



Cartagena de Indias D. T. y C., cinco (05) de abril de dos mil diecinueve (2019).

Acción	CONSULTA DE INCIDENTE DE DESACATO DE TUTELA
Radicado	13-0014-33-33-002-2018-00216-02
Accionante	CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS DE BARU
Accionada	MINISTERIO DEL INTERIOR – DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA , DISTRITO DE CARTAGENA, CORPORACIÓN AUTÓNOMA Y REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE- CARDIQUE , PROMOTORA MATIMBA S.A Y GRUPO SPAZIO
Magistrado	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Revoca sanción por imponerse a funcionario no obligado al cumplimiento de la decisión judicial.

I.- PRONUNCIAMIENTO

Se procede a revisar en grado jurisdiccional de consulta el proveído de fecha once (11) de marzo de dos mil diecinueve 2019¹, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, donde se declara en desacato a la Dra. Nancy patricia Gutiérrez, en su calidad de representante legal del Ministerio de Interior- Dirección de Consulta Previa y se sanciona con una multa equivalente a tres (03) salarios mínimos mensuales legales vigentes y un (01) día de arresto, como consecuencia del incidente de desacato iniciado por el incumplimiento de la sentencia de tutela de fecha veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)² dictada el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, y, modificada por este Tribunal en providencia del seis (06) de noviembre de esa anualidad³.

II.- ANTECEDENTES

Mediante fallo de tutela de fecha veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), proferido por el Juzgado arriba en mención, se decide conceder el amparo de los derechos fundamentales a la consulta previa, identidad étnica y cultural, existencia, territorio y condición de sujetos de especial protección constitucional, del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de la Unidad Comunera de Gobierno rural de Barú y, como consecuencia ordena, a la dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, que en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la

¹ Fols. 406-411 Cdno 2.

² Fols. 184-206 Cdno 1.

³ Fols. 207-235 Cdno 2.



Radicado: 13-0014-33-33-002-2018-00216-02

notificación del fallo , inicie el proceso de consulta previa con la Comunidad Negra de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Barú, atendiendo lo dispuesto en la Directiva Presidencial No. 10 de 2013 y demás normas que rigen el tema en cada una de sus etapas y para efectos de garantizar la participación real de dicha comunidad como afectados directos por el proyecto "MATIMBA"

Sin embargo, el Ministerio de interior presenta escrito de impugnación, en el cual expone que, el proceso de consulta previa se elabora de conformidad con la directiva presidencial N° 10 del 07 de noviembre de 2013. Razón por la cual, se opone a la decisión adoptada por el A quo en la providencia, bajo el argumento de que no tiene competencias para dar iniciación a un proceso consultivo, puesto que no es posible aplicar ninguna medida coercitiva que obligue a la empresa privada a realizar la consulta previa con los nativos de la Isla de Barú.

En ese orden de ideas, mediante providencia del seis (6) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), proferida por la sala segunda de decisión del Tribunal Administrativo de Bolívar, se modificó el numeral 1°, 2° y 3° de la sentencia de primera instancia, quedando de la siguiente manera:

"PRIMERO: NEGAR el amparo solicitado frente a las accionadas CARDIQUE y ANLA, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: TUTELAR el derecho a la consulta previa, identidad étnica y cultural, existencia, territorio y condición de sujetos de especial protección del CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA DE LA UNIDAD COMUNERA DE GOBIERNO DE BARU, en contra del MINISTERIO DEL INTERIOR – DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA, DISTRITO DE CARTAGENA Y PROMOTORA MATIMBA SA., Y GRUPO SPAZIO

TERCERO: ORDENAR al MINISTERIO DEL INTERIOR – DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA, que en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo, inicie el proceso de consulta previa con el CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA DE LA UNIDAD COMUNERA DE GOBIERNO DE BARU, atendiendo lo dispuesto en la Directiva Presidencial No. 10 de 2013, y demás normas que rigen el tema, en cada una de sus etapa, para efectos de garantizar la participación real de dicha comunidad como afectados directos por el proyecto CLUB SPA MATIMBA.

PARÁGRAFO: ORDENAR a la PROMOTORA MATIMBA SA., Y GRUPO SPAZIO, que en el término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo, inicie las gestiones que se



Radicado: 13-0014-33-33-002-2018-00216-02

le impongan a su cargo en el proceso de consulta previa con el CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA DE LA UNIDAD COMUNERA DE GOBIERNO DE BARU.

CUARTO: ordenar a la PROMOTORA MATIMBA SA., y GRUPO SPAZIO abstenerse de seguir ejecutando las obras civiles para la construcción del Proyecto CLUB SPA MATIMBA, hasta tanto se cumplan las disposiciones impartidas en esta providencia, relacionadas con el proceso consultivo con la CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA DE LA UNIDAD COMUNERA DE GOBIERNO DE BARU.

PARÁGRAFO: ordenar al Distrito de Cartagena, realizar todas las gestiones tendientes a garantizar la suspensión de la obra para la construcción del Proyecto CLUB SPA MATIMBA, hasta tanto se cumplan las disposiciones impartidas en esta providencia, relacionadas con el proceso consultivo con la CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA DE LA UNIDAD COMUNERA DE GOBIERNO DE BARU".

En ese orden de ideas, tras no encontrar cumplimiento de las sentencias antes mencionadas, el Consejo Comunitario de la Unidad Comunera del Gobierno de Barú presenta incidente de desacato el diecinueve (19) de diciembre de 2018⁴, contra la Dirección de Previa del Ministerio de Interior, Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique – CARDIQUE, Alcaldía de Cartagena; Promotora Matimba S.A y Grupo Spazio.

2.1 Actuación procesal en primera instancia

Atendiendo a lo anterior, el A quo, profiere auto de fecha veintitrés (23) enero de dos mil diecinueve (2019)⁵, en el cual:

"PRIMERO: ORDENAR a la DOCTORA NANCY PATRICIA GUTIÉRREZ o a quien haga sus veces en su condición de representante legal del MINISTERIO DE INTERIOR – DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA, al doctor BACCI HERNÁNDEZ en su condición de representante legal de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE – CARDIQUE, al doctor JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ PINEDO de representante legal de la PROMOTORA MATIMBA S.A y al representante legal del GRUPO SPAZIO, que hagan cumplir sin demoras el fallo de tutela de fecha 6 de noviembre de 2018, en el que se modificó el numeral primero, segundo y tercero del fallo proferido por este Despacho judicial en fecha 27 de septiembre de 2018, el cual fue modificado por el Tribunal Administrativo de Cartagena .

SEGUNDO: REQUERIR a los doctores la doctora NANCY PATRICIA GUTIÉRREZ o a quien haga sus veces en su condición de representante legal del MINISTERIO DE INTERIOR – DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA, al doctor BACCI HERNÁNDEZ en su condición de representante legal de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE – CARDIQUE, al doctor JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ PINEDO de representante legal de la PROMOTORA MATIMBA S.A y al

⁴ Fols. 1-5 Cdno. 1

⁵ Fols. 353-356 cdno 2



Radicado: 13-0014-33-33-002-2018-00216-02

representante legal del GRUPO SPAZIO, para que dentro del término de cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación respectiva, remitan escrito sobre el cumplimiento de la orden tutelar, y adicionalmente, se sirva a indicar al funcionario competente para que se de acatamiento a la misma, así como la dirección electrónica de aquel donde autorice recibir notificaciones judiciales y el acto de vinculación de éste con la entidad.

TERCERO: prevenir al funcionario que, en caso de desatender este requerimiento, se librará orden a su Superior funcional, en caso de existir, para que dentro de las subsiguientes 48 horas lo haga cumplir y abra en su contra el correspondiente proceso disciplinario por desobediencia a la orden judicial.

Posteriormente, el 25 de febrero del presente año el Juzgado de origen profiere auto⁶ en el cual realiza el segundo requerimiento a la doctora NANCY PATRICIA GUTIÉRREZ en su condición de representante legal del MINISTERIO DE INTERIOR – DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA, al doctor BACCI HERNÁNDEZ en su condición de representante legal de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE – CARDIQUE, al doctor JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ PINEDO de representante legal de la PROMOTORA MATIMBA S.A y al representante legal del GRUPO SPAZIO; para que haga cumplir el fallo de tutela que ampara los derechos fundamentales a la consulta previa, identidad étnica y cultural, existencia, territorio y condición de sujetos de especial protección.

2.2.- Contestación de Ministerio de Interior – no se pronuncia.

2.3.- Grupo Spazio – no se pronuncia.

2.4.-Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique (CARDIQUE) – no se pronuncia.

2.5.-Contestación Promotora Matimba S.A

Por medio de escritos del ocho (08) de febrero de esta anualidad⁷, presentado ante el juez de primera instancia, la accionada contesta los requerimientos efectuados y rinde informe manifestando que:

Ha sostenido acercamientos a fin de buscar consenso con el señor Leonard José Valecilla Molina, representante legal del Consejo Comunero de Barú, esto con fines de viabilizar el desarrollo del proceso de consulta previa; argumenta

⁶ Fols. 389-390 cdno 2.

⁷ Fols. (360-361) y (363-365) cdno 2.



Radicado: 13-0014-33-33-002-2018-00216-02

que la empresa dando cumplimiento a la orden de tutela ha suspendido las obras de manera temporal.

Así mismo, expresa que, ha cumplido con las obligaciones impuestas, en tanto y en cuanto, suspendió la ejecución de obras de construcción tan pronto le fue comunicada la decisión del Juez de primera instancia; manifiesta que ha insistido persuasivamente ante el Ministerio de Interior, su disposición y ánimo de hacer toda las gestiones que se le impongan con el objeto que se lleve a cabo en legal forma la Consulta previa ordenada.

En razón de lo anterior afirma que, levantó un acta de suspensión de obras (fol. 373), con la finalidad hacer constar de que las obras mencionadas fueron suspendidas, en virtud de los fallos proferidos por el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena y, por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

III.- PROVIDENCIA CONSULTADA

El A-quo decidió definitivamente el incidente de desacato a través de la providencia del once (11) de marzo de 2019⁸, en la cual resolvió sancionar Dra. Nancy Patricia Gutiérrez, en calidad de representante legal del Ministerio de Interior- Dirección de Consulta Previa, al pago de tres (3) salario mínimo mensual legal y un día (1) de arresto, en razón al incumplimiento de lo ordenado en las disposiciones judiciales del veintisiete (27) de septiembre de 2018, proferida por el A quo y, la modificación hecha por este Tribunal en sentencia del seis (06) de noviembre de esa anualidad, en los siguientes términos:

"PRIMERO: DECLARAR en desacato de la sentencia de tutela de fecha 27 de septiembre de 2018, proferida por este Despacho Judicial y modificada por el H. Tribunal Administrativo de Bolívar el 6 de noviembre de 2018, dentro de la acción de Tutela promovida por el CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS DE LA UNIDAD DE GOBIERNO RURAL DE BARÚ, representado por LEONARD VALLECILLA MOLINA contra la doctora NANCY PATRICIA GUTIERREZ y/o a quien haga sus veces, en su condición de representante legal del MINISTERIO DEL INTERIOR- DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA, de acuerdo a las considerativas de esta providencia.

SEGUNDO: SANCIONAR a la Dra. NANCY PATRICIA GUTIERREZ, y/o a quien haga sus veces, en su condición de representante legal del Ministerio de Interior – Dirección de

⁸ Ver nota al pie No. 1



Radicado: 13-0014-33-33-002-2018-00216-02

Consulta Previa , con un (1) día de arresto y el pago de una multa de tres (3) salarios mínimos mensuales legales vigentes a cada uno (SIC) (...)

TERCERO: ADVERTIR a la funcionaria sancionada que la imposición de la penalidad no le exonera del deber de dar cumplimiento a la sentencia de tutela proferida por este Despacho el 27 de septiembre de 2017 y modificada por el H. Tribunal Administrativo el 6 de noviembre de 2018, razón por la cual de ser pertinaz la desobediencia, eventualmente, su conducta pudiere acarrearle sanciones de orden penal, por tipificarse el punible de fraude a resolución judicial

(...)"

Todo ello, en razón a que el juez de primera instancia consideró que, como la accionada Ministerio de Interior – Dirección de Consulta Previa, no da contestación a lo solicitado por ese Despacho judicial, lo que como consecuencia acarrea que la situación se torne más gravosa, con la negativa; maximizando así la vulneración de los derechos fundamentales que se tratan.

Concluyendo en el auto que hoy es consultado, está comprobada la negligencia de la funcionaria y, al realizar valoración subjetiva de su conducta, se muestra la falta de voluntad en cumplir lo ordenado por las sentencias referidas; aduciendo que lo anterior, contraría el carácter inmediato y principal que arrojan las ordenes contenidas en los fallos de tutela, razón por la cual es procedente imponer sanciones a la servidora pública.

IV.- ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA?

Por reparto realizado el 02 de abril del año en curso, le correspondió a este Despacho el conocimiento de este asunto, el que fue recibido el mismo día a las cuatro y diecisiete (4:17 pm) de la tarde, por lo que solo pudo ingresar al despacho el tres (03) de abril.

V.-CONSIDERACIONES

5.1.- Competencia

El presente proceso ha llegado a esta Corporación para surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, en virtud de lo establecido en el inciso segundo del

⁹ Fol. 2 cdno 3.



Radicado: 13-0014-33-33-002-2018-00216-02

artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, dispone que las sanciones impuestas por el juez de tutela mediante el trámite incidental de desacato, serán consultadas ante el superior jerárquico, quien decidirá dentro de los de tres (3) días siguientes, si aquella debe revocarse o, en su defecto, confirmarse.

Así las cosas, y siendo esta Corporación el superior jerárquico del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, queda resuelto el tema de la competencia, cuestión por la cual, procede esta Sala de decisión a realizar el estudio de fondo.

5.2. Problema Jurídico

Teniendo en cuenta los supuestos narrados en el asunto *sub examine*, para esta Corporación, el problema jurídico, se centra en determinar:

¿Estuvo ajustada a Derecho la sanción proferida por el Juez de primera instancia, que sanciona a la Dra. Nancy Patricia Gutiérrez, y/o a quien haga sus veces, en su calidad de representante legal del Ministerio de Interior –Dirección de Consulta Previa, por incumplimiento de fallo de tutela del 27 de septiembre del 2017, proferido por el Juez segundo administrativo y, modificado el 06 de noviembre de 2018, por la Sala segunda de decisión del Tribunal Administrativo de Bolívar?

5.3 Caso concreto

Estando el presente asunto para ser resuelto, se advierte que el mismo no puede ser objeto de confirmación dado que, dentro del trámite de primera instancia, no se individualizó en debida forma a la persona natural o servidora pública encargada, funcionalmente, de cumplir la orden impartida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena en el fallo de tutela, proferido el día 27 de septiembre de 2018, y en el proveído del 06 de noviembre de esa anualidad, proferido por este Tribunal; pues, no es a la Dra. Nancy Patricia Gutiérrez, en su calidad de Ministra de Interior-, a quien, legalmente, según las funciones asignadas previstas en el numeral 1 del artículo 16 del Decreto 2893 de 2011, que le compete la obligación de coordinación con las entidades para la realización de la consulta previa, sino al Director de Consulta Previa del Ministerio de Interior.

Cabe advertir, que es al Director de Consulta Previa del Ministerio de Interior, el señor LUIS FERNANDO BASTIDAS REYES o quien haga sus veces, a quien le



Radicado: 13-0014-33-33-002-2018-00216-02

corresponde dar cumplimiento a la orden impartida en el fallo en mención; tal afirmación tiene su fundamento en el artículo 16 de la norma antes citada que reza:

ARTÍCULO 16. FUNCIONES DE LA DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA. Son funciones de la Dirección de Consulta Previa, las siguientes:

- 1. Dirigir en coordinación con las entidades y dependencias correspondientes los procesos de consulta previa que se requieran de conformidad con la ley.¹⁰**
2. Asesorar y dirigir, así como coordinar con las direcciones de asuntos indígenas, Rom y minorías y asuntos para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas del Gobierno Nacional en materia de consulta previa y determinar su procedencia y oportunidad.
3. Establecer directrices, metodologías, protocolos y herramientas diferenciadas para realizar los procesos de consulta previa, de conformidad con lo establecido en la legislación sobre la materia.
4. Realizar las visitas de verificación en las áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, a fin de determinar la presencia de grupos étnicos, cuando así se requiera.
5. Expedir certificaciones desde el punto de vista cartográfico, geográfico o espacial, acerca de la presencia de grupos étnicos en áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, obras o actividades que tengan influencia directa sobre estos grupos.
6. Verificar, antes del inicio de cualquier proceso de Consulta Previa, con las direcciones de asuntos indígenas, Rom y minorías, y de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, los registros actualizados de la representación legal de las autoridades de los grupos étnicos y conformación legítima de los espacios de concertación propios de cada uno de ellos.
7. Consolidar y actualizar la información del Ministerio del Interior sobre los procesos de consulta y los trámites de verificación, así como promover el conocimiento y difusión de los mismos y de su marco jurídico, por los medios que determine el Ministerio.
8. Hacer seguimiento al cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes en desarrollo de los procesos de consulta previa coordinados por esta Dirección y hacer las recomendaciones respectivas.
9. Elaborar estrategias de corto y largo plazo para el manejo de crisis sociales en el entorno de las comunidades y minorías étnicas en las que se desarrollan las consultas previas, en coordinación con las demás dependencias o entidades competentes.

¹⁰ Las negrillas no son del texto.



Radicado: 13-0014-33-33-002-2018-00216-02

10. Proponer proyectos de ley, de actos o reformas legislativas, así como efectuar el análisis normativo y jurisprudencial en coordinación con la Dirección de Asuntos Legislativos en materia de su competencia.
11. Apoyar el desarrollo y sostenimiento del Sistema Integrado de Gestión Institucional y la observancia de sus recomendaciones en el ámbito de su competencia.
12. Atender las peticiones y consultas relacionadas con asuntos de su competencia.
13. Las demás funciones asignadas que correspondan a la naturaleza de la dependencia.

En consecuencia, mal se le puede endilgar una responsabilidad de carácter correccional a la Ministra de Interior, Dra. Nancy Patricia Gutiérrez, puesto que ella no es la que legalmente le corresponde la realización del proceso consultivo con el Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de Barú.

Así las cosas, esta Sala revocará el auto de data 11 de marzo de 2019, que sancionó a la señora Nancy Patricia Gutiérrez en su calidad de Ministra de Interior y declarará la nulidad de todo lo actuado en el expediente a partir del auto del 23 de enero de 2019¹¹, que admitió el incidente de desacato presentado en contra de MINISTERIO DEL INTERIOR – DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA, CORPORACIÓN AUTÓNOMA Y REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE-CARDIQUE, PROMOTORA MATIMBA S.A.S. Y GRUPO SPAZIO, con el objeto de que vincule correctamente al señor LUIS FERNANDO BASTIDAS REYES o quien haga sus veces, y le garantice el derecho de defensa, ya que es el funcionario que debe cumplir la orden judicial

Así mismo se le hace ver al juez de primera instancia que el superior jerárquico del director de consulta previa del ministerio del interior es Viceministro para la Participación e Igualdad de Derechos, según lo dispone el artículo 5 del decreto 2893 de 2011.

Por otra parte al iniciar el incidente de desacato, se deberá vincular al Distrito de Cartagena, a quien también se le impartió un mandato y no fue vinculado y no vincular a Cardique, porque sobre esta entidad no se emitió orden alguna.

Por ultimo al resolver el problema jurídico planteado, el mismo es negativo puesto que la sanción no estuvo ajustada a derecho conforme lo aquí expuesto.

¹¹ Fl. 15 y reverso, Ibídem.



Por lo expuesto, el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, Sala unitaria de Decisión,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sanción impuesta sancionados a la Dra. Nancy Patricia Gutiérrez, en providencia del 11 de marzo de 2019, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DECRETAR la nulidad de todó lo actuado las providencias de fecha 23) de enero de 2019, por lo antes expuesto.

TERCERO: ORDENAR que se rehaga la actuación y se vinculen las personas aquí indicadas y se desvinculen las ajenas al mismo, conforme lo expresado en líneas anteriores.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado