

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP2658-2018

Radicación 96757

(Aprobado Acta No.53)

Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

La Sala decide la impugnación interpuesta por HÉCTOR VALENCIA MINA, representante del Consejo Comunitario de Zacarías, contra el fallo proferido el 11 de diciembre de 2017, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante el cual amparó el derecho de petición invocado por aquél, JUSMELLY VALENCIA MONDRAGÓN y JUAN ARCELIO SOLIS ARROYO, en representación de los Consejos Comunitarios de Campo Hermoso y Guadualito, respectivamente, vulnerado por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Trámite que también se siguió contra la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- y se ordenó vincular a la Sociedad Portuaria Delta del Río Dagua S. A. y a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca.

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Así fueron sintetizados los fundamentos de la acción en el fallo constitucional de primera instancia:

Los arriba mencionados Consejos Comunitarios piden a esta Sala Constitucional la protección de los aludidos derechos fundamentales, los cuales consideran vulnerados por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible porque, en síntesis, en el marco de la autorización de la licencia ambiental del proyecto denominado TERMINAL MARÍTIMO DELTA DEL RÍO DAGUA, en el que se les otorgó 750 acciones y que será ejecutado en la desembocadura del Río Dagua por la Sociedad Portuaria Delta del Río Dagua S. A., el 19 de julio de 2017 le solicitaron información sobre el “pronunciamiento respecto a la modificación de la zonificación de manglares” que es la causa por la que se encuentra suspendida la autorización de la licencia ambiental, sin que a la fecha de interposición de la presente acción de tutela, tal petición haya sido resuelta de fondo.¹

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali decretó el amparo deprecado. En consecuencia, ordenó al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación del fallo, «resuelva de fondo la petición que los aquí accionantes le hicieron el 20 de junio del presente año».²

Por otra parte, debe destacarse que durante el término de ejecutoria los accionantes presentaron solicitud de adición de la sentencia, con el fin de que el a quo dispusiera el amparo del derecho a la consulta previa; sin embargo, el Tribunal indicó que «la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció (art. 285 del C. G. P.), conforme a lo establecido en el art. 32 del Dto. 2591/91...», por lo que ante la manifestación subsidiaria de los interesados, de aceptar los argumentos expuestos en el respectivo escrito, como una impugnación, se concedió la alzada ante esta Corporación.

LA IMPUGNACIÓN

1.- El representante del Consejo Comunitario de Guadualito deprecó el amparo del derecho a la consulta previa, con el fin de que se ordene al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible agilizar el trámite de otorgamiento de la licencia ambiental al proyecto denominado Terminal Marítimo Delta del Río Dagua; toda vez que «las comunidades actoras... son beneficiarias e interesadas directas de los resultados de dicha licencia ambiental, la mora en el trámite y expedición de la licencia ambiental, produce afectación en nuestro derecho fundamental a la consulta previa».3

2.- La apoderada judicial de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales disintió del anterior fallo, por cuanto dicha dependencia no ha incurrido en violación de la garantía fundamental de petición del que son titulares los accionantes, en la medida que a través del oficio ANLA No. 2017062175-2-000 del 9 de agosto de 2017, se les informó que la expedición de la reclamada licencia «sólo puede hacerse una vez el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible allegue el pronunciamiento respecto a la solicitud de modificación de la Resolución 0721 de 2002, a través del correspondiente acto administrativo».

Con base en lo anterior, pidió que se adicione la sentencia recurrida, en el sentido de «NEGAR la acción de tutela presentada por los aquí accionantes respecto de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA por carencia actual de objeto».4

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- La Sala debe reiterar que la acción de tutela, como mecanismo de protección y defensa de los derechos fundamentales es, en virtud del artículo 86 de la Carta Política de Colombia, de orden subsidiario y residual5, lo que significa que su procedibilidad depende de la inexistencia de otros medios idóneos de defensa judicial al alcance de quien demanda.

2. De la procedencia de la acción de tutela para garantizar el derecho a la consulta previa.

La Sala debe reiterar que la acción de tutela, como mecanismo de protección y defensa de

los derechos fundamentales es, en virtud del artículo 86 de la Carta Política de Colombia, de orden subsidiario y residual⁶, lo que significa que su procedibilidad depende de la inexistencia de otros medios idóneos de defensa judicial al alcance de quien demanda.

Sin embargo, puede ocurrir, y así lo ha dicho la Corte Constitucional, que a pesar de que los interesados cuenten con los medios ordinarios para defender sus derechos concretos, ninguno de estos mecanismos actúen de manera efectiva y eficiente. Es precisamente en dichos casos, que el juez de tutela debe hacer un examen razonable y ponderado sobre la idoneidad de tales herramientas. Este dinamismo judicial permite, en un Estado Social de Derecho, asegurar la vigencia de un orden justo, de conformidad con lo establecido en el artículo 2º de la Constitución Política⁷.

2.2. Con todo, no se puede olvidar que la eficacia de los medios de defensa ordinarios, no necesariamente depende de la rapidez con la cual se resuelve un asunto, pues con este parámetro todas las demás acciones instituidas en el ordenamiento jurídico, con excepción del hábeas corpus, serían ineficaces y por lo mismo, ningún sentido tendrían los otros medios de defensa -consecuencia contraria a la esencia y teleología de la acción constitucional-.

En ese orden, no hay lugar a dudas, los ciudadanos deben acudir a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuando sus censuras se dirigen contra actuaciones administrativas. En ese escenario cuentan con la posibilidad de solicitar medidas cautelares que, de acuerdo con la modificación introducida por el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión.

El acentuado rigor que gobernaba la procedencia de la suspensión provisional en vigencia del anterior código – al exigirse no solo el planteamiento de la solicitud antes de ser admitida la demanda sino también la constatación de una manifiesta y directa infracción de las normas invocadas-, fue modificado, al prescribirse ahora que podrá solicitarse en

cualquier momento y prosperar cuando la violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación -no directa- con las disposiciones invocadas.

Tales modificaciones, sostiene la Corte Constitucional, inciden sustancialmente en la forma en la que debe ser apreciada la procedencia de la acción de tutela en cada caso particular, si se considera que para que ésta sea viable es necesario que los medios de defensa no sean lo suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas cuestionadas.⁸

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

En resumen, la nulidad de los actos administrativos y la posibilidad de solicitar medidas cautelares en el marco de ese trámite, es el medio judicial ordinario puesto a disposición de los accionantes para la defensa de sus derechos.

2.3. No obstante, la Corte Constitucional ha sostenido que el hecho de que la Ley 1437 de 2011 haya flexibilizado los requisitos para obtener una medida provisional en el marco de un proceso contencioso administrativo, no es per se un argumento suficiente que permita desvirtuar la procedencia de la acción de tutela.

El juez de amparo tiene la obligación de calificar, en cada caso particular, la idoneidad de los medios judiciales para enfrentar la violación de derechos fundamentales cuando ella tenga por causa la adopción de actos administrativos, así como las condiciones de

vulnerabilidad de la comunidad demandante⁹.

3. Fundamentos constitucionales del derecho a la consulta previa. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. Colombia, como Estado Social y Democrático de Derecho, consagró entre sus principios fundamentales, la democracia participativa y pluralista (art. 1 C.P.) y el deber de amparar y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación (art. 7 C.P). El reconocimiento expreso del respeto hacia las diferencias, generó un cambio cualitativo sobre la manera en la que se debía entender la composición de la Nación, en la que se reconoce el carácter plural de la sociedad¹⁰.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que las comunidades étnicas tienen, entre otros, derecho a:

“(i) tener su propia vida cultural, (ii) profesar y practicar su propia religión como manifestación cultural, (iii) preservar, practicar, difundir y reforzar otros valores y tradiciones sociales, culturales, religiosas y espirituales, así como sus instituciones políticas, jurídicas, sociales, culturales, etc. (iv) emplear y preservar su propio idioma, (v) no ser objeto de asimilaciones forzadas; (vi) conservar, acceder privadamente y exigir la protección de los lugares de importancia cultural, religiosa, política, etc. para la comunidad; (vii) conservar y exigir protección a su patrimonio cultural material e inmaterial; (viii) utilizar y controlar sus objetos de culto; (ix) revitalizar, fomentar y transmitir a las generaciones presentes y futuras sus historias, tradiciones orales. Filosofía, literatura, sistema de escritura y otras manifestaciones culturales; (x) emplear y producir sus medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales; (xi) participar en la vida cultural de la Nación; (xii) seguir un modo de vida según su cosmovisión y relación con los recursos naturales; (xiii) preservar y desarrollar su modos de producción y formas económicas tradicionales; y

(xiv) exigir protección de su propiedad intelectual relacionada con obras, creaciones culturales y de otra índole”.¹¹

A nivel internacional, el Convenio 169 de 1989 de la OIT, ratificado e incorporado al derecho interno colombiano, consagra una serie de derechos en relación con los grupos étnicos orientados a: «(i) garantizar las condiciones para su existencia como pueblos culturalmente diversos; (ii) reconocer espacios de autonomía para definir sus prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y controlar, en la mayor medida posible, su propio desarrollo económico, social y cultural; (iii) corregir y compensar patrones históricos de discriminación, a través de acciones afirmativas que establezcan las condiciones para que la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país sea real y efectiva; y (iv) asegurar su participación no sólo en los escenarios donde se toman decisiones susceptibles de afectarles de manera directa, sino además en aquellos donde se definen, con carácter general, las reglas del juego social»¹².

3.2. Dentro de los derechos reconocidos por el Convenio 169 de la OIT, se destaca la consulta previa, como un mecanismo a través del cual se pretende, basado en el reconocimiento de la diversidad y de la autonomía, que se constituya como una garantía específica de las exigencias de equidad distributiva y participación, en relación con los grupos étnicos y en concordancia con la obligación estatal consagrada en el parágrafo del artículo 330 de la [Constitución Política](#), donde se establece la participación de dichas comunidades previa la explotación de recursos naturales en sus territorios, entre otros asuntos¹³.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido, de manera reiterada, que el derecho a la consulta previa de los grupos étnicos tiene el carácter de derecho fundamental y, en consecuencia, es exigible judicialmente. El desarrollo jurisprudencial de estas subreglas

puede ser resumido en tres grandes temas: (i) el ámbito material de la consulta previa; (ii) la determinación de la afectación directa y; (iii) la finalidad del proceso de consulta.

i) Ámbito material.

Debe realizarse consulta previa cuando se adopte cualquier medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los grupos étnicos. En las primeras sentencias sobre la materia, la jurisprudencia limitó el derecho a la consulta previa por la explotación de recursos naturales en un territorio concreto. Con posterioridad, extendió ese derecho a aquellas decisiones administrativas que versen sobre el desarrollo de proyectos dentro del territorio de las minorías étnicas como la construcción de represas, carreteras, puertos y contratos de concesión minera.

Se ha sostenido, igualmente, que la consulta debe comprender cualquier medida susceptible de afectar directamente a los mencionados grupos étnicos y no solamente aquellas que comprendan sus territorios. Sin embargo, para determinar los casos en los cuales se debe consultar, es necesario establecer cuándo se presenta una afectación directa.

ii) Afectación directa.

No existe una lista taxativa de hipótesis en las cuales sea obligatoria la consulta previa. Para concluir si esta es procedente se debe precisar si la medida analizada es susceptible de afectar directamente a un grupo étnico. Para ello, la Corte ha señalado los siguientes parámetros:

El primer elemento es que la afectación sea directa, esto es, que la medida “altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o

gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”. El segundo elemento es que sea específica, lo cual significa que la medida o bien “regula una de las materias del Convenio 169 de la OIT, o bien (...) aunque ha sido concebida de manera general, tiene una repercusión directa sobre los pueblos indígenas o afrodescendientes”. Y, el tercer elemento, es que la afectación sea particular. En la correlación que existe entre el nivel de afectación de una medida y el nivel de participación, la Corte identificó que la afectación debe ser diferencial (con respecto al resto de la población) y de tal naturaleza que active la garantía de participación específica que tienen las comunidades étnicas para la protección de sus derechos. -se resalta-14.

iii) Finalidad, propósito y características de la consulta previa.

Este punto hace referencia a que la consulta se realice de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. De modo que no puede ser considerada como un simple formalismo, sino como un proceso constitucional, orientado a garantizar los derechos fundamentales de los pueblos afectados. No conlleva, entonces, el derecho de las minorías étnicas a vetar las medidas legislativas y administrativas que los afectan, sino de una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales.¹⁵

Análisis del caso concreto

1.- El reparo formulado por el representante del Consejo Comunitario de Guadualito al fallo de primera instancia, se ciñó a que el a quo no decretó el amparo del derecho fundamental a la consulta previa, lo que en su criterio resulta indispensable para que se ordene al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible agilizar el trámite del otorgamiento de la licencia ambiental al proyecto denominado Terminal Marítimo Delta del Río Dagua; toda vez que «las comunidades actoras... son beneficiarias e interesadas directas de los resultados

de dicha licencia ambiental, la mora en el trámite y expedición de la licencia ambiental, produce afectación en nuestro derecho fundamental a la consulta previa».

2.- De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente se estableció lo siguiente:

a. La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, a través del auto 5321 del 28 de octubre de 2016, suspendió el trámite de expedición de la aludida licencia ambiental hasta tanto la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca -C V C- efectuara el respectivo pronunciamiento sobre el ajuste de la zonificación de manglares.

b. Posteriormente, ANLA, mediante auto 3358 del 18 de agosto de 2016, dispuso:

ARTÍCULO PRIMERO.- Suspender el trámite de licencia ambiental iniciado mediante el Auto No. 2488 del 24 de junio de 2015, para el proyecto denominado «Construcción y Operación del Terminal Marítimo Delta del Río Dagua (TMD) y su Vía de Acceso Terrestre, Bahía de Buenaventura», localizado en jurisdicción del municipio de Buenaventura, en el departamento del Valle del Cauca, solicitado por la Sociedad Portuaria Delta del Río Dagua S. A. identificada con el N.I.T. 805008956-2, hasta tanto el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible – MADS, emita el Concepto previo de que trata el Artículo 2.2.2.3.2.4. del Decreto 1076 de 2015 y se allegue a esta Autoridad el respectivo pronunciamiento.

c. De acuerdo con la comunicación emitida por la Corporación Ambiental Regional del Valle del Cauca, el 14 de diciembre de 2016, se estableció que «el documento técnico soporte de la solicitud de modificación de la zonificación, también evidencia el proceso de consulta previa surtido con los consejos comunitarios de Zacarías, Campo Hermoso y Guadualito, donde según actas, las partes protocolizaron el proceso de consulta previa, con la presencia del Ministerio del Interior y el ANLA, donde se aprueba por parte de la empresa y los consejos comunitarios el Plan de Gestión Social y Plan de Manejo Ambiental con las diferentes fichas de proyectos».16 -Resalta fuera del texto-

d. Con base en lo anterior, el 20 de junio de 2017, los ahora accionantes solicitaron al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible que agilizaran el trámite respectivo, teniendo en cuenta que con la puesta en marcha del mencionado proyecto se espera superar el índice de desempleo de los miembros de las comunidades aledañas.¹⁷

2.1.- Según lo previamente denotado, es claro que para la puesta en marcha del proyecto de Terminal Marítimo Delta del Río Dagua, liderado por la Sociedad Portuaria Delta del Río Dagua S. A. se agotó el trámite de consulta previa, tal como se acredita con el acta sobre etapas de análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo, formulación de acuerdos y protocolización-, anexa en los folios 23 al 37 del cuaderno de primera instancia.

De tal manera, resulta extraña la pretensión del representante del Consejo Comunitario de Guadualito de hacer extensivo el amparo decretado por el a quo, al derecho de consulta previa, pues según lo reseñado dicha figura sí tuvo aplicación en el caso concreto e incluso se sabe que los Consejos Comunitarios de las comunidades de Zacarías, Campo Hermoso y Guadualito trazaron los correspondientes planes de gestión social y de manejo ambiental con la empresa contratista.

2.2.- Es improcedente pretender la protección de una prerrogativa de la que se tiene certeza no ha sido vulnerada y, por el contrario, se ha garantizado plenamente su ejercicio.

En ese orden de ideas, resulta adecuada la orden impartida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, pues ante la comprobada violación del derecho de petición por parte del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, era necesario ordenar que dicha entidad se pronunciara sobre la solicitud de impulso realizada por los actores el 20 de junio de 2017, con el fin de que se defina lo concerniente a la modificación de la Resolución 0721 de 2002 y pueda continuarse con el trámite de asignación de licencia ambiental para el proyecto denominado Terminal Marítimo Delta del Río Dagua.

A este respecto, conviene precisar que aunque el contenido del derecho de petición en ningún momento asegura que se concederá lo solicitado, lo cierto es que no es posible limitar el goce de tal prerrogativa ante la indefinición de lo deprecado, razones que justifican entonces la concesión del amparo, sin que sea factible su adición en los términos solicitados por el censor.

3.- Por otra parte, la apoderada judicial de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales impugnó el fallo de primera instancia, con el fin de que se «N(IEGUE) la acción de tutela presentada por los aquí accionantes respecto de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA por carencia actual de objeto»; toda vez que a través del oficio ANLA No. 2017062175-2-000 del 9 de agosto de 2017, dicha entidad informó a los interesados que la expedición de la reclamada licencia «sólo puede hacerse una vez el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible allegue el pronunciamiento respecto a la solicitud de modificación de la Resolución 0721 de 2002, a través del correspondiente acto administrativo».

Sobre el particular, debe decirse que en la parte considerativa de la sentencia recurrida se explicó que la conculcación de la prerrogativa fundamental de petición, cuyo amparo reclamaron los accionantes, radica en el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, por cuanto «es el que tiene competencia para pronunciarse sobre la agilización del trámite de la licencia ambiental para la construcción del proyecto denominado “Construcción y operación del Terminal Marítimo Delta del Río Dagua”, pues conforme a las anteriores respuesta, el trámite de autorización de la licencia ambiental se encuentra suspendido hasta tanto el mismo apruebe la modificación de la Resolución 0721 de 2002».

De lo anterior surge que ninguna responsabilidad se le atribuyó a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales en la omisión vulneradora, por ello y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23 del Decreto 2591 de 1991, en el ordinal 1º de la parte resolutiva del fallo del 11 de diciembre de 2017, se indicó como destinatario del mandato judicial, única y

exclusivamente al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

En ese sentido, resulta extraño que la impugnante disienta de una providencia en la cual no se impartió orden en su contra y, por el contrario, se arribó a la conclusión que ahora discute por vía de impugnación, a saber; que el llamado a pronunciarse sobre la petición del 20 de junio de 2017 es el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, por consiguiente, al no existir motivos para adicionar el fallo de primera instancia, en el sentido de negar las pretensiones de la demanda en lo que a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales concierne, se impone su confirmación.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL - EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1º CONFIRMAR el fallo impugnado.

2º NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3º REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Fls.78 y 79

2 Fls.78 – 84

3 Fls.103-106

4 Fls.107 – 115

5 Ver también sentencias: T- 1277 de 2005, T-771 de 2004, T-408 de 2002, T-432 de 2002, SU-646 de 1999 y T-007 de 1992

6 Ver también sentencias: T-007 de 1992; SU-646 de 1999; T-432 de 2002; T-408 de 2002; T-771 de 2004 y T- 1277 de 2005

7 Ver entre otras: Sentencias T- 771 de 2004 y T-1277 de 2005

8 Ibidem

9 Sentencia T-197 de 2016

10 Sentencias T-485 de 2015 y T-197 de 2016

11 Ibídem

12 Sentencias: T-376 de 2012; T-294 de 2014 y T-256 de 2015

13 Sentencia T- 294 de 2014

14 Corte Constitucional. Auto 073 de 2014

15 Sentencia T-247 de 2015

16 Fl.19

17 Fls.9-11