

CONSTRUCCIÓN DE RELLENO SANITARIO / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD INDÍGENA

[E]n el caso que ocupa la atención de la Sala, no cabe duda de que la construcción del relleno sanitario es una necesidad pública inaplazable, como servicio público domiciliario esencial, para los habitantes del distrito de Riohacha, en la medida en que no posee un lugar adecuado para la disposición final de residuos sólidos, lo cual puede ocasionar una emergencia sanitaria.(...) la consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades indígenas y constituye el espacio, en el marco del cual, las entidades estatales y las empresas privadas, de un lado y los grupos étnicos, de otra, llegan un acuerdo o armonizan sus intereses cuando existe una tensión entre ellos. Por ello, en el marco de la consulta es necesario que las comunidades expresen su consentimiento previo, libre e informado respecto de los proyectos que los afecten de manera directa, sin que ello(...) les otorgue la facultad para vetar o impedir el desarrollo de un proyecto.(...) es indiscutible que se llevó a cabo el trámite de la consulta previa con el lleno de los requisitos fijados por la Ley y la jurisprudencia constitucional(...) aquellas comunidades que se encuentran ubicadas más cerca al relleno sanitario, manifestaron no estar de acuerdo con su desarrollo y, en consecuencia, con estas no se llegó a ningún acuerdo de mitigación y manejo del ambiental(...) Cuestión que(...) no puede conducir a la paralización de un proyecto sino que origina un espacio para que se adopten medidas que protejan los derechos de la comunidad en el desarrollo del mismo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 7 / CONVENIO 169 DE LA OIT - ARTÍCULO 6 / LEY 29 DE 1991 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 46

NOTA DE RELATORÍA: La providencia desarrolla ampliamente el concepto de consulta previa como derecho fundamental y los derechos que se protegen con su realización, en ese sentido se pueden consultar las sentencias SU-383 de 2003, T-769 de 2009, T-646 de 2014 y T-800 de 2014, todas de la Corte Constitucional. Asimismo, trata los siguientes temas: el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas y de acceso a los lugares sagrados, el consentimiento previo, libre e informado frente a proyectos en territorios indígenas y el concepto de justicia ambiental en sus dimensiones distributiva y participativa, respecto de este último, ver la sentencia T-294 de 2014 de la Corte Constitucional.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 44001-23-33-000-2016-00155-01(AC)

Actor: COMUNIDAD INDÍGENA WAYUU EL DIVIDIVI

Demandado: MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTROS

La Sala se pronuncia sobre las impugnaciones interpuestas en contra la sentencia de 18 de agosto de 2016, por medio de la cual, el Tribunal Administrativo de La Guajira concedió el amparo solicitado por la parte actora.

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

El señor Rafael Arpushana, en calidad de autoridad tradicional de la Comunidad Indígena Wayuu El Dividivi (Ichiwourian)¹, ejerció acción de tutela² contra la Nación - Ministerio del Interior, Dirección de Asuntos Indígenas, ROM, Minorías y Dirección de Consultas Previas; el Distrito de Riohacha - Secretaría de Asuntos Indígenas; el Concejo Distrital de Riohacha; la Corporación Autónoma Regional de La Guajira (CORPOGUAJIRA); INTERASEO S.A. E.S.P. y la Universidad Agraria de Colombia.

Lo anterior, con el fin de reclamar el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, a la consulta previa, a la participación, al libre desarrollo de la personalidad, a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la conservación social, cultural y económica de la comunidad, al territorio colectivo ancestral, a la *“conservación de las especies medicinales naturales y tradicionales, flora y fauna silvestre”*, a la *“integridad física”*, a la *“conservación del cosmos, de la espiritualidad”* y a *“vivir en paz social y comunitaria”*.

1.2. Hechos

La solicitud de amparo³ se sustenta en los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en esta sentencia:

- El 28 de noviembre de 2012, bajo el radicado No. EXTMI12-040900, el señor Rafael Ricardo Ceballos, en calidad de alcalde del distrito de Riohacha, solicitó a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior certificación sobre la presencia de grupos étnicos en el área de

¹ De acuerdo con el acta de 1° de agosto de 2016, el señor Rafael Arpushana ostenta la calidad de autoridad tradicional de la comunidad El Dividivi. (Folio 23 del cuaderno No. 1 del expediente de tutela).

² Mediante escrito radicado el 11 de julio de 2016, en la secretaría general del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

³ Folios 1 a 56 del cuaderno No. 1 del expediente de tutela.

influencia del proyecto “DISEÑO, CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DEL RELLENO SANITARIO REGIONAL DE RIOACHA”.

- Con Certificación No. 01 de 4 de enero de 2013⁴, la mencionada dirección identificó la presencia y la existencia de registro en las bases de datos de la Dirección de Asuntos Indígenas “... de las Comunidades Wayuu en Territorios Ancestrales no Resguardados de Nueva Esperanza, Wayawitkat, La Ceiba, El Dividivi, Ciruelamana, Plowisirra, Santa Lucía, Juan D Aragón, Paruluwain (Parruluain), Meridayli, Mariangola, Cardonal, Yawarramana y Youlechon, y las Comunidades Resguardadas de Okushimana, El Mojan, Los Olivos, La Sabana, Kalmara, Sinmana, Ipamana y Mamachal, pertenecientes al Resguardo Indígena ALTA Y MEDIA GUAJIRA, de la etnia Waytiu, legalmente constituido mediante Resolución No. 0015 del 28 de febrero de 1984 expedida por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), hoy Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER) y ampliado mediante la Resolución No. 0028 del 19 de julio de 1994 expedida por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), hoy instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER). en el área de influencia directa, para el proyecto: “DISEÑO, CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DEL RELLENO SANITARIO REGIONAL DE RIOHACHA”, localizado en jurisdicción del distrito de Riohacha, en el departamento de La Guajira”.

En consecuencia, le comunicó al alcalde del distrito de Riohacha que si decidía ejecutar el proyecto del relleno sanitario debía solicitar el inicio del proceso de consulta previa conforme a los lineamientos del artículo 330 de la Constitución Política, los artículos 6 y 7 de la Ley 21 de 1991, el 76 de la Ley 99 de 1993, el Decreto 1320 de 1998 y la Directiva Presidencial 01 de 2010.

- De acuerdo con el “Acta de Pre consulta y Apertura del Proceso de Consulta Previa del proyecto ‘DISEÑO, CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DEL RELLENO SANITARIO REGIONAL DE RIOACHA’ de la alcaldía municipal” en la reunión realizada el **22 de mayo de 2014** en el territorio de la comunidad El Dividivi se reunieron: (i) por parte de la Comunidad

⁴ Folios 24 a 27 del cuaderno No. 1 del expediente de tutela.

Wayuu, las Autoridades Tradicionales de las Comunidades Meridayli, Yolechon, Dividivi, Okushimana, La Ceiba, Wayawitka, Esperanza y Parulwuain; (ii) por parte de las instituciones dos delegados de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, un encargado de la Secretaría de Gobierno de Riohacha, dos profesionales de la Subdirección de Calidad Ambiental de Corpoguajira, una asesora jurídica, el Directo del Instituto Ambiental y 4 delegados de la Fundación Universitaria Agraria de Colombia y un operados y un ingeniero ambiental de INTERASEO S.A E.S.P.

- En el *“Acta de Acuerdos y Protocolización del Proceso de Consulta Previa del Proyecto ‘DISEÑO, CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DEL RELLENO SANITARIO REGIONAL DE RIOACHA’ de la alcaldía municipal”* de 21 de octubre de 2014⁵, consta que asistieron las autoridades tradicionales de las comunidades Kairama, Nueva Esperanza, Cardenal. Yawarramana, Mamachal, Youlechon, Ciruelamana, Santa Lucía, Juan de Aragón, María Angola y Sinmana. En las reuniones llevadas a cabo con las comunidades antes citadas se llegó a una serie de acuerdos respecto de compensaciones colectivas para el desarrollo del proyecto.
- De acuerdo con el *“Acta de Acuerdos y Protocolización del Proceso de Consulta Previa del Proyecto ‘DISEÑO, CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DEL RELLENO SANITARIO REGIONAL DE RIOACHA’ de la alcaldía municipal”* de 22 de octubre de 2014⁶ *“... una vez efectuado un recorrido con un GPS por las 40 comunidades que fueron certificadas por el Ministerio del Interior se identificó el radio de distancias que hay del área de influencia de los 5 km de relleno sanitario a cada comunidad convocada y fue así: Comunidad Dividivi a 1.750 mts, Comunidad La Ceiba a 2.080 mts, Comunidad Los Olivos 1.780 mts, Comunidad Plowsirra 2.800 mts, Comunidad Okushimana 2.150 mts, Comunidad La Sabana 2.390 mts, Wayawitka 2.900”*.

A esta reunión asistieron por parte de la Comunidad Wayuu, las Autoridades Tradicionales de las Comunidades (i) Dividivi, (ii) Los Olivos, (iii) Okushimana, (iv) La Ceiba, (v) Ipanama, (vi) La Sabana, (vii) Plowsira y

⁵ Folios 217 a 226 del cuaderno anexo No. 3.

⁶ Folios 184 a 216 del cuaderno anexo No. 3.

(viii) Wayawitka.

Del resumen de las intervenciones de las autoridades ancestrales se tiene que, una vez el Secretario del Medio Ambiente del distrito de Riohacha les presentó las propuestas de compensaciones y les preguntó si estaban de acuerdo o tenían alguna contrapropuesta, manifestaron:

*“La autoridad tradicional de la comunidad **Dividivi**, Rafael Arpushana, manifiesta que su decisión es rotunda, **no** acepta el proyecto.*

*La autoridad tradicional de **Okushimana**, Graciela Cotes, manifiesta que tienen muchas necesidades, pero que no quiere cambiar su decisión, que ha vivido 40 años con necesidades y que así seguirá, **se opone** al proyecto.*

*La autoridad tradicional de la comunidad **La Ceiba**, Jorge Pushaina, manifiesta oposición al proyecto sanitario, de acuerdo a lo que vio en Santa Martha, si está bien cubierto pero el olor que sintió, no es ventaja para su comunidad y para sus alrededores, es un perjuicio que va a tener para sus nietos, por lo tanto no está de comunidad con el proyecto del Relleno Sanitario, para la administración municipal es un bien pero para la acuerdo wayuu es un mal que les están haciendo.*

*La Delegada de la autoridad tradicional de la comunidad **La Sabana**, Amalia Pushaina, manifiesta que está aquí reunida para aclarar que **no** está de acuerdo con el proyecto, son opositores no quieren el proyecto, ya que van a llegar enfermedades y se van a querer adueñar del territorio. La Directora de Asuntos indígenas de Riohacha la Dra. Isis Pulido manifiesta que la señora Amalia Pushaina de la comunidad La Sabana, no es la autoridad tradicional si no que fue delegada de la autoridad la Sabana, por lo tanto queda abierta la decisión de esa comunidad y por lo tanto solicita que la Autoridad Tradicional de esa comunidad debe ser invitada a otra reunión para que tome la decisión.*

*La autoridad tradicional de la comunidad **Plowsira**, Mauricia Pimienta, manifiesta que es opositora sobre el proyecto del relleno sanitario.*

*La Autoridad tradicional de la comunidad **Wayawitka**, Ana Pushaina, manifiesta que no quiere el proyecto sanitario ya que trae perjuicios para su comunidad, sugiere que les regalen algo de beneficio para la comunidad.*

*La autoridad tradicional de la comunidad **Ipamana**, Ovidio Pushaina, manifiesta que en cuatro oportunidades que la tenido siempre se ha opuesto y sigue en esta posición de no al proyecto.*

*La autoridad tradicional de la comunidad **los olivos**, Esmeralda Ramírez, manifiesta que queda conforme con la socialización de los impactos y las medidas de manejo concertadas y expresa que ella tiene una contrapropuesta como es el mejoramiento de la ciudadela educativa los olivos, solicita apoyo para un internado indígena a largo plazo, también solicita la construcción de un centro de salud, también solicita que el manejo ambiental sea más allá de lo que manifiesta Corpoguajira, que exista sensibilización sobre la parte ambiental, también manifiesta que a quien le*

corresponda bien sea Corpoguajira o Uniagraria a dar capacitación a las comunidades sobre el manejo ambiental!

Le solicita al Señor Alcalde que haya más programas en pro de beneficio o cavidad de vida de las comunidades de sus niños, que tenga en cuenta que ellos tienen derecho a participación democrática dentro del proyecto. Solicita que tengan trabajadores sociales que conozcan de la situación real de los wayuu. Esmeralda Ramírez expresa que hoy no tomara una decisión sobre el consentimiento de su comunidad a este proyecto, que más adelante, en otra reunión decidirá.

El señor Alcalde Rafael Ceballos, les manifiesta que las compensaciones son un requisito y un deber del proyecto y se cumplirán a cabalidad, también manifiesta que este proceso está en el marco de la ley y así se está desarrollando, expresa a las comunidades que este proyecto no causará un perjuicio, por eso se llegó a la conclusión de realizar el proyecto.

También aclara que ese terreno fue adquirido por el distrito desde hace mucho tiempo y lo vendió una etnia teniendo el conocimiento de que era para realizar ese proyecto. (...)

Como conclusión de esta reunión el Ministerio del Interior dejó constancia de que se concertaron los acuerdos ambientales y socioculturales con los asistentes y sin embargo no se protocolizaron acuerdos ya que la mayoría de las comunidades asistentes, *“...a excepción de la comunidad indígena los Olivos y la Sabana, no están de acuerdo con la realización de este proyecto, por lo que se convocar[ía] una nueva reunión con las dos comunidades mencionadas”*.

- Con la Resolución No. 01079 del 22 de junio 2015 se otorgó licencia ambiental al distrito de Riohacha para la construcción y operación del Relleno Sanitario ubicado en el predio denominado “SIN DIOS NO HAY NADA” en la vereda de Brasil en la zona suburbana.

Como fundamento de la decisión se indicó que *según actas de acuerdo y protocolización del* proceso de consulta previa del proyecto de fechas 21 de octubre, 11, 12 y 13 de diciembre de 2014, se lograron acuerdos con las siguientes comunidades, a través de sus autoridades tradicionales: Kaimara, Nueva Esperanza, Cardenal, Yawarramana, Mamachal, Youletchon, Ciruelamana, Santa Lucia, Juan De Aragón, Maria Angola, Sinmana, Ulishamana, Masharemana, Tolopanaca, Cascajalito Malirrachon, Oliamana, La Sabana, Los Olivos, El Moján, Meridayli, Paruluwain, Otkule, Yaletzika, Pozo Caballo, La Arena Aluatachon, Monteclara, Oroko, Mamón, La Unión Limonal, Anoushimana, Olivito.

En el mismo acto administrativo se señaló que el distrito de Riohacha como propietario del proyecto debía, entre otras, formular un Plan de Manejo Ambiental cuyo objeto sea cumplir con los acuerdos de la protocolización de la consulta previa, actas de 21 y 22 de octubre de 2014 sobre los impactos a las 41 comunidades indígenas ubicadas en la zona de influencia del proyecto.

- De acuerdo con el Acta de reunión de autoridades tradicionales y el alcalde del distrito de Riohacha acerca del futuro del relleno sanitario de fecha 2 de mayo de 2016: *“El alcalde asegura que habrá dificultad cualquiera sea el terreno elegido para el relleno. Afirma que se estudiará técnicamente el proceso y dialogarán con el Ministerio de Interior, además de que buscarán reunirse con las autoridades que quedaron por fuera de la consulta previa(...)”*⁷
- Para la fecha de la interposición de la acción de tutela ya habían iniciado las labores de excavación para la construcción del Relleno Sanitario del distrito de Riohacha.

1.3. Fundamento de la solicitud

A juicio de la parte actora, las actuaciones desplegadas por los demandados, han vulnerado sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, a la consulta previa, a la participación, al libre desarrollo de la personalidad, a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la conservación social, cultural y económica de la comunidad, al territorio colectivo ancestral, a la *“conservación de las especies medicinales naturales y tradicionales, flora y fauna silvestre”*, a la *“integridad física”*, a la *“conservación del cosmos, de la espiritualidad”* y a *“vivir en paz social y comunitaria”*.

La parte actora asegura que la vulneración de los derechos fundamentales se deriva de dos cuestiones fundamentales:

Por un lado, señala que el proyecto de construcción del Relleno Sanitario Regional de Riohacha está siendo ejecutado en su territorio ancestral Dividivi o Ichiwourian,

⁷ Folios 53 a 55 del expediente.

como consecuencia de la expropiación violenta, despojo y desplazamiento forzado o *“falsa tradición”* parte de INTERASEO S.A. E.S.P. y la alcaldía de Riohacha de 70 hectáreas de su territorio con el fin de construir un *“... vertedero de desechos orgánicos e inorgánicos, lixiviados y tóxicos”* sin importar el daño que pudiere esto causar a las comunidades asentadas en el perímetro.

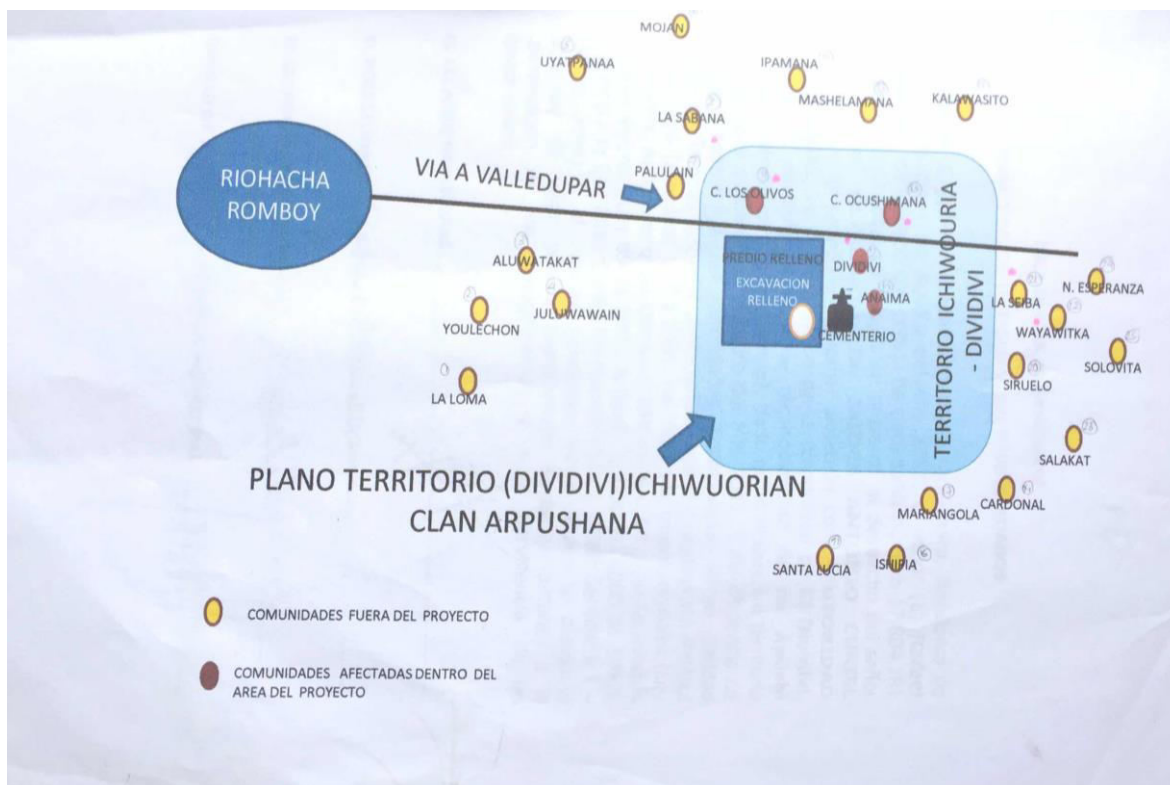
De otra parte, asegura que el procedimiento de consulta previa, acuerdos y protocolización para la construcción del Relleno Sanitario Regional de Riohacha, en vez de cumplir la finalidad para la que fue concebido, esto es, la garantía de sus derechos fundamentales, ha cercenado los mismos, toda vez que en el marco de este procedimiento la autoridad ancestral manifestó su oposición total al proyecto por las graves implicaciones sobre su comunidad, no obstante lo anterior, las autoridades terminaron tomando en cuenta la voluntad de las demás comunidades que por su ubicación geográfica no se ven afectadas directamente con el proyecto.

Especificó que de las 25 Comunidades Wayuu que habitan en ese territorio, 4 son las directamente afectadas con el proyecto de relleno sanitario y por ello se han opuesto enfáticamente a su realización, estas son Los Olivos, El dividivi, Anaima, Ocushimana. Aseguró que las demás accedieron a la ejecución del relleno porque no sufrirán afectación alguna, indicó que esas son las comunidades de Youlechon, Aluwatakat, Juluwawain, Uyatpanna, Mojan, Palulain, La Sabana, Ipamana, Santa Lucía, Mashelamana, Ishipia, Mariangola, Kalawasito, Cardonal, Siruelo, La Ceiba, Wayawitkat, Salakat, Nueva Esperanza y Solovita.

	Comunidad Wayuu
1	Los Olivos
2	El dividivi
3	Anaima
4	Ocushimana
5	La Loma
6	Youlechon
7	Aluw atakat
8	Juluw aw ain
9	Uyatpanna
10	Mojan
11	Palulain
12	La Sabana
13	Ipamana
14	Santa Lucia
15	Mashelamana
16	Ishipia
17	Mariangola
18	Kalaw asito
19	Cardonal
20	Siruelo
21	La Ceiba
22	Wayaw itkat
23	Salakat
24	Nueva Esperanza
25	Solovita

Las comunidades de la 1 a la 4 son las que la parte actora asegura se verán afectadas con el desarrollo del proyecto.

Con el fin de evidenciar la cercanía entre cada una de las comunidades y la excavación del relleno sanitario la parte actora presentó la siguiente ilustración gráfica:



Así lo expuso la comunidad actora:

“Nuestros ius fundamentales invocados y protegidos por el ordenamiento jurídico colombiano, están amenazados, vulnerados y sujetos a sufrir menoscabo, incluso perjuicios irremediables por acciones y omisiones administrativas adelantadas por los encausados, aprobando, estableciendo, legalizando y desarrollando la construcción del RELLENO SANITARIO DE RIOHACHA dentro de nuestro territorio ancestral DIVIDIVI O (ICHIWOURIAN) donde está ubicada parte de la Comunidad del Clan RRPUSHANA que represento, el cual han delimitado y dividido, una porción de este para apropiarse salvaje y violentamente, además inconsulta; con el agravante de comprender el área o línea espiritual doméstica, ya que muy cerca se encuentra nuestro sitio más sagrado, como es el **CEMENTERIO ANCESTRAL O AMUYU, KASUUSHIIKAT**, que está ubicado a menos de 100 Mts. de distancia del **proyecto relleno sanitario**, (...), máxime cuando lo han legitimado, sustentado y soportado ilegalmente con fraudes, temeridad y mala fe, al culminarse una supuesta consulta previa que no tuvo en cuenta los protocolos establecidos, siendo avalado con beneplácitos y aplausos en masa, mediante asambleas de autoridades de comunidades indígenas vecinas, ajenas y distantes a nuestro territorio, las que no se afectarían directamente con dicho proyecto por la lejanía y distancia que el de ellos guarda con el nuestro y de la misma área del proyecto; situación que desde ya se ha constituido en fricciones, y que puede hasta conducirnos a conflictos inter clanes con dichas comunidades vecinas, pudiendo terminar en actos y hechos lamentables, siendo responsable la administración municipal de Riohacha, a quienes comprometeremos por lo que pueda suceder, por cuanto ha comprado la conciencia a esas autoridades con aparentes "compensaciones" para que le digan sí y aprueben el proyecto sin importarles los daños que este nos cause”.

Agregó que la obra de construcción ya inició con excavaciones, lo que ha afectado sus actividades cotidianas de pastoreo y extracción de plantas medicinales, también la variedad de flora y fauna que hace parte del ecosistema y el cementerio ancestral, que guarda un concepto de espiritualidad relevante para los indígenas. Resaltó, que con la ejecución del proyecto también se afectan las rancherías de OCUSHIMANA, ANAIMA, entre otras, que se dedican a la fabricación y venta de artesanías, el etno-turismo, la gastronomía típica y la promoción de los usos y costumbres a los turistas a través de charlas pedagógicas, de los cuales se obtienen los medios económicos para su subsistencia.

Asimismo, expuso que el proyecto referido fue dado a conocer a las autoridades indígenas como algo provechoso y ventajoso para el distrito de Riohacha, por tanto, dieron el aval para la construcción, ignorando que se trataba de un proyecto nefasto para la subsistencia y permanencia del pueblo wayuu, lo que ha generado un conflicto interno entre las comunidades.

Para sustentar la solicitud de amparo además indicó:

1.3.1. De un lado, que con la construcción del Relleno Sanitario Regional de Riohacha, se están vulnerando los derechos fundamentales incoados por la comunidad, esto, con la excusa de promover el “**desarrollo**” municipal. Agregó que en los casos en los que se pretenden adelantar proyecto de esta índole es indispensable contar con la **participación de los grupos de población potencialmente afectados** por causa del "desarrollo", pues en términos de la Corte Constitucional *“constituye una de las formas en las que el Estado puede y debe prevenir que visiones generales del "interés general" generen graves afectaciones en los derechos de las personas. Al ejecutar una megaproyecto, el campesino, el jornalero o el tradicional habitante de una región afectada, se encuentra en un verdadero estado de indefensión frente al empresario o dueño del proyecto. Solo con el adecuado ejercicio de la participación podrá evitar que se lesionen sus derechos”*.

Asimismo, señaló que de acuerdo con los parámetros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE - y las Naciones Unidas – UN -, los Estados deben encontrar nuevas formas de producir y generar crecimiento económico, que no afecten a las comunidades indígenas, al planeta y a la

humanidad en general.

1.3.2. De otra parte, que el derecho fundamental de las comunidades indígenas a la **consulta previa** implica, de acuerdo con el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional⁸, que cuando se vaya a celebrar un proyecto de exploración y explotación de sus recursos naturales, garantizando de esta forma sus derechos a la integridad cultural, a la igualdad y a la propiedad.

Expuso que la consulta previa en este caso “... *no es más que un disfraz refugiado en unas asambleas y charlas informativas, en las que algunas veces asistimos oponiéndonos rotundamente a dicho proyecto; procedimiento que se culminó sin el cumplimiento de los requisitos y protocolos establecidos en la ley, artículo 6 del Convenio 169, por cuanto esta consulta debe hacerse directamente es a las comunidades que en este caso son los interlocutores directos y autorizados por la norma, más no a las autoridades indígenas reunidas en bloque y en bulto donde se les engaña con prebendas y se les compra su conciencia, desconociendo el sentir de la comunidad; pues cada clan o comunidad es distinta a otra y cada cual en este caso posee unas características e intereses culturales y ancestrales diferentes; **así mismo serán los daños que se causen ya que la distancia de la una a la otra y de estas con el proyecto son variadas como lo es el impacto y los daños que se causen, y como tal han debido identificarse y abordarse en la consulta**”.*

Insistió en que aunque en este caso son los dueños ancestrales del territorio, donde se ejecuta el proyecto, los directos afectados en su integridad física y cultural y, los que sufrirán los impactos negativos desde el punto de vista ambiental, ecológico, social, cultural y económico; no se les presta atención en su oposición y reclamaciones. Y resaltó que el proceso de consulta previa intentó adelantarse a través de la realización de tres o cuatro reuniones en sitios distintos a cada comunidad, en donde asistieron algunas autoridades, metodología que en su criterio no permitió la participación de todos los miembros de la comunidad en general (niños, jóvenes y ancianos).

Manifestó que en la búsqueda de una solución de fondo a la problemática, el

⁸ La parte actora citó entre otras las sentencias T-135 de 2013, C-123 de 2014, T-294 de 2014 y T-080 de 2015.

Concejo Distrital convocó al Consejo Superior de Palabrereros para que mediara en un diálogo y entendimiento con las comunidades, promoviendo la reunión de 15 autoridades indígenas con miembros del gabinete distrital y el Director de CORPOGUAJIRA, en la cual se demostró no tenerse ninguna voluntad política ni jurídica para la resolución del problema, haciendo caso omiso a las sugerencias y recomendaciones hechas por el Consejo Superior de Palabrereros.

Sobre el particular, aseguró que la Dirección de Consulta Previa cuyo deber es ser garante de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, se ha convertido en cómplice de atropellos y vejámenes por parte de las empresas.

1.3.3. Adicionalmente, resaltó que el concepto de **propiedad colectiva** sobre el territorio en relación con las comunidades indígenas tiene una connotación especial pues cuenta con un *“origen consuetudinario”* en tanto, *“deriva de la posición ancestral por parte de las comunidades y no de reconocimiento estatal.”: por lo que es imposible limitar la propiedad colectiva de una comunidad indígena sin tener en cuenta sus usos y costumbres respecto al territorio ancestral, razón por la cual una entidad no puede establecer un límite a un territorio que ha sido constituido como tal, desde antes de la propia existencia del Estado”* (T-617 de 2010).

Agregó que el concepto amplio de territorio ancestral desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos *“implica integrar no solo los límites materiales de dichos territorios sino también los vínculos espirituales que unen a dichas comunidades con sus propiedades de naturaleza colectiva”*; cada pueblo, conforme a su cultura, intereses, aspiraciones, costumbres, características y creencias puede instituir cierta versión del uso y goce de los bienes.

Indicó que el área geográfica de 600 hectáreas denominada el DIVIDIVI o ICHIWOURIAN, constituye el territorio ancestral donde habitan comunidades indígenas del clan ARPUSHANA, tal y como consta en la resolución 1553 de 2014 emanada del Ministerio del Interior - Dirección de Consulta Previa, lo que a su vez, conforme lo dispuesto en el artículo 63 de la Constitución Política, y los decretos 2164 y 2664 de 1994, lo convierte en un bien público inembargable, imprescriptible e inalienable.

Finalmente, indicó que de acuerdo con el artículo 169 del Convenio 169 “sobre los pueblos indígenas y tribales” y atendiendo a la relación de los pueblos indígenas con la tierra, las decisiones relativas a la capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir sus derechos deben consultarse a los pueblos interesados.

1.4. Pretensiones

A título de amparo se presentaron las siguientes⁹:

“1. Sean tutelados los derechos fundamentales invocados y como consecuencia de ello: Se declare que las ASAMBLEAS de Autoridades Indígenas con las cuales se aprobó el proceso de Consulta previa para el establecimiento del Relleno Sanitario de Riohacha no constituye consulta previa y por lo tanto debe declararse desierta, por no haberse cumplido con los protocolos establecidos, entre ellos consultarse a las comunidades directamente, debiendo individualizarse una a una, y determinar el impacto ambiental, social, cultural, económica (sic) a cada una de estas comunidades como debe ser.

2) En caso de considerarse que las asambleas adelantadas a las comunidades que aprobaron con aplausos, en masa y fueron compensadas, que son ajenas al predio por no estar dentro del área de influencia directa; el proceso adelantado solo cobija a estas, y por lo tanto NO constituye “Consulta Previa” para las comunidades propietarias del territorio y por lo cual no es vinculante, debiendo por eso, ordenarse la suspensión del mismo por falta a este (sic) requisito que constituye un derecho fundamental.

2) En caso de considerarse que las asambleas adelantadas a las comunidades indígenas que aprobaron con aplausos, en masa y fueron compensadas, que son ajenas al predio por no estar dentro del área de influencia directa; el proceso adelantado solo cobija a estas, y por lo tanto NO constituye “Consulta previa” para las comunidades propietarias del territorio y por lo cual no es vinculante, debiendo por eso, ordenarse la suspensión del mismo por falta a este requisito que constituye un derecho fundamental.

4) Ordénesele al Distrito repensar y planificar el ordenamiento territorial del Distrito de Riohacha, debiendo consultarse a todas las comunidades indígenas asentadas en este Distrito, para cada paso de proyectos, acuerdos y acciones legales que deba tomar.

5) Se declare que el Plan de Ordenamiento Territorial (POT) de Riohacha y el Plan de Desarrollo 2015 - 2019 adolece de consulta previa con los requisitos y protocolos establecidos; y por lo tanto deberá suspenderse sus efectos legales, debiendo ser sometido a este proceso y su posterior nuevo debate en el Concejo.

6) Prevéngase a las entidades tanto Nacionales, Departamentales como Municipales, para que en próximas ocasiones que requieran hacer o ejecutar cualquier tipo de proyectos y en efecto emitir actos administrativos o acuerdos, susceptibles de afectar las integridades de las comunidades indígenas deben someterse a consulta previa, cumpliendo con los protocolos establecidos, incluso la compra o

⁹ Folios 8 y 9 del cuaderno No. 01 del expediente de tutela.

adquisición de tierras comunales.

7) Ordénesele a CORPOGUAJIRA, abstenerse otorgar licencias ambientales para la ejecución de proyectos cuando quiera que estos se encuentren dentro del área protegida y de influencia de la línea negra”.

En el mismo escrito se solicitó como medida provisional lo siguiente:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del decreto 2591-91, solicitamos a los H. Magistrados, que el AUTO de admisión de esta Tutela, se ordene a los accionados, abstenerse continuar y suspender inmediatamente las labores de ejecución del proyecto RELLENO SANITARIO DE RIOHACHA, hasta tanto se resuelva de fondo y en definitiva la presente Acción de Tutela por las instancias correspondientes, incluso su paso por la revisión o exclusión de esta”

1.5. Trámite de la acción de tutela

1.5.1. Admisión

El Tribunal Administrativo de La Guajira, con auto de 4 de agosto de 2016, admitió la acción de tutela y ordenó la respectiva notificación al Ministerio del Interior - Director de Consulta Previa de la misma cartera ministerial; al alcaldía de Riohacha y la Secretaría Distrital de Asuntos Indígenas; a INTERASEO S.A. E.S.P.; a la Corporación Autónoma Regional de La Guajira – CORPOGUAJIRA y; a la Universidad Agraria de Colombia¹⁰, para que en el término de 3 días rindieran informe sobre los hechos expuestos en la solicitud de amparo.

En la misma providencia se vinculó al Consejo Superior de Palabrereros para que se pronunciaran sobre la solicitud de tutela. Asimismo, se decretó la práctica y recaudación de las siguientes pruebas:

“... a CORPOGUAJIRA para que remita con destino al proceso de la referencia, copia de las resoluciones de aprobación ambiental del proyecto "DISEÑO, CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DEL RELLENO SANITARIO REGIONAL DE RIOHACHA", e indique cual es límite de la línea negra y si este proyecto se encuentra dentro de esta esfera.

(...) a la Dirección de Consulta Previa, para que remita con destino al proceso de la referencia, todas las pruebas, como son actas y estudios relacionadas con el cumplimiento de la consulta previa respecto del proyecto "DISEÑO, CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DEL RELLENO SANITARIO REGIONAL DE RIOHACHA", donde se demuestre la individualización las comunidades, el grado de afectación estas, si han

¹⁰ Vinculada en atención a que suscribió un contrato con el distrito de Riohacha “... para la implementación del PGRIS en el componente de diseño y construcción del relleno sanitario”.

dado cumplimiento a los acuerdos, y si se valoró el grado de impacto que se generaría a cada una de las comunidades.

(...) INTERASEO S.A. E.S.P. para que remita con destino al proceso de la referencia copia de los títulos de propiedad y adjudicación del predio donde se ejecuta el proyecto "DISEÑO, CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DEL RELLENO SANITARIO REGIONAL DE RIOHACHA", junto con los estudios del impacto ambiental. También deberá certificar si para obtener o adquirir este predio se hizo la respectiva consulta a la comunidad.

(...) Concejo Distrital de Riohacha, para que certifique con destino al proceso de la referencia, los límites del Plan de Ordenamiento Territorial (POT) del Distrito de Riohacha; si en él se encuentra registrado, proyectado y aprobado el proyecto de relleno sanitario en el sitio donde se pretende ejecutar; si este acuerdo aprobatorio fue sometido a consulta con las comunidades indígenas, debiendo enviar copia del acuerdo o acuerdos y sus anexos de consulta. Asimismo, deberá certificar si la aprobación del Plan de Desarrollo se le hizo consulta previa; y en todo caso deberá enviar copia del acuerdo con los certificados de la consulta previa debidamente realizada por el Ministerio del Interior.

(...) al Distrito de Riohacha para que certifique con destino al proceso de la referencia, el cumplimiento de consultas previas por parte de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, donde conste el debate comunidad por comunidad y la participación de estas en la elaboración y aprobación del Plan de Desarrollo Distrital, debiendo enviar copia del Proceso.

(...) a las Secretarías Departamental y Municipal de Asuntos indígenas para que envíen con destino al proceso de la referencia, copia del manual de funciones de dichas dependencias; y manifiesten que gestiones o actividades se han adelantado Para salvaguardar los intereses de las comunidades indígenas influenciadas por el proyecto "DISEÑO, CONSTRUCCIÓN y OPERACIÓN DEL RELLENO SANITARIO REGIONAL DE RIOHACHA".

Finalmente, el Tribunal Administrativo de La Guajira negó la solicitud de medidas provisionales, por considerar que del análisis de los supuestos fácticos expuestos en el escrito de tutela y los argumentos que sustentaron la solicitud de medida provisional se vislumbraba que lo pretendido era la suspensión de la obra del relleno sanitario, hasta tanto se realizara una "verdadera consulta previa" con las comunidades indígenas afectadas con las actividades. No obstante lo anterior, no se evidenciaba la premura de una decisión tendiente a cesar perjuicio "... que se entiende causado o que está por causarse si no se dicta tal medida, pues no obra[ba] en el plenario prueba de que efectivamente se estaban desarrollando las mentadas obras".

1.6. Contestaciones

Ordenada la notificación y surtidas las respectivas comunicaciones no contestaron la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior ni la Fundación Universitaria Agraria de Colombia.

1.6.1. Consejo Superior de Palabrerros

El Presidente de consejo, mediante escrito radicado el 9 de agosto de 2016¹¹ en el Tribunal Administrativo de La Guajira, rindió el informe solicitado.

En primera medida se refirió a los conceptos sobre los elementos culturales y determinantes del derecho territorial ancestral, el valor cultural del cementerio o tumbas del territorio del clan wayuu, y su concepto de espiritualidad, señalando la normatividad y jurisprudencia relativa a la protección del derecho al territorio de las comunidades indígenas.

Superado lo anterior, indicó que el Consejo Superior de Palabrerros fue convocado por el Concejo Distrital en búsqueda de un acuerdo con la comunidad y que en desarrollo de su misión se pudo constatar que la comunidad planteaba razones justas frente a la problemática, por lo que rindió un informe al Concejo proponiendo fórmulas de arreglo.

Aseguró que les consta que el distrito de Riohacha se encuentra ejecutando el proyecto del relleno sanitario, aproximadamente a 18 kilómetros vía Valledupar, territorio donde se encuentra asentada la comunidad indígena wayuu DIVIDIVI, que pertenece al clan ARPUSHANA, lugar en el que ancestralmente se han desarrollado conforme sus usos y costumbres.

Seguidamente, indicó que el territorio ancestral ha sido subdividido y vendido a personas ajenas al clan, encontrándose hoy en favor de INTERASEO S.A. E.S.P. y que el proyecto pretende llevarse a cabo a solo cien metros de distancia del cementerio ancestral, lo que implica un atropello a sus derechos y una degradación a la tradición espiritual, pues aunque dicho espacio esté reservado para dicho proyecto, hace parte de una geografía particular, según

¹¹ Folios 122 a 154 del cuaderno No. 01 del expediente de tutela.

algunos testimonios.

Explicó que, conforme la normatividad atinente y los usos y costumbres del pueblo wayuu, los títulos que amparan la propiedad sobre el predio del relleno sanitario carecen de validez por recaer en un bien “*inadjudicable*” e imprescriptible, según el artículo 63 superior, estando el derecho de propiedad en cabeza del clan Arpushana.

Finalmente, planteó que la consulta previa que fue realizada para la ejecución del proyecto del relleno sanitario en Riohacha adolece de las bases legales sobre la materia, por no haberse cumplido las formalidades y protocolos establecidos en el convenio 169 de la OIT y las pautas jurisprudenciales referidas al tópico, en cuanto debe proveerse a las comunidades de la información precisa, completa y significativa sobre los proyectos que se pretenden desarrollar en sus territorios, intentando un proceso participativo de la población afectada y un acuerdo que no atente contra sus derechos fundamentales.

1.6.2. CORPOGUAJIRA

Mediante escrito enviado por correo electrónico el 22 de julio de 2016¹², la secretaria general de CORPOGUAJIRA, rindió informe oponiéndose a las pretensiones de la parte actora, indicando que el otorgamiento de la licencia ambiental para la ejecución del proyecto del relleno sanitario se hizo en cumplimiento de los parámetros legales.

Explicó que con la Resolución N° 003118 de fecha 28 de noviembre de 2008, CORPOGUAJIRA eligió la alternativa para la elaboración del estudio de impacto ambiental para la construcción y operación del relleno sanitario del distrito de Riohacha y mediante escrito del 18 de diciembre de 2014, el ente territorial solicitó formalmente a CORPOGUAJIRA la licencia ambiental del aludido proyecto, allegando la documentación requerida para tales efectos, en especial la certificación del Ministerio del Interior sobre la presencia de las comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto.

Expuso que, por auto número 1214 de diciembre 29 de 2014,

¹² Folios 173 a 185 del cuaderno No. 1 del expediente de tutela.

CORPOGUAJIRA avocó el conocimiento de la solicitud de licencia y evaluado el impacto ambiental presentado por el distrito de Riohacha por parte de los funcionarios encargados, estos conceptuaron favorablemente, al constatar que, mediante las actas de fecha 12 y 13 de diciembre de 2014, contentivas de los acuerdos y protocolización del proceso de consulta previa sobre el proyecto del relleno sanitario se lograron acuerdos con las comunidades que se encuentran descritas en el acto administrativo mencionado.

Arguyó que el proceso de consulta previa comprende distintos plazos que deben ser constatados por los representantes del proyecto y el Ministerio del Interior a través de la Dirección de Consulta Previa, correspondiéndole a CORPOGUAJIRA únicamente el acompañamiento a las reuniones programadas, previo invitación formal realizada, como máxima autoridad ambiental en el Departamento de La Guajira.

Seguidamente se refirió a la línea negra, concepto tratado en la sentencia T - 849 de 2014, indicando que corresponde a un territorio especialmente protegido para las comunidades indígenas que habitan en la Sierra Nevada de Santa Marta: KOGUI, ARHUACO, WIWA y KANKUAMO, el cual se encuentra delimitado por sitios sagrados, sin que en dicha descripción se encuentren los Wayuu, por lo tanto, concluyó que no puede advertirse violación del derecho fundamental de la comunidad del DIVIDIVI bajo dicho cargo.

1.6.3. Alcaldía de Riohacha

El jefe de la Oficina Jurídica del Distrito de Riohacha, rindió informe sobre los hechos de la tutela, aseguró que no se han vulnerado los derechos fundamentales invocados. En primer lugar, indicó que no ha existido la expropiación y el desplazamiento forzado que se atribuye, pues se realizaron los trámites administrativos pertinentes, en anuencia con otras entidades, tales como el Ministerio de Interior, Dirección de Consulta Previa, INTERASEO S.A. E.S.P., CORPOGUAJIRA y la Universidad Agraria de Colombia, socializándose el proyecto a todos los miembros de las comunidades asentadas en la zona de influencia del proyecto, indicando que la autoridad tradicional de la comunidad de Dividivi hizo presencia y asistió a las reuniones en mención.

Agregó que el distrito de Riohacha a través de reuniones, llegó a unos acuerdos con los distintos representantes legales de las comunidades, y que se dejó constancia que pese a ello seguirían las socializaciones sobre la construcción del relleno sanitario, por lo que la promoción de la presente acción de tutela sorprende a la administración municipal, especialmente por haberse incoado después de tener conocimiento de la iniciación de las obras del proyecto del relleno sanitario, alegando violación de los derechos fundamentales de la comunidad del Dividivi.

Advirtió que según lo dicho por la H. Corte Constitucional, una comunidad a la que se ha violado el derecho fundamental a la consulta previa debe promover la acción constitucional una vez se constata la transgresión, y teniendo en cuenta que el proyecto lleva tres o cuatro años en proceso de socialización, pre-consulta, expedición de las licencias y permisos, no entiende razonable que solo hasta ahora se promueva la acción de tutela.

En cuanto a la ilegalidad en la adquisición del predio, indicó que ello obedece a una apreciación subjetiva del actor, pues no se ha efectuado ninguna venta, y que la participación de la comunidad corresponde al cumplimiento de la consulta previa que resulta obligatoria en estos eventos dada la naturaleza del proyecto, de la cual se obtuvo la complacencia de la mayoría de las autoridades tradicionales asentadas en el área de influencia del proyecto, bajo el compromiso de mantener sus usos y costumbres.

Resaltó también la contradicción en la que incurre la parte actora cuando advierte en principio que la comunidad del Dividivi sí se encuentra afectada con el proyecto, y que luego expone que la misma no se encuentra en el área de influencia, por lo cual, insinuó que no debe ser tomado como un afectado directo, máxime si no se encuentra en los linderos respectivos.

Por último, consideró que la tutela debe ser rechazada por improcedente, habida cuenta del incumplimiento del requisito de inmediatez, pues no se intentó la tutela inmediatamente se inició el proceso de socialización y se dio a conocer la obra que ahora reprocha.

1.6.4. INTERASEO S.A. E.S.P.

El 12 de agosto de 2015, por intermedio de su representante legal, contestó a la acción de tutela, expuso los mismos argumentos de defensa planteados por el Distrito de Riohacha, agregando que el distrito no posee un relleno sanitario para la disposición final de los residuos sólidos, pues en la actualidad cuenta con unas celdas transitorias, cuya vida útil está por extinguirse a inicios del mes de septiembre de este año, al sobrepasar su capacidad de almacenamiento.

Con lo anterior, planteó que se hace urgente la puesta en marcha de la obra a fin de evitar una emergencia sanitaria en el distrito y sus corregimientos.

1.7. Fallo impugnado

El Tribunal Administrativo de La Guajira, en sentencia de 18 de agosto de 2016¹³, concedió el amparo solicitado por la autoridad tradicional de la comunidad del Dividivi. En consecuencia, ordenó a las entidades demandadas - la Nación Ministerio del Interior - Dirección de Consulta Previa - Distrito de Riohacha - INTERASEO S.A. E.S.P. y Universidad Agraria de Colombia- , que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de la providencia, iniciaran los trámites respectivos para hacer extensivas las indemnizaciones y compensaciones a la comunidad del DIVIDIVI (Ichiwourian), y a los demás grupos indígenas involucrados en el proceso de planeación y ejecución del relleno sanitario del distrito de Riohacha, en los mismos términos de los acuerdos iniciales realizados con las otras comunidades.

Igualmente, indicó que el procedimiento debía surtirse en el término máximo de (2) dos meses y que del mismo debían hacerse partícipes la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación como veedores de su ejecución cabal.

Como punto de partida de la decisión, señaló que la solicitud de amparo cumplió con el requisito de inmediatez, pues, a pesar de que transcurrió un lapso de aproximadamente tres años desde que se inició el proceso de consulta previa para la construcción del relleno sanitario del Distrito de Riohacha, “... *los derechos que se alegan como violados incluyen no solamente el derecho a la consulta previa, sino otros como el derecho a la integridad territorial, cuya violación sería actual,*

¹³ Folios 222 a 245 del cuaderno principal del expediente de tutela.

constante y permanente dada la operación actual de las obras y su presencia cotidiana en la vida de la comunidad indígena accionante”.

Superado lo anterior planteó como problemas jurídicos a resolver: (i) si debió surtirse o no consulta previa respecto de las modificaciones hechas al Plan de Ordenamiento Territorial para la vigencia 2002-2015, aprobado a través del Decreto 078 del 29 de octubre de 2015 y; (ii) si el proceso de consulta previa realizado en virtud del proyecto del relleno sanitario del distrito de Riohacha se ajustó a las previsiones normativas y jurisprudenciales sobre la materia, teniendo de presente la oposición que ejercieron algunas de las comunidades y si esta tenía la virtualidad de obstaculizar el adelantamiento de la obra pública que se cuestiona.

- En relación con el primer planteamiento, consideró que el distrito de Riohacha estaba obligada a someter a consulta el Plan de Ordenamiento Territorial, pero que tal obligación se limitaba a establecer medios idóneos para que los pueblos indígenas pudieran participar, de la misma forma que el resto de la población, en la adopción de decisiones que les conciernan, según lo preceptuado en el artículo 6 del convenio 169 de la OIT.

Esto, teniendo en cuenta que dicho plan no incluía detalladamente los programas de inversión o reorganización que se realizarán en las comunidades indígenas o aquellos que los afectará directamente.

- Respecto del segundo problema jurídico señaló que: (i) la adquisición del predio donde se construye el relleno sanitario del distrito de Riohacha obedece a una adquisición legítima, en cuanto la titularidad sobre el terreno estaba en cabeza de INTERASEO S.A. E.S.P., entidad que por negocio jurídico que consta en la Escritura Pública 1634 de noviembre 8 de 2013, dispuso la donación del referido predio para que se construyera el relleno sanitario, acto que fue avalado por la alcaldía municipal a través de Resolución 0934 de septiembre 30 de 2013.

Expuesto lo anterior, (ii) consideró que del material probatorio allegado podía concluirse que el proceso de consulta previa se surtió debidamente, a la luz de la normatividad internacional, nacional y referentes jurisprudenciales dictados sobre la materia. Esto, toda vez que, *“se obtuvo la certificación del Ministerio*

del Interior, se procuró un acercamiento con las comunidades a través de la pre consulta que contó con la presencia de las autoridades involucradas, se expuso en las diferentes reuniones los impactos y connotaciones del proyecto, se escucharon las sugerencias y postura de los representantes de las comunidades y culminó con acuerdos contentivos de las compensaciones e indemnizaciones concertadas con las mismas comunidades, que fueron avaladas por sus representantes a través de las actas de protocolización”.

Consideró que si bien un número minoritario de comunidades, dentro de las que se encuentra la Dividivi, manifestaron su oposición a la realización del proyecto, a los términos de las consulta, y se apartaron de las convenciones realizadas con la mayoría de la población, inspirados en su intención de preservar sus usos, costumbres y titularidad ancestral, **no se encontró connotación suficiente para vetar la realización de la obra pública.**

Indicó que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional para que se acepte “... *el poder de veto frente a la consulta previa, debe “cualificarse conforme a las características propias de cada caso concreto”⁴⁵ dependiendo del grado de afectación de la comunidad, eventos específicos en que la consulta debe convenir la medida menos lesiva, en aras de proteger a las comunidades”* y que, tal poder, es admisible únicamente si el proyecto conlleva al aniquilamiento o desaparecimiento del grupo.

En consonancia con lo anterior, indicó que en el caso concreto no se configura ese supuesto, pues, **“el grado de afectación de la comunidad demandante, aunque trascendente, bajo las condiciones ampliamente desarrolladas, que implican el desalojo de su territorio ancestral y la modificación de las costumbres y practicas antiquísimas, no alcanzan el extremo requerido para disponer en esta contienda judicial la paralización o suspensión de la obra pública”.** Esto, máxime cuando la obra tiene como propósito la solución definitiva de la problemática que afronta el distrito de Riohacha de tiempo atrás en materia de sistemas de vertimiento y desechos de residuos orgánicos, inorgánico y elementos tóxicos, condiciones que se encuentran íntimamente ligadas con los derechos a la salud, medio ambiente y salubridad de la comunidad en general, inclusive la indígena.

Finalmente expuso que no podía desconocerse que la comunidad accionante y las

otras radicalmente opuestas al proyecto, no habían recibido las compensaciones e indemnizaciones que sí se concertaron con aquellos grupos que aceptaron los términos del acuerdo, situación que los ubica en un estado de vulnerabilidad, ya que no podrán habitar su territorio, ni ejercer las actividades habituales, producto de la inminente iniciación de la obra y ausencia de los medios económicos y físicos para ser reubicados.

En consecuencia, señaló que aun cuando no fue avalado el proyecto por la comunidad del Dividivi, no podía excluirse de las prebendas económicas que fueron otorgadas para la reubicación de la colectividad en términos verdaderamente justos y coherentes a su condición especial, por ello, debía procurarse la preservación del derecho a las indemnizaciones y compensaciones de la comunidad del DIVIDIVI y la salvaguarda del derecho a la salud y medio ambiente de la ciudadanía del distrito de Riohacha.

1.8. Impugnaciones

1.8.1. Comunidad Indígena Wayuu Dividivi

El 30 de agosto de 2015, el señor Rafael Arpushana, autoridad ancestral de la comunidad Dividivi, presentó escrito que denominó *“solicitud de adición y complemento”* e *“impugnación”* de la sentencia del juez *a quo* de tutela.

De una parte, señaló que la sentencia de tutela de primera instancia fue sesgada y desviada en su interpretación argumentativa, pues no guardan consonancia *“las reglas y precedentes de escala superior, con lo resuelto”*. Fue enfático en señalar que la orden impartida por el juez constitucional no protegió los derechos invocados toda vez que *“... ser compensados e indemnizados como se ordena con carácter de igualdad que al resto de las comunidades atendidas, es una burla y ofensa para nuestro Clan, máxime que nos pone frente a un derecho fundamental que no invocamos ni reclamamos, como lo ordena el fallo; consideración esta que nos vuelve miserables, limosneros como lo están las demás autoridades, que sin tener un grado de responsabilidad con sus comunidades, avalan ciegamente el proyecto porque no estarán afectados directamente con este proyecto”*.

De otro lado, argumentó que el tribunal omitió pronunciarse frente a uno de los extremos de la *litis*, obligación consagrada entre otras normas en el artículo 55 de la

Ley 270 de 1996 y 228 de la Constitución Política.

Por ello, pidió al juez de tutela que se pronunciara sobre el desconocimiento de las normas que: (i) señalan que las tierras comunales de los grupos étnicos son bienes de uso público y por lo tanto, inembargables, imprescriptibles, inajenables (artículo 63 de la Constitución Política); (ii) prohíben la adjudicación de baldíos en lugares donde esté establecida una comunidad indígena o que constituyan su habitad (artículo 69 de la Ley 160 de 1994 y 29 de la Ley 135 de 1961); (iii) establecen qué se entiende por territorio y reserva indígena y su protección (Decreto 2164 de 1995 y el Decreto Ley 2333 de 2014).

A juicio de la parte actora, el anterior estudio es de fundamental importancia, pues asegura que INTERASEO S.A. E.S.P. y el distrito de Riohacha violaron las normas antes citadas para *“adquirir de manera clandestina e inconsulta el predio donde se pretende construir el proyecto de relleno sanitario del distrito de Riohacha (...) por cuanto el predio en disputa es un territorio o espacio geográfico que ancestralmente pertenece a nuestro CLAN ARPUSHANA a quienes no se les ha comprado ni concertado...”*.

Agregó que no era concebible ni aceptable que se considere o admita que la adquisición del predio se hizo de manera legal por existir unas escrituras, cuando existe una prohibición clara y expresa en la Constitución y en la Ley sobre su imprescriptibilidad, inembargabilidad, enajenabilidad e inadjudicabilidad.

Finalmente, insistió en que debido a la relación especial que tienen las comunidades indígenas con el territorio ancestral y según lo dispone el artículo 17 del Convenio 169 OIT, todas las decisiones que se tomen a efectos de enajenar o transmitir derecho sobre el mismo deben ser consultadas.

Argumentó que de acuerdo con el “Sistema Normativo Wayuu”, los derechos colectivos del territorio no pueden ser enajenados ni diezmados por terceros, máxime cuando en el área de influencia del proyecto está localizado un cementerio ancestral y, así lo ha entendido el Consejo Superior de Palabrereros:

“El derecho ancestral al territorio que tiene todo clan, incide en forma directa en la tumbas o cementerios el cual es el elemento central de la espiritualidad; siendo así el símbolo cultural más importante dentro del cosmos, a partir del cual se demarca el derecho perpetuo y sagrado de la

madre tierra del cual se nace.

(...)

El territorio ancestral Wayuu tiene una característica y un concepto distinto al derecho de propiedad que tiene el resto de la sociedad, que lo considera una mercancía dispuesta y sujeta a comercio, por eso se le determina en precio o valor económico; mientras la valía de un territorio Wayuu, es de tipo cultural colectivo, que le impone un derecho perpetuo o infinito, que lo hace imprescriptible e inescindible y le constituye garantías como componentes de permanencia y supervivencia cultural, protegida y amparada por el Estado, que evita ser enajenado y vendido, incluso por cualquier miembro del propio clan sin el consentimiento de los asociados al grupo de este.

(...)

En si el cementerio es el icono símbolo más sagrado dentro de la cosmología Wayuu, pues de este se desprende la concepción de espiritualidad, a partir de la cual damos cuenta la existencia humana en este mundo, el pasado que no se olvida, el presente que se mantiene vivo y el infinito después de la muerte, porque de acuerdo con nuestra cosmovisión el cementerio o AMUYU representa la historia de un Clan la descendencia matrilineal y es donde reposan y descansan las almas de nuestros antepasados que luego se convierten en espíritus que nos dan alientos para la búsqueda de la paz o enfrentar la guerra que solo se despiertan en momentos justos y necesarios y por quienes son sus allegados, debiendo estar alejados al bullicio, malos olores y presencia de extraños, lo cual con este tipo de proyectos no se garantizan. La espiritualidad viviente en un cementerio guarda estrecha relación entre los apushi o miembros familiares a través de los sueños, por medio del cual se revelan hechos, acontecimientos y se previenen muertes y desgracias; el cementerio es el mecanismo de protección más sagrado en el cosmos Wayuu”.

1.8.2. Fundación Universitaria Agraria

El 1° de septiembre de 2016, el rector de la Uniagraria presentó un escrito en el que manifestó que “...la impugnación tiene como fundamento el hecho de que se le ha negado (...) el derecho de defensa y por ende el debido proceso” pues no se le ha notificado de la demanda ni del fallo de tutela.

Subsidiariamente solicitó al juez de tutela que revoque la orden proferida en contra de la Fundación Universitaria Agraria, teniendo en cuenta que a quien corresponde la responsabilidad exclusiva de la construcción del relleno sanitario es al distrito de Riohacha.

1.8.3. Alcaldía de Riohacha

El jefe de la Oficina Jurídica del distrito, con escrito presentado el 31 de agosto de 2016¹⁴, pidió que se aclarara la sentencia de tutela teniendo en cuenta que: (i) el distrito de Riohacha es quien tiene a su cargo la construcción y puesta en marcha del relleno sanitario, (ii) para tal efecto, el distrito es quien ha indemnizado y compensado a las comunidades o grupos indígenas que se han visto involucrados en el proceso de planeación y ejecución del relleno; (ii) *“los otros demandados en la acción de tutela que nos ocupa, NUNCA han tenido dicha obligación”*.

1.8.4. INTERASEO S.A. E.S.P.

Por intermedio de su representante legal, en memorial allegado el 1° de septiembre de 2016, pidió que se modificara el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de indicar que la sociedad no está obligada a compensar e indemnizar a las comunidades indígenas que se encuentran involucrados en el proceso de planeación y ejecución del relleno sanitario del Distrito de Riohacha.

1.9. Trámite posterior al fallo

El Tribunal Administrativo de La Guajira, con auto de 5 de septiembre de 2016, concedió las impugnaciones interpuestas. Y, en relación con la solicitud de *“adición y complementación incoada por el actor”* precisó que *“... de la lectura de la argumentaciones del mismo, se involucraban discrepancias e inconformidades con las sentencia proferida por el Tribunal, por lo que, en prevalencia del derecho de contradicción y debido proceso”* fue tenida como impugnación.

Finalmente señaló que la decisión judicial dispuso la participación de todas las autoridades demandadas, entendiendo que se hará por cada una de estas conforme con sus competencias, funciones y deberes dentro del trámite consultivo.

El Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa presentó memorial de impugnación vía correo electrónico el 2 de septiembre de 2016. Y, la parte actora presentó *“adición o bien complementación de la impugnación contra la decisión”* el día 8 del mismo mes y año.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

¹⁴ Folios 288 a 305 del cuaderno principal de tutela.

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991 y el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena de esta Corporación.

2.2. Cuestión previa

La Sala advierte que su estudio de la presente acción de tutela se limitará al examen de los argumentos expresados en los escritos de impugnación presentados por la parte actora el 30 de agosto de 2016, la alcaldía de Riohacha el día 31 del mismo mes y la Fundación Universitaria Agraria e INTERASEO S.A. E.S.P. el 1º de septiembre del mismo año, por haber sido presentadas dentro del término previsto por el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991¹⁵,, teniendo en cuenta que la sentencia de tutela de primera instancia fue notificada por medios electrónicos el 29 de agosto de 2016, de forma que el plazo para presentar la impugnación venció el 1 de septiembre de 2016.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la normativa que regula la acción de tutela señala que solo dentro de los tres días después de notificado el fallo de tutela procede su impugnación, momento en el cual se deben ofrecer los razonamientos que controvertan la decisión proferida, pues dicha norma no contempla un término adicional para allegar su “*sustentación*”.

Significa lo dicho que el escrito remitido vía correo electrónico del 2 de septiembre de 2016 por parte de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y el radicado en el Tribunal Administrativo de La Guajira el 8 de septiembre de 2016 por el señor Rafael Arpushana autoridad ancestral de la comunidad accionante denominado “*adición o bien complementación de la impugnación contra la decisión*” no serán tenidos en cuenta por la Sala, por ser extemporáneos.

2.3. Problema jurídico

¹⁵ Dice la norma: “*Impugnación del fallo. Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato.*”

Corresponde a la Sala establecer si en el presente caso se desconocieron los derechos fundamentales invocados por la Comunidad Indígena Wayuu Dividivi, en atención a la construcción del Relleno Sanitario Regional de Riohacha en un área cercana al asentamiento de la comunidad y su cementerio sagrado, a pesar de la expresa oposición que la parte actora manifestó en el desarrollo del trámite de consulta previa, frente al proyecto *“DISEÑO, CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DEL RELLENO SANITARIO REGIONAL DE RIOACHA”*.

Para resolver este problema, se abordarán los siguientes temas: (i) generalidades de la acción de tutela, (ii) los pueblos indígenas como sujetos de especial protección, (iii) el derecho fundamental a la consulta previa, (iv) el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas y de acceso a sus lugares sagrados, (v) el consentimiento previo, libre e informado frente a los proyectos o programas en los territorios indígenas y el derecho a la objeción cultural. Para posteriormente, (vi) analizar el caso concreto.

2.4. Generalidades de la acción de tutela

Según el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede ejercer la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales siempre que sean violados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los precisos casos en que indica el Decreto 2591 de 1991.

La jurisprudencia constitucional de manera enfática y uniforme ha señalado que la acción de amparo fue instituida como un instrumento de defensa judicial de los derechos fundamentales, dotada de un carácter subsidiario y residual. Lo anterior implica que su ejercicio solo es procedente de manera supletiva, es decir, cuando no sea posible acudir a otro medio de defensa, salvo que se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable¹⁶.

2.5. Las Comunidades Indígenas como sujetos de especial protección

La Constitución de 1991, entre sus múltiples aportes, reivindicó la posición especial y la protección debida a las comunidades indígenas asentadas en todo el

¹⁶ Ver, entre otras, las sentencias de la corte constitucional SU-037 de 2009 y T-764 de 2010.

territorio colombiano, a partir del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, artículo 7 de la Constitución Política.

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

En la sentencia T-698 de 2011¹⁷, entre otras, se precisó que a partir de la Constitución de 1991, el Estado está obligado a otorgar un amparo especial a estas colectividades, en razón de la discriminación, el despojo y el abandono histórico que sufrieron y que aún padecen.

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

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

¹⁷ Proferida dentro de la acción de tutela instaurada por Efrén de Jesús Reyes, en representación I resguardo indígena cañamomo lomapieta, contra la alcaldía municipal de Riosucio, caldas. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

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

2.6. La consulta previa como derecho fundamental y derechos que con su realización se protegen

El Convenio 169 de la OIT relativo a los derechos de los pueblos indígenas y tribales, ratificado por el Estado colombiano y aprobado mediante la Ley 29 de 1991, contiene una serie de principios para el reconocimiento y protección de estas comunidades, entre ellos, el de la consulta previa.

En los términos de este instrumento, se exige la consulta a los pueblos indígenas y tribales, participando **directa, informada, previa y libremente** en la adopción de las políticas, planes, decisiones o procesos que los afecten.

La Corte Constitucional ha desarrollado una amplia doctrina constitucional sobre la naturaleza, contenido, características y alcances de este principio, ampliando su alcance a las comunidades afrocolombianas, como sujetos de especial protección¹⁸.

En el desarrollo constitucional que se ha hecho de la consulta, se debe resaltar que en la sentencia de unificación SU-383 de 2003, se indicó que en razón de la importancia e impacto que tiene la participación directa de las comunidades indígenas en las decisiones que les puedan afectar, la consulta previa debía entenderse como un **derecho fundamental de esas colectividades**, entendiéndose un derecho de un ente colectivo y no de cada uno de los sujetos que lo integran, ampliando o superando, si así se quiere entender, la teoría de los derechos fundamentales como derechos subjetivos del individuo para comprender que estos se predicen de estos, como los son las comunidades indígenas y afro descendientes, por tratarse de *“un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social económica y cultural (...) y para asegurar por ende su subsistencia como grupo social”*.

En ese sentido, bajo la égida de la consulta previa como derecho fundamental, se ha resaltado que con esta se busca **“preservar la identidad de las comunidades**

¹⁸ cfr. sentencias su 383 de 2003, t-769 de 2009, t-646 de 2014.

*indígenas, tribales y afrodescendientes, siendo determinante asegurar la **supervivencia**, garantizando **su autonomía** en los ámbitos que les competen y asegurando que cualquier actividad adelantada por el Estado que pueda afectarlas directamente les sea consultada y no vaya en desmedro de su **integridad social, cultural y económica**.”¹⁹ (Negrillas y subrayas fuera del texto).*

Lo anterior significa que la consulta previa como derecho fundamental de las comunidades indígenas involucra la protección de una multiplicidad de derechos fundamentales que, con su efectiva realización, logran su materialización. Veamos.

El derecho a la participación democrática, dado que mediante la consulta se permite la intervención directa de las comunidades indígenas y afro descendientes, como sujetos de especial protección, en las decisiones que los pueden afectar y que tocan con su territorio, creencias, costumbres, etc., de esta manera, como en todo proceso democrático y participativo, los concernidos en la determinación pueden intervenir en las medidas que los pueden afectar, cumpliéndose además, los precisos mandatos del Convenio 169, artículo 6 de la OIT²⁰.

Ese proceso participativo, en el caso de las comunidades indígenas y afro, se materializa a través de la consulta previa, que abarca asuntos de distinto tipo, como las administrativas, legislativas, de política pública, etc., cuando ellas impliquen una afectación directa de los intereses de aquellas (sentencia C-175 de 2009).

Se ha entendido que este derecho se garantiza cuando, **previo** a la adopción de la medida respectiva, se permite el proceso comunicativo y participativo de la comunidad en su determinación.

Es decir, se desconoce este derecho cuando simplemente se aprueba la decisión y posteriormente se da a conocer a la comunidad respectiva.

Supervivencia mediante la preservación de la identidad étnica y cultural, pues ya se dijo que uno de los objetivos de la consulta previa es lograr la protección de la integridad étnica de las comunidades. En consecuencia, su

¹⁹ sentencia t-800 de 2014.

²⁰ sentencia t-049 de 2013, entre otras.

efectivo desarrollo permite su materialización, pero en especial la supervivencia de aquellas.

Es importante resaltar que todo el desarrollo que se ha hecho de la consulta previa por parte del Tribunal Constitucional ha girado en torno a la necesidad de asegurar la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales, así como de los afro descendientes.

Sobre el particular, se ha advertido:

“Dentro de los preceptos asegurados como comunidad se encuentra el reconocimiento de la diversidad cultural lo que supone aceptar la alteridad y la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo, lo cual necesariamente implica su respeto y evitar medidas tendientes a variarlo, acabarlo o extinguirlo, pues ello conlleva su exterminio y contraría el derecho fundamental a la subsistencia que recae sobre sus pueblos, deducido del derecho a la vida, previsto en el artículo 11 del Texto Superior. Las plurales identidades culturales y, en particular, la de las comunidades indígenas, agrupa un modo de ser y de actuar, que se soporta en sus creencias, valores, conocimientos, actitudes que no pueden ser suprimidos o restringidos, pues con su desestabilización se podría alterar su medio y su deterioro severo puede llevar a su extinción. Por todo esto, le corresponde al Estado velar por su supervivencia y protección, acentuando su cuidado en la salvaguarda de su cosmovisión, autonomía, costumbres, tradiciones y particular forma de ver el mundo, etc., evitando intromisiones o alteraciones, en tanto que al modificarse su idiosincrasia se puede acrecentar el riesgo de exterminio”²¹

El debido proceso, en cuanto existen reglas y procedimientos que deben agotarse y que tienen por objeto garantizar que se la finalidad de la consulta.

En cuanto a ello, es necesario precisar que se expidió la Resolución Presidencial 01 de 2010, que estableció responsabilidades y procedimientos de obligatorio cumplimiento para las entidades y organismos del sector central y descentralizado del orden nacional y local a objeto de garantizar el derecho a la consulta previa de los grupos étnicos.

En ese mismo orden, el artículo 46 del CPACA establece que la no realización de la consulta cuando ella deba realizarse, generara la nulidad de la decisión respectiva.

²¹ Sentencia T-795 de 2013.

Es importante indicar que precisamente por las características de cada una de las comunidades indígenas, no existen unos parámetros únicos para desarrollar y agotar la consulta, dado que en cada caso se podrá determinar la forma en que se cumplirá y agotará esta.

La Corte Constitucional ha indicado que si bien el Convenio 169 de la OIT no fijó un procedimiento específico, este tendrá que ser analizado por el juez según las condiciones de cada grupo que la solicita, en razón de que el procedimiento a desarrollar debe tener en cuenta las costumbres, cosmovisión y especificidades de estos colectivos, es decir, aquella debe acoplarse a las singularidad de estos.

Así, ante la multiplicidad de derechos que resultan protegidos con la realización efectiva de la consulta previa, y ante la inexistencia de medios judiciales ordinarios que permitan su concreción, se ha entendido que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para lograr su garantía y materialización.

En otros términos, el requisito de subsidiariedad, en casos como el que hoy estudia la Sala, ha de mirarse desde el enfoque de flexibilidad estructurado por la jurisprudencia constitucional, dado que se ha demostrado que no existe en ordenamiento jurídico colombiano un mecanismo judicial ordinario que cumpla con los requisitos de eficacia y eficiencia para la protección de los derechos de estos sujetos.

El anterior marco le permite a la Sala abordar el caso sometido a su conocimiento.

2.7. El derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas y de acceso a sus lugares sagrados

La Corte Constitucional, en sentencias SU-380 de 2003, T-462A de 2012, T-489 de 2014 y más recientemente providencias T-005, T-197 y T-313 de 2016, a partir del análisis del Convenio 169 de 1989 de la OIT, ha desarrollado el concepto de la propiedad colectiva, reconociendo *“la estrecha relación que existe entre los indígenas y el territorio por ser el espacio donde desarrollan su identidad cultural y social, [y que] fue abordado por el Convenio 169 en la parte II, haciendo referencia a ‘Tierras’.*

El Convenio 169 señala, en su Parte II, Tierras:

“Artículo 13.

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”

De acuerdo con la sentencia T-849 de 2014, la protección a la propiedad colectiva y al territorio ancestral se deriva de la relación espiritual y ancestral que existe con la tierra, por ser el lugar donde desarrollan sus actividades culturales, religiosas y económicas de acuerdo con sus tradiciones y costumbres, de modo que el concepto va más allá del título de propiedad, y en ese orden de ideas, es deber del Estado proteger a las comunidades indígenas frente a las perturbaciones que puedan sufrir en el ejercicio de sus actividades en lo que han considerado su territorio ancestral, y adoptar todas las medidas pertinentes para evitar que conductas de particulares puedan afectar sus derechos.

Ahora bien, en relación con lo que debe entenderse como territorio indígena, se tiene que “[d]ebido al sentido particular que tiene para los pueblos indígenas la tierra, la protección de su territorio no se limita a aquellos que se encuentran titularizados, sino que se trata de un concepto jurídico que se extiende a toda la zona indispensable para garantizar el pleno y libre ejercicio de sus actividades culturales, religiosas y económicas, de acuerdo como las ha venido desarrollando de forma ancestral. El Estado tiene la obligación de proteger a las comunidades indígenas frente a las perturbaciones que puedan sufrir en el ejercicio de sus actividades en lo que han considerado su territorio ancestral, y debe tomar todas las medidas pertinentes para evitar que conductas de particulares puedan afectar sus derechos”. (T-849 de 2014).

Al respecto, la Corporación Constitucional en **sentencia SU-383 de 2003**, manifestó:

*“Otros aspectos a tener en cuenta para la delimitación de la entidad territorial indígena son la concurrencia de intereses en los **lugares sagrados** -como lo advierte el profesor Clemente Forero de la Universidad Nacional- y el ‘cambio frecuente de asentamiento’,*

'[característica básica] del patrón de uso del medio de los cazadores y recolectores' del noroeste amazónico colombiano.

Ahora bien, la delimitación político administrativa actual, es sólo uno de los referentes a valorar en la delimitación de la entidad territorial indígena para efectos de su derecho a ser consultados, porque como lo informa el profesor Orlando Fals Borda, dicha delimitación no concuerda con la real ubicación de los pueblos indígenas, aspecto que reconocido por el Constituyente al disponer en el artículo 290 constitucional la adecuación de los límites de las entidades territoriales”

En la sentencia T-693 de 2011 se indicó además que para los pueblos indígenas, la tierra, al vincularla con los seres humanos, es vista como un lugar espiritual que cuenta con **sitios sagrados**, con bosques, lagos, montañas, ríos, etc. Vale aclarar que esa vinculación del ser humano con el territorio no necesariamente está escrita, es algo que se vive en el día a día, razón por la que uno de los factores que permite definir al territorio como tradicional es la existencia de sitios para la subsistencia, como la caza y la pesca, y los sitios claves que tienen valor espiritual o cultural para la respectiva comunidad.

Asimismo, en la sentencia T-693 de 2011 el Máximo Tribunal Constitucional sostuvo que la noción de territorio que tienen los pueblos indígenas es diferente a la visión de la cultura occidental, porque *“Para estos pueblos, la tierra está íntimamente ligada a su existencia y supervivencia desde el punto de vista religioso, político, social y económico; no constituye un objeto de dominio sino un elemento del ecosistema con el que interactúan. Por ello, para muchos pueblos indígenas y tribales la propiedad de la tierra no recae sobre un solo individuo, sino sobre todo el grupo, de modo que adquiere un carácter colectivo (...). Esta visión contrasta con la de la cultura occidental, para la que el territorio es un concepto que gira en torno al espacio físico poblado en el que la sociedad se relaciona, coopera y compite entre sí, y sobre el que se ejerce dominio. Otro aspecto que vale la pena resaltar, se relaciona con la propiedad, ya que, contrario al concepto comunal que manejan las comunidades étnicas, la cultura occidental mantiene una visión privatista de la propiedad”*.

En el mismo sentido, se ha expresado que el *“territorio indígena está asociado a una noción de ancestralidad y no al reconocimiento estatal a través de los títulos de dominio”*, ya que para los pueblos étnicos la tierra significa el espacio donde desarrollan su identidad cultural.

En la sentencia T-698 de 2011 se señaló:

“... en relación con el contenido del concepto de territorio de una comunidad étnica conducen a anticipar que un título de propiedad no descarta, de suyo, la realización de la consulta. Sencillamente, porque la eventual afectación que puede sufrir una comunidad étnica como consecuencia de una medida administrativa que avala la ejecución de un proyecto u obra sobre determinado predio no depende de que el mismo pueda clasificarse o no como territorio ancestral. Para efectos de la consulta, lo relevante es que la intervención avalada por la administración tenga la capacidad de generar la afectación directa a la que tantas veces se ha hecho referencia. Y esa afectación puede ocurrir cuando la medida interviene en una zona con presencia de minorías étnicas, independientemente de quién aparezca como su propietario.”

2.8. Consentimiento previo, libre e informado frente a los proyectos o programas en los territorios indígenas y el derecho a la objeción cultural

En sentencia T-769 de 2009 la Corte Constitucional acogió de manera expresa los razonamientos expuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Saramaka vs. Surinam al señalar que “... el **interés general** en el desarrollo sostenible de un país integra la necesidad de proteger la pervivencia de los pueblos mediante la garantía de su derecho a la consulta previa”²², en consecuencia, consideró que en determinadas circunstancias y adicionalmente a otros mecanismos de consulta, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a grande escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales.

En la sentencia mencionada el máximo tribunal constitucional citó uno de los apartes del caso estudiado por la Corte Interamericana en que se señaló que “Es más significativo aún mencionar que el Estado reconoció, asimismo, que el ‘nivel de consulta que se requiere es obviamente una función de la naturaleza y del contenido de los derechos de la Tribu en cuestión’. La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a

²² Vianna Garcés, André. *El derecho a la consulta previa. Echando un pulso a la nación homogénea*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Primera Edición. Bogotá D.C. abril de 2016.

gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones”.

Así pues, la Corte Constitucional aclaró que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afro descendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias, **“por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea”.**

No obstante lo anterior, con la sentencia T-547 de 2010 la misma Corte indicó que no existe “*poder de veto*”, en el entendido de que en el trámite de la consulta previa debe *“armonizar visiones encontradas que tienen incidencia sobre el mismo territorio”*, así lo consideró:

“No hay, ni poder de veto, ni cabe la pretensión de impulsar proyectos que se desentiendan de la afectación que pueden producir en las comunidades con consideración especial de su particular cosmovisión.

En el extremo, pueden existir proyectos o componentes de los mismos que resulten incompatibles con la supervivencia de las comunidades indígenas o de sus tradiciones culturales, sin que quepan medidas de armonización. Pero hay también escenarios en los cuales debe resolverse un encuentro intercultural, de tal manera que coexistan en el espacio y el tiempo cosmovisiones distintas, intereses y necesidades distintas. En tales eventos cabe adoptar las medidas orientadas a garantizar esa armonización en un escenario participativo”

Más recientemente, la sentencia T-129 de 2011 retomó el asunto al abordar la importancia de lograr el consentimiento libre, previo e informado ante las medidas de intervención en territorios étnico. Para tal fin, recordó que de acuerdo con los artículos 6^o²³ y 16²⁴ del Convenio 169 de 1989, la consulta previa es obligatoria

²³ Convenio 189 de 1989 “Artículo 6o.

frente a cualquier tipo de intervención en el territorio de las comunidades, incluso, precisó que “el traslado de los pueblos indígenas sólo podrá efectuarse bajo su consentimiento libre, pleno de ilustración y conocimiento de causa”.

En los siguientes términos lo expresó la Corte:

“Como se observa, el consentimiento hace parte estructural del Convenio 169 de 1989 de la OIT, motivo por el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al estudiar el caso Saramaka contra Surinam, desarrolló la importancia de esta prerrogativa de las comunidades indígenas. Ello se apoyó en pronunciamientos del Relator Especial de la ONU para la protección de derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo, al igual que de distintos organismos y organizaciones internacionales que han señalado la necesidad de adicionar a la mera consulta el consentimiento previo, libre e informado. Así, los Estados y las entidades obligadas e interesadas en la protección de los derechos indígenas deberán buscar el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión que tengan impacto en sus territorios”

Expuesto lo anterior, planteó la siguiente pregunta **¿El consentimiento libre e informado puede traducirse en un poder de veto de las comunidades étnicas a los proyectos de intervención?** A este interrogante se respondió que la discusión no debía plantearse en términos de quién veta a quién, sino que más bien entenderse como un “espacio de disertación entre iguales en medio de las

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimiento 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”

²⁴ Convenio 189 de 1989 “Artículo 16. 1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.

4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización con las garantías apropiadas.

5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento”

diferencias, oportunidad para que los organismos estatales y concesionarios del Estado puedan explicar de forma concreta y transparente cuáles son los propósitos de la obra y la comunidad pueda exponer cuáles son sus necesidades y puntos de vista frente a la misma”.

Consideró que para responder el problema resultaba necesario evidenciar que la consulta previa no podía verse como “*consulta veto*” ni tampoco como una “*consulta de mera información*”, por ello y con el fin de conciliar los dos extremos, es determinante establecer el grado de afectación de la comunidad en cada caso y, en eventos específicos, incluso llegar a determinar la medida menos lesiva, como medida de protección de las comunidades.

Como eventos en los que puede escogerse una alternativa menos lesiva, mencionó aquellos que: (i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros.

Sobre el punto se recalcó que “*no se puede obligar a una comunidad étnica a renunciar a su forma de vida y cultura por la mera llegada de una obra de infraestructura o proyecto de explotación y viceversa, por ello, en casos excepcionales o límite los organismos del Estado y de forma residual el juez constitucional, si los elementos probatorios y de juicio indican la necesidad de que el consentimiento de las comunidades pueda determinar la alternativa menos lesiva, así deberá ser*”.

Sobre el punto, la Sección Quinta del Consejo de Estado trae las conclusiones expuestas por el doctrinante Andréa Viana Garcés²⁵ en el sentido de señalar que “*[la] construcción de las subreglas que rigen el funcionamiento del consentimiento previo, libre e informado y su aplicación a casos concretos, permite entender que se trata, no de la adjudicación de un poder de veto arbitrario de los pueblos, sino más bien el resultado de ejercicios de ponderación que han arrojado la necesidad de proteger los derechos con un estándar reforzado para casos en que un proyecto constituya un riesgo definitivo para la pervivencia de los pueblos*”.

²⁵ Ob. Cit. 22

2.9. Justicia ambiental

En relación con este asunto, el máximo tribunal constitucional, en sentencia T-294 de 2014, analizó la acción de tutela interpuesta por la comunidad indígena Venado, perteneciente al pueblo Zenú, está situada en la vereda Cantagallo, corregimiento de Pijiguayal, en jurisdicción del distrito de Ciénaga de Oro, departamento de Córdoba, que aseguró que con la construcción del relleno sanitario de Cantagallo se vulneraron sus derechos fundamentales como consecuencia de la omisión de consultarlos antes de iniciar la obra.

Para resolver el asunto sometido a su conocimiento, desarrolló el concepto de justicia ambiental partiendo de la definición adoptada por la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos, tal concepto designa *“el tratamiento justo y la participación significativa de todas las personas independientemente de su raza, color, origen nacional, cultura, educación o ingreso con respecto al desarrollo y la aplicación de las leyes, reglamentos y políticas ambientales”*.

Agregó que dentro de la definición, el **tratamiento justo** supone que *“ningún grupo de personas, incluyendo los grupos raciales, étnicos o socioeconómicos, debe sobrellevar desproporcionadamente la carga de las consecuencias ambientales negativas como resultado de operaciones industriales, municipales y comerciales o la ejecución de programas ambientales y políticas a nivel federal, estatal, local y tribal”*. Entretanto, se entiende que la **participación comunitaria** resulta significativa cuando: (i) los residentes comunitarios potencialmente afectados tienen una oportunidad apropiada para participar en las decisiones sobre una actividad propuesta que afectará su ambiente y/o salud; (ii) la contribución del público y las preocupaciones de todos los participantes son efectivamente tenidas en cuenta y susceptibles de influir la toma de decisiones; (iii) los responsables de decidir promueven y facilitan la participación de aquellas personas y/o grupos potencialmente afectados.

Del concepto de justicia ambiental se desprenden dos dimensiones:

(i) Justicia distributiva o repartimiento equitativo de las cargas y beneficios entre los sujetos de la comunidad, sin que puedan existir factores de discriminación. De esta se desprende que *“conforme al cual todo reparto inequitativo de tales bienes y cargas en el diseño, implementación y aplicación de una política ambiental o en la*

*realización de un programa, obra o actividad que comporte impactos ambientales debe ser justificado, correspondiendo la carga de la prueba a quien defiende el establecimiento de un trato desigual” y que se garantice principio de efectiva retribución y compensación para aquellos **individuos o grupos de población a los que les corresponde asumir las cargas o pasivos ambientales asociados a la ejecución de un proyecto, obra o actividad que resulta necesaria desde la perspectiva del interés general.***

Sobre el particular, la Corte extrajo unas subreglas de su propio desarrollo jurisprudencial:

“(i) La sostenibilidad ecológica, social, cultural y económica de los proyectos de desarrollo, la cual incorpora la exigencia de que estos sean equitativos “dentro y entre generaciones” (T-574 de 1996).

(ii) Las personas y comunidades afectadas por la ejecución de proyectos de desarrollo tienen derecho a que su condición sea reconocida al momento en que se manifieste el impacto correspondiente y a obtener una adecuada compensación por los daños (T-135 de 2013).

(iii) La acción de tutela procede para lograr el reconocimiento de la condición de afectado y ser incluido en los censos correspondientes (T-135 de 2013), más no para obtener el pago efectivo de las compensaciones que se derivan de tal condición. Para esto último deberá acudir a los mecanismos ordinarios o a las demás acciones constitucionales previstas para el efecto, salvo que la subsistencia o el mínimo vital del accionante puedan estar comprometidos de un modo inminente (T-574 de 1996, T-194 de 1999, T-447 de 2012).

(ii) Justicia participativa que implica la *“participación significativa de los ciudadanos, en particular de quienes resultarán efectiva o potencialmente afectados por la ejecución de determinada actividad”*, de los que se derivan indispensablemente espacios en donde los afectados puedan participar en la toma de decisiones relativas a la realización del proyecto, la evaluación de sus impactos, permitiendo que al lado del conocimiento técnico experto que suele ser el único tenido en cuenta para orientar la toma de decisiones en materia ambiental, también haya un espacio significativo para el conocimiento local, que se **expresa en la evaluación nativa de los impactos y en la definición de las medidas de prevención, mitigación y compensación correspondientes.**

Respecto de esta dimensión la Corte resaltó las siguientes reglas:

“(i) La apertura de espacios de participación, información y concertación, y no de mera información o socialización, que impliquen

el consentimiento libre e informado, en el momento de la evaluación de los impactos y del diseño de medidas de prevención, mitigación y compensación, de modo tal que en ellas se incorpore el conocimiento local y la voz de los afectados (T-348 de 2012).

(ii) La participación en el proceso de elaboración de los censos de afectados y a todo lo largo de la realización del proyecto (T-135 de 2013).

(iii) El cumplimiento de los compromisos acordados en los espacios de concertación (T-194 de 1999).

(iv) La financiación de la asesoría que requieran las comunidades afectadas por el proyecto, a fin de que estas puedan ejercer su derecho a la participación efectiva (T-194 de 1999).

(v) La participación de las comunidades afectadas por daños ambientales en las actividades de monitoreo y control (T-574 de 1996)”

2.10. Análisis del caso concreto

2.10.1. En el caso *sub examine*, la comunidad indígena Wayuu Dividivi aseguró que sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, a la consulta previa, a la participación, al libre desarrollo de la personalidad, a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la conservación social, cultural y económica de la comunidad, al territorio colectivo ancestral, a la *“conservación de las especies medicinales naturales y tradicionales, flora y fauna silvestre”*, a la *“integridad física”*, a la *“conservación del cosmos, de la espiritualidad”* y a *“vivir en paz social y comunitaria”*.

A su juicio, la vulneración de las mencionadas garantías constitucionales proviene de la construcción del Relleno Sanitario de Riohacha en su territorio ancestral. Identificó dos asuntos de los que proviene la transgresión:

Primero, aseguró que 70 hectáreas de territorio, en las que actualmente se lleva a cabo la construcción fue objeto de una expropiación violenta y *“falsa de tradición”* pues fue vendido por quien no era propietario del espacio geográfico que ancestralmente pertenece al CLAN ARPUSHANA a INTERASEO S.A. E.S.P., sociedad que a su vez lo donó al distrito de Riohacha para la construcción del proyecto.

Segundo, expuso que el procedimiento de consulta previa, acuerdos y protocolización para la construcción del Relleno Sanitario Regional de Riohacha, en vez de cumplir la finalidad para la que fue concebido, esto es, la garantía de sus derechos fundamentales, ha cercenado los mismos, toda vez que en el marco de este procedimiento la autoridad ancestral manifestó su oposición total al

proyecto por las graves implicaciones sobre su comunidad, no obstante lo anterior, las autoridades terminaron tomando en cuenta la voluntad de las demás comunidades que por su ubicación geográfica no se ven afectadas directamente con el proyecto.

2.10.2. Por su parte, las demandadas manifiestan, en términos generales, que no existe la vulneración de los derechos fundamentales alegada por la parte actora, toda vez que en el caso se surtió la consulta previa con el cumplimiento de todos los requisitos fijados por la ley y la jurisprudencia, máxime cuando la autoridad tradicional de la comunidad de Dividivi hizo presencia y asistió a las reuniones.

Además, expusieron que la construcción del Relleno Sanitario de Riohacha es necesaria y urgente para el distrito, toda vez que no posee un relleno sanitario para la disposición final de los residuos sólidos, pues en la actualidad cuenta con unas celdas transitorias, cuya vida útil está por extinguirse a inicios del mes de septiembre de este año, al sobrepasar su capacidad de almacenamiento. Por lo anterior, urgente la puesta en marcha de la obra a fin de evitar una emergencia sanitaria en el distrito y sus corregimientos.

En cuanto a la ilegalidad en la adquisición del predio, indicaron que ello obedece a una apreciación subjetiva del actor, pues no se ha efectuado ninguna venta, y que la participación de la comunidad corresponde al cumplimiento de la consulta previa que resulta obligatoria en estos eventos dada la naturaleza del proyecto, de la cual se obtuvo la complacencia de la mayoría de las autoridades tradicionales asentadas en el área de influencia del proyecto, bajo el compromiso de mantener sus usos y costumbres.

2.10.3. El Tribunal Administrativo de La Guajira, con sentencia de 18 de agosto de 2016²⁶, concedió el amparo solicitado por la autoridad tradicional de la comunidad del Dividivi, por lo que ordenó a las demandadas iniciar los trámites respectivos para hacer extensivas las indemnizaciones y compensaciones a la comunidad del DIVIDIVI (Ichiwourian) y a los demás grupos indígenas involucrados en el proceso de planeación y ejecución del relleno sanitario del distrito de Riohacha, en los mismos términos de los acuerdos iniciales realizados con las otras comunidades.

²⁶ Folios 222 a 245 del cuaderno principal del expediente de tutela.

Como sustento de la decisión expuso que: (i) la adquisición del predio donde se construye el relleno sanitario del distrito de Riohacha obedece a una adquisición legítima; (ii) el proceso de consulta previa se adelantó de acuerdo con los parámetros legales y jurisprudenciales, a lo que agregó que si bien un número minoritario de comunidades, dentro de las que se encuentra la Dividivi, manifestaron su oposición a la realización del proyecto, a los términos de las consultas, y se apartaron de las convenciones realizadas con la mayoría de la población, inspirados en su intención de preservar sus usos, costumbres y titularidad ancestral, no se encontró connotación suficiente para vetar la realización de la obra pública.

2.10.4. De los escritos de impugnación se tiene que las autoridades demandadas pidieron a los jueces de tutela establecer cuál es la competencia que les asiste y las obligaciones derivadas de la orden de amparo concedida por la primera instancia del proceso constitucional.

Mientras que, la parte accionante insistió en que como consecuencia de la construcción y operación del Relleno Sanitario se afectan sus derechos fundamentales, siendo además, enfática en señalar que la comunidad no pretende una indemnización sino evitar que con la obra se afecte su territorio ancestral, cultura, sustento económico y condiciones de salud y vida.

Asimismo, aseguró que el Tribunal Administrativo de La Guajira omitió pronunciarse en relación con las irregularidades respecto de la venta de su territorio ancestral.

2.10.5. Pues bien, expuesto lo anterior, corresponde a la Sección Quinta del Consejo de Estado, como juez de tutela de segunda instancia, analizar si, en el presente caso, las autoridades demandadas desconocieron los derechos fundamentales invocados en la solicitud de amparo. Para ello, en primera medida debe advertirse que, como se indicó en el acápite 2.5., el derecho fundamental a la consulta previa involucra la protección de otras garantías constitucionales.

2.10.5.1. Para ello, lo primero que resalta la Sala es que contrario a lo que asegura la comunidad actora, el Tribunal Administrativo de La Guajira si se pronunció sobre las alegadas irregularidades respecto de la venta de los terrenos en los que se está construyendo el Relleno Sanitario de Riohacha, esto en el

sentido de indicar que *“... la adquisición del predio donde se construye el relleno sanitario del distrito de Riohacha obedeció a una adquisición legítima, en cuanto la titularidad del terreno estaba en cabeza de INTERASEO S.A. E.S.P. quien por negocio jurídico que consta en la Escritura Pública 1536 de noviembre 8 de 2013, dispuso la donación del referido predio para que se para que se construyera el relleno sanitario, acto que fue avalado por la alcaldía municipal a través de resolución 0934 de septiembre 30 de 2013”*.

Además de lo anterior, en criterio de la Sección Quinta, **no corresponde al juez de tutela pronunciarse sobre la presunta venta irregular** de los terrenos en los que se construirá el relleno sanitario y cuya propiedad reclama la comunidad indígena, quien además, asegura que INTERASEO S.A. E.S.P. y el distrito de Riohacha adquirieron *“...de manera clandestina e inconsulta el predio (...) por cuanto el predio en disputa es un territorio o espacio geográfico que ancestralmente pertenece a nuestro CLAN ARPUSHANA a quienes no se les ha comprado ni concertado...”*, dado que la acción de tutela es el espacio judicial para discutir y propender por la garantía de derechos fundamentales, no cuestiones de otra índole.

2.10.5.2. Ahora bien, a juicio de la Sección Quinta del Consejo de Estado, **la sentencia de tutela de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, que concedió el amparo solicitado por la comunidad indígena Dividivi debe confirmarse**, con sustento en las razones que pasan a explicarse:

Primero, la Sala destaca que un relleno sanitario, de acuerdo con la Guía Ambiental elaborada por el Ministerio del Medio Ambiente, se define como *“(U)n sitio donde se depositan los residuos no aprovechables que produce una ciudad, población o zona habitada, de tal manera que, mejorando el paisaje, se produzca el mínimo daño al ambiente y a la salud de la población sometida al riesgo de sus efluentes. Es el sitio donde diariamente los residuos son recibidos, dispuestos, compactados, cubiertos y donde se realiza el control ambiental (principalmente gases, olores y lixiviados), así mismo, se realiza control y monitoreo a la estabilidad con el fin de prevenir riesgos de deslizamiento”*.

De conformidad con el Código Nacional de Recursos Naturales - Decreto 2811 de 1974 - en la recolección, tratamiento y disposición de los residuos, basuras, desechos y desperdicios se debe propender por el desarrollo de los métodos más

adecuados para la defensa del ambiente, del hombre y de los demás seres vivientes y utilizar preferiblemente aquellos medios que eviten el deterioro del ambiente y de la salud humana, permitan reutilizar sus componentes, producir nuevos bienes y restaurar o mejorar los suelos.

Y, en el caso que ocupa la atención de la Sala, **no cabe duda de que la construcción del relleno sanitario es una necesidad pública inaplazable**, como servicio público domiciliario esencial, para los habitantes del distrito de Riohacha, en la medida en que no posee un lugar adecuado para la disposición final de residuos sólidos, lo cual puede ocasionar una emergencia sanitaria.

Además, debe tenerse en cuenta que **la obra será desarrollada en ese específico espacio geográfico**, debido a que es el terreno con el que el distrito de Riohacha dispone para su construcción y además teniendo en cuenta que una vez efectuado el estudio de impacto ambiental del proyecto, por parte de Corpoguajira, no existen razones para considerar que el mismo no sea apto para la construcción del relleno, **máxime cuando no corresponde al juez de tutela controvertir las consideraciones de orden técnico y ambiental.**

Asimismo, la Sección Quinta considera cardinal precisar que en el caso *sub examine* **no resulta procedente la suspensión de la obra de construcción del relleno sanitario**, orden que ha impartido esta misma Sala en casos como el de la **Comunidad Muisca de Bosa** (Exp. 2015-00873) en el que se ordenó suspender la construcción de la *“la Ejecución del Plan Parcial El Edén – El Descanso (Decreto 521 de 2006) y frente a la construcción de la Ciclo Ruta – Alameda El Porvenir”*, toda vez que **los casos difieren en sus supuestos fácticos**, esto debido a que en el caso de la Comunidad Muisca de Soacha nunca se adelantó el trámite de consulta previa debido a que existía duda sobre la presencia de la comunidad actora en los terrenos en donde se desarrollará el Plan Parcial “Campo Verde”, mientras que, en el presente caso, la consulta si fue realizada pero el desarrollo de esta la Comunidad Indígena Wayuú el Dividivi manifestó su desacuerdo con la construcción del relleno sanitario.

Segundo, como se expuso en los acápites 2.6, 2.7 y 2.8 de esta providencia, la consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades indígenas y constituye el espacio, en el marco del cual, las entidades estatales y las empresas

privadas, de un lado y los grupos étnicos, de otra, llegan un acuerdo o armonizan sus intereses cuando existe una tensión entre ellos.

Por ello, **en el marco de la consulta es necesario que las comunidades expresen su consentimiento previo**, libre e informado respecto de los proyectos que los afecten de manera directa, **sin que ello, en términos de la propia Corte Constitucional, les otorgue la facultad para vetar o impedir el desarrollo de un proyecto.**

En tal sentido, en los casos en los que un proyecto supone una afectación para un pueblo, como cuando supone el desplazamiento o migración de miembros de una comunidad indígena o tribal del territorio o que genere un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otras, **debe realizarse un ejercicio de ponderación que proteja los derechos de ese pueblo que consiste en una evaluación de los impactos y en la definición de las medidas de prevención, mitigación y compensación correspondientes a efectos de proteger a la comunidad indígena.**

En el caso sometido al conocimiento del Consejo de Estado, Sección Quinta **es indiscutible que se llevó a cabo el trámite de la consulta previa con el lleno de los requisitos** fijados por la Ley y la jurisprudencia constitucional, en el marco del cual, **como la esta Sala lo relató en los antecedentes de la presente sentencia** (ver folios 4 y 5), se convocó a la comunidad indígena Wayuú el Dividivi que a través de su autoridad ancestral y una vez le fueron explicados los posibles impactos que podría sufrir la etnia, manifestó no estar de acuerdo con la construcción del relleno sanitario, oposición de la cual se dejó constancia en las actas de *“preconsulta y apertura del proceso de consulta previa”* del proyecto de fecha 22 de mayo de 2014 y de *“acuerdos de protocolización del proceso de consulta previa”* del 22 de octubre de 2014, en esta última en la que el Ministerio del Interior dejó constancia de que se concertaron los acuerdos ambientales y socioculturales con los asistentes y, **“sin embargo no se protocolizaron acuerdos ya que la mayoría de las comunidades asistentes, excepción de la comunidad indígena los Olivos y la Sabana, no están de acuerdo con la realización de este proyecto, por lo que se convocar[ía] una nueva reunión con las dos comunidades mencionadas”.**

De lo anterior se desprende que **aquellas comunidades** que se encuentran ubicadas más cerca al relleno sanitario, **manifestaron no estar de acuerdo** con su desarrollo y, en consecuencia, **con estas no se llegó a ningún acuerdo de mitigación y manejo del ambiental (suelo, agua y aire), social, económico y cultural**, tal como, se insiste, quedó documentado en el *“Acta de acuerdos de protocolización del proceso de consulta previa”* de 22 de octubre de 2014.

Cuestión que, como ya lo indicó la Sala, **no puede conducir a la paralización de un proyecto sino que origina un espacio para que se adopten medidas que protejan los derechos de la comunidad en el desarrollo del mismo.**

Tercero, de esta manera como lo concluyó el Tribunal Administrativo de La Guajira, no puede paralizarse ni impedirse el desarrollo de la obra por lo que el juez constitucional debe propender porque las indemnizaciones, las compensaciones y los planes de mitigación y manejo del ambiental (suelo, agua y aire), social, económico y cultural, atiendan al concepto de justicia ambiental en sus dimensiones distributiva y participativa, ampliamente desarrollado en el acápite 2.9 de esta providencia.

Por ello las consecuencias derivadas del proyecto de Relleno Sanitario Regional de Riohacha deberán ser evaluadas en el caso concreto de forma que se garantice (i) la efectiva retribución y compensación para la Comunidad Dividivi en atención a la carga o pasivo ambiental que le corresponde asumir como consecuencia de la intervención en su territorio, necesaria desde la perspectiva del interés general (justicia distributiva) y; (ii) la participación de la parte accionante en la evaluación nativa de los impactos y en la definición de las medidas de prevención, mitigación y compensación correspondientes (justicia participativa).

En este entendido, el **distrito de Riohacha deberá invitar a la autoridad ancestral de la comunidad indígena Dividivi a un proceso en el que se hagan efectivos sus derechos constitucionales, con el acompañamiento de las demás autoridades que hicieron presencia en el proceso de consulta con las demás comunidades, en el marco de sus competencias.**

En el mencionado proceso, deberá permitirse la **participación activa de la Comunidad Indígena Wayuu el Dividivi** en dos escenarios (i) el de evaluación

de impactos del proyecto y (ii) el de establecimiento de las medidas de mitigación y manejo ambiental (suelo, agua y aire), social, económico y cultural, **aclara la Sala que tales espacios no deben ser solamente informativos** sino de verdadera intervención por parte de la comunidad actora. Asimismo, las evaluaciones y acuerdos deberán tener en cuenta además de los estudios de orden técnico social y ambiental, que **esta comunidad es la que presenta un más alto grado de afectación por la construcción del relleno o, en otros términos, la que mayor carga o pasivo ambiental por su cercanía al relleno sanitario.**

2.8. Conclusiones

De conformidad con lo expuesto en precedencia, la Sala confirmará el numeral primero de la sentencia de 18 de agosto de 2016, por medio del cual el Tribunal Administrativo de La Guajira concedió la solicitud de amparo a los derechos fundamentales de la Comunidad Indígena Wayuu Dividivi.

Sin embargo, adicionará el numeral segundo de la mencionada providencia, en el sentido de señalar que: (i) las indemnizaciones, las compensaciones y los planes de mitigación y manejo ambiental (suelo, agua y aire), social, económico y cultural, deberán atender al concepto de **justicia ambiental en sus dimensiones distributiva y participativa**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión y; (ii) tal **orden debe ser cumplida por el distrito de Riohacha** con el acompañamiento de las demás autoridades que hicieron presencia en el proceso de consulta con las demás comunidades, en el **término de tres (3) meses**, plazo que se considera prudencial.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 18 de agosto de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira que concedió la solicitud de amparo constitucional invocado por la comunidad indígena Wayuu Dividivi.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo del referido fallo, en el sentido de señalar que, en el término de **tres (3) meses: (i)** las indemnizaciones, las compensaciones y los planes de mitigación y manejo ambiental (suelo, agua y aire), social, económico y cultural, deberán atender al concepto de **justicia ambiental** en sus **dimensiones distributiva y participativa**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva; **(ii)** la orden debe ser cumplida por el **distrito de Riohacha** con el acompañamiento de las demás autoridades que hicieron presencia en el proceso de consulta con las demás comunidades, en el marco de sus competencias.

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La presente decisión se discutió y aprobó en sesión de la fecha.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero