CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., primero (1) de abril de dos mil veintidós (2022)

Radicación: 11001-03-15-000-2021-07195-01
Accionante: Comunidades Wayúu de Pakimana, Patsuua y Jalaipa
Accionado: Presidencia de la República y otros
Referencia: Acción de tutela

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada por las autoridades tradicionales de las comunidades Wayúu de Pakimana, Patsuua y Jalaipa, contra la sentencia de 25 de noviembre de 2021, dictada por la Sección Segunda – Subsección A del Consejo de Estado, mediante la cual se resolvió:

*<< **Primero:** Negar el amparo solicitado por los señores Ángel Pushaina, autoridad tradicional de la comunidad indígena Wayúu de Pakimana, Evelina Arpushana, autoridad tradicional de la comunidad indígena de Patssua, y Margarita Pushaina, autoridad tradicional de la comunidad indígena de Jalaipa, en contra de la Presidencia de la República, los Ministerios del Interior y de Transporte, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), el Instituto Nacional de Vías (INVIAS), el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría Nacional del Pueblo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y la Unión Temporal Andino, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*

***Segundo:** Exhortar a la Procuraduría Delegada para Asuntos Étnicos para que, en el marco de sus competencias, brinde un acompañamiento a la parte accionante frente al proyecto de mejoramiento y mantenimiento, gestión predial, social y ambiental sostenible del corredor conexión Alta Guajira Uribia – Puerto Bolívar – Estrella – VÍAS Wayú y Cabo de La Vela – San Martín>> (Negrillas propias del texto).*

I. A N T E C E D E N T E S

A. Demanda y sus fundamentos

1.- El 21 de octubre de 2021, el abogado Pablo Segundo Ojeda Gutiérrez, actuando en representación de Ángel Pushaina, autoridad tradicional de la comunidad

indígena Wayúu de Pakimana, Avelina Arpushana autoridad tradicional de la comunidad indígena Wayúu de Patssua y Margarita Pushaina, autoridad tradicional de la comunidad indígena Wayúu de Jalaipa, ubicadas en el municipio de Uribia, en el departamento de la Guajira, interpuso acción de tutela en contra del Presidente de la República, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Transporte, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, la Agencia Nacional de Infraestructura, el Instituto Nacional de Vías, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, el Defensor Nacional del Pueblo, la Procuraduría General de La Nación, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Unión Temporal Andino, por la presunta vulneración de los derechos a la vida, seguridad alimentaria, medio ambiente sano, consulta previa, debido proceso, igualdad, autonomía, autodeterminación, autogobierno, cementerio ancestral, integridad social integridad cultural, integridad espritual, integridad territorial, violación de sus sitios sagrados ubicados en el cabo de la vela, caminos reales, vías de transitar ancestrales, derechos a la pesca, derecho a la caza, derechos fundamentales de los niños indígenas Wayúu y propiedad colectiva de los territorios de las comunidades étnicas indígenas Wayúu de Pakimana, Patssua y Jalaipa del Municipio de Uribia La Guajira.

2.- Entre los presupuestos de orden fáctico que respaldan la protección invocada con base en el artículo 86 Superior, de las pruebas allegadas y de lo expuesto por los accionantes se tiene, que[1]:

2.1.- El 30 de noviembre de 2020, a través del CONPES 4010, el Gobierno realizó la declaratoria de importancia estratégica del plan "*Compromiso por Colombia: Programa Vías para la Legalidad y la Reactivación, Visión 2030"*. En este documento el Consejo Nacional de Política Económica y Social planteó la necesidad de realizar labores de construcción, mejoramiento y mantenimiento de infraestructura vial en departamento de la Guajira, con la finalidad de conectar los territorios, gobiernos y poblaciones ubicadas en esta zona[2]. Por lo anterior, adoptó la determinación de incluir el corredor Conexión Alta Guajira (Uribia – Puerto Bolívar – Estrella, Vías Wayúu), dentro de los proyectos viales priorizados.

2.2.- Una vez se culminó el proceso de contratación No. LP-DT-066-2020, a través de la Resolución 954 del 12 de abril de 2021, el Instituto Nacional de Vías (en adelante INVIAS) adjudicó el contrato de obra pública No. 1009 de 2021 a la Unión Temporal Andino 066 (en adelante Unión Temporal). Como objeto del mencionado contrato se estableció *"Mejoramiento y mantenimiento, gestión predial, social y ambiental sostenible del corredor Conexión Alta Guajira Uribia - Puerto bolívar - Estrella - Vías Wayúu y Cabo de la Vela – San Martín en el departamento de la*

[1] Acción de tutela, fl. 1 – 25.

[2] CONPES 4010, *"DECLARACIÓN DE IMPORTANCIA ESTRATÉGICA DEL COMPROMISO POR COLOMBIA: PROGRAMA VÍAS PARA LA LEGALIDAD Y LA REACTIVACIÓN, VISIÓN 2030"*, Departamento Nacional de Planeación, 30 de noviembre de 2020, p. 26.

Guajira, en marco de la Reactivación Económica, Mediante El Programa De Obra Pública "Vías Para La Legalidad Y La Reactivación Visión 2030"[3].

2.3.- El 28 de junio de 2021, INVIAS libró la orden de inicio del mencionado contrato[4] y el 6 de octubre de 2021, GINPROVIAS, entidad encargada del control y vigilancia de las obras, aprobó el inicio de la intervención de los 5 primeros kilómetros de la obra.

2.4.- Las Comunidades indígena de Pakimana, Patssua y Jalaipa forman parte del resguardo indígena Wayúu[5] de La Alta y Media Guajira, constituido legalmente a través de la Resolución No. 015 del 28 de febrero de 1984[6], ampliada y modificada por la Resolución No. 28 del 19 de julio de 1994[7], expedidas por el Instituto Colombiano de Reforma Agraria (INCORA), hoy Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER).

2.5.- De acuerdo con las autoridades indígenas, en desarrollo del proyecto de mejoramiento y adecuación de las vías Puerto Bolívar y Puerto Estrella, la Unión Temporal Andino, ha realizado obras de construcción al interior de los territorios colectivos ancestrales que, de conformidad con las resoluciones expedidas por el INCORA, pertenecen al resguardo indígena Wayúu de La Alta y Media Guajira.

2.6.- Refieren que la Unión Temporal Andino citó a las comunidades Wayúu de Pakimana, Patssua y Jalaipa a una reunión que se celebraría el 29 de septiembre de 2021, para socializar el proyecto de mejoramiento y adecuación de las vías a Puerto Bolívar y Puerto Estrella[8]. Sin embargo, en la misma fecha, las mencionadas comunidades remitieron un comunicado informando a la unión temporal que no participarían de dicho espacio, al considerar que las actividades de mantenimiento y construcción desarrolladas en el proyecto debían discutirse al interior de un proceso de consulta previa[9].

---

[3] Unión Temporal Andino 066, Contestación acción de tutela, Anexo, 2.4. INVIAS_Contrato_1009-2021_MODULO_2_SECOP_2_Aprobado_27May2021.pdf, fl. 1.

[4] Unión Temporal Andino 066, Contestación acción de tutela, Anexo, 3.2. Oficio DO-GGP 33061ORDEN DE INICIO CONTRATO 1009 DE 2021 OBRA_28Jun2021.pdf

[5] De acuerdo con el Ministerio del interior, *"[t]ambién conocidos como Guajiro, Wayu, Uáira, Waiu. La palabra Wayúu es la auto designación usada por esta comunidad indígena, y traduce "persona" en general, indígena de la propia etnia, aliado y también la pareja (mi esposo o mi esposa)"*. Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente fallo se utilizará el término Wayúu para referirse a la comunidad étnica a la cual pertenecen los accionantes. https://siic.mininterior.gov.co/sites/default/files/upload/SIIC/PueblosIndigenas/pueblo_way_u.pdf

[6] *"Por la cual se constituye como Resguardo Indígena en favor de la comunidad WAYÚU de la Alta y Media Guajira, un globo de terreno baldío, ubicado en la jurisdicción de los municipios de RIOHACHA, MAICAO, URIBIA y MANAURE, departamento de la Guajira"*

[7] *"Por la cual se amplía el resguardo Indígena constituido mediante Resolución 015 de febrero 28 de 1.984, en favor de la comunidad Wayúu de la Alta y Media Guajira, con terrenos baldíos, ubicados en jurisdicción de los Municipios de Riohacha, Maicao. Uribia y Manaure, Departamento de la Guajira"*.

[8] Acción de tutela, fl. 20.

[9] Acción de tutela, fl. 21.

2.7.- Los demandantes alegan que las actividades de la Unión Temporal perjudican a más de 800 comunidades indígenas que componen el mencionado resguardo, pues generan afectaciones directas al tejido social, cultural y ambiental comunitario, así como al territorio y a la seguridad alimentaria de los niños Wayúu que hacen parte de las comunidades Pakimana, Patssua y Jalaipa.

2.8.- Afirman que la zona en la que se pretende realizar la construcción de las vías Puerto Bolívar y Puerto Estrella está ubicada en el centro del territorio colectivo del resguardo Wayúu de la Alta y Media Guajira, lugar en el que se sitúan cementerios, fuentes hídricas y pozos artesanales para obtener agua. Además, que las acciones de la Unión Temporal Andino afectan directamente el *"Jepirra"*, nombre nativo del Cabo de la Vela, uno de los lugares sagrados de mayor importancia para la población indígena Wayúu,

2.9.- Indican que el proyecto de mejoramiento y adecuación de las vías Puerto Bolívar y Puerto Estrella no cuenta con un plan de manejo arqueológico, ni con una licencia ambiental que haya sido previamente consultada con las comunidades indígenas afectadas, razón por la cual dichas obras afectan la integridad ambiental, espiritual, cultural, social y territorial de las comunidades Wayúu, así como su seguridad alimentaria.

2.10.- Afirman que la Unión Temporal Andino desarrolla sus actividades a partir de un plan de manejo ambiental que no fue consultado con las comunidades indígenas Wayúu de Pakimana, Patssua y Jalaipa, razón por la cual la ejecución de las obras no contempla medidas orientadas a mitigar los efectos negativos del proyecto en las comunidades, poniendo en riesgo su supervivencia.

2.11.- A juicio de los demandantes, la construcción de las vías limitará de forma permanente la locomoción de los miembros de la comunidad Wayúu por su territorio, restringiendo el paso de un lado al otro, lo que impedirá que los niños Wayúu y otros miembros de la comunidad visiten a sus familiares. Tampoco, será posible realizar labores de pastoreo ya que el aumento en el tránsito de las vías dificultará el traslado de chivos y ovejas al interior de su territorio.

2.12.- Señalan que, después de la finalización del proyecto, el funcionamiento de los corredores viales incrementará el número de turistas que visitan la zona afectando el paisaje natural del Cabo de la Vela y generará un aumento de los accidentes de tránsito en la zona, poniendo en riesgo la vida y la integridad de las personas y animales que pertenecen a la comunidad indígena.

2.13- Por último, indican que el mejoramiento y la adecuación de las vías Puerto Bolívar y Puerto Estrella está asociado a la construcción de 65 parques eólicos en sus territorios colectivos, razón por la cual las vías serán utilizadas para el transporte de carga pesada, aumentando los niveles de ruido y la contaminación en los

territorios que conforman el resguardo indígena Wayúu de La Alta y Media Guajira, lo que se traduce en una afectación directa a las comunidades de Pakimana, Patssua y Jalaipa.

3.- Ante la situación descrita, las comunidades de Pakimana, Patssua y Jalaipa, a través de sus autoridades tradicionales, solicitan al juez de tutela ordenar: (i) al Ministerio del Interior adelantar los trámites de consulta previa con las comunidades étnicas Wayúu de Pakimana, Patssua y Jalaipa; (ii) a la Unión Temporal Andino suspender las obras de construcción de las vías Puerto Bolívar y Puerto Estrella, hasta tanto no se realice el trámite de consulta previa; (iii) suspender las licencias y permisos ambientales otorgados a la Unión Temporal Andino para la construcción de las vías Puerto Bolívar y Puerto Estrella hasta que no se realice el trámite de consulta previa; (iv) a la Unión Temporal Andino que elabore y presente el plan de manejo arqueológico correspondiente ante el Instituto Colombiano de Antropología e Historia; (v) al Presidente de la República que proteja el patrimonio cultural y los derechos humanos de la población Wayúu; y (vi) al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo que garanticen los derechos de los niños y demás miembros de las comunidades étnicas de Pakimana, Parssua y Jalaipa[10].

B. Trámite procesal y contestación de la demanda

4.- La Subsección A, de la Sección Segunda, del Consejo de Estado, mediante Auto del 27 de octubre de 2021 admitió la demanda y ordenó notificar de su presentación a las autoridades demandadas.

(i) Procuraduría General de la Nación[11]

5.- El 8 de noviembre de 2021, la Procuraduría General de la Nación alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva.

(ii) Instituto Colombiano de Antropología e Historia[12]

6.- El 8 de noviembre de 2021, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (en adelante ICANH) indicó que toda persona, natural o jurídica, que requiera implementar un Programa de Arqueología Preventiva debe solicitar el registro del mismo ante el ICANH y contar con un profesional idóneo, inscrito en el Registro Nacional de Arqueólogos, para adelantar las actividades que impliquen potenciales intervenciones arqueológicas. Sin embargo, una vez revisada la base de datos de la entidad encontró que la Unión Temporal Andino no ha presentado una solicitud de

[10] Acción de tutela, fl. 1 y 2.
[11] Intervención contenida en 5 folios.
[12] Intervención contenida en 8 folios.

registro en el Programa de Arqueología Preventiva para el proyecto que se ha mencionado.

Con fundamento en los argumentos expuestos, adujo su falta de legitimación por pasiva, toda vez que los hechos y argumentos presentados por los accionantes no vinculan al instituto y corresponden a obligaciones legales y constitucionales que son competencia del Ministerio del Interior. Por lo anterior, solicitó que la acción de tutela se declare improcedente y que se desvincule del proceso al ICANH.

(iii) Autoridad Nacional de Licencias Ambientales[13]

7.- El 9 de noviembre de 2021, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (en adelante ANLA) solicitó desvincular a la entidad y denegar la protección reclamada por los demandantes.

Señaló que al revisar el Sistema de Información de Licencias Ambientales (SILA), la entidad no encontró un expediente relacionado con el proyecto de construcción de las vías Puerto Bolívar y La Estrella. De igual manera, señaló que los accionantes no informaron cuál es el nombre del proyecto, el expediente o alguna indicación que permita dar claridad sobre lo planteado en el escrito de tutela.

Refieren que la ANLA no es competente para adelantar los trámites relacionados con el proceso de consulta previa solicitado por los demandantes, ya que dicha responsabilidad recae sobre la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior. Por esta razón, carece legitimación en la causa por pasiva.

Por último, señaló que los accionantes realizan una serie de afirmaciones frente a la presunta vulneración de sus derechos, sin contar con el material probatorio necesario para atribuir algún tipo responsabilidad a la ANLA. Al respecto, precisó que el proceso no cuenta con *"prueba siquiera sumaria, que demuestre, por parte de esta autoridad, ninguna conducta que pueda ser considerada causa del daño o peligro inminente que pueda padecer la comunidad accionante. Así las cosas, no existen pruebas en contra de mi representada".*

(iv) Unión Temporal Andino 066[14]

8.- El 9 de noviembre de 2021, la Unión temporal Andino 066 (en adelante Unión Temporal o contratista), se pronunció sobre los hechos que sustentan la acción de tutela presentada.

Al respecto, indicó que no es cierto que el 28 de septiembre de 2021 la Unión Temporal hubiera invitado a las comunidades asentadas a lo largo del corredor San

[13] Intervención contenida en 11 folios.
[14] Intervención contenida en 29 folios.

Martín – Cabo de la Vela a una reunión con la finalidad de socializar "el proyecto o la obra de construcciones", pues, desde el 18 de julio de 2021, la Unión Temporal ha realizado diez reuniones con "las comunidades" únicamente con la finalidad de solicitar su autorización para realizar algunas actividades preliminares de mejoramiento y mantenimiento como topografía y apliques en el corredor San Martín – Cabo, ubicado en la zona donde habitan los accionantes, a partir de las cuales ha realizado estudios y diseños, sin adelantar labores de mantenimiento y mejoramiento sobre la vía existente.

Señala que el contrato No. 1009 de 2021, contempla la intervención de tres corredores viales: i) Uribia – Puerto Bolívar (en adelante corredor central); ii) San Martín – Cabo de la Vela (en adelante corredor occidental) iii) San Martín – Nazaret (en adelante corredor oriental). Sin embargo, el contratista solo ha realizado labores de mantenimiento y mejora en el corredor central, en el que habitan varias comunidades, diferentes a las tres accionantes.

Aduce que las intervenciones realizadas en el corredor central no requieren licencia ambiental ya que están reguladas por un Plan de Adaptación de la Guía Ambiental (PAGA) aprobado por la interventoría y que dicho corredor es una vía carreteable construida sobre bienes baldíos de la Nación, cuya administración, operación y tenencia se encuentra a cargo de Carbones Cerrejón Ltda. desde el año 1981. Dicho trayecto además se encuentra destinado al servicio público de transporte, razón por la cual no puede afirmarse que hace parte de la propiedad de las comunidades indígenas accionantes.

Además, señala que las zonas de los corredores mencionados fueron expresamente excluidas de la asignación de baldíos realizada por el INCORA en su Resolución N. ° 015 del 28 de febrero de 1984, ampliada mediante Resolución 28 del 19 de julio de 1994, por medio de las cuales se constituyó el resguardo indígena Wayúu de La Alta y Media Guajira y que en la Resolución 002 de enero 21 de 1981 dicha entidad consagró un área de exclusión para servicios públicos, en la cual se reservó una franja de terreno para la construcción de una carretera y un ferrocarril de aproximadamente 3.645 hectáreas en dichos municipios.

En ese contexto, sostiene que los trayectos que constituyen el Corredor de la Alta Guajira son bienes de uso público, unos, en cabeza del departamento de la Guajira, y otros, como el Corredor Central, en administración y operación del Cerrejón Ltda.

Refiere que, en el corredor occidental, en el que habitan 18 comunidades, dentro de las que se encuentran las tres accionantes y en el corredor oriental, la Unión Temporal solo ha realizado labores de levantamiento de información y estudios topográficos, actividades que no representan un peligro para las costumbres, vida, salud, autonomía e integridad territorial de dichas comunidades indígenas.

Indica que el mencionado contrato tiene como objeto la rehabilitación, mantenimiento y/o mejoramiento vial, procesos que son de carácter temporal y periódico, que se realizan sobre vías existentes, de las que las comunidades se benefician y coexisten, por lo que, en atención a la jurisprudencia y los pronunciamientos de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, no puede predicarse una afectación directa a las comunidades étnicas y, con ello, la exigencia de agotar el mecanismo de consulta previa.

Finalmente, informa que, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, ha socializado con las comunidades asentadas en el tramo San Martín-Cabo de La Vela las actividades a ejecutar en relación con el mejoramiento y mantenimiento en esa área y, contrario a lo asegurado por los accionantes, desde el inicio del contrato ha convocado a más de diez reuniones, en las que explicó el alcance del proyecto y solicitó su autorización para ingresar a los territorios, con el fin de realizar los estudios y diseños, las cuales incluso llevaron a tomar la decisión de no ejecutar las acciones iniciales de limpieza y mantenimiento rutinario hasta la terminación de los estudios y diseños, que ahora los accionantes pretenden desconocer, entorpeciendo, sin razón constitucional alguna, una vez más la ejecución normal del proyecto. Por lo anterior, solicitó denegar las pretensiones de la acción de tutela.

(v) Instituto Colombiano de Vías[15]

9.- El 10 de noviembre de 2021, la entidad indicó que el objeto del proyecto al que hizo referencia la parte accionante es el mantenimiento y mejoramiento, gestión predial, social y ambiental sostenible del corredor conexión Alta Guajira Uribia-Puerto Bolívar-Estrella-vías Wayúu y Cabo de la Vela-San Martín, vías existentes en el departamento de La Guajira, el cual se ejecuta en tres corredores viales:

El primero de Uribia – Puerto Bolívar, vía donde se encuentran comunidades indígenas distintas a la accionante, localizado en el km. 77+300 en el municipio de Uribia al km142+000 de Puerto Bolívar, el cual está actualmente en ejecución y, de conformidad con el contrato, requiere labores de mantenimiento y mejoramiento; no necesita licencia ambiental y cuenta con el Plan de Adaptación de la Guía Ambiental, PAGA, aprobado por la interventoría. El segundo corredor, esto es, el occidental, ubicado en San Martín-Cabo de la Vela, en el que están asentadas las tres comunidades accionantes, el cual se encuentra actualmente en estudios y diseños, con ejecución de actividades previas de topografía, apiques, entre otras, que se desarrollan con autorización previa de la comunidad. Indicó que en este tramo no se ejecutan actividades de mantenimiento y mejoramiento ni se ha desarrollado ninguna obra y que en el de San Martín-Nazaret, también se realizan actividades previas y estudios.

[15] Intervención contenida en 20 folios.

Así las cosas, precisó que no es cierto que solo hasta el 28 de septiembre de 2021 se convocó a las comunidades que habitan en el corredor occidental para socializar el proyecto de construcción, puesto que desde el 28 de julio de dicho año, el contratista, Unión Temporal Andino, ha realizado diez reuniones con estas, con el propósito de obtener autorizaciones para iniciar las actividades previas de mejoramiento y mantenimiento, tales como, topografía y apiques. En todo caso, aclaró que las actividades de la referida Unión Temporal en la zona están limitadas a los estudios y diseños y que las reuniones se circunscriben a obtener autorización para las comisiones previas, ya que solo hasta que se tengan los informes y diseños en los tramos, se podrán adoptar las decisiones necesarias de intervención, de acuerdo con el objeto y alcance del contrato. Por lo tanto, afirmó que las comunidades fueron debidamente informadas de las actividades a ejecutar.

Además, reiteró que en la zona donde habitan las comunidades indígenas Wayúu de Pakimana, Patssua y Jalaipa no se realizan actividades de mantenimiento, mejoramiento o construcción, por lo que no existe Plan de Manejo Ambiental, dado que en la actualidad dicho corredor se encuentra en etapa de estudios y diseños y, por ende, no hay ningún documento que deba someterse a consulta previa, por lo que no se evidencia una afectación directa ni indirecta a las comunidades. Sobre el particular, insistió en que en este momento no hay intervención física y material del tramo, por el contrario, las actuaciones adelantadas corresponden a acciones preparatorias, que no requieren consulta previa. Agregó que, una vez definido por el INVIAS la ejecución de las actividades de mantenimiento y mejoramiento de dicho trayecto, en caso de que se tenga un cierto grado de certeza sobre el tema, deberá presentarse para aprobación el Plan de Manejo Arqueológico.

Finalmente, refirió que, en atención al objeto del contrato, el cual versa sobre mantenimiento y mejoramiento de los corredores viales, en principio, no se requiere un trámite y/o solicitud adicional de licencia ambiental, máxime cuando el proyecto cobija vías existentes y, en ese entendido, tampoco es exigible un Plan de Manejo Arqueológico. Asimismo, arguyó que los proyectos de mejoramiento y rehabilitación no generan un impacto y/o afectación ambiental grave y, en ese sentido, según la jurisprudencia y las directrices de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, no es dable afirmar la existencia de una posible afectación directa a las comunidades étnicas, por lo que no se predica la necesidad de ejercer el mecanismo de consulta previa. Al respecto, afirmó que la construcción, mantenimiento y mejoramiento de obras que se realicen en cumplimiento de las funciones constitucionales a cargo del Estado, según la normativa constitucional, legal, ambiental y social, con participación de las comunidades, como, en efecto está dispuesto, no afecta a las comunidades ni a ningún ciudadano, todo lo contrario, redundará en beneficios económicos y sociales para la región deprimida, entre otras, por la deficiencia de la infraestructura del departamento de La Guajira.

(vi) Defensoría del Pueblo[16]

10.- El 10 de noviembre de 2021, esta entidad advirtió que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que las actuaciones y comportamientos enunciados en la solicitud de amparo son ajenos a la entidad y, por ende, no puede atribuírsele responsabilidad alguna, por lo que la acción es improcedente.

(vii) Presidencia de la República[17]

11.- El 10 de noviembre de 2021, la Presidencia de la República expresó que ni la entidad ni el presidente de la República son responsables del menoscabo de las garantías referidas por el solicitante del amparo. Además, aclaró que no tienen injerencia ni competencias para atender ninguna de las pretensiones de la acción de tutela, teniendo en cuenta que corresponde al Ministerio del Interior pronunciarse respecto a los pedimentos de la parte accionante, pues solicita que se convoque a una consulta previa del proyecto de construcción de las vías de Puerto Bolívar y Puerto Estrella.

Asimismo, resaltó que la autoridad administrativa no actúa en nombre ni representación de ninguna autoridad, por lo que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva.

(viii) Instituto Colombiano de Bienestar Familiar[18]

12.- El 10 de noviembre de 2021, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF), se opuso a las pretensiones de la acción constitucional, en tanto que la entidad no ha transgredido, en el marco de su misionalidad, los derechos fundamentales invocados por la parte accionante. Precisó que los menores de edad de las comunidades indígenas accionantes cuentan con el programa de Primera Infancia, en sus distintas modalidades, propia e intercultural, y el HCB Comunitario. En esa medida, aseguró que brinda sus servicios y garantiza el acceso a la alimentación y educación inicial. Aunado a lo anterior, señaló que brinda atención integral a los niños, niñas y adolescentes, madres gestantes y lactantes en la región y, actualmente, cuenta con 89.312 usuarios en todo el departamento. En consideración a esos argumentos, solicitó la desvinculación o la declaración de improcedencia de la acción de tutela de la referencia.

(ix) Ministerio del Interior

13.- La entidad fue notificada el 5 de noviembre de 2021, pese a esto, no presentó escrito de contestación.

---

[16] Intervención contenida en 3 folios.
[17] Intervención contenida en 11 folios.
[18] Intervención contenida en 11 folios.

C. Sentencia de primera instancia

14.- Mediante providencia del 25 de noviembre de 2021, la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado, resolvió negar el amparo solicitado. Lo anterior, con base en los siguientes argumentos:

14.1- La Unión Temporal Andino 066 acreditó que desde el 28 de julio de 2021, ha realizado varias reuniones con las comunidades indígenas asentadas en el territorio cercano a las vías que comprenden la ejecución del proyecto de mejoramiento y mantenimiento vial, con el propósito de informar sobre los trabajos que se desarrollaran y, en el caso del corredor occidental, que es en el que confluyen las comunidades Wayúu de Pakimana, Patssua y Jalaipa aquí accionantes, ha solicitado su autorización para realizar las actividades de topografía y estudios del suelo, requeridas para los estudios y diseños previos de la obra.

14.2.- Indicó que la Unión temporal Andino 066, a través de Oficio con radicación externa EXTMI021-014467 del 3 de septiembre de 2021, solicitó, al Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa, la expedición del certificado y determinación de la procedencia y oportunidad de la consulta previa para la ejecución de proyectos, obras o actividades, en el marco del contrato de obras del INVIAS 1009 de la presente anualidad. Así mismo que el 20 de octubre de 2021, mediante Oficio SAL-00000245 el contratista remitió la documentación exigida por la cartera ministerial: datos cartográficos, documentos relacionados con la caracterización económica, social y ambiental, la identificación de comunidades indígenas y la evaluación de posibles impactos. Además, señala que "*el 21 de octubre de 2021, remitió una solicitud de desistimiento del trámite. Peticiones que se encuentran pendientes de respuesta por parte de la entidad*".

14.3.- Finalmente, concluyó que *"contrario a lo afirmado por los solicitantes del amparo, en el corredor occidental, en el que se repite, están asentadas las comunidades indígenas Wayúu Pakimana, Patssua y Jalaipa, en este momento, no se están ejecutando obras de construcción ni se ha definido la materialización de estas, de manera que no puede afirmarse que exista una afectación actual a los derechos individuales y colectivos de esos grupos indígenas"*.

D. Impugnación

15.- En desacuerdo con lo anterior, el 16 de diciembre de 2021, el apoderado judicial de las comunidades indígenas accionantes, presentó escrito de impugnación, en el cual solicitó revocar el fallo proferido en primera instancia, ya que, de acuerdo con los peticionarios, actualmente el estado colombiano y la Unión Temporal Andino:

<<están realizando la obra para la construcción para la carretera en territorio colectivos que pertenecen a estas comunidades donde estas obras les están generando afectaciones directas en materia ambiental, social, cultural, espiritual y territorial, además de eso están generando desplazamiento de estas comunidades porque en el área se encuentra maquinaria pesada y otros que de una u otra forma están poniendo en riesgo la supervivencia de las comunidades ancestrales afectando también su patrimonio arqueológico y si sitio sagrado como lo es el cabo de la vela.>>

II. C O N S I D E R A C I O N E S

E. Competencia

16.- La Sala es competente para conocer de la impugnación presentada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 19 de noviembre de 1991[19].

17.- Con todo, debe recordarse que, en lo atinente al trámite de impugnación, la competencia de quien conoce el asunto se ve delimitada, *prima facie*, por las razones o motivos de inconformidad con la providencia que es objeto de debate, con la circunstancia particular de que estando de por medio derechos y garantías de raigambre fundamental, el juez, tribunal o alta Corporación, adquiere mayores facultades para llevar a cabo un análisis integral a fin de dar primacía al derecho sustancial y salvaguardar los intereses superiores de los administrados.

F. Análisis del caso concreto

18.- Dado lo anterior, le corresponde a esta Sala determinar si confirma, modifica o revoca el fallo impugnado, proferido por la Sección Segunda del Consejo de Estado que resolvió negar el amparo solicitado en la demanda, al no encontrar probada la vulneración ni amenaza de algún derecho fundamental de la parte accionante.

Procedencia de la acción de tutela para solicitar la activación del mecanismo de consulta previa

19.- Como regla general, el artículo 86[20] de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y la Corte Constitucional han indicado que la acción de tutela es procedente, siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.

19.1.- Sobre el requisito de subsidiariedad, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela no es un mecanismo llamado a sustituir los procedimientos ordinarios o especiales de defensa consagrados en las normas que

[19] *"Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo"*

[20] "el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"

regulan una materia específica, tampoco puede entenderse como un procedimiento *adicional* o *complementario* a las normas que regulan un procedimiento judicial o administrativo. La tutela es un mecanismo especial de protección diseñado para proteger los derechos fundamentales de las personas ante vacíos en el sistema jurídico o ante las actuaciones arbitrarias y omisiones de las autoridades públicas.

19.2.- El carácter subsidiario del recurso de amparo busca garantizar el respeto por los mecanismos ordinarios de defensa ya sean judiciales o administrativos, pues por regla general estos se presumen idóneos y eficaces para garantizar la satisfacción de las pretensiones y la protección de los derechos fundamentales de las personas.

19.3.- En los casos en los que la parte actora cuenta con un medio de defensa principal, la Corte Constitucional, ha desarrollado dos excepciones a la regla expuesta[21]: i) cuando se promueve el amparo como mecanismo principal, situación que ocurre en el evento en que las acciones ordinarias carecen de idoneidad o de eficacia para defender los derechos fundamentales del accionante[22] y ii) cuando se instaura la acción de tutela de forma transitoria para evitar la configuración de un perjuicio irremediable[23].

19.4.- En el último escenario, la Corte ha señalado que el perjuicio debe ser: *"i) inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; i) grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) urgente, de tal manera que las medidas que se requieran tomar para conjurar el perjuicio se deban tomar de manera inmediata; y iv) la tutela sea un medida impostergable para garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad"*[24].

19.5.- Entonces, la determinación de la procedencia excepcional de la acción de tutela exige del juez un análisis de la situación particular del actor, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales y si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional. En caso de no verificarse estos requisitos la subsidiariedad exige que el demandante agote los medios de defensa legalmente establecidos antes de tramitar sus pretensiones por esta vía, pues de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la existencia de dichos medios hace improcedente el recurso de amparo.

La consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano

[21] Sentencias T-623 de 2011, T-498 de 2011, T-162 de 2010, T-034 de 2010, T-180 de 2009.

[22] Sentencia T-235 de 2010.

[23] Sentencia T-397 de 2015.

[24] Sentencia T-397 de 2015.

20.- Como punto de partida debe indicarse que la Constitución Política establece que Colombia es una república democrática, participativa y pluralista (art. 1), que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural (arts. 7 y 70) y además reconoce la autodeterminación de los pueblos indígenas en sus territorios (art. 330). De conformidad con estos principios, la jurisprudencia constitucional ha determinado que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas, a través de la consulta previa, adquiere la connotación de derecho fundamental, ya que este instrumento permite al Estado preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y permite asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social.

20.1.- Este derecho se encuentra incorporado en el bloque de constitucionalidad, a través del Convenio 169 de la OIT, el Pacto Internacional sobre los Derechos, Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

20.2.- La jurisprudencia constitucional ha precisado que la consulta previa se caracteriza por ser un derecho flexible razón por la cual los procesos de consulta no son iguales en todos los casos. En este aspecto, el numeral 2, del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT establece que el desarrollo de la consulta debe propender por la flexibilidad y por lograr el consentimiento de los pueblos involucrados. Interpretando estos postulados, la Corte Constitucional, en Sentencia T-063 de 2019, indicó que ni en el citado convenio ni en el ordenamiento jurídico interno se establecen reglas rígidas de procedimiento sobre la consulta previa y reiteró que *"una reglamentación rígida del procedimiento de la consulta previa puede resultar inconstitucional cuando, de su aplicación resulten consecuencias contrarias a los mandatos constitucionales y a las normas internacionales, por tal razón el Convenio No 169 de la OIT otorgó a los Estados un amplio margen de flexibilidad para determinar la manera en que debe realizarse la consulta"*.

20.3.- Sobre su finalidad, la Corte ha señalado que la consulta previa debe estar orientada a lograr un consenso entre las partes involucradas en el proceso. Para ello, ha especificado que el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, de modo que el mecanismo de consulta asegure una participación activa y efectiva de todos los interesados, en igualdad de condiciones. Sobre este punto se ha explicado que la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas no son suficientes para garantizar el derecho a la consulta previa, de modo que la efectividad de la participación de las comunidades está determinada por la capacidad que tienen estas de incidir en las decisiones que adopten las autoridades competentes sobre el objeto que se discute en la consulta.

20.4.- En relación con su alcance, se ha definido que es un proceso de diálogo intercultural entre iguales, esto significa *"que ni los pueblos indígenas tienen un derecho de veto que les permita bloquear decisiones estatales, ni el Estado tiene un*

derecho a la imposición sobre los pueblos indígenas para imponerles caprichosamente cualquier decisión, sino que opera un intercambio de razones entre culturas que tiene igual dignidad y valor constitucional (CP art 70)".

Procedimiento para la realización de la consulta previa

21.- Teniendo en cuenta lo anterior, a partir de la adopción del Convenio 169 de la OIT en la Ley 21 de 1991 y de conformidad con las órdenes proferidas en la Sentencia SU-123 de 2018, el Estado colombiano ha proferido una serie de normas en las que se establecen los procedimientos que deben cumplirse para garantizar el derecho a la consulta previa.

21.1.- En este punto, es importante señalar que en la mencionada sentencia la Corte Constitucional identificó dos dificultades del proceso de certificación de presencia de comunidades étnicas que hasta ese momento adelantaba el Ministerio del Interior, con la finalidad de establecer la procedencia de la consulta previa.

21.2.- El primero, se relaciona con *"debilidad administrativa y financiera y la precaria independencia técnica de esa dirección [Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior], que le impide muchas veces realizar adecuadamente sus funciones, por lo cual en casos decididos por esta Corte esa dirección ha certificado equivocadamente que no existían grupos étnicos en territorios en donde efectivamente había presencia de esos grupos, con lo cual no fue realizada una consulta previa que era requerida constitucionalmente"*.

21.3.- El segundo, consiste en que la certificación de presencia de comunidades étnicas tenía como objetivo establecer si en el *área de interés* del proyecto, obra o actividad que pretendía desarrollar una empresa, se registraba o no la presencia de una comunidad étnica sobre la cual debería garantizarse el derecho fundamental a la consulta previa. De acuerdo con la Corte *"los estudios técnicos en los que se basa el concepto de 'área de influencia' no dan cuenta de los impactos ambientales, a la salud, culturales, sociales o espirituales que pueden ocasionarse sobre los pueblos indígenas o tribales (…) En otras palabras, el área de influencia no establece toda la afectación directa ni la comprende, pues no tiene ese propósito. Por el contrario, el concepto de afectación es el criterio determinante para establecer si procede la consulta previa, por lo que es esencial para este derecho fundamental"*.

21.4.- Por lo anterior, la Corte consideró que para eliminar la inseguridad jurídica en esta materia, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior debía interpretar su competencia conforme a los principios constitucionales relativos al derecho a la consulta previa de los pueblos étnicos, por lo cual no debía limitarse a señalar la presencia o ausencia de dichos pueblos dentro del territorio correspondiente al área de afectación del proyecto, sino que debe incorporar dentro de los certificados que expida un estudio particular y expreso sobre la posible

afectación directa que pueda causar el proyecto, obra o actividad a las comunidades étnicas con independencia de la limitación del área de influencia.

21.5.- Así, a través del Decreto 2893 de 2011, que deroga el Decreto 200 de 2003, se asignó al Ministerio del Interior la competencia de coordinar interinstitucionalmente la realización de la Consulta Previa con los pueblos étnicos sobre los proyectos que puedan afectarlos, de conformidad con la ley (art. 1). Al respecto, es importante señalar que, mediante el Decreto 2353 de 2020, el Gobierno fortaleció el aparato institucional encargado de adelantar los procesos de consulta previa y creó la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa y las Subdirecciones Técnica de Consulta Previa, de Gestión de Consulta Previa y Corporativa. Así mismo, que el numeral 1º del artículo 16 A del citado decreto, asignó a la Subdirección Técnica de Consulta Previa de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa: (i) la función de determinar la procedencia y oportunidad de la consulta previa para la ejecución de los proyectos, obras, o actividades, de acuerdo con el criterio de afectación directa, y con fundamento en los estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que se requieran; (ii) coordinar y desarrollar, bajo las directrices del Director de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, las visitas de verificación en campo que se determinen necesarias para establecer la procedencia de la consulta previa; y, (iii) expedir y notificar los actos administrativos de procedencia de la consulta previa, según los criterios del Convenio 169 de la OIT, la legislación nacional y la jurisprudencia constitucional.

21.6.- A través de la Directiva Presidencial No. 10 de 2013 desarrolló los lineamientos generales que deben ser observados por las autoridades públicas y por los particulares para la realización de consultas previas con comunidades étnicas. En este documento se describen las obligaciones de las entidades implicadas en el proceso, se definen las etapas de este y se establecen los insumos y productos que deben generarse en la implementación de la consulta. Mediante la Directiva Presidencial No. 08 de 2020, el Gobierno adaptó las etapas y procesos contenidos en la mencionada directiva a los lineamientos establecidos en la Sentencia SU-123 de 2018. Es importante señalar que la promulgación de la Directiva Presidencial No. 08 sustituyó la etapa de "Certificación sobre la presencia de comunidades étnicas que hace necesaria la consulta previa" por la etapa de “Determinación de procedencia de la consulta previa” y adiciona las etapas de "Preconsulta", "Consulta previa" y "Seguimiento de acuerdos".

21.7.- Para resolver el presente caso, la Subsección enunciará las etapas descritas en las mencionadas directivas y desarrollará el contenido de la fase de determinación de procedencia de la consulta previa, ya que de conformidad con los argumentos expuestos en la demanda y en las contestaciones, la discusión sobre la vulneración de derechos gira en torno a este punto:

21.8. El proceso de consulta previa de proyectos, obras o actividades (en adelante POA) está compuesto por cinco etapas: (i) Determinación de procedencia de la consulta previa; (ii) Coordinación y preparación; (iii) Preconsulta; (iv) Consulta previa; y (v) Seguimiento de acuerdos.

21.9 En la primera fase del proceso, corresponde a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior determinar si el POA requiere la realización de la consulta previa, de acuerdo con el criterio de afectación directa establecido en las Sentencias T-011 de 2011 y SU-123 de 2018 y con fundamento en los estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que se requieran. La activación de esta etapa requiere que la entidad promotora o el ejecutor del POA presente una solicitud de determinación de la consulta previa ante la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior. En la Directiva se define como entidad promotora a la entidad pública que suscribió el contrato con el ejecutor del POA y como ejecutor al particular o entidad pública a cargo de la ejecución del proyecto, obra o actividad.

21.10 Para realizar el análisis de procedencia la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa debe solicitar y consultar la información que reposa en sus archivos, en la Dirección de Asuntos Indígenas ROM y Minorías del Ministerio del Interior y en la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior; en el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en la Agencia Nacional de Tierras, en el Instituto Nacional de Antropología e Historia, y en las demás entidades que considere pertinente.

21.11 En caso de que la información suministrada por la entidad promotora o el ejecutor del POA y consultada por la Subdirección Técnica de Consulta Previa de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa sea insuficiente para determinar la procedencia de la consulta previa, la entidad debe realizar una visita de verificación en territorio. Dicha visita puede comprender una extensión superior al área identificada por la entidad promotora o el ejecutor del POA, si esto permite establecer posibles afectaciones directas.

21.12 Una vez se remite la solicitud, la Subdirección Técnica de Consulta Previa de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, debe dar respuesta al requerimiento dentro del término señalado en el numeral 2, del artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1 de la Ley Estatutaria 1755 de 2015.

21.13 Al finalizar dicha etapa, la Subdirección Técnica de Consulta Previa debe expedir un acto administrativo en el que manifieste si procede o no la consulta previa por la posible afectación directa a comunidades étnicas.

Alcance y naturaleza del proceso de consulta previa de proyectos, obras o actividades

22.- Sobre el alcance y la naturaleza de las directivas presidenciales que regulan el proceso de consulta previa la Sección Primera del Consejo de Estado[25] ha señalado que estas se erigen como verdaderos actos administrativos susceptibles de control judicial por la jurisdicción contencioso administrativa ya que son manifestaciones de la voluntad del Presidente de la República, en ejercicio de la función administrativa, en las que se dan órdenes a los funcionarios públicos destinatarios, en relación con los mecanismos para garantizar el derecho fundamental a la consulta previa con los grupos étnicos.

22.1.- Estas directivas se encuentran dentro de la categoría de actos administrativos reglamentarios, a través de los cuales se expidieron órdenes para la adecuada ejecución del Convenio 169 de la OIT, así como del artículo 330 de la Constitución Política y de las Leyes 21 de 1991, 70 de 1993[26] y 99 de 1993[27] (artículo 76)[28], relacionados con el derecho fundamental a la consulta previa.

22.2.- Visto lo anterior, la Sección Primera de esta corporación judicial, en sentencia de 20 de mayo de 1999[29], sostuvo que la definición de los criterios participativos necesarios para el ejercicio del derecho a la consulta previa le compete al Gobierno Nacional, no solo por sus funciones reglamentarias, sino porque también es el órgano encargado de propiciar la participación de dichas comunidades.

22.3.- La Sala resalta que, las directivas presidenciales a las cuales se ha hecho referencia constituyen "órdenes" del Presidente de la República, dirigidas a las autoridades del nivel nacional: i) para establecer los roles que dichas autoridades deben cumplir cuando se deba acudir a este mecanismo; ii) para recoger lo regulado en instrumentos internacionales (Convenio 169), en leyes y en distintos pronunciamientos que frente a este derecho fundamental fueron proferidos por la Corte Constitucional para la fecha en que fueron expedidas las directivas; y, iii) para

---

[25] Expediente 11001-03-24-000-2016-00164-00, Consejero ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés, 11 de septiembre de 2019, Actor: Gobernador Cabildo Indígena del Pueblo Kankuamo y otros y Expediente 5091, Consejero ponente: Juan Alberto Polo Figueroa, 20 de mayo de 1999, Actor: Apolinar Pascal Cabezas y Asociación de Autoridades Tradicionales Awa - Organización Unidad Indígena del Pueblo Awa – UNIPA.

[26] "Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política" (Ley de comunidades negras).

[27] *"Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones".*

[28] *"La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades".*

[29] Expediente 5091, Consejero ponente: Juan Alberto Polo Figueroa, 20 de mayo de 1999, Actor: Apolinar Pascal Cabezas y Asociación de Autoridades Tradicionales Awa - Organización Unidad Indígena del Pueblo Awa – UNIPA.

precaver cuestiones de orden administrativo, de gestión y logísticas que deben surtirse al interior de las entidades públicas para la realización de las consultas.

22.4.- Por último, esta Corporación ha resaltado la flexibilidad de este procedimiento al establecer que las directivas presidenciales estudiadas son un protocolo sugerido y, en todo caso, su aplicación estará supeditada a los acuerdos establecidos por la comunidad en consulta y el interesado. Lo anterior, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional ha reconocido que cada proceso consultivo debe ser diferente, en la medida en que debe ajustarse a las necesidades de la comunidad a la cual va dirigida, delineando exclusivamente el marco general, los principios y las subreglas específicos que deberían guiarlo.

Análisis del caso concreto

23.- Las comunidades indígenas accionantes, consideran que las entidades accionadas vulneraron sus derechos a la vida, seguridad alimentaria, medio ambiente sano, consulta previa, debido proceso, igualdad, autonomía, autodeterminación, autogobierno, la consulta previa, entre otros, al considerar que las actividades de mantenimiento y adecuación desarrolladas en el contrato de obra pública No. 1009 de 2021, debían discutirse al interior de un proceso de consulta previa.

24.- Por su parte, la Unión Temporal Andino, entidad encargada de ejecutar el proyecto, considera que la ejecución del Contrato N. ° 1009 de 2021, en el corredor vial San Martín – Cabo de la Vela no requiere de consulta previa con las comunidades accionantes en la medida en que, de conformidad con las definiciones y reglas establecidas en la Ley 1682 de 2021, estaría excluida de dicho trámite, al no generar un impacto y/o afectación ambiental grave en los territorios indígenas. Lo anterior, por cuanto para la entidad, el mantenimiento y mejora de infraestructura vial no representan una afectación directa a las comunidades, según los parámetros establecidos por la Corte Constitucional.

24.1.- De igual forma señala que, en casos similares, la Autoridad Nacional de Consulta Previa, ha establecido que frente a las características de los proyectos de rehabilitación, mantenimiento y/o mejoramiento vial, y a su incidencia sobre bienes de carácter público de la nación, no es dable afirmar la existencia de una posible afectación directa a las comunidades étnicas, ya que estos: (i) no perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales de las comunidades étnicas; (ii) no generan un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) no imposibilitan realizar los oficios de los que se deriva el sustento; (iv) no ocasionan un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio; (v) en el caso concreto, el proyecto no recae sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) ni los que desarrolla el Convenio 169 de la OIT; (vii) así mismo, no se imponen cargas

o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica; (viii) ni se configura una interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura de las comunidades étnicas. Contrario al dicho de los accionantes, las obras facilitan la materialidad de otros derechos tales como: derecho a la libre locomoción, el derecho a la dignidad humana, derecho al mínimo vital, entre otros.

24.2.-Aunado a lo anterior, la Unión temporal sostiene que en el momento en que se interpuso el amparo la ejecución del proyecto se había limitado a desarrollar actividades preparatorias y previas al inicio de las obras de mejoramiento y mantenimiento del tramo. Sobre este punto, precisó que dichas actividades consistían en la realización de la topografía y en la toma de las muestras de suelos para poder elaborar los estudios y diseños correspondientes a este corredor vial. Conforme a esto, que no existe una afectación directa ni indirecta a las comunidades, por cuanto las actividades realizadas no involucran una intervención física y material del tramo; por el contrario, corresponden a actividades preparatorias o previas, que no requieren de consulta previa.

25.- Con este contexto, cabe recordar que, según la jurisprudencia constitucional[30], en aquellos casos en los que se alega la vulneración del derecho a la consulta previa en la ejecución de proyectos de infraestructura de transporte que implican mantenimiento, rehabilitación o mejoramiento de malla vial existente, la afectación directa debe estudiarse a partir del impacto de las actividades específicas desarrolladas por el contratista en el territorio.

En desarrollo de esta postura se ha establecido que, debido a su carácter de derecho fundamental irrenunciable, la consulta previa no puede circunscribirse a las restricciones derivadas de las previsiones reglamentarias que se hagan sobre un sector específico, como el ambiental. Por lo anterior, se ha entendido que el proceso de consulta es un derecho fundamental que trasciende el campo puramente ambiental y este debe ser garantizado cuando se registra una intervención directa en una comunidad étnica, sin importar sí dicha intervención tiene o no carácter ambiental, esto se debe a que *a priori*, el mecanismo de consulta no tiene una relación específica con un tipo de proyecto, por lo que la ejecución de los mismos amerita un análisis particular en cada caso a partir de la noción de la afectación directa.

26.- En este punto, la Sala advierte, que: (i) la interpretación propuesta por la Unión Temporal, según la cual, los contratos de obra celebrados para el mejoramiento y mantenimiento de infraestructura vial están exentos del trámite de consulta previa al no requerir de licenciamiento ambiental no se ajusta a la jurisprudencia constitucional. Como se mostró, no es posible asumir que, al generar un bajo impacto ambiental, automáticamente este tipo de proyectos no conlleva un impacto directo

[30] Sentencia T-154 de 2021.

en las comunidades étnicas, ya que dicha afectación incluye aspectos sociales, culturales y religiosos que van más allá de las discusiones estrictamente ambientales. Por esta razón, en el presente asunto, no puede descartarse de plano la necesidad de acudir al proceso de consulta previa.

(ii) Así mismo, de conformidad con las disposiciones consagradas en los Decretos 2893 de 2011 y 2353 de 2020 y en las Directivas Presidenciales No. 10 de 2013 y No. 08 de 2020, es competencia exclusiva del Ministerio del interior a través de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa y la Subdirecciones Técnica de Consulta, definir en cada caso particular si las actividades desarrolladas en un territorio afectan directamente o no a las comunidades étnicas y a partir de este análisis establecer la procedencia de la consulta previa, de acuerdo con el proceso establecido en las mencionadas Directivas. Por esta razón, no recae en cabeza de la Unión Temporal contratista, la definición acerca de si el mecanismo de consulta previa procede.

Lo anterior, por cuanto el mecanismo de consulta previa procede cuando se cuenta con suficiente evidencia para inferir razonablemente que la adopción de un proyecto, plan o medida puede generar un impacto directo en una comunidad étnica. Así, una vez se advierte la existencia de dicho impacto, la consulta previa debe realizarse con anterioridad al inicio del proyecto, obra o actividad, lo que implica que la apertura del proceso no debe ser concomitante, simultánea o posterior, al momento en que ha comenzado la intervención sobre el territorio.

Debe ponerse de presente que, aun cuando la Unión Temporal Andino ha presentado varias peticiones al Ministerio del Interior para que se establezca la presencia de comunidades indígenas en cierta área, estas se refieren únicamente al tramo Uribia Puerto – Bolívar. Así mismo, se observa que, en una de sus comunicaciones, desistió de dicho trámite.

27.- De conformidad con lo expuesto y con lo previsto en las Directivas Presidenciales No. 10 de 2013 y No. 08 de 2020, la Sala advierte que existe un mecanismo de defensa ordinario para resolver este tipo de controversias, en cabeza del Ministerio del Interior, el cual resulta idóneo y eficaz para atender los reclamos presentados por las comunidades accionantes.

Dicho proceso, no solo es el canal natural que, en el marco de sus facultades reglamentarias estableció el Gobierno para dirimir las controversias relacionadas con la procedencia de la consulta previa, sino que su diseño permite garantizar de manera adecuada el análisis de los argumentos expresados por los dos extremos en tensión según el concepto de afectación directa del territorio desarrollado por la Corte Constitucional, por lo que debe recordarse que el análisis y la interpretación constitucional de los asuntos de tutela, más allá de perseguir la solución de un

conflicto, busca la definición de campos de posibilidades para resolver controversias entre derechos o principios fundamentales.

28.- Precisado lo anterior, la Sala advierte que las comunidades accionadas tienen a su alcance la posibilidad de activar los mecanismos antes indicados, pudiendo promover ante las autoridades competentes la verificación de los supuestos que dan lugar al trámite de las consultas previas, sea acudiendo de manera directa ante la autoridad respectiva o propiciando la intervención de las instancias de protección y defensa de los derechos como sería, por ejemplo, la Defensoría del Pueblo o de la Procuraduría General de la Nación, entidades que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, "*están habilitadas para advertir y adelantar, con base en las medidas de control que les corresponde, las eventuales omisiones en el deber de identificación de la posible afectación directa de una determinada comunidad étnica"*[31].

29.- En este punto recuerda la Sala que el Ministerio Público, conforme a sus atribuciones legales y constitucionales, tiene responsabilidades en el procedimiento de procedencia de la consulta previa. Según el artículo 13 del Decreto 25 de 2014 (Orgánico de la Defensoría del Pueblo) son funciones de las Defensorías delegadas: *"2. Velar por el respeto y ejercicio de los Derechos Humanos y la observancia del Derecho Internacional Humanitario y adelantar las acciones y estrategias que se requieran para el efecto. (…)3. Adelantar las acciones y estrategias que se requieran para la protección de los derechos de los sujetos de especial protección constitucional, bajo los lineamientos del Defensor del Pueblo. (…) 4. Presentar las recomendaciones y observaciones a las autoridades y a los particulares, en caso de amenaza o violación de los Derechos Humanos y la inobservancia del Derecho Internacional Humanitario (…) 5. Adelantar las investigaciones de oficio o a petición de parte, sobre las presuntas violaciones de los Derechos Humanos y la inobservancia del Derecho Internacional Humanitario y rendir los informes sobre el resultado de las mismas al Defensor del Pueblo"*.

30.- Además, el artículo 24 del Decreto 262 de 2000 (Orgánico de la Procuraduría General de la Nación) y la Resolución No. 017 2000, establecen como función de la Procuraduría Delegada para la Prevención en materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, la de *"intervenir ante las autoridades públicas, cuando sea necesario para defender el orden jurídico, el patrimonio público o las garantías y derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos o del ambiente, así como los derechos de las minorías étnicas"*.

31.-Asi pues, la Sala no encuentra evidencia de que las comunidades que han dado inicio al presente proceso, hubieren promovido de manera previa a la presentación de la acción de tutela, la activación de las competencias administrativas encaminadas a realizar y proteger los derechos que estiman amenazados, sin que

[31] Sentencia SU-123 de 2018.

en sustitución de ello se encuentre evidencia que haga imperiosa la intervención de una instancia judicial, de cara a la ausencia de un perjuicio irremediable que exija por parte del juez constitucional la adopción de medidas impostergables en sustitución de aquellas que pudieren adoptar tales instancias administrativas y de defensa de los derechos. De hecho, en el caso objeto de estudio, se observa que a la fecha no se han iniciado labores de construcción en el tramo de la vía en el que habitan las comunidades accionantes, de igual manera en múltiples ocasiones la Unión Temporal ha realizado reuniones con las autoridades indígenas, para gestionar permisos y autorizaciones de las comunidades accionantes, con la finalidad de adelantar labores relacionadas con la ejecución del proyecto[32.]

32.- De lo anterior, la Sala concluye que en esta oportunidad el perjuicio: i) no es inminente pues no se evidenció un daño o menoscabo que esté próximo a ocurrir; ii) no requiere la adopción de medidas urgentes por parte de la autoridad judicial; iii) no se comprobó de qué forma grave e irreparable se haya afectado a la parte actora; y iv) el amparo no es impostergable, pues como se mencionó, a la fecha no se ha iniciado ninguna actividad que implique una intervención material en el territorio, sin considerar, además, que las comunidades que han promovido la presente acción de tutela, hubieran acudido previamente ante las instancias competentes, encargadas de la realización, protección y defensa de sus derechos .

33.- En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. F A L L A

PRIMERO. - REVOCAR la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2021, por la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado, para en su lugar, **DECLARAR IMPROCEDENTE** el amparo solicitado, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - Se ordena **NOTIFICAR** a las partes por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO. - ENVIAR esta actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

[32] Expediente digital, contestación, Anexo: 7.4. Acta No. 13 del 25 de agosto de 2021.pdf; 7.11 Carta de la comunidad a la UT ANDINO 066 del 7 de octubre de 2021.pdf; 7.5.Acta No. 16 del 30 de agosto de 2021.pdf; 7.8.Acta No. 21 del 28 de septiembre de 2021.pdf; 7.6.Acta No. 18 del 4 de septiembre de 2021.pdf; 7.3.Acta No. 11 del 19 de agosto de 2021.pdf; 7.9.Acta No. 30 del 9 de octubre de 2021.pdf; 7.2 Acta No. 5 del 30 de julio de 2021.pdf; 7.7.Acta No. 20 del 23 de septiembre de 2021.pdf; 7.1 Acta No. 1 del 28 de julio de 2021.pdf y 7.10.Acta No. 34 del 14 de octubre de 2021.pdf

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN
Con salvamento de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE[33]
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

[33] VF

Nota: se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador.