



Cartagena de Indias D.T. y C., cinco (05) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES

Acción	ACCIÓN DE TUTELA (IMPUGNACIÓN)
Radicado	13-001-33-33-002-2018-00005-01
Demandante	Consejo Comunitario Puntarenas, Consejo Comunitario de Tierra Bomba, Consejo Comunitario Bocachica, Consejo Comunitario de Caño Loro, Asociación de Agro Pesquera de la Isla de Puntarenas, Los Delfines del Caribe Puntarenas, Asociación de Pescadores de Caño de Loro, Empresa Asociativa de Trabajo Pescadores Sol y Mar de Punta Arenas, Asociación de Pescadores Artesanales el Chapín Tierra Bomba, Asociación de Pescadores Artesanales los Chinos de Tierra Bomba, Empresa Asociativa de Trabajo de Pescadores los TUTIPESCA de Tierra Bomba, Asociación de Pescadores de Bocachica, Empresa Asociativa de Trabajo de Pescadores de Tierra Bomba la Vara de Aarón Poderosa E.A.T, Empresa Asociativa de Trabajo de Pescadores de Tierra Bomba los Pulperos, Asociación de Pescadores de Arara, Asociación de Pescadores los Loritos, Asociación de Pescadores El Coral, Asociación de Pescadores los Macanay de Tierra Bomba, Asociación de Pescadores de Tierra Bomba la Red, Asociación de Pescadores los Langostinos, Asociación de Pescadores de Tierra Bomba la Red, Asociación de Pescadores Jehova Poderoso, Asociación de Pescadores de Tierra Bomba Jureles, Asociación de Pescadores de Santa Ana
Demandado	Autoridad Nacional de Licencias ambientales-ANLA, Ministerio del Interior — Dirección de Consulta Previa, Distrito de Cartagena, Compañía de Puertos Asociados S.A-COMPAS, Concejo Distrital de Cartagena, Corporación Autónoma Regional del Dique-CARDIQUE, Establecimiento Público



	Ambiental-EPA, Dirección General Marítima - Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas-DIMAR, Agencia Nacional de Infraestructura-ANI, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo - Dirección General de Turismo, Departamento de Planeación - Subdirección Sectorial
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Tema	DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la parte accionante contra la Sentencia proferida el 25 de enero de 2018, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, mediante la cual denegó el amparo de los derechos alegados por la parte accionante.

III.- ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Pretende la parte accionante, se ordene a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales-ANLA, suspender el trámite administrativo de evaluación de la licencia ambiental (Auto N° 04503 de 6 de octubre de 2017, por el cual se aclara el Auto N° 03034 de 25 de julio de 2017) para el proyecto "Ampliación y Operación del Terminal Marítimo COMPAS-Cartagena", localizado en la bahía de Cartagena, así como la inclusión, unificación, recopilación y sintetización de las medidas de manejo propuestas en la actualización del PMA de la operación actual del puerto y la integración con el Plan de Manejo Ambiental establecido mediante Resolución No. 470 de 6 de mayo de 1996, actualizado mediante la Resolución No. 364 de 6 de abril de 2017, solicitado por la Sociedad Portuaria Compañía de Puertos Asociados S.A. – COMPAS, hasta tanto se garantice el proceso de consulta previa de las comunidades titulares de dicho derecho fundamental.



A su vez, solicita se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, vulneró el derecho al debido proceso de la parte accionante, al expedir la Resolución No. 991 del 21 de julio de 2017, que decidió la ampliación de la concesión a la sociedad COMPAS S.A., sin tener en cuenta el Decreto No. 977 de 2001 (POT), en sus artículos 1, 49, 50 y 99, y sin llevar a cabo la consulta previa a las comunidades actoras.

Igualmente, que se declare que las entidades accionadas han vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, consulta previa, identidad cultural, existencia, integridad social y cultural, autonomía, libertad de profesión u oficio, mínimo vital, y seguridad alimentaria de la parte accionante.

2. Hechos relevantes planteados por la parte accionante.

Como hechos relevantes, expone la parte accionante que son un grupo de comunidades pesqueras afrodescendientes conformadas por cerca de 18000 habitantes, que colindan al frente con la ciudad de Cartagena (Sociedad Portuaria COMPAS S.A.), al sur con el mar caribe Isla de Rosario, al este con la Zona Industrial de Mamonal y al oeste con el mar caribe.

La principal determinante física la constituye la costa marina que bordea paralelamente estas comunidades negras, imprimiéndole el carácter de aldea costera; las cuales viven de la pesca, el comercio y el trabajo en las grandes empresas ubicadas en el interior de la bahía de Cartagena. La ruta de transporte que utilizan para sus actividades cotidianas colinda con la empresa COMPAS S.A., la ampliación de la concesión entregada por la ANI, sin socializar con los pescadores y las comunidades negras, restringirá las actividades pesqueras, libre locomoción, y aumentaría los peligros de accidente.

El proyecto de COMPAS S.A. le permitiría rellenar un área de cuerpo de agua en la bahía interior de Cartagena de 4,68 hectáreas, ampliar su patio de carga, la línea de atraque, modificando el uso del suelo de Cartagena, situación que llevó al Concejo Distrital a alertar a las autoridades de las posibles violaciones a la ley.

Por informaciones de prensa local y previo pronunciamiento de las organizaciones pesqueras de las comunidades negras de los barrios Zapatero y Manzanillo ubicadas en el sector del Bosque de Cartagena, el grupo actor



se enteró que ante la ANLA se está llevando un trámite administrativo de evaluación de la licencia ambiental para el proyecto "Ampliación y Operación del Terminal Marítimo COMPAS-Cartagena", localizado en la bahía de Cartagena.

Las organizaciones pesqueras Zapatero y Manzanillo, solicitaron ante la ANLA se les reconociera como 3º intervinientes en el trámite de licenciamiento. De igual forma, en reunión del 23 de noviembre de 2017 en la que participaron el líder de sostenibilidad de COMPAS S.A., una funcionaria de la empresa área gestión social, varias organizaciones pesqueras, y miembros de la Junta de Acción Comunal, se dejó claro ante la ANLA el descontento con relación a los impactos ambientales, culturales y sociales que generaría el proyecto y la falta de reconocimiento de medidas compensatorias por la actividad de dragado.

Manifiestan que si la ANLA llegara a acceder a las peticiones plasmadas dentro del proceso de licenciamiento, se atentaría contra la exigencia establecida en la Resolución No. 470 de 6 de mayo de 1996, por medio de la cual el Ministerio de Medio Ambiente estableció un Plan de Manejo Ambiental a COMPAS S.A., contemplando abrir un canal de circulación de agua consistente en la remoción de 120 mts de manglar en el sector sur oriental de la Isla del Diablo.

La Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, a través de la Resolución N° 0097 de 24 de febrero de 2017, certificó que para el proyecto de ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL PARA EL TERMINAL MARÍTIMO COMPAS S.A., no se registra presencia de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras en el área del proyecto en mención; no obstante, afirma el grupo actor que se necesita una nueva certificación, de no hacerlo se estaría violando los artículos 6 y 95 constituciones que le otorgan unas obligaciones taxativas a los servidores públicos.

El 16 de marzo de 2016 la sociedad COMPAS S.A., conforme lo contemplado en el artículo 2.2.3.3.3.5 del Decreto 1079 de 2015, realizó la primera publicación, faltó en esta incorporar o dar a conocer el valor de las inversiones. El 25 de mayo de 2016, se realiza la segunda publicación dando alcance a la anterior añadiendo en ella el valor de las inversiones, error que invalida lo actuado.



La sociedad COMPAS S.A., los días 18 de abril, 2 y 25 de mayo y de 2016 radica tres comunicaciones ante la ANI, seguidamente esta entidad el 26 de mayo de 2016 expide Resolución N°754 de 2016 fijando para el día 9 de junio de 2016 a las 10:00 a.m. la celebración de la audiencia pública dentro del trámite de modificación del contrato de concesión, fallas que configuran actuaciones de hecho y violación al debido proceso, pues el mencionado artículo sujeta la celebración de la audiencia a celebrarse a los dos meses siguientes a la última publicación, lo que indica que la audiencia debió llevarse a cabo el 25 de julio de 2016 y no el 09 de junio de ese mismo año.

Finalmente la ANI expidió la Resolución N° 991 de 2017, con la que aprobó lo solicitado por COMPAS S.A., precisan que este procedimiento administrativo materializó la continuación de seguir rellenando el cuerpo de agua en la Isla del Diablo en la bahía interior de Cartagena, pegándose así la isla al continente con lo que también se vulnera el Decreto 0977 de 2001 en sus artículos 1, 49, 50, 99, debido a que se modificará el territorio y el uso del suelo del Distrito de Cartagena, además de que con esta resolución se está desconociendo que la zona concesionada es de suma importancia para la supervivencia del grupo actor, con ocasión de que sirven de resguardo y alimento en las etapas críticas de los periodos de vida de muchos peces, crustáceos y moluscos, que utilizan los manglares como áreas de reproducción y crianza.

3. Actuación procesal.

3.1 Admisión y notificación

La acción de Tutela de la referencia, se presentó el día 18 de diciembre de 2017, correspondiéndole su reparto al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena y mediante providencia de fecha 25 de enero de 2018 (Fol. 897 - 923) se procedió a negar la solicitud de amparo.

3.2 De la contestación de la demanda

3.2.1 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI (Fls. 582-591)

Con relación al Contrato de Concesión, la Resolución N° 991 de 21 de julio de 2017 proferida por esta autoridad, autorizó la modificación de las condiciones



del Contrato de Concesión Portuaria N° 001 de 8 de julio de 1992 a la Compañía de Puertos Asociados S.A. COMPAS S.A de Cartagena, relativa a la ampliación de la zona de uso público (terrestre, acuática) y terrenos adyacentes, nuevo plan de inversiones, volúmenes de carga, contraprestación, garantías, plazo y obligaciones del concesionario. El 12 de octubre de 2017, se suscribió el Otrosí N° 13 al Contrato de Concesión Portuaria N° 001 de 1992, atendiendo el procedimiento contemplado en el Decreto N° 1079 de 26 mayo de 2015 aplicable al trámite de la modificación de los contratos de concesión portuaria.

Si bien la entidad concesionaria citó a la audiencia pública contando el término de los dos meses a partir del primer aviso de publicación (16 de marzo de 2016) y no del segundo aviso, en atención a que el mismo no modificó ni el alcance ni el objeto, también es cierto que dentro del trámite de modificación se garantizó tanto la publicidad como la oposición, pues se determinó que en caso de que se presentaran eventuales oposiciones con posterioridad a la audiencia, la entidad las tendría en cuenta teniendo como límite los dos meses siguientes a la última publicación.

A lo largo de este proceso se presentaron pronunciamientos respecto de la legalidad y conveniencia de la propuesta presentada por el concesionario, sin que se haya recibido comunicación de las autoridades ambientales, ni oposiciones por terceros interesados, a pesar de que transcurrió más de un año desde el día de las publicaciones (16 de marzo y 25 de mayo de 2016) y de la realización de la audiencia correspondiente (9 de junio de 2016) hasta la fecha de la expedición de la Resolución N° 991 de 21 de julio de 2017. Por lo anterior, está demostrado que se garantizaron los derechos de publicidad, oposición y debido proceso dentro de la modificación contractual adelantada.

En relación con el licenciamiento ambiental, en la Resolución N° 991 de 2017, se contempló que La Sociedad Portuaria COMPAS S.A Cartagena, debería contar con la viabilidad ambiental y autorización para la ejecución de las obras y/o actividades descritas en el Plan de Inversiones propuesto en la solicitud de modificación del Contrato de Concesión, para lo cual deberá tramitar y obtener viabilidad y autorización ante la Autoridad Ambiental Competente, que en este caso es la Autoridad Nacional de Licencias-ANLA, previo a su construcción allegando a la ANL, el acto administrativo referente al licenciamiento del proyecto autorizando las obras propuestas, en caso de que



no se obtenga la misma, el contrato retornaría a sus condiciones estipuladas antes de la expedición de la Resolución.

Respecto a la Consulta Previa, actualmente se encuentra en trámite del licenciamiento ambiental ante la autoridad competente ANLA, mismo que no ha concluido, por tal motivo resultaría prematuro e inexacto afirmar que se ha pretermitido el derecho a la consulta y una vulneración a este derecho fundamental; así mismo, la ANLA no podría siquiera haber iniciado el estudio de la modificación de la licencia ambiental para preservar el derecho a consulta previa, porque es obvio que tal derecho solo se puede materializar cuando la autoridad competente lo juzgue procedente, de este modo, si la autoridad no inicia el trámite de evaluación de la licencia ambiental, no hay ninguna posibilidad de que ordene una consulta previa, lo que significa que no iniciar el trámite significa justamente cercenar la posibilidad de consulta.

Agrega la entidad que el mecanismo adecuado para que se desarrolle el procedimiento de consulta previa en el inicio de un proyecto de concesión, es con sustento en la certificación que expida el Ministerio del Interior respecto de la existencia de comunidades étnicas, y para el caso en concreto se observa que no existe una comunidad étnica en el área de influencia del proyecto, como tampoco la agremiación de los pescadores goza de la protección del derecho a la consulta previa.

3.2.2 COMPAÑÍA DE PUERTOS ASOCIADOS S.A. – COMPAS (Fls. 700-717; 844-852)

La entidad accionada, informó que mediante OTROSÍ N° 13 de 12 de octubre de 2017, suscrito entre la ANI y COMPAS, se modificó el contrato de concesión para prever un proyecto de ampliación que quedó supeditado a una condición suspensiva, esto es, la de obtener la licencia ambiental correspondiente por parte de ANLA. El proyecto de COMPAS consiste en el alargamiento de un muelle y la adaptación mediante el relleno de unas áreas acuáticas, manteniéndose el acceso a los canales de agua a lado y lado del terminal.

A la fecha COMPAS no ha iniciado las obras de expansión a que se refiere la acción de tutela, y solo las podrá iniciar cuando se obtenga la licencia ambiental para el proyecto la cual aún se encuentra en trámite, aunque ya se haya firmado con la ANI la modificación al contrato de concesión. En la



actualidad está en trámite ante la ANLA la modificación de la licencia ambiental de COMPAS, por tanto las comunidades que se dicen afectadas pueden hacerse parte como lo han hecho y ejercer sus derechos y recursos de ley.

Sostiene frente a los hechos que el proyecto no impide la circulación de buques grandes, medianos ni botes pesqueros, se mantiene tal como está hoy el acceso a los canales de agua a lado y lado del terminal por los terrenos adyacentes al mismo. Por otra parte, la Resolución N° 97 de 2017 del Ministerio del Interior no causa un perjuicio irremediable, debido a que es un acto de trámite dentro del procedimiento de modificación de licencia ambiental que adelante el ANLA el cual no ha concluido.

3.2.3 MINISTERIO DEL INTERIOR – DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA (Fls. 518-529)

Señala la entidad que la expedición de la Certificación N° 0097 de 24 de febrero de 2017, se llevó a cabo con total lleno de requisitos legales y procedimentales y de acuerdo a la información allegada por el ejecutor del proyecto; en caso de modificación del objeto del proyecto debe ser solicitado el trámite nuevamente.

La parte actora constituye un grupo de personas que tiene como finalidad ofrecer bienestar social a sus asociados, con unos fines y objetivos distantes de los perseguidos por las comunidades étnicas. Las asociaciones de pescadores no son titulares del derecho a la consulta previa, pues el mismo protege a las comunidades étnicas, la comunidad internacional optó por establecer como pueblo indígena o tribal a todo grupo que posee ciertas características particulares que los distingan del resto de la sociedad, de conformidad con sus propias costumbres y tradiciones.

El hecho de estar afiliados en una asociación no eleva el rango de sujetos colectivos de protección especial, el grupo actor no acredita los criterios que legal y jurisprudencialmente se han establecido para que se declare la titularidad de sujetos de especial protección, prueba de ello es el certificado de existencia y representación legal de la cámara de comercio.



3.2.4 DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN-DNP (Fls. 536-538)

Precisa que la entidad no se encuentra dentro de las autoridades competentes para otorgar o negar una licencia ambiental. Por tanto no hay lugar a la vinculación de esta entidad a la presente acción, configurándose la falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.2.5 CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE – CARDIQUE (Fls. 797-801)

En su informe detalla que la autoridad ambiental que de manera privativa es competente para tramitar y decidir sobre los proyectos de construcción o ampliación de puertos marítimos de gran calado es el ANLA, lo anterior no obsta para que dicha entidad solicite a otras autoridades públicas los conceptos que a bien considere pertinentes que le sirvan de soporte para hacer una evaluación integral del proyecto y decidir si es viable ambientalmente o no otorgar la respectiva licencia ambiental, conforme al procedimiento establecido en el Decreto 1076 de 2015.

La entidad emitió pronunciamiento dando traslado del mismo al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible el 10 de junio de 2014, por lo tanto, no es de competencia de esta entidad pronunciarse sobre lo expuesto por la parte actora, ya que no adelantó el trámite administrativo licenciario del proyecto objeto de debate; así las cosas, solicita negar por improcedente la acción de tutela, pues no es la autoridad que adelantó el trámite licenciario del proyecto, como tampoco es la encargada de realizar el proceso de consulta previa.

3.2.6 AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES – ANLA (Fls. 549-558)

Dentro de su escrito de contestación, expuso que mediante Auto 3976 de 10 de septiembre de 2014 avocó conocimiento del expediente correspondiente al trámite de Plan de Manejo Ambiental a nombre de la Compañía de Puertos Asociados-COMPAS S.A, para el proyecto portuario ubicado en Cartagena, remitido por CARDIQUE, así mismo se le requirió a la compañía adelantar el trámite de modificación del Plan Manejo Ambiental, ajustando las capacidades actuales del puerto.



Mediante Resolución 364 de 6 de abril de 2017, modificó la Resolución 470 del 6 de mayo de 1996, en el sentido de incluir las actividades de operación de las instalaciones portuarias del proyecto denominado Operación del Terminal Portuario ubicado en Cartagena; con la Resolución 715 de 23 de junio de 2017 se resolvió recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 364 de 6 de abril de 2017.

A través de solicitud presentada ante esta entidad por la sociedad compañía COMPAS S.A., se allegó estudio de impacto ambiental con el objeto de unificar instrumentos ambientales mediante el trámite de licencia ambiental de las obras de ampliación y operación del terminal marítimo COMPAS-Cartagena, de acuerdo a los requisitos establecidos para la elaboración del estudio de impacto ambiental, en proyectos de ampliación y operación de puertos marítimos de gran calado, con la actualización del plan de Manejo ambiental del terminal marítimo Compas.

Por Auto 03034 de 25 de julio de 2017, se inició trámite administrativo de modificación de la Licencia Ambiental otorgada, en el sentido de incluir, unificar, recopilar y sintetizar las medidas de manejo propuestas en la actualización del PMA de la operación actual del puerto. Seguidamente, por Auto 4503 de 6 de octubre de 2017, aclaró la parte considerativa y dispositiva del Auto 03034 de 25 de julio de 2017, en el sentido de precisar el objeto del trámite en comento, el cual corresponde a iniciar trámite administrativo de evaluación de la licencia ambiental para el proyecto "AMPLIACIÓN Y OPERACIÓN DEL TERMINAL MARÍTIMO COMPAS-CARTAGENA".

Mediante Auto 5596 de 29 de noviembre de 2017, se reconoció a la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena S.A, como tercero interviniente. Finalmente mediante Auto 6621 de 29 de diciembre de 2017, se ordenó la realización de una audiencia pública a petición del Procurador Delegado para asuntos Ambientales en el marco del trámite administrativo de solicitud de licencia ambiental.

En relación con los hechos señalados por la parte actora, manifiesta que la entidad se encuentra en trámite de evaluación ambiental a fin de establecer o no la viabilidad de la licencia; que el Decreto 1076 de 2015 contempla que la sociedad COMPAS S.A deberá obtener la respectiva autorización y/o licencia ambiental, de manera previa al ejercicio de los derechos derivados



de la modificación del contrato de concesión portuaria. Respecto a la modificación del uso del suelo que presuntamente se estaría presentando por la solicitud de AMPLIACIÓN Y OPERACIÓN DEL TERMINAL MARÍTIMO COMPAS CARTAGENA, a esta autoridad no le consta, resaltando que esta información será objeto de evaluación en el trámite que actualmente se adelanta.

Aseguran además que la Compañía COMPAS S.A efectuó las actividades de socialización del respectivo estudio de impacto ambiental teniendo lo previsto en los términos de referencia aplicables y la normatividad ambiental vigente. En la solicitud no se encuentra contemplada la obstaculización del canal denominado "ZAPATERO".

Anotan que la autoridad competente, esto es la Dirección de consulta previa del Ministerio del Interior certificó, entre otros, aspectos que no se registra presencia de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras en el área del proyecto ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL PARA EL TERMINAL MARÍTIMO COMPAS-CARTAGENA, con lo cual se da cumplimiento a los requisitos que establece el artículo 2.2.2.3.6.2 del Decreto 1076 de 2015. De conformidad con lo estipula este Decreto y el Decreto 3573 de 2011 no es competencia de la ANLA expedir una nueva certificación sobre la presencia o no de comunidades étnicas en la zona.

3.2.7 CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA (Fls. 813-814)

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 21 de 1991, en caso de que las comunidades requieran realizar las consultas previas a fin de respetar sus derechos, corresponde coordinar la misma al Alcalde Distrital; por tanto esta Corporación no ha desconocido los derechos fundamentales invocados como vulnerados por no ser parte activa ni pasiva en este trámite constitucional.

3.2.8 DIRECCIÓN NACIONAL MARÍTIMA - CENTRO DE INVESTIGACIONES OCEANOGRÁFICAS E HIDROGRÁFICAS (Fls. 872-876)

Manifiesta la entidad que las pretensiones de los accionantes no conciernen a la competencia de esta, toda vez que las actuaciones administrativas son competencia de la ANLA, ANI y el Ministerio del Interior-Dirección de Consulta Previa.



3.2.9 DISTRITO DE CARTAGENA (Fls. 622-626)

Concluyó que la responsabilidad derivada de las actuaciones administrativas de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales-ANLA, recae sobre ella, y no en ese ente, motivo por el cual no tiene legitimación en la causa por pasiva dentro de la presente tutela.

3.2.10 MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO (Fls. 880-882)

Asevera la entidad que como organismo del sector central no tiene competencia para atender lo pretendido por los accionantes, pues no tiene injerencia alguna en el proyecto Ampliación y Operación del Terminal Marítimo COMPAS-Cartagena.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. (Fol. 897 - 923)

El A quo negó las pretensiones de la solicitud, en consideración a lo siguiente:

Manifestó que el trámite administrativo para el otorgamiento de la licencia ambiental requerida para la ejecución del proyecto "AMPLIACIÓN Y OPERACIÓN DEL TERMINAL MARÍTIMO COMPAS S.A.-CARTAGENA", autorizado por la Resolución N° 991 de 2017 expedida por la Agencia Nacional De Infraestructura-ANI, no ha culminado aun, por tal razón no puede predicarse la vulneración de un derecho que se mantiene incólume hasta la fecha, pese a la Certificación N°0097 de 24 de febrero de 2017 que determinó que dentro del área de influencia del proyecto no hay presencia de comunidades consultables.

Reiteró que la autoridad ambiental dejó abierta la posibilidad que se realizara la consulta previa, no obstante la certificación que emitió la entidad competente para tal fin; lo cual denota que durante el trámite referenciado, en aras de salvaguardar esta prerrogativa constitucional y de brindar mayor seguridad jurídica, se estableció la necesidad de que el ejecutor del proyecto informe al Ministerio del Interior y a la Autoridad Nacional de Licencias



Ambientales-ANLA la posible presencia de comunidades que gocen de esta especial protección legal.

En cuanto al derecho al debido proceso dentro del trámite administrativo de ampliación de la concesión portuaria conforme a lo contemplado en el artículo 2.2.3.3.3.5 del Decreto 1079 de 2015, indicó que, no obstante haberse celebrado la audiencia antes de los dos meses siguientes a la última publicación (última publicación 25/05/2016 y audiencia celebrada 09/06/2016), los accionantes y en general cualquiera que tuviera interés podrían ejercer derecho de contradicción y defensa hasta el 26 de julio de 2016. A la fecha de la audiencia contaban con toda la información necesaria para objetar si era del caso, por lo que no comparte el A quo el argumento de la parte accionante al asegurar que el derecho al debido proceso ha sido vulnerado en el trámite surtido para obtener la autorización en la modificación de las condiciones del contrato de concesión referenciado.

Además, la parte activa ha revelado indistintamente que ha conocido el proceso, por tanto ha podido ser partícipe de este; así las cosas, las presuntas irregularidades que se pudieron haber presentado, se subsanaron, no habiendo de esta manera lugar a que prospere ésta pretensión.

En relación con el Auto N° 04503 de 6 de octubre de 2017, por el cual se aclara el Auto N° 03034 de 25 de julio de 2017, señaló que es un acto preparatorio expedido en el trámite administrativo de obtención de licencia ambiental, por tanto no puede dejarse sin efectos a través de la acción de tutela, al no demostrarse la vulneración de derechos fundamentales o la causación de un perjuicio irremediable que lo amerite.

Finalmente, expuso que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para la protección de derechos colectivos como el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, invocado al considerar que la Resolución N°991 de 21 de julio de 2017 no tuvo en cuenta el Decreto N°977 de 2001.

5. IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA. (Fol. 923 Vto.)

La parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia.



IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 32 y 37 del Decreto 2591 de 1991, es competente este Tribunal para conocer en segunda instancia de la acción de tutela en estudio.

2. Problema jurídico.

Los siguientes problemas jurídicos, se contraen a determinar si:

- ¿Es procedente por subsidiariedad la presente acción de tutela, respecto del amparo al derecho fundamental a la consulta previa?
- ¿Se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y consulta previa al no verificarse en campo la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto de ampliación y operación del Terminal Marítimo COMPAS S.A.?
- ¿Existió violación del derecho fundamental del debido proceso, ante desconocimiento del término de 2 meses previsto en el artículo 2.2.3.3.3.5 del Decreto 1079 de 2015?
- ¿Existió vulneración del debido proceso administrativo de los accionantes, por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, al expedir la Resolución No. 991 del 21 de julio de 2017, que decidió la ampliación de la concesión a la sociedad COMPAS S.A., sin tener en cuenta el Decreto No. 977 de 2001, en sus artículos 1, 49, 50 y 99?

De ser negativas las respuestas a los problemas planteados, se confirmará el fallo de primera instancia, de lo contrario se revocará, y en su lugar se apartarán los derechos deprecados.

3. Tesis de la Sala.

Para la Sala de Decisión, la tutela de la referencia supera el requisito de subsidiariedad, toda vez que los medios de control ordinarios carecen de



eficacia inmediata e idoneidad para amparar las garantías que surgen del derecho a la consulta previa, por lo cual procederá la Sala a resolver de fondo la controversia. En este orden, se **REVOCARÁ** el fallo impugnado, en cuanto negó los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y consulta previa de las comunidades negras accionantes, estas son, el Consejo Comunitario de Tierra Bomba, el Consejo Comunitario de Punta Arena, el Consejo Comunitario de Bocachica – Isla Tierra Bomba y el Consejo Comunitario de Caño del Oro y en su lugar accederá a su amparo, ante la amenaza por parte de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, por no verificar en campo la presencia de las mismas en el área de influencia del proyecto de ampliación y operación del Terminal Marítimo COMPAS S.A.

Aunado a lo anterior, para la Sala no es procedente el estudio de la presunta violación del derecho fundamental del debido proceso, ante el desconocimiento del término de 2 meses previsto en el artículo 2.2.3.3.3.5 del Decreto 1079 de 2015, por no atenderse el principio de inmediatez, motivo por el que se rechazará por improcedente la solicitud de amparo respecto de este cargo; y finalmente no se demostró la violación del Decreto No. 0977 de 2001 (POT) con la expedición de la Resolución No. 991 de 21 de julio de 2017, por lo que se negará el amparo deprecado frente a esta pretensión.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que a continuación se exponen.

4. Marco normativo y jurisprudencial

4.1. La acción de Tutela. Su naturaleza jurídica.

Con la expedición de la Constitución de 1991 se instituyó en nuestro ordenamiento la Acción de Tutela, como herramienta idónea para la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales.

Requisitos de procedencia

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, y los artículos concordantes del decreto 2591 de 1991 por el cual se regula el trámite de la acción de tutela, ésta requiere para su procedencia el cumplimiento de los siguientes presupuestos:



La Subsidiariedad o Residualidad:

Se refiere a que la Acción de tutela procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, es decir, que los asociados deben agotar las herramientas judiciales que el legislador haya establecido, para poder acudir ante el Juez Constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, no se aplicará la subsidiariedad cuando el actor con la Acción de Tutela, pretenda evitar un perjuicio irremediable con ocasión a la vulneración del derecho esbozado, o cuando los mecanismos ordinarios se tornen ineficaces, teniendo en cuenta las condiciones de debilidad manifiesta en que se pueda encontrar la persona a causa de factores físicos, económicos o sociales.

Al respecto el inciso 3º del artículo 86 superior dice:

"Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

La inmediatez:

La Acción de Tutela debe ser interpuesta en un tiempo razonable, teniendo en cuenta la ocurrencia del hecho o la omisión generadora de la amenaza o violación del derecho invocado.

La razón de ser de la inmediatez es la prevalencia misma del derecho fundamental conculcado, en el entendido de que no tendría objeto amparar un derecho en el que la violación se haya consumado sin que se pueda restablecer éste a su estado natural.

La especialidad:

La razón de ser o el objeto de la Acción de Tutela es la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales especiales, es decir, procede únicamente para proteger esta clase de derechos y no para otros, de ahí la especialidad de la Acción.



Sin embargo es posible que la Acción de Tutela proceda para proteger derechos de otra categoría (v.gr. los Derechos Colectivos) cuando estos tengan conexidad directa con los Derechos Constitucionales Fundamentales.

La legitimación para interponer la Acción de Tutela.

El sujeto legitimado en la causa para proponer la Acción de Tutela es el titular del Derecho vulnerado o amenazado, tal como lo dispone el inciso 1° del artículo 86 cuando ordena que *toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces... por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...).*

La interposición de la Acción de Tutela no requiere de la intervención de Abogado, sin embargo cuando el Actor a bien lo tenga podrá hacer uso de los profesionales del derecho.

Aquellas personas que no puedan comparecer por sí mismas, por discapacidad o por falta de capacidad procesal, podrán hacerlo por conducto de representante.

4.2 Derecho Fundamental a la Consulta Previa – Reiteración Jurisprudencial

La Consulta Previa está definida como un dialogo intercultural que persigue garantizar la participación real y efectiva de los grupos étnicos en la toma de decisiones de proyectos, obras o actividades que los afecten, con el fin de proteger su integridad étnica y cultural.

La Constitución de 1991, consagró el derecho fundamental con el que cuentan las comunidades étnicas a **ser consultadas sobre todas aquellas medidas que las afecten directamente**. Este mecanismo ha sido reconocido como el derecho a la consulta previa, sobre el particular ha establecido la Corte Constitucional lo siguiente:

*"El concepto de consulta previa fue incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a través de distintos pronunciamientos constitucionales que la Corte hizo de la interpretación de los artículos 40 y 330 de la Constitución y el ya mencionado Convenio 169 de la OIT. De acuerdo con esas normas, **la obligación de consultar a los pueblos étnicos es a su vez un derecho de dichas comunidades cuando quiera que se vayan a realizar proyectos, obras, actividades, o en general, se tomen o vayan a tomar***



decisiones que incidan directamente sobre ellos. La garantía consiste en la necesidad de realizar un trámite de consulta complejo y previo a la adopción de cualquier medida que afecte directamente los derechos de los pueblos étnicos. Sin surtirlo, se estará, por un lado, violando un derecho fundamental y, por otro, viciando los actos (de cualquier naturaleza) que se dieron con ocasión de esos procesos.

En otros términos, de conformidad con el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, instrumento que hace parte del bloque de constitucionalidad, la consulta previa consiste en el deber de, valga la redundancia, "consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente".

*Mediante sentencia SU-039 de 1997, la Corte estableció que "el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social". Ello significa que la consulta previa no solo es un fin en sí mismo, sino también es un instrumento de protección y salvaguarda de otros derechos. Esta garantía materializa otras prerrogativas, pero, en particular, la prevalencia y salvaguarda de la integridad étnica."*¹ (Negrillas de la Sala)

4.3 Ámbito de aplicación de la Consulta Previa

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la consulta previa no es un trámite rígido sino que depende y varía según las circunstancias de cada caso y las condiciones particulares de los pueblos; no obstante, ha señalado una serie de criterios tendientes a verificar la procedencia o ámbito de aplicación de la consulta, siendo un concepto relevante en ese análisis la "afectación directa", así las cosas estableció dicha Corporación lo siguiente:

"Así, es obligación de realizarla sobre (i) aquellas medidas que involucren la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales²; (ii) las medidas que impliquen trasladar o reubicar a esas

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-704 de 2016

² Convenio 169, Artículo 15: 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la **utilización, administración y conservación de dichos recursos**. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, **antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras**. Los pueblos interesados deberán participar siempre



colectividades de las tierras que ocupan³; (iii) las decisiones relativas a su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir, de otra forma, sus derechos sobre estas fuera de su comunidad⁴; (iv) las medidas relacionadas organización y al funcionamiento de programas especiales de formación profesional⁵; (v) la determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno⁶ y (vi) las

que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

³ Convenio 169, 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 deberán 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 la causa 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 como consecuencia de su desplazamiento.

⁴ Convenio 169, Artículo 17. 1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos. 2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad. 3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

⁵ Convenio 169, Artículo 22. 1. Deberán tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general. 2. Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación. 3. Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden.

⁶ Convenio 169, Artículo 27. 1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales. 2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar. 3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales



medidas relacionadas con la enseñanza y la conservación de su lengua⁷. En algunos casos se requerirá, además, el consentimiento previo, libre e informado. Sobre el punto se volverá más adelante.

La Corte, en reiterada jurisprudencia, ha manifestado que dichos elementos no constituyen un listado taxativo sobre cuándo procede la consulta. (...) Así las cosas, esta Corporación, en sentencia T-576 de 2014, ratificada por la sentencia T-197 de 2016, trazó algunas directrices que deben tenerse en cuenta a la hora de evaluar la procedencia o no de la consulta: (i) verificar si la medida hace parte de los eventos concretos de afectación directa del Convenio; (ii) analizar si la actuación comporta algún tipo de riesgo de afectación directa o; (iii) afecta sus intereses, independientemente de que estos cuenten o no con un reconocimiento formal del Estado.

Ahora bien, es un error considerar que el concepto de afectación directa se restringe a algunos derechos de las comunidades. Por ejemplo, se suele pensar que porque la afectación al territorio es fácilmente palpable, solamente procederá la consulta cuando quiera que se amenace o lesione ese derecho. La Corte ha sido enfática en señalar que "afectación directa" es un concepto amplio y complejo que involucra visiones metodológicas que varían dependiendo de cada caso, y que, no se reduce al derecho al territorio. Incluso, ni siquiera ha asimilado el territorio al espacio físico donde se desenvuelve la tensión. La afectación es directa respecto de cualquier tipo de medida y frente a cualquier derecho. Precisamente, esa es la razón por la que no existe un catálogo de hipótesis de afectación.

Acorde con lo anterior, por ejemplo, la Corte ha indicado que la afectación directa se debe entender como toda medida que **"altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios"**⁸. En otros términos, **la afectación directa se da sin importar que sea favorable o desfavorable, ya que es precisamente dicho aspecto el que deberá resolverse al consultar a los pueblos indígenas afectados.**⁹ (Negritas de la Sala)

4.4 Titulares de la Consulta Previa

La consulta previa radica en favor de las comunidades étnicas; esto es, pueblos indígenas y/o afro descendientes; sin embargo, el Convenio 169 de la OIT introdujo una serie de criterios que deben ser tenidos en cuenta para determinar cuándo una comunidad reviste tales características y por tanto, se convierte en titular de ese derecho, no obstante, ningún tratado de derechos

instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.

⁷ Convenio 169. Artículo 28. 1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo. 2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país. 3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

⁸ Sentencia C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁹ Ibídem



humanos define con exactitud qué es un pueblo indígena o tribal, razón por la cual la jurisprudencia ha buscado sistematizar algunos criterios de identificación.

El artículo 6º del Convenio 169 de la OIT consagra la obligación de consultar a los pueblos interesados sobre las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarlos directamente; a su vez, el Convenio establece que para constatar su ámbito de aplicación, la comunidad tradicional debe reunir ciertas características materialmente verificables que revelen una *"conciencia colectiva acerca de su identidad étnica"*. Esos elementos han sido caracterizados como (i) objetivos y; (ii) subjetivos. Los elementos objetivos son aquellos asociados a la condición de indígena. El Convenio mencionó (i.i) la continuidad histórica, (i.ii) la conexión territorial y (i.iii) el hecho de conservar sus instituciones sociales, culturales, económicas y políticas, total o parcialmente¹⁰. Por su parte, los subjetivos exigen que exista un autoreconocimiento o identificación como comunidad étnica tradicional.

Igualmente, la Corte Constitucional ha destacado la complejidad en la verificación de estos criterios, insistiendo en que estos son apenas parámetros enunciativos que si bien tienen trascendencia en la definición del ámbito de aplicación del tratado, no son excluyentes de otras dinámicas y particularidades de los pueblos y de cada caso en concreto. Precisamente, ha señalado que *"este tipo de dilemas debe abordarse desde una perspectiva que reconozca el dinamismo propio de los procesos de construcción identitaria y que valore la forma en que distintos fenómenos institucionales, sociales, políticos y culturales pueden moldear la manera en que dichas colectividades se reconocen a sí mismas"*¹¹.

¹⁰ La Guía de Aplicación del Convenio 169 de la OIT resalta, precisamente, el hecho de que los criterios contemplados en el artículo 1 (1) b del Convenio hayan sido aplicados para identificar a los pueblos indígenas en distintos procesos políticos y legales internacionales y nacionales, incluso, más allá del grupo de Estados que lo ratificaron. Indica el documento que los elementos subjetivo y objetivo contemplados por el Convenio han sido utilizados para identificar a los pueblos indígenas y han servido de base para la elaboración de las definiciones operativas del término pueblos indígenas por parte de varios organismos especializados de la ONU, entre ellos el Banco Mundial y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT. Programa para promover el Convenio núm. 169, Ginebra, 2009).

¹¹ Sentencia T-576 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



En ese mismo sentido, indicó que *"lo expuesto hasta acá confirma que la caracterización de cierto grupo como titular del derecho a la consulta previa depende, necesariamente, de que reivindique cierta especificidad, que puede estar vinculada a una historia compartida, a su relación con la tierra o a la presencia de ciertos rasgos comunes, como su fisiología, su lengua, tradiciones, prácticas de producción, organización social, instituciones políticas, etc., lo cual, en todo caso, no implica que la existencia de la comunidad indígena o tribal pueda descartarse, solamente, sobre la base de la ausencia de alguno de esos factores"*¹².

4.5 Características de la Consulta Previa

La Corte ha sostenido que la consulta no es un trámite limitado a la simple información o realización de reuniones aisladas, *"no puede agotarse a través de una simple reunión informativa"*¹³ sin que la opinión de las comunidades tenga trascendencia alguna sobre la medida cuestionada. La participación de las comunidades étnicas se protege siempre que *"la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución"*¹⁴.

En Sentencia T-576 de 2014, la Corte recogió algunas de esas características, y conforme al artículo 6° del Convenio, las consultas deben (i) llevarse a cabo a través de procedimientos apropiados, (ii) mediante las instituciones representativas de las comunidades, (iii) de buena fe y, (iv) con el firme propósito de lograr un acuerdo y consentimiento de las medidas discutidas.

4.6 El Ambiente Sano y la Consulta Previa

Como se indicó en precedencia, existe un deber del Estado, y un derecho de las comunidades, de consultar a los pueblos indígenas y afrodescendientes cuando quiera que alguna medida sea susceptible de *afectarles directamente*. La afectación directa ocurre siempre que se interviene un

¹² Ibíd.

¹³ Sentencia T-698 de 2011 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁴ Sentencia SU-039 de 1997 M.P Antonio Barrera Carbonell.



derecho de estas comunidades, y no exclusivamente sobre sus tierras y territorios, por tanto este último no es únicamente el espacio físico en el que los pueblos se ubican geográficamente.

Una de las hipótesis de afectación directa a las comunidades es la afectación al ambiente sano; se ha observado cómo megaproyectos, proyectos, o industrias, pueden erosionar la tierra al punto de causar daños al ambiente y con ello, erosionar culturas, tradiciones, organizaciones económicas y sociales de poblaciones enteras. En esos eventos, las comunidades pueden ser étnicas, caso en el cual, la justicia ambiental adquiere una dimensión diferente, pues su aplicación no puede ser la misma a la que se realiza con el común de la sociedad.

Así, cuando existan efectos nocivos sobre el derecho al ambiente que lleven consigo la lesión o susceptible/potencial afectación de derechos de grupos étnicos, es la consulta previa el mecanismo adecuado para garantizar el derecho a la participación de estos grupos; por ende, cuando se trata de afectaciones ambientales a las comunidades diferenciadas, la jurisprudencia constitucional ha identificado reglas precisas para la protección de sus derechos. En efecto, cuando se explota la tierra, por definición, dicha actividad puede producir efectos nocivos sobre el ambiente; pero esos efectos pueden no solamente afectar al ambiente como derecho autónomo y sobre el cual todos y todas somos titulares, sino, lesionar particularmente a algunas comunidades, generando cargas desproporcionadas en su modo de vida.

Esas poblaciones, como se vio, algunas veces son las más vulnerables y otras, no solamente tienen esa condición, sino que además son comunidades ancestrales. En ese caso, la justicia ambiental adquiere una dimensión diferente pues su aplicación no puede ser la misma a la que se realiza con el común de la sociedad. En estos eventos, cuando se causan daños al ambiente que afectan a los pueblos indígenas o afrodescendientes, el mecanismo para participar no es otro diferente al de la consulta previa o, según el caso, consentimiento libre, previo e informado¹⁵.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-704 de 2016



4.7 Certificado sobre presencia o no de comunidades étnicas expedido por el la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior

De conformidad con el Decreto 1320 de 1998, el Ministerio del Interior tiene el deber de certificar la presencia o no de comunidades étnicas en el área de influencia directa del sector en el que se va a desarrollar el proyecto. Cuando un particular solicita dicha constancia, lo que en fondo pretende es verificar que en la zona en la que va a realizar sus labores debe, o no, implementar procesos de consulta previa con los pueblos que la habiten. Lo anterior, pues dicho documento constituye uno de los requisitos exigidos por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales para emitir sus respectivas autorizaciones.

La Corte Constitucional comenzó a estudiar una serie de casos que tenían en común el hecho de que la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior indicaba que en la zona de influencia directa no existían comunidades étnicas, a pesar que las mismas sí estaban ubicadas en el respectivo territorio. Esa situación, entonces, no solo generaba lesión a los derechos fundamentales de las comunidades, sino también inestabilidad jurídica y económica para las empresas pues luego de haber iniciado la exploración y/o explotación de recursos, se encontraban con que en efecto en la zona sí habitaban comunidades. La Corte, en reiteradas ocasiones, estableció que no es posible descartar la existencia de comunidades étnicas y por tanto la realización de la consulta, por el hecho de que así lo haya manifestado el Ministerio del Interior a través del citado certificado.

De lo anterior, observa la Sala que, lo que determina la procedencia de la consulta no es el concepto del Ministerio sobre la identificación de los pueblos étnicos, sino la posible lesión sobre los derechos de las comunidades; es así como la jurisprudencia constitucional ha sido clara, pacífica y uniforme en señalar que el derecho fundamental a la consulta previa obliga a los Estados y empresas, entre otros, a consultar a los pueblos por todas aquellas medidas que sean *susceptibles de afectarles directamente*.

Por otra parte, indicó dicha Corporación¹⁶, que no es viable excluir otras hipótesis (medio ambiente, salud, integridad, salubridad, dinámicas económicas, etc.) en las que el territorio físico o geográfico donde se

¹⁶ Ibídem



encuentran las comunidades, no necesariamente es el indicado para establecer la procedencia de la consulta. Por ese motivo, si bien el certificado que emite el Ministerio del Interior puede constituirse como una fuente importante que *ayuda* a determinar cuándo las instancias encargadas de efectuar los acercamientos con las comunidades deben realizar la consulta, dicho documento no debe ser considerado de ninguna manera como un certificado vinculante o determinante para la satisfacción de este derecho pues en él solo se puede verificar, eventualmente, un *traslape* con el territorio de las comunidades; estando vinculados los jueces al Convenio 169 de la OIT y a la jurisprudencia constitucional, no al certificado que emite el Ministerio.

En síntesis, (i) la consulta previa es obligatoria cuando se pretendan implementar medidas que sean susceptibles de afectar directamente a las comunidades. Esta afectación (ii) se puede dar por muchas razones, de manera que la lesión al territorio entendido como espacio físico en el que se asientan las comunidades, es tan solo una de las hipótesis definidas por la Corte. Entre otras razones, (iii) porque el concepto del territorio no es geográfico sino cultural. Por tanto y a partir de lo anterior, (iv) el certificado que emite la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior es un documento que *ayuda*, pero no define cuándo debe hacerse la consulta pues el análisis se debe hacer conforme al Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de esta Corte.

5. Caso Concreto

5.1. Hechos Probados.

- La Compañía de Puertos Asociados - COMPAS S.A., a través de comunicaciones radicadas bajo los N°. 2016-409-030733-2 de 18 de abril de 2016 y N°. 2016-409-035305-2 de 2 de mayo de 2016, solicitó ante la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI, la modificación de las condiciones del Contrato de Concesión Portuaria N° 001 de 8 de julio de 1992 (Folio 116), en lo siguiente:

- Ampliación de la Zona de Uso Público Terrestre y Acuática
- Ampliación del área adyacente



- Nuevas inversiones en la zona de uso público marítima para realizar obras de reforzamiento de terminal portuario y ampliación en 110 metros el muelle existente
- Ampliación de los patios de acopio
- Ampliación y profundización del canal de acceso y zonas de atraque
- Ampliación del plazo de la concesión por 4 años adicionales para recuperar la inversión planteada

- La Sociedad COMPAS S.A. los días 16 de marzo y 25 de mayo de 2016, publicó en el periódico La República avisos indicando el objeto y alcance de la modificación contractual solicitada, el valor de las nuevas inversiones a realizar las obras que se ejecutarán en el plan de inversiones. Dentro de los dos meses siguientes a la última publicación del aviso, no se presentaron oposiciones a la solicitud de modificación propuesta por COMPAS S.A; término dentro del cual la entidad convocó a audiencia pública mediante Resolución N° 754 de 2016, para el día 9 de junio de 2016, con el objeto de que la sociedad concesionaria presentara la modificación contractual solicitada, y las autoridades señaladas en el Artículo 10 de la Ley 1ª de 1991 emitieran concepto de conveniencia y legalidad respecto de la solicitud (Fls. 116 Vto.).

- En la audiencia pública programada, las siguientes autoridades allegaron a la ANI conceptos de conveniencia y legalidad respecto a la solicitud de la modificación contractual: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –DIAN, MINISTERIO DE TRANSPORTE, CARDIQUE, SECRETARIA DE PLANEACIÓN DISTRITAL y DIRECCIÓN NACIONAL MARÍTIMA (Fls. 117 – 123).

- Mediante la Resolución N° 991 de 21 de julio de 2017, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, autorizó la modificación de las condiciones en las cuales se aprobó y otorgó el Contrato de Concesión Portuaria N° 001 del 8 de julio de 1992 a COMPAS S.A, disponiendo la suscripción de OTROSÍ al contrato de concesión, para formalizar las modificaciones aprobadas (Fls. 115-161), el cual se suscribió el 12 de octubre de 2017 (Fls. 668- 688)

- Mediante Certificación N° 0094 de 24 de febrero de 2017, el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, en respuesta al oficio N° EXTMI17-1202 radicado en dicha entidad por el representante legal para asuntos judiciales y administrativos de la compañía COMPAS S.A, certificó que no se registra presencia de comunidades indígenas, minorías, Rom, negras,



afrocolombianas, raizales y palenqueras, en el área del proyecto "ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL PARA EL TERMINAL MARÍTIMO COMPAS – CARTAGENA". (Fls. 100-103 y 530-533).

- La Directora General de la ANLA mediante Auto N° 04503 de 6 de octubre de 2017, aclaró la parte considerativa y resolutive del Auto N° 03034 del 25 de julio de 2017 por el cual se dio inicio al trámite administrativo de modificación de la licencia ambiental otorgada mediante la Resolución N° 470 del 6 de mayo de 1996, modificada mediante la Resolución 364 del 6 de abril de 2017¹⁷, para el proyecto denominado "TERMINAL MARÍTIMO COMPAS- CARTAGENA", en el sentido de establecer que el trámite administrativo a iniciar es el de evaluación de una solicitud de licencia ambiental; Indicando que si en desarrollo del trámite solicitado, se constata la existencia de territorios colectivos o comunidades negras y/o resguardos indígenas, en el área objeto de la modificación del proyecto, la sociedad COMPAS S.A deberá dar aviso por escrito al Ministerio del Interior- Dirección de Consulta Previa, con copia a la ANLA, para que se dé cumplimiento a la realización del proceso de Consulta Previa (Fls. 105-114 y 648-658).

- La Resolución 364 del 6 de abril de 2017, POR LA CUAL SE MODIFICA UN PLAN DE MANEJO AMBIENTAL ESTABLECIDO MEDIANTE LA RESOLUCIÓN N° 0470 DEL 6 DE MAYO DE 1996 Y SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES, Folios 313-362, en el acápite 5.2 CONSIDERACIONES SOBRE EL MEDIO SOCIOECONÓMICO, se indicó:

"Y, para la definición de las áreas de influencia, "se tuvo en cuenta los impactos que genera la operación del proyecto en las comunidades puntuales, los cuales pueden verse afectados por el ruido, vías de acceso y polvo". En esta definición no se incluyen el tránsito de pescadores.

En la información adicional solicitada por esta Autoridad, sobre el área de influencia socioeconómica se solicitó "ajustar y complementar la delimitación del Área de Influencia del medio socioeconómico, relacionado con las unidades territoriales menores identificadas, en el sentido de incluir la zona marina concesionada y área de botadero marino en las cuales se identifiquen áreas de tránsito de pequeñas embarcaciones y de navegación de pescadores artesanales".

La anterior solicitud se hizo porque, en el estudio de modificación se presentó información sobre los pescadores del sector de Zapatero, que transitan sobre el canal del mismo nombre; sin embargo no se menciona sobre el tránsito de pequeñas

¹⁷ POR LA CUAL SE MODIFICA UN PLAN DE MANEJO AMBIENTAL ESTABLECIDO MEDIANTE LA RESOLUCIÓN N° 0470 DEL 6 DE MAYO DE 1996 Y SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES, Folios 313-362.



embarcaciones y paso de pescadores que circulan por el área marítima concesionada al puerto. Aspecto observado en la visita de evaluación y señalado por líderes de ASOPEZ, Asociación de Pescadores de Zapatero, en la entrevista realizada por el equipo evaluador de la ANLA.

La información solicitada por la ANLA se cumplió parcialmente toda vez que el estudio ajustado por COMPAS según requerimientos, no se menciona sobre el tránsito de pequeñas embarcaciones y de navegación de pescadores artesanales como tampoco se mencionan las unidades territoriales ubicadas en el área de influencia del medio socioeconómico."

No obstante lo anterior, dicha Autoridad determinó como área de influencia portuario para el medio socioeconómico la Unidad Territorial Mayor Cartagena Distrito Turístico y Cultural, y la Unidad Territorial Menor comprendida por los barrios Zapatero, Manzanillo, Bosque Central y Población de pescadores.

En el acápite 7.1.7 Usos del Agua, señaló que en el área de influencia del proyecto el principal uso del agua corresponde al de la pesca, agremiados en una organización denominada ASOPEZ, la cual agrupa aproximadamente 70 pescadores artesanales de Manzanillo y Zapatero y ejercen labores de pesca en 20 embarcaciones propias en diferentes zonas, una de ellas correspondiente al caño el Zapatero que linda con el muelle de COMPAS S.A, el cual es un canal dentro del mar.

Informó igualmente, que en el área de influencia del puerto no se registra presencia de comunidades étnicas constituidas legalmente, y que la comunidad de Zapatero se encuentra tramitando ante el Ministerio del Interior, la Constitución como Consejo Comunitario de Comunidad Negra.

- La Secretaria de Planeación Distrital de Cartagena, en Oficio No. AMC-OFI-0088370-2016, fechado 6 de septiembre de 2016, manifestó que dando cumplimiento al Decreto No. 0977 de 2001, Plan de Ordenamiento Territorial-POT, la ampliación del puerto COMPAS no ofrece ningún inconveniente a la respectiva municipalidad en cuanto a las normas sobre el uso del suelo, teniendo en cuenta que la clasificación del suelo donde se ubica la ampliación del puerto se clasificó en el POT como actividad mixta, compatible con la actividad portuaria 2, que comprende muelles, terminales y establecimientos, cuya función, equipos y servicios, atienden embarcaciones de todos los tamaños dedicados al transporte de carga, excepto hidrocarburos y combustibles; incluyendo en esta actividad, los puertos pesqueros, los astilleros y buque escuela.(Fls. 448-452; 662-666).



- En memorando interno fechado 13 de septiembre de 2017, el Subdirector de Gestión Ambiental de CARDIQUE, indicó que el manglar existente en la zona de interés es un manglar asilado, establecido en una matriz portuaria, donde el espacio ocupado por el mismo hace parte del área requerida para la ampliación y desarrollo portuario, que en la actualidad no cumple su función de soporte o defensa hidráulica sino como soporte verde o paisajismo; razón por la cual concluye, el proyecto es compatible en cuanto al uso de las áreas de manglar zonificadas mediante la Resolución 176 de 2008 de CARDIQUE y las actividades de aprovechamiento forestal que pretende realizar la empresa, de acuerdo a la categoría de zonificación de esta zona de manglar, serían viable siempre y cuando se empleen las medidas compensatorias necesarias para garantizar la renovación de las coberturas de manglar que se puedan ver afectadas con el desarrollo del proyecto. (Fls. 854-871).

- Se encuentran acreditadas en el expediente como comunidades negras las siguientes: Consejo Comunitario de Tierra Bomba (Fls. 66 – 68), Consejo Comunitario de Punta Arena (Fls. 69 – 71), Consejo Comunitario de Bocachica – Isla Tierra Bomba (Fls. 72 – 74) y el Consejo Comunitario de Caño del Oro (Fls. 75 – 77).

5.2 Análisis de los hechos probados de cara al marco jurídico.

En el sub judice, se tiene que los accionantes pretenden la suspensión del trámite administrativo de evaluación de la licencia ambiental, adelantado por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales-ANLA, para el proyecto "Ampliación y Operación del Terminal Marítimo COMPAS-Cartagena", localizado en la bahía de Cartagena, hasta tanto se garantice el proceso de consulta previa de las comunidades titulares de dicho derecho fundamental; a su vez, se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, vulneró el derecho al debido proceso de la parte accionante, al expedir la Resolución No. 991 del 21 de julio de 2017, que autorizó la modificación de las condiciones del contrato de concesión portuaria No. 001 de 1992; e igualmente, se declare que las entidades accionadas han vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, consulta previa, identidad cultural, existencia, integridad social y cultural, autonomía, libertad de profesión u oficio, mínimo vital, y seguridad alimentaria de las asociaciones demandantes.



El A quo negó el amparo deprecado, por cuanto el trámite administrativo para el otorgamiento de la licencia ambiental requerida para la ejecución del proyecto "AMPLIACIÓN Y OPERACIÓN DEL TERMINAL MARÍTIMO COMPAS S.A.- CARTAGENA", autorizado por la Resolución N° 991 de 2017 expedida por la Agencia Nacional De Infraestructura-ANI, no ha culminado, por tal razón no puede predicarse la vulneración de un derecho que se mantiene incólume hasta la fecha; reiteró que la autoridad ambiental dejó abierta la posibilidad que se realizara la consulta previa en caso de advertirse la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia.

En cuanto al derecho al debido proceso dentro del trámite administrativo de ampliación de la concesión portuaria conforme a lo contemplado en el artículo 2.2.3.3.3.5 del Decreto 1079 de 2015, indicó el Juez de Primera Instancia que, no obstante haberse celebrado la audiencia antes de los dos meses siguientes a la última publicación (última publicación 25/05/2016 y audiencia celebrada 09/06/2016), los accionantes y en general cualquiera que tuviera interés podrían ejercer derecho de contradicción y defensa hasta el 26 de julio de 2016, y a la fecha de la audiencia contaban con toda la información necesaria para objetar si era del caso. Finalmente, expuso el A quo que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para la protección de derechos colectivos como el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público.

Procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados.

5.2.1 Procedencia de la acción de tutela frente a la consulta previa

Debe determinar la Sala si la acción de tutela es procedente para garantizar el derecho de las comunidades étnicas a la consulta previa, en vista de la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, como son los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, en casos como el analizado los medios de defensa ante la jurisdicción contenciosa no son idóneos, debido a que solo pueden resolver aspectos relativos a la legalidad de la decisión administrativa, más no están en capacidad de resolver temas



relacionados con la omisión del procedimiento de consulta previa, propios del juez constitucional; en ese sentido, la Corte ha puesto de presente en casos similares al que ahora ocupa a la Sala que:

"ante controversias relativas al amparo del derecho a la consulta previa en las que se plantee la necesidad de que los accionantes agoten otros mecanismos ordinarios de defensa, el juez constitucional deba considerar i) el carácter de derecho fundamental que se le reconoce a la consulta previa, ii) que es él el funcionario responsable de asegurar el ejercicio eficaz de esa categoría de derechos y que iii) las condiciones especiales de vulnerabilidad que suelen enfrentar las comunidades indígenas y tribales justifica que sea esta vía excepcional el escenario idóneo para evitar la lesión de sus derechos."18

En conclusión, la Sala advierte que el asunto en cuestión justifica la procedencia de la acción de tutela en los términos de la jurisprudencia anteriormente señalada, se reitera porque los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico carecen de eficacia inmediata e idoneidad para amparar las garantías que surgen del derecho a la consulta previa; pues el artículo 46 del CPACA, contempla la ausencia de la consulta previa como causal de afectación de la legalidad de la decisión administrativa que se llegare a adoptar; lo cual no resulta eficaz para la oportuna protección del derecho fundamental.

Establecida la procedencia de la solicitud de amparo constitucional, procede la Sala a estudiar el fondo del asunto.

5.2.2 Violación al derecho fundamental a la Consulta Previa

Expone la parte accionante que son un **grupo de comunidades pesqueras afrodescendientes** conformadas por cerca de 18000 habitantes, que colindan al frente con la ciudad de Cartagena (Sociedad Portuaria COMPAS S.A.), al sur con el mar caribe Islas del Rosario, al este con la Zona Industrial de Mamonal y al oeste con el mar caribe; que viven de la pesca, el comercio y el trabajo en las grandes empresas ubicadas en el interior de la bahía de Cartagena; así mismo, que la ruta de transporte que utilizan para sus actividades cotidianas colinda con la empresa COMPAS S.A., razón por la cual, la autorización de la modificación del contrato de concesión dada por la ANI, **sin socializar con los pescadores y las comunidades negras**, restringiría las actividades pesqueras,

¹⁸ Sentencia T-576/14.



libre locomoción, y aumentaría los peligros de accidentalidad de dichas comunidades.

Indica que el proyecto de ampliación y operación del Terminal Marítimo COMPAS S.A. –Cartagena, le permitiría rellenar un área de cuerpo de agua en la bahía interior de Cartagena de 4,68 hectáreas, la remoción de 120 mts de manglar en el sector sur oriental de la Isla del Diablo, la ampliación de su patio de carga y línea de atraque, así como la modificación del uso del suelo, lo que generaría impactos ambientales, culturales y sociales en las comunidades demandantes.

Conforme lo anterior, observa la Sala de Decisión que en efecto, la Compañía de Puertos Asociados - COMPAS S.A., a través de comunicaciones radicadas bajo los N°. 2016-409-030733-2 de 18 de abril de 2016 y N°. 2016-409-035305-2 de 2 de mayo de 2016, solicitó ante la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI, la modificación de las condiciones del Contrato de Concesión Portuaria N° 001 de 8 de julio de 1992, en lo que respecta a la ampliación de la zona de uso público terrestre y acuática, ampliación del área adyacente, nuevas inversiones en la zona de uso público marítima para realizar obras de reforzamiento de terminal portuario y ampliación en 110 metros el muelle existente, ampliación de los patios de acopio, ampliación y profundización del canal de acceso y zonas de atraque, y ampliación del plazo de la concesión por 4 años adicionales para recuperar la inversión planteada¹⁹.

El procedimiento aplicado en el presente caso para la modificación del contrato de concesión portuaria de la referencia, está regulado en el Decreto 1079 de 26 de mayo de 2015 *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Transporte"*, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 2.2.3.3.5. Modificación de los contratos de concesión. El procedimiento para la modificación de los contratos de concesión será el siguiente:

1. Quien solicite la modificación del contrato de concesión deberá publicar en un diario de circulación nacional un aviso que indique el objeto y alcance de la modificación y el valor aproximado de las nuevas inversiones a realizar.

En el evento que la modificación incluya la solicitud sobre zonas de uso público adicionales se describirán estas de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1.1.1 y 2.3 del artículo 2.2.3.3.1.2 del presente Decreto.

¹⁹ Folio 116



2. Dentro de los dos (2) meses siguientes a la publicación, cualquier persona que tenga interés legítimo podrá oponerse a la solicitud de modificación.
3. Vencido el término para formular oposiciones, la entidad convocará a Audiencia Pública a quienes por Ley deban citarse para divulgar los términos y condiciones de la modificación.
4. La entidad competente aprobará o negará la solicitud de modificación previa decisión de su Consejo Directivo o su Órgano equivalente."

En cumplimiento de lo anterior, la Sociedad COMPAS S.A. publicó en el diario La República los días 16 de marzo y 25 de mayo de 2016, avisos indicando el objeto y alcance de la modificación contractual solicitada, así como el valor de las nuevas inversiones a realizar, respectivamente. Dentro de los dos meses siguientes a la última publicación del aviso, **no se presentaron oposiciones a la solicitud de modificación propuesta por COMPAS S.A;** procediendo la entidad a convocar a audiencia pública para el día 9 de junio de 2016, mediante la Resolución N° 754 de 2016, con el objeto de que la sociedad concesionaria presentara la modificación contractual solicitada, y las autoridades señaladas en el Artículo 10 de la Ley 1ª de 1991 emitieran concepto de conveniencia y legalidad respecto de la solicitud.²⁰

En la audiencia pública programada, las siguientes autoridades allegaron a la ANI conceptos de conveniencia y legalidad respecto a la solicitud de la modificación contractual: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –DIAN, MINISTERIO DE TRANSPORTE, CARDIQUE, SECRETARIA DE PLANEACIÓN DISTRITAL y DIRECCIÓN NACIONAL MARÍTIMA²¹; dentro de los cuales se resalta lo consignado por la Secretaria de Planeación Distrital de Cartagena, que dando cumplimiento al Decreto No. 0977 de 2001, Plan de Ordenamiento Territorial- POT, indicó que la ampliación del puerto COMPAS no ofrece ningún inconveniente a la respectiva municipalidad en cuanto a las normas sobre el uso del suelo, teniendo en cuenta que **la clasificación del suelo donde se ubica la ampliación del puerto se clasificó en el POT como actividad mixta, compatible con la Actividad Portuaria 2**, que comprende muelles, terminales y establecimientos, cuya función, equipos y servicios, atienden embarcaciones de todos los tamaños dedicados al transporte de carga, excepto

²⁰ Fl.116 Vto.

²¹ Folio 117 - 123



hidrocarburos y combustibles; incluyendo en esta actividad, los puertos pesqueros, los astilleros y buque escuela.²²

Posteriormente, el día 16 de enero de 2017 mediante oficio N° EXTM117-1202, el representante legal para asuntos judiciales y administrativos de la compañía COMPAS S.A, solicitó a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, emitiera certificación sobre la presencia de comunidades étnicas el área del proyecto; en respuesta a ello, dicha entidad expidió la Certificación N° 0094 de 24 de febrero de 2017, **fundada en la revisión de las bases de datos conforme a las coordenadas presentadas por el solicitante**, indicando que no se registra presencia de comunidades indígenas, minorías, Rom, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, en el área del proyecto "ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL PARA EL TERMINAL MARÍTIMO COMPAS – CARTAGENA"²³.

En virtud de lo expuesto, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI Mediante la Resolución N° 991 de 21 de julio de 2017, autorizó la modificación de las condiciones en las cuales se aprobó y otorgó el Contrato de Concesión Portuaria N° 001 del 8 de julio de 1992 a COMPAS S.A, disponiendo la suscripción de OTROSÍ al contrato de concesión, para formalizar las modificaciones aprobadas²⁴, el cual se suscribió el 12 de octubre de 2017²⁵; además, estableció como **condición previa para el ejercicio de los derechos derivados de la modificación del contrato de concesión portuaria y de la ejecución de las obras, la obtención de los permisos, licencias y/o autorizaciones que sean pertinentes por parte de la autoridad ambiental competente**²⁶.

En cumplimiento de lo citado, la Directora General de la AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES –ANLA, mediante Auto N° 03034 del 25 de julio de 2017, dio inicio al trámite administrativo de modificación de la licencia ambiental otorgada mediante la Resolución N° 470 del 6 de mayo de 1996, modificada mediante la Resolución 364 del 6 de abril de 2017²⁷, para el proyecto denominado "TERMINAL MARÍTIMO COMPAS- CARTAGENA"; acto

²² Fl. 117 Vto.

²³ Fls. 100-103 y 530-533.

²⁴ Fls. 115-161

²⁵ Fls. 668- 688

²⁶ Folio 157

²⁷ POR LA CUAL SE MODIFICA UN PLAN DE MANEJO AMBIENTAL ESTABLECIDO MEDIANTE LA RESOLUCIÓN N° 0470 DEL 6 DE MAYO DE 1996 Y SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES, Folios 313-362.



administrativo objeto de aclaración mediante Auto N° 04503 de 6 de octubre de 2017, en el sentido de establecer que el trámite administrativo a iniciar es el de evaluación de una solicitud de licencia ambiental; estableciendo a su vez, que **si en desarrollo del trámite solicitado, se constata la existencia de territorios colectivos o comunidades negras y/o resguardos indígenas, en el área objeto de la modificación del proyecto, la sociedad COMPAS S.A deberá dar aviso por escrito al Ministerio del Interior- Dirección de Consulta Previa, con copia a la ANLA, para que se dé cumplimiento a la realización del proceso de Consulta Previa.**²⁸

Previo a lo anterior, la ANLA mediante Resolución 364 del 6 de abril de 2017, modificó el Plan de Manejo Ambiental establecido en La Resolución N° 0470 del 6 de mayo de 1996, advirtiendo esta Magistratura que en los considerandos de dicho acto, se estableció lo siguiente:

- Existen dos áreas de influencia para el componente socioeconómico, una Unidad Territorial Mayor correspondiente al Distrito de Cartagena, y una Unidad Territorial Menor, correspondiente a los barrios Zapatero, Manzanillo y Bosque, así como la población de pescadores.
- Para la definición de las áreas de influencia, tuvo en cuenta los impactos que genera la operación del Terminal Marítimo Compas S.A. en las comunidades puntuales, los cuales pueden verse afectados por el ruido, vías de acceso y polvo, indicando que en dicha definición no se incluye el tránsito de pescadores; y que se solicitó ajustar y complementar la delimitación del área en lo relacionado con las unidades territoriales menores identificadas, en el sentido de **incluir la zona marina concesionada y área de botadero marino en las cuales se identifiquen áreas de transito de pequeñas embarcaciones y de navegación de pescadores artesanales**, sin embargo, en el estudio ajustado por COMPAS, no se menciona el tránsito de pequeñas embarcaciones y de navegación de pescadores artesanales como tampoco de mencionan las unidades territoriales ubicadas en el área de influencia del medio socioeconómico.
- En el área de influencia del proyecto, **el principal uso del agua corresponde al de la pesca**, agremiados en una organización denominada ASOPEZ, la cual

²⁸ Fls. 105-114



agrupa aproximadamente 70 pescadores artesanales de Manzanillo y Zapatero y ejercen labores de pesca en 20 embarcaciones propias en diferentes zonas, una de ellas correspondiente al caño el Zapatero que linda con el muelle de COMPAS S.A, el cual es un canal dentro del mar.

- En el área de influencia del puerto **no se registra presencia de comunidades étnicas constituidas legalmente**, y la comunidad de Zapatero se encuentra tramitando ante el Ministerio del Interior, la constitución como Consejo Comunitario de Comunidad Negra.

De lo reseñado en precedencia, de cara al marco legal y jurisprudencial, en cuanto a la afectación del derecho fundamental a la consulta previa, concluye la Sala que:

En primer lugar, precisa la Sala que **la consulta debe ser previa a la realización de la obra, proyecto o actividad**; de tal modo que, no resulta aceptable que los responsables de los proyectos, obras o actividades busquen el consentimiento durante la ejecución de los mismos, o con posterioridad a ellos. La razón de ser es que el objetivo de la consulta es precisamente evitar al máximo causar afectaciones no deseadas a las comunidades, lo que supone que dentro de la consulta se deben adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias, adecuadas y suficientes para prevenir y minimizar los impactos negativos que tienen los proyectos²⁹; de lo que se advierte que, no son de recibo las consideraciones del A quo en cuanto a negar el amparo a la consulta previa por no haber finalizado el trámite de la licencia ambiental, debido a que la misma, en caso de constatarse la presencia de grupos étnicos, debió efectuarse antes de dar inicio al trámite administrativo de modificación del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 8 de julio de 1992.

Por otro lado, no es posible desconocer la existencia de comunidades étnicas en la zona de influencia de un proyecto, con el único argumento de que su presencia no ha sido certificada por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior; así pues, en el evento en que se haya certificado la no presencia de comunidades étnicas en la zona de influencia de un proyecto, pero otros medios de prueba permiten constatar su existencia, **el responsable del proyecto deberá tenerlas en cuenta en los respectivos estudios y dar aviso**

²⁹ Sentencia T-969 de 2014



al Ministerio del Interior, para efectos de garantizar su derecho a la consulta previa³⁰.

En el sub judice, se evidencia que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, con fundamento en un criterio geográfico, espacial y cartográfico, dado por las bases de datos cartográficas consultadas (Fl. 101), certificó que no se registra presencia de comunidades indígenas, minorías, Rom, **negras**, afrocolombianas, raizales y palenqueras, en el área del proyecto "ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL PARA EL TERMINAL MARÍTIMO COMPAS – CARTAGENA". (Fls. 100-103 y 530-533).

No obstante lo anterior, se encuentra probado también, que **existen cuatro comunidades negras** presuntamente afectadas con el proyecto de ampliación de la Terminal Marítima COMPAS S.A., las cuales son el Consejo Comunitario de Tierra Bomba (Fls. 66 – 68), Consejo Comunitario de Punta Arena (Fls. 69 – 71), Consejo Comunitario de Bocachica – Isla Tierra Bomba (Fls. 72 – 74) y el Consejo Comunitario de Caño del Oro (Fls. 75 – 77); que manifiestan en el escrito de tutela que viven de la pesca, el comercio y el trabajo en las grandes empresas ubicadas en el interior de la bahía de Cartagena, y que la ruta de transporte que utilizan para sus actividades cotidianas colinda con la empresa COMPAS S.A.

De entrada, la Sala observa que el estricto criterio geográfico, espacial y cartográfico empleado por la Dirección de Consulta Previa, implica un desconocimiento de los aspectos considerados por la Corte Constitucional a efectos de establecer la procedencia de la consulta previa frente a una comunidad o minoría étnica, pues limitó la consulta al espacio físico que presuntamente habitan las comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto en estudio, desconociendo que existen otros aspectos como la cultura, las tradiciones, las costumbres, los medios de subsistencia, las dinámicas sociales y políticas, entre otros.

Lo anterior deja de lado que, en el sub examine si se demostró que en el área de influencia del proyecto, el principal uso del agua corresponde al de la pesca³¹, lo que coincide con algunas manifestaciones de los accionantes,

³⁰ Sentencias T-693 de 2012, T-993 de 2012 y T-172 de 2013

³¹ Folio 326 Vto.



reconociendo la presencia de la organización denominada ASOPEZ, pero dejando en duda la identificación de las áreas de tránsito de pequeñas embarcaciones y de navegación de pescadores artesanales en el estudio realizado por COMPAS S.A; dentro de los cuales, podrían estar las comunidades accionantes.

En este sentido, cuando existen dudas sobre la presencia de grupos étnicos en el área de influencia de un proyecto, como en el presente asunto, o sobre el ámbito territorial que debe ser tenido en cuenta para efectos de garantizar el derecho a la consulta previa, la entidad encargada de expedir la certificación, esto es la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, **debe efectuar un reconocimiento en el terreno** y dirimir la controversia, garantizando la participación efectiva de las comunidades cuyo reconocimiento o afectación territorial es objeto de controversia³².

Así las cosas para la Sala, lo anterior denota la necesidad de esclarecer si en la actualidad, las comunidades negras demandantes son afectados directos por la ampliación y operación del Terminal Marítimo COMPAS S.A., ya sea porque residen en el área de influencia de dicho proyecto, o porque desarrollan sus actividades de pesca y tránsito en la misma; considerando que, como se estableció en el marco jurisprudencial, la Corte Constitucional ha precisado que el territorio no se define exclusivamente en términos geográficos, sino que tiene un efecto expansivo, que comprende lugares de significación religiosa o cultural aunque estén por fuera de sus límites físicos.

En este punto, trae la Sala a colación el precedente existente en caso similar al que es objeto de estudio, concretamente el proyecto denominado "*Construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal*", del cual la Corte Constitucional en sede de revisión, en la Sentencia T-197 de 2016, amparó el derecho a la consulta previa de varios Consejos comunitarios, dentro de los cuales se encuentra el de la Comunidad de Pasacaballos, corregimiento de la comunera de gobierno rural de la Localidad Industrial de la Bahía, precisando que la postura respecto a la inexistencia de afectación directa debido a la ejecución de obras en sitios no titulados o habitados, desconoce que el territorio no se define exclusivamente en términos geográficos, la protección se extiende a las áreas de importancia cultural,

³² Sentencia T-294 de 2014



incluso si están ubicadas fuera de sus asentamientos o resguardos, por constituir ámbito tradicional de sus actividades; advirtiéndole esta Corporación que por la ubicación de la Comunidad de Pasacaballos podría ser eventualmente afectada directa por la ampliación del Terminal Marítimo COMPAS S.A.

En esta medida, se considera entonces que la fundamentación de la certificación expedida por la Dirección de Consulta Previa, no tuvo en cuenta otros elementos que también definen el espacio sociocultural de una comunidad, en este caso, negra, por lo mismo, aquella resulta **insuficiente** para establecer, en el caso particular, la necesidad o no del trámite consultivo.

En conclusión, la Sala encuentra, que el estudio llevado a cabo por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, a efectos de establecer la presencia de comunidades afectadas directamente por la ampliación del Terminal Marítimo COMPAS S.A., y de esta manera establecer la necesidad del proceso consultivo antes del inicio de dichas obras, resultó insuficiente, en la medida en que los criterios allí adoptados se basaron en un concepto reducido de territorio, y no en los demás elementos que pueden verse afectados y que hacen parte del espacio físico ocupado por ello.

Ello implica que, en efecto, es procedente el amparo de los derechos fundamentales de las comunidades negras accionantes a la consulta previa y el debido proceso administrativo, amenazados por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, por las razones expuestas en precedencia, por lo cual se ordenará a dicha entidad que dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de esta providencia, realice una **VISITA DE VERIFICACIÓN**, a través de la cual se establezca:

El número exacto de asentamientos del Consejo Comunitario de Tierra Bomba, Consejo Comunitario de Punta Arena, Consejo Comunitario de Bocachica – Isla Tierra Bomba y el Consejo Comunitario de Caño del Oro, ubicados en el área de influencia del proyecto de Ampliación del Terminal Marítimo de COMPAS S.A., determinando su localización, extensión, población, y demás aspectos geográficos que resulten relevantes; así como los usos, costumbres, tradiciones, medios de subsistencias, y demás elementos sociales, económicos, culturas y relevantes de dichas comunidades negras, teniendo en cuenta para el efecto un concepto amplio de territorio, en el cual se atiendan los criterios



de la Corte Constitucional, así como el contenido de la Directiva Presidencial No. 010 del 7 de noviembre del 2013, la cual fija los siguientes elementos para determinar la presencia de comunidades en el área de influencia del proyecto, obra o actividad, tales como: (i) asentamiento de comunidades en las áreas de influencia; (ii) desarrollo de usos y costumbres por parte de comunidades en esas áreas y (iii) tránsito de comunidades étnicas en las áreas de interés.

Igualmente, se ordenará a la **Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior**, que de evidenciarse la afectación directa a las comunidades negras accionantes, con ocasión de las obras de Ampliación del Terminal Marítimo COMPAS S.A., de inicio al proceso de consulta previa.

Aunado a lo anterior, se ordenará a la COMPAÑÍA DE PUERTOS ASOCIADOS – COMPAS S.A., abstenerse de ejecutar las obras de ampliación del Terminal Marítimo Portuario COMPAS S.A. – Cartagena, hasta tanto se cumplan las órdenes impartidas en la presente providencia.

Por otro lado, observa la Sala que dentro del grupo de accionantes se encuentran asociaciones de pescadores, quienes a su vez manifiestan ser afectados directos por las obras de ampliación Terminal Marítimo Portuario; siendo importante advertir en primer lugar, que en el presente caso no es aplicable la consulta previa, en razón a que no se está ante un grupo culturalmente diferenciado titular de este derecho especial de participación, como lo son las comunidades étnicas; sino frente a comunidades de pescadores artesanales, que son grupos de personas que permanentemente se dedican a pescar, con el fin de tener la seguridad del alimento y el sustento económico para sus familias, y en ese sentido, el área del mar o la playa que utilizan para pescar se vuelve un espacio vital; por lo que área de pesca y el oficio pesquero están ligados con la soberanía alimentaria de dichas comunidades.³³

Ahora bien, es claro para la Sala que, las comunidades de pescadores artesanales, también son poblaciones que deben ser especialmente escuchadas en proyectos de infraestructura que intervienen el espacio donde

³³ Corte Constitucional Sentencia T-348 de 2012



ejercen el oficio, siendo necesario asegurar su participación en la toma de decisiones y en el diseño de medidas de compensación; sin embargo, en el plenario no existe prueba de que las asociaciones de pescadores accionantes, viven de la pesca, el comercio y el trabajo en las grandes empresas ubicadas en el interior de la bahía de Cartagena, y que la ruta de transporte que utilizan para sus actividades cotidianas colinda con la empresa COMPAS S.A.; lo que sí se puede predicar de la Asociación de Pescadores Artesanales de Zapatero – ASOPEZ, y la Asociación de Pescadores del Sector la Cuchilla – ASOPECUCH, quienes solicitaron ser reconocidos como intervinientes dentro del trámite administrativo de modificación de la licencia ambiental que se encuentra activo y surtiéndose ante la ANLA, y en tal condición se encuentran vinculados al mismo (Fl. 113); siendo ese el escenario al que deben dirigirse las asociaciones de pescadores tutelantes, por lo que no es procedente en esta instancia el amparo de los derechos fundamentales deprecados respecto de dichas asociaciones, confirmándose en este aspecto el fallo impugnado.

5.2.3 Violación al Debido Proceso Administrativo y la Inmediatez

Expone la parte actora, que existe violación del derecho fundamental del debido proceso, por cuanto se desconoció el término de 2 meses previsto en el artículo 2.2.3.3.3.5 del Decreto 1079 de 2015 para convocar a Audiencia Pública, en el trámite de modificación del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 1992, ya que como se citó en precedencia, la Sociedad COMPAS S.A., realizó la publicación de los avisos en el diario La República los días 16 de marzo y 25 de mayo de 2016, procediéndose a la convocatoria a Audiencia Pública para el día 9 de junio de 2016, cuando debía llevarse a cabo a partir del 26 de julio de 2016.

De lo manifestado, precisa la Sala que el hecho vulnerador del derecho al debido proceso, tuvo origen en la realización de la audiencia pública antes del vencimiento de los dos meses previstos en el decreto, lo que se llevó a cabo el 9 de junio de 2016; y según la naturaleza de la acción de tutela, la cual tiene el propósito de obtener la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados, se hace necesario estudiar un plazo razonable en la interposición del amparo, lo que se conoce como principio de la inmediatez, lo que no quiere decir que la acción de tutela tiene un término de caducidad.



Ha señalado la jurisprudencia Constitucional, que la acción de tutela sería procedente cuando pese a haberse promovido luego de haber transcurrido un extenso espacio entre el hecho que generó la vulneración y la solicitud de amparo, se den los siguientes presupuestos:

- i) exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros;*
- ii) la inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión;*
- iii) exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; o*
- iv) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual.³⁴*

En el sub examine, para esta Magistratura la presente tutela es improcedente frente a este cargo por inmediatez, en razón a que la vulneración del derecho al debido proceso se predica del hecho acaecido el 9 de junio de 2016, esto es la celebración de la audiencia pública antes del vencimiento de los dos meses previstos en la norma; y la solicitud de amparo injustificadamente se deprecó el día 11 de enero de 2018³⁵, aproximadamente 20 meses después de la presunta vulneración, sin encontrarse la parte actora dentro de alguno de los presupuestos eximentes del cumplimiento de dicho requisito.

Por lo anterior, se rechazará por improcedente en razón de la inmediatez, la solicitud de amparo frente a este cargo; no obstante lo anterior, los accionantes cuentan con otros mecanismos de control ordinarios previstos en la Ley 1437 de 2011, idóneos para efectuar el estudio de legalidad de las decisiones administrativas enjuiciadas en la tutela de la referencia.

5.2.4 Violación del Decreto No. 977 de 2001 por la Resolución No. 991 de 21 de julio de 2017.

En cuanto a este cargo, expone la parte actora que la ANI expidió la Resolución N° 991 de 2017, vulnerando el Decreto 0977 de 2001 en sus artículos

³⁴ Sentencia T-246 de 2015

³⁵ Folio 503



1, 49, 50, 99, debido a que con la autorización para modificar el contrato de concesión, se modificará el territorio y el uso del suelo del Distrito de Cartagena; además se está desconociendo que la zona concesionada es de suma importancia para la supervivencia del grupo actor, con ocasión de que sirven de resguardo y alimento en las etapas críticas de los periodos de vida de muchos peces, crustáceos y moluscos, que utilizan los manglares como áreas de reproducción y crianza.

Una de las hipótesis de afectación directa a las comunidades es la afectación al ambiente sano, lo que hace procedente la tutela pero en aras de garantizar la eventual necesidad de llevar a cabo la consulta previa; teniendo su razón de ser en el hecho de que proyectos, o industrias, pueden erosionar la tierra al punto de causar daños al ambiente y con ello, erosionar culturas, tradiciones, organizaciones económicas y sociales de poblaciones enteras. En esos eventos, las comunidades pueden ser étnicas, caso en el cual, la justicia ambiental adquiere una dimensión diferente, pues su aplicación no puede ser la misma a la que se realiza con el común de la sociedad.

Visto lo anterior, advierte la Sala que las manifestaciones de la parte accionante carecen de sustento probatorio, más aún cuando en el plenario se encuentra acreditado que la Secretaria de Planeación Distrital de Cartagena, en Oficio No. AMC-OFI-0088370-2016, fechado 6 de septiembre de 2016, precisó que la ampliación del puerto COMPAS no ofrece ningún inconveniente a la respectiva municipalidad en cuanto a las normas sobre el uso del suelo, teniendo en cuenta que la clasificación del suelo donde se ubica la ampliación del puerto se clasificó en el POT como actividad mixta, compatible con la Actividad Portuaria 2, que comprende muelles, terminales y establecimientos, cuya función, equipos y servicios, atienden embarcaciones de todos los tamaños dedicados al transporte de carga, excepto hidrocarburos y combustibles; incluyendo en esta actividad, los puertos pesqueros, los astilleros y buque escuela.³⁶

Por otro lado, en cuanto al desconocimiento de la existencia del área manglar, en memorando interno fechado 13 de septiembre de 2017, el Subdirector de Gestión Ambiental de CARDIQUE, indicó que el manglar existente en la zona de interés es un manglar aislado, establecido en una matriz portuaria, donde

³⁶ Fls. 448-452



el espacio ocupado por el mismo hace parte del área requerida para la ampliación y desarrollo portuario, que en la actualidad no cumple su función de soporte o defensa hidráulica sino como soporte verde o paisajismo; razón por la cual concluye, el proyecto es compatible en cuanto al uso de las áreas de manglar zonificadas siempre y cuando se empleen las medidas compensatorias necesarias para garantizar la renovación de las coberturas de manglar que se puedan ver afectadas con el desarrollo del proyecto.³⁷

Así las cosas, para la Sala el cargo en estudio en lo que se refiere a los componentes de uso del suelo y medio ambiente, no tienen vocación de prosperar, como causa de afectación de los derechos deprecados.

5.3 Conclusiones

De lo expuesto en precedencia se tiene que:

- La tutela de la referencia supera el requisito de subsidiariedad, toda vez que los medios de control ordinarios carecen de eficacia inmediata e idoneidad para amparar las garantías que surgen del derecho a la consulta previa.
- Esta Magistratura accederá al amparo del derecho al debido proceso y consulta previa de la parte actora, ante la amenaza por parte de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, por no verificar en campo la presencia de las comunidades étnicas accionantes, estas son, el Consejo Comunitario de Tierra Bomba, el Consejo Comunitario de Punta Arena, el Consejo Comunitario de Bocachica – Isla Tierra Bomba y el Consejo Comunitario de Caño del Oro, en el área de influencia del proyecto de ampliación y operación del Terminal Marítimo COMPAS S.A.
- Ahora bien, respecto a las asociaciones de pescadores tutelantes, estas son, Asociación de Agro Pesquera de la Isla de Puntarenas, Los Delfines del Caribe Puntarenas, Asociación de Pescadores de Caño de Loro, Empresa Asociativa de Trabajo Pescadores Sol y Mar de Punta Arenas, Asociación de Pescadores Artesanales el Chapín Tierra Bomba, Asociación de Pescadores Artesanales los Chinos de Tierra Bomba, Empresa Asociativa de Trabajo de Pescadores los TUTIPESCA de Tierra Bomba, Asociación de Pescadores de Bocachica,

³⁷ Fls. 854-871



Empresa Asociativa de Trabajo de Pescadores de Tierra Bomba la Vara de Aarón Poderosa E.A.T, Empresa Asociativa de Trabajo de Pescadores de Tierra Bomba los Pulperos, Asociación de Pescadores de Arara, Asociación de Pescadores los Loritos, Asociación de Pescadores El Coral, Asociación de Pescadores los Macanay de Tierra Bomba, Asociación de Pescadores de Tierra Bomba la Red, Asociación de Pescadores los Langostinos, Asociación de Pescadores de Tierra Bomba la Red, Asociación de Pescadores Jehova Poderoso, Asociación de Pescadores de Tierra Bomba Jureles, y Asociación de Pescadores de Santa Ana; advierte la Sala que no son grupo culturalmente diferenciado titular del derecho a la consulta previa, como lo son las comunidades étnicas; y pese a que son poblaciones que deben ser especialmente escuchadas en proyectos de infraestructura que intervienen el espacio donde ejercen el oficio, en el plenario no demostraron ser afectados directos por el proyecto de ampliación del Terminal Marítimo COMPAS S.A., por lo que no es procedente en esta instancia el amparo de los derechos fundamentales deprecados respecto de dichas asociaciones, confirmándose en este aspecto el fallo impugnado.

- Por otra parte, para la Sala no es procedente el estudio de la presunta violación del derecho fundamental del debido proceso, ante el desconocimiento del término de 2 meses previsto en el artículo 2.2.3.3.5 del Decreto 1079 de 2015, por no atenderse el principio de inmediatez, motivo por el que se rechazará por improcedente la solicitud de amparo respecto de este cargo.

- No se demostró la violación del Decreto No. 0977 de 2001 (POT) con la expedición de la Resolución No. 991 de 21 de julio de 2017, por lo que se negará el amparo deprecado frente a esta pretensión.

- Finalmente, se confirmará el fallo impugnado en cuanto negó las pretensiones frente a los demás accionados, así como frente a los otros derechos deprecados.

5.4 Aceptación de Impedimento

Se encuentra el asunto de la referencia pendiente para resolver el impedimento manifestado ante la Sala por el Doctor EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS, quien se declara impedido para conocer del proceso de la



referencia, amparado en la causal estipulada en el numeral 3° del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La referida causal expresa textualmente:

"(...) 3. Cuando el **cónyuge**, compañero o compañera permanente, o alguno de los parientes del juez hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, **tengan la condición de servidores públicos en los niveles directivo**, asesor o ejecutivo en una de las entidades públicas que concurran al respectivo proceso en calidad de parte o de tercero interesado." (Negritas fuera del texto original)

El impedimento aludido tiene como sustento, el hecho de que, la Doctora DELIA ESTELA CALVO RAMÍREZ, quien es cónyuge del referido Magistrado VÁSQUEZ CONTRERAS, fue nombrada y se encuentra ejerciendo el cargo de JEFE DE CONTROL INTERNO en el Establecimiento Público Ambiental –EPA, empleo que acorde con sus funciones se clasifica dentro de los del nivel directivo y, de otro lado, dicho establecimiento público funge como parte demandada en el proceso de la referencia.

Para resolver se observa que la Ley 87 de 1993³⁸, reglamentada por el Decreto Nacional 1537 de 2001 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 87 de 1993 en cuanto a elementos técnicos y administrativos que fortalezcan el sistema de control interno de las entidades y organismos del Estado" y 1499 de 2017, la cual en sus artículos 9 y 10 estableció lo siguiente:

"Artículo 9°.- Definición de la unidad u oficina de coordinación del control interno. **Es uno de los componentes del Sistema de Control Interno, de nivel gerencial o directivo,** encargado de medir y evaluar la eficiencia, eficacia y economía de los demás controles, asesorando a la dirección en la continuidad del proceso administrativo, la reevaluación de los planes establecidos y en la introducción de los correctivos necesarios para el cumplimiento de las metas u objetivos previstos.

Parágrafo.- Como mecanismos de verificación y evaluación del control interno se utilizarán las normas de auditoría generalmente aceptadas, la selección de indicadores de desempeño, los informes de gestión y de cualquier otro mecanismo moderno de control que implique el uso de la mayor tecnología, eficiencia y seguridad.

Artículo 10°.- Jefe de la unidad u oficina de coordinación del Control Interno. Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control Interno, las entidades

³⁸ Por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del estado y se dictan otras disposiciones.



estatales designarán como asesor, coordinador, auditor interno o cargo similar, a un funcionario público que será adscrito al nivel jerárquico superior y designado en los términos de la presente Ley.

Analizado el soporte probatorio anexo al escrito por el cual se manifiesta el impedimento en cuestión, esto es, diligencia de posesión No. 899 del 2 de enero de 2018 y el Organigrama de la entidad, de cara a las normas en cita, se encuentra que el cargo de *Jefe de Control Interno del Establecimiento Público Ambiental –EPA*, en el cual fue nombrada la Doctora DELIA ESTELA CALVO RAMÍREZ, pertenece al nivel directivo de la respectiva entidad.

Por lo anterior y, atendiendo al impedimento manifestado, la Sala de Decisión Mayoritaria encuentra que los motivos expresados por el Magistrado EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERA se hallan ajustados a derecho en virtud de lo establecido en el numeral 3° del artículo 130 del CPACA y, siendo que el mentado togado ha exteriorizado la afectación en la que se vería avocada su objetividad para emitir decisión dentro del presente asunto, el mismo se declarará fundado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

V.- FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha veinticinco (25) de enero de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena en cuanto negó el amparo respecto de los derechos a la consulta previa y debido proceso administrativo, y en su lugar **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y consulta previa de las comunidades negras tutelantes, estas son, el Consejo Comunitario de Tierra Bomba, Consejo Comunitario de Punta Arena, el Consejo Comunitario de Bocachica – Isla Tierra Bomba y el Consejo Comunitario de Caño del Oro, amenazados por parte de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.



SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a la DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA DEL MINISTERIO DEL INTERIOR lo siguiente:

- **REALIZAR** una VISITA DE VERIFICACIÓN, a través de la cual se establezca el número exacto de asentamientos del Consejo Comunitario de Tierra Bomba, Consejo Comunitario de Punta Arena, Consejo Comunitario de Bocachica – Isla Tierra Bomba y el Consejo Comunitario de Caño del Oro, ubicados en el área de influencia del proyecto de Ampliación del Terminal Marítimo de COMPAS S.A., determinando su localización, extensión, población, y demás aspectos geográficos que resulten relevantes; así como los usos, costumbres, tradiciones, medios de subsistencias, y demás elementos sociales, económicos, culturas y relevantes de dichas comunidades negras, teniendo en cuenta para el efecto un concepto amplio de territorio, en el cual se atiendan los criterios de la Corte Constitucional, así como el contenido de la Directiva Presidencial No. 010 del 7 de noviembre del 2013, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

- De evidenciarse la afectación directa a las comunidades negras accionantes, con ocasión de las obras de Ampliación del Terminal Marítimo COMPAS S.A., **DAR INICIO** al proceso de consulta previa, salvaguardando el derecho al debido proceso de los intervinientes.

Parágrafo: ORDENAR a la COMPAÑÍA DE PUERTOS ASOCIADOS – COMPAS S.A., abstenerse de ejecutar las obras de ampliación del Terminal Marítimo Portuario COMPAS S.A. – Cartagena, hasta tanto se cumplan las órdenes impartidas en la presente providencia.

TERCERO: RECHAZAR por improcedente frente al requisito de inmediatez, el cargo concerniente a la presunta violación del derecho fundamental del debido proceso, ante el desconocimiento del término de 2 meses previsto en el artículo 2.2.3.3.5 del Decreto 1079 de 2015, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás el fallo impugnado por las razones expuestas en la presente providencia.



QUINTO: DECLARAR fundado el impedimento manifestado por el Magistrado EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

SEXTO: COMUNICAR la presente providencia al Juzgado de origen y, por secretaría **REMITIR** el expediente dentro los diez días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha, según consta en Acta N° ____.

LOS MAGISTRADOS

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS
(Ausente por impedimento)

Acción	ACCIÓN DE TUTELA (IMPUGNACIÓN)
Radicado	13-001-33-33-002-2018-00005-01
Demandante	Consejo Comunitario Puntarenas, Consejo Comunitario de Tierra Bomba, Consejo Comunitario Bocachica, Consejo Comunitario de Caño Loro, y otros.
Demandado	Autoridad Nacional de Licencias ambientales-ANLA, Ministerio del Interior — Dirección de Consulta Previa, Distrito de Cartagena, Compañía de Puertos Asociados S.A-COMPAS, y otros.
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Tema	DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

