, atendiendo la permanencia en el tiempo del deber de consulta previa y petición del MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, de no suspender el proyecto –en el evento de haberse iniciado su ejecución- dispondrá que:

La DIRECCIÓN DE LA AUTORIDAD NACIONAL DE CONSULTA PREVIA corrobore a través de la verificación en campo y con audiencia de los accionantes, y demás autoridades que coadyuvaron la presente acción de tutela (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, MUNICIPIO DE YUMBO) así como del ejecutor del proyecto, la AGENCIA NACIONAL DE TIERRAS y demás autoridades que considere necesario, el contenido de sus actos administrativos contenidos en las certificaciones 108 de 2 de febrero de 2018 y 1073 de 2018 y disponga, con base en la realidad, si existe o no presencia de grupos étnicos en la zona de influencia directa del Proyecto “Refuerzo a 500kv Alférez-San Marcos” y derive a partir de dicha constatación, los efectos jurídicos pertinentes para todos los involucrados.

Ahora bien sobre el derecho fundamental a la consulta previa y la afectación directa e indirecta de alguna medida que exija su agotamiento se ha pronunciado de tiempo atrás la Corte Constitucional en múltiples oportunidades, siendo más recientemente dicho criterio condensado en las sentencias T-002 de 2017, C-077 de 2017⁸, T-201 de 2017, SU-217 de 2017, C-290 de 2017, T-568 de 2017, T-582 de 2017, T-667 de 2017, T-713 de 2017, T-733 de 2017, T-011 DE 2018, T-103 de 2018, C-048 de 2018⁹, T-300 de 2018 y SU-123 de 2018.

En efecto, expresó la Corte:

“Ahora, en relación con el desarrollo de proyectos, obras o actividades, la Corte ha sostenido que la afectación directa se determina por el impacto que su implementación pueda causar sobre “la comunidad, su nicho y los

⁸ “En síntesis, de las sentencias citadas se desprenden unos criterios orientadores para la determinación del ámbito de aplicación de la consulta previa: (i) la afectación directa hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas; a su turno, las sentencias de constitucionalidad reiteradas plantean como supuestos de afectación directa, (ii) el hecho de que la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica. Finalmente, (iv) el Relator de las Naciones Unidas sobre la situación de derechos de los indígenas plantea que la afectación directa consiste en una incidencia diferencial de la medida frente a los pueblos indígenas y en comparación con el resto de la población.”

⁹ “Al respecto, es necesario recordar que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado un conjunto de estándares que permiten evaluar al operador jurídico si una medida, norma o proyecto afecta directamente a los pueblos indígenas: (i) la afectación directa hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) el hecho de que la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica; (iv) la interferencia en elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo involucrado; y (v) se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados. El concepto de afectación directa es un elemento esencial del derecho fundamental a la consulta previa, tal como fue previsto en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT. Se refiere a la identificación de medidas que impacten a los pueblos indígenas desde un punto de vista cultural; del respeto por las diferencias, la eliminación de la discriminación y el fomento por la autonomía y auto determinación de los pueblos. Por ello, su adecuada aplicación exige un acercamiento a la cultura diversa concernida y, especialmente, una disposición a la construcción de un diálogo inter cultural, esto es, en condiciones de igualdad y respetuoso de las diferencias, incluso las radicales. De esta manera, la Corte ha establecido que la afectación directa no sólo se deriva de incidir negativamente, sino que, en el escenario normativo de la consulta previa, se refiere, en general, a cualquier tipo de incidencia, “básicamente porque si el impacto es positivo o negativo es algo que sólo puede definirse en el marco del proceso consultivo”.⁹ El adjetivo ‘directa’, a su turno, sirve especialmente para distinguir el ámbito de aplicación de la consulta, de aquellas medidas que afectan por igual a toda la población. Directa implica, primero, el hecho de ser susceptible de tocar el modo de vida indígena (o de las demás comunidades étnicas) y, de otra, la necesidad de una revisión sobre la posible incidencia diferencial. Así las cosas, la afectación directa es un concepto que se define en torno a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, o a la identificación de medidas que impactan su modo de vida, bien sea de forma exclusiva, bien de forma diferencial al resto de la población.”

recursos que le constituyen”, esto es, sobre el medio biótico, abiótico y socioeconómico de los territorios habitados, ocupados o pertenecientes a la comunidad.

De ello se desprende que una de las formas para garantizar la protección efectiva de derechos de las comunidades étnicas, se materializa en la identificación del área donde se va a ejecutar el proyecto, obra o actividad. Para ello, el ordenamiento jurídico prevé que el titular está obligado a establecer su área de influencia, con el objetivo, entre otros, de determinar si el proyecto, obra o actividad puede afectar directamente los territorios ocupados, habitados o pertenecientes a comunidades étnicas. Aunque no hay una definición unívoca del término área de influencia, existen algunas referencias normativas en el ordenamiento jurídico ambiental que pueden dar luces sobre esta noción.

En primer lugar, en materia de licenciamiento ambiental, según el Decreto 2041 de 2014, el área de influencia se define así: “Área en la cual se manifiestan de manera objetiva y en lo posible cuantificable, los impactos ambientales significativos ocasionados por la ejecución de un proyecto, obra o actividad, sobre los medios abiótico, biótico y socioeconómico, en cada uno de los componentes de dichos medios.”

En segundo lugar, para la presentación del Diagnóstico Ambiental del Alternativas -DAA-, estudio ambiental exigido para el trámite de licencias de esta índole, el titular está obligado a caracterizar el área de influencia, conformada por las áreas de influencia directa e indirecta del proyecto que se pretende realizar.

Según los términos de referencia para la presentación del DAA para proyectos puntuales, expedidos por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el área de influencia directa “(...) es aquella donde se manifiestan los impactos ambientales generados por las actividades de construcción y operación”. Por el contrario, el área de influencia indirecta se define como el “[á]rea donde los impactos ambientales trascienden el espacio físico del proyecto y su infraestructura asociada.” (Subrayas y negrilla fuera del texto original)

De las normas antes mencionadas es posible concluir que el área de influencia directa es aquella en la cual se van a presentar los impactos sobre el medio biótico, abiótico y socioeconómico causados por las actividades de construcción y operación. Ello implica que este es un concepto amplio, pues no se adscribe únicamente al lugar en el que se pretende ejecutar el proyecto, obra o actividad, sino que se extiende a las áreas en las que se causen afectaciones o intervenciones al statu quo de la comunidad. Ahora, al tratarse de comunidades étnicas, dichos impactos se predicarán respecto de su integridad cultural, su autonomía política y organizativa, y en general del goce efectivo de sus derechos.(...)

El derecho fundamental a la consulta previa debe garantizarse cuando el área de influencia de un proyecto, obra o actividad, se traslape con el área en la que haya asentamientos de comunidades étnicas, por cuanto se entiende que puede afectar directamente la integridad cultural, la autonomía política y organizativa, y en general el goce efectivo de sus derechos.”

Sin olvidar lo dicho en la sentencia de unificación SU-217 de 2017, en el sentido que existen obligaciones conjuntas así:

“1) que le corresponde al Ministerio del Interior certificar la presencia de dichas comunidades en un área específica; 2) que es competencia del Incora [INCODER, hoy AGENCIA NACIONAL DE TIERRAS] certificar la existencia de territorios legalmente constituidos, si los hay; 3) que la obligación de realizar consulta previa surge tanto frente comunidades étnicas ubicadas en zonas tituladas como no tituladas pero habitadas de manera permanente por las mismas; 4) que es la presencia física de las comunidades étnicas, negras o indígenas en la zona de influencia, y no su constitución formal como resguardo o consejo comunitario o su inscripción mediante resolución, la que determina la obligación de la consulta previa; y 5) que aún en el evento en que no se haya certificado la presencia de comunidades negras o indígenas en la zona de influencia de un proyecto, si durante la realización del estudio se constata la presencia de las mismas, debe garantizarse su derecho a ser consultadas”.

Por lo expuesto, se revocará el fallo de primera instancia y se concederá el amparo a los derechos fundamentales de los accionantes, en los términos expuestos.

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. – **REVOCAR**, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia del 19 de febrero de 2020, proferida por el JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, que denegó por improcedente el amparo constitucional invocado por los accionantes. En su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales a la consulta previa y debido proceso administrativo de los accionantes, en calidad de miembros directivos del CONSEJO COMUNITARIO DE MULALÓ, vulnerados por **LA NACIÓN-MINISTERIO DEL INTERIOR, DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA.**

2. – **ORDENAR** a la DIRECCIÓN DE LA AUTORIDAD NACIONAL DE CONSULTA PREVIA, a través de su Director LUIS FERNANDO BASTIDAS REYES, o quien haga sus veces, **corrobore** el contenido de sus actos administrativos contenidos en las certificaciones 108 de 2 de febrero de 2018 y 1073 de 2018, **a través de la verificación en campo y con audiencia de los accionantes, y demás autoridades que coadyuvaron la presente acción de tutela:** DEFENSORÍA DEL PUEBLO, a través de la Defensora Regional del Valle del Cauca, PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a través del Procurador Delegado para Asuntos Étnicos y la Procuradora Judicial II Ambiental y Agraria para el Valle del Cauca, y el MUNICIPIO DE YUMBO, a través de su Alcalde, así como del ejecutor del proyecto GRUPO DE ENERGÍA BOGOTÁ S.A. E.S.P., a través de su representante legal o quien haga sus veces, la AGENCIA NACIONAL DE TIERRAS y la AGENCIA NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES –ANLA-, por intermedio de sus respectivos representantes legales, y demás autoridades que considere necesario, en el término de los DOS (2) MESES, siguientes a la notificación de esta providencia, y DECIDA, con base en la realidad, si existe o no presencia de grupos étnicos en la zona de influencia directa del Proyecto “Refuerzo a 500kv Alférez-San Marcos” y DERIVE a partir de dicha constatación, que no podrá superar el término de DOS (2) MESES, los efectos jurídicos pertinentes para todos los involucrados.

3. – **NOTIFÍQUESE** a las partes esta decisión por uno de los medios más expeditos que indican los decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, y a los correos electrónicos que reposan en las diligencias, en atención a la situación de emergencia sanitaria derivada de la pandemia por Covid 19 y las medidas de aislamiento.

4.- Dentro del término legal envíese a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma en constancia después de leída y aprobada.



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Se suscribe con firma escaneada, por
salubridad pública (Ac. PCSJA20-11517, 15-03-2020)

APRUEBA REVISION VIA INTERNET (30/03/2020)

LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

APROBADO POR CORREO ELECTRÓNICO (30/03/2020)

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ