

Cartagena de Indias D.T. y C., seis (6) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Acción	IMPUGNACIÓN DE TUTELA.
Radicado	13-001-33-33-002-2018-00216-01
Accionante	CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS DE LA UNIDAD COMUNERA RURAL DE BARÚ
Accionado	MINISTERIO DEL INTERIOR
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Consulta previa – la obra consultada debe afectar de la comunidad.</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Le corresponde a esta Sala decidir sobre la impugnación interpuesta por la parte accionada, contra el fallo de tutela de fecha veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho(2018)¹, dictado por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro de la acción de tutela adelantada por el CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS DE LA UNIDAD COMUNERA DE GOBIERNO RURAL DE BARÚ contra MINISTERIO DE INTERIOR – DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA- DISTRITO DE CARTAGENA-CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL DIQUE –CARDIQUE, PROMOTORA MATIMBAS.A y GRUPO SPAZIO.

II.- ACCIONANTE

La presente acción constitucional la instauró el CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS DE LA UNIDAD COMUNERA DE GOBIERNO RURAL DE BARÚ, representado por LEONARD VALLECILLA MOLINA, identificado con cedula de ciudadanía 3.806.995 de Cartagena.

III.- ACCIONADA

La acción está dirigida en contra de MINISTERIO DE INTERIOR – DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA- DISTRITO DE CARTAGENA-CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL DIQUE –CARDIQUE, PROMOTORA MATIMBAS.A y GRUPO SPAZIO

¹Fols. 280-291 cdno 2



IV.- ANTECEDENTES

4.1.- Pretensiones².

En ejercicio de la acción de tutela, el accionante elevó las siguientes pretensiones:

- "1. Solicito se ordene suspensión inmediata de las obras ejecutadas en el marco del proyecto inmobiliario MATIMBA CLUB & SPA y/o MATIMBA INMOBILIARIO.*
- 2. Solicito se ordene en el término de 48 horas el proceso consultivo con el Consejo consultivo de comunidades negras de la unidad comunera de Barú.*
- 3. solicito se ordene medidas necesarias para evitar vulneración de los Derechos fundamentales alegados.*

4.2.- Hechos³.

La parte accionante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

El representante legal del consejo comunitario de comunidades negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Barú, mediante Acción de tutela interpuesta el 13 de septiembre del 2018, invocó la vulneración de los Derechos fundamentales a la identidad étnica y cultural, territorio, consulta previa, autonomía y opción propia de desarrollo.

Manifiesta el accionante que en virtud de lo previsto en la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995, por medio de Resolución 1513 del 28 de febrero de 2014, el consejo comunitario de comunidades negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Barú es una organización que se encuentra inscrita y registrada en la Secretaría de participación y desarrollo social de la Alcaldía Mayor de Cartagena, por lo cual está facultado para representar a la colectividad.

²Fol. 21 Cdno 1

³Fol 1-4 Cdno 1





Afirma, que con las obras ejecutadas por la constructora GRUPO SPAZIO del proyecto inmobiliario MATIMBA CLUB & SPA y/o MATIMBA INMOBILIARIO, en la Bahía de Cholón, se estaría afectando territorio ancestral de la comunidad negra de Barú, puesto que la comunidad desconoce los pormenores del proyecto, y si este cuenta con un plan de manejo ambiental.

4.3.- Contestación

4.3.1 Autoridad Nacional de Licencias Ambientales⁴

La entidad accionada rindió informe solicitado por esta judicatura indicando que:

El alcance y competencia de la entidad, han sido establecidos en la ley, en una actividad de desconcentración de poder efectuada por el ejecutivo, con fundamento en la ley 1444 de 2001. El artículo 2.2.2.3.2.2 del Decreto 1076 de 2015, no evidencia dentro de las competencias asignadas en el sector de infraestructura, la de evaluación de los estudios ambientales, o el otorgamiento de licencias o instrumentos para la construcción de proyectos inmobiliarios, como es el caso en concreto, se discute un proyecto inmobiliario, frente al cual la entidad no tiene competencia para otorgar licencia ambiental.

Aduce además, que la entidad competente para realizar consulta previa con la comunidad negra accionante es el Ministerio de Interior a través de la Dirección de Consulta Previa; por lo tanto, no es responsable de los hechos u omisiones que motivaron la acción de tutela. Manifestado en otras palabras, que el proceso consultivo debe adelantarse por parte de la empresa titular del proyecto, con el acompañamiento y bajo la dirección del Ministerio del Interior, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Decreto 2613 de 2013, compilado por el Decreto 1066 de 2015.

A su vez expresa la entidad que la parte actora no demostró perjuicio irremediable y que no probó los hechos en que basa la acción de tutela. Como consecuencia solicitó que se deniegue las pretensiones y la desvinculación del trámite tutelar, por falta de legitimación por pasiva.

⁴Fols.122-126 Cdno 1



4.3.2 Dirección de Consulta Previa- Ministerio de Interior⁵

En respuesta a la acción de tutela impetrada por el señor LEONARD VALLECILLA MOLINA en representación del consejo comunitario de comunidades negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Barú. El MINISTERIO de INTERIOR responde a través de Director de Consulta Previa, respecto los hechos que originaron la acción constitucional que, al respecto solicita al Juzgado Segundo Administrativo se desestimen las pretensiones delo accionante.

Respecto los hechos, LA DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA DEL MINISTERIO DE INTERIOR, afirma que, en el caso en particular expidió para el proyecto "MATIMBA – PROYECTO INMOBILIARIO" la Resolución N° 935 del 06 de julio del 2015, en el cual se reconoce y certifica la presencia del consejo comunitario de la comunidad negra de Barú.

Manifiesta la entidad que, actuó con diligencia, toda vez que profirió acto administrativo, en el cual certificó la presencia de la comunidad afrodescendiente, de igual forma puso en aviso al ejecutor del proyecto del deber de la realización de la consulta previa.

Explica, la realización de la primera etapa de certificación de comunidades étnicas y concluye con acto administrativo de carácter particular, de esa forma resalta la entidad, haber desarrollado el procedimiento administrativo general bajo los parámetros legales, toda vez que la certificación número 0935 del 06 de julio del 2015, se notificó mediante aviso del 27 de agosto del 2015.

En consecuencia, no existe vulneración de Derechos fundamentales por parte de esa Dirección, toda vez que su actuar se presentó de conformidad con su deber legal y las competencias conferidas en el Decreto 2893 de 2011.

Aclara la entidad, que el trámite de consulta previa no puede ser iniciado de oficio por parte de la Dirección, sino que debe ser a solicitud de parte y es obligación del ejecutor del proyecto si decide iniciar el mismo o en cambio, realizar la consulta previa.

Puntualiza la entidad que, el proyecto objeto de certificación N° 935 del 06 de julio de 2015 es "MATIMBA – PROYECTO INMOBILIARIO", no se refiere a

⁵ Fols 271-273. Cdno 2





"MATIMBA CLUB & SPA" tal como lo expone el tutelante en la acción impetrada, la certificación fue expedida con sujeción a la solicitud presentada ante la Dirección, bajo el radicado EXTM114-0051173 de 31 de octubre 2014, proyecto que tiene por objeto la construcción de viviendas unifamiliares como fue presentada ante la dirección. Sin embargo, consultadas las bases de datos no existe una certificación para el proyecto "MATIMBA CLUB & SPA".

Concluyendo el caso en cuestión, la entidad solicita que se desestimen las pretensiones del accionante, pues se ha actuado de acuerdo a las funciones asignadas a la entidad, garantizando el derecho a la consulta previa.

4.3.3-Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique-CARDIQUE ⁶

Esboza la Corporación que, frente a las afirmaciones del actor con respecto la renuencia del proceso de consulta previa con ese consejo comunitario de la comunidad afrodescendiente de la isla de Barú, es preciso señalar que es el MINISTERIO DE INTERIOR es el encargado de certificar, coordinar y adelantar dicho proceso de consulta previa.

En lo concerniente al proyecto en cuestión, la entidad expresa que las actuaciones administrativas que en su momento fueron adelantadas en torno a la solicitud presentada por la sociedad PROMOTORA MARÍTIMA S.A., para el proyecto urbanístico CLUB SPA MATIMBÁ, localizado en el sector de Cholón en la isla en mención, jurisdicción del Distrito de Cartagena de Indias, y las que vienen adelantando con la solicitud presentada por la sociedad PROMOTORA MATIMBÁ S.A, en el siguiente orden cronológico:

- Mediante escrito radicado bajo el N° 6930 de 26 de 2008, el señor Rafael Abondano Capella, como representante legal de la sociedad promotora Matimbá, solicitó a la corporación las determinantes y densidades urbanísticas máximas para el proyecto CLUB SPA MATIMBA.
- Agotado el respectivo trámite administrativo interno, se expidió la Resolución N° 0527 del 13 de julio de 2009, por medio de la cual se fijaron las determinantes ambientales para desarrollar el proyecto en mención, en un predio 17,6 has, en la isla de Barú, frente a la ciénaga de cholón.

⁶ Fols. 135-138 Cdno 1





- Posteriormente mediante escrito radicado bajo el N° 8310 de 18 de noviembre de 2008, el representante legal presentó el documento de manejo ambiental del referido proyecto, a fin de impartirle el trámite administrativo pertinente.
- Evaluado el documento técnico por parte de la Subdirección de Gestión Ambiental, la Corporación profirió la Resolución N° 0581 de 30 de julio de 2009 por medio de la cual se acogió documento de manejo ambiental, hará el control y seguimiento de la construcción y operación del proyecto urbanístico CLUB SPA MATIMBÁ, condicionado al cumplimiento de la obligaciones establecidas en el artículo segundo de la citada Resolución.
- Igualmente se autorizó el aprovechamiento forestal.
- Posteriormente mediante escrito bajo el N° 7285 de 18 de noviembre 2014, el representante de la Promotora Matimbá S.A, presentó solicitud de modificación de la Resolución N° 0581 de 30 de junio de 2009, realizando el trámite previo para liquidar el servicio de evaluación de dicha solicitud, mediante Auto N° 0364 de 2 agosto de 2018, se avocó el conocimiento de la misma para la evaluación de la documentación técnica presentada, la cual está siendo realizada por la Subdirección de Gestión Ambiental.

Solicita la entidad en escrito de contestación que, se deniegue por improcedente, por cuanto desde las actuaciones administrativas adelantadas por CARDIQUE, no se han vulnerado ninguno de los derechos fundamentales invocados por la comunidad étnica, ya que el proceso de consulta previa como mecanismo de participación ciudadana y de carácter especial que ampara la garantía de los Derechos fundamentales alegados, es un proceso que está en cabeza del Ministerio de Interior a través de la Dirección de Consulta Previa, organismo encargado de coordinar el mismo para que realice entre el consejo comunitario y la sociedad propietaria del proyecto.

Resaltan que el proyecto urbanístico no requiere del trámite licenciatorio, excepto los permisos y/o autorizaciones ambientales requeridas, como en efecto se dio, al autorizar el aprovechamiento forestal establecido en la Resolución 0581 de 30 de julio de 2009. Se vislumbra que para el comentado proyecto se establecieron medidas de manejo ambiental señaladas en el documento técnico presentado, el cual se constituye en el instrumento obligado para manejar y controlar los efectos ambientales del proyecto a



desarrollar, debiéndose dar cumplimiento al mismo y a las obligaciones que se señalaron en la parte resolutive del citado acto administrativo.

4.3.4- Distrito de Cartagena⁷

El ente territorial, alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva, dentro del presente expediente de tutela, por cuanto, las competencias que le asisten son las de protocolizar mediante firma de la Secretaria del Interior el acta y registro de la misma a los actos eleccionarios, pero no le asiste competencias relativas a reconocimiento, certificación y trámite de los procesos de consulta previa.

4.3.5- Promotora Matimba⁸

La Sociedad accionada, presenta escrito el día 21 septiembre de la presente anualidad, en el cual solicita al juez se le otorguen 8 días a partir del lunes 24 de septiembre para poder dar respuesta a la acción de tutela con los soportes de defensa. Sin embargo, la promotora Matimbá nunca se pronunció de fondo sobre el tema en cuestión.

V.- FALLO IMPUGNADO⁹

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), resolvió:

PRIMERO: NEGAR el amparo solicitado frente a las Accionadas Distrito de Cartagena, Corporación Autónoma Regional del Dique- CARDIQUE, Promotora Matimba S.A y Grupo Spazioy la entidad vinculada de manera oficiosa ANLA, de acuerdo con la parte motiva de este fallo

SEGUNDO: TUTELAR el Derecho a la consulta previa, identidad étnica y cultural, existencia, territorio y condición de sujetos de especial protección del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Barú, en contra del Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa, por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, que en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo , inicie el proceso de consulta previa con la Comunidad Negra de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Barú, atendiendo lo dispuesto en la Directiva Presidencial No. 10 de

⁷Fols. 265-268 Cdno 2

⁸Fol 269 Cdno 2

⁹Fols 280-291 Cdno 2



2013 y demás normas que rigen el tema en cada una de sus etapas y para efectos de garantizar la participación real de dicha comunidad como afectados directos por el proyecto "MATIMBA"

CUARTO: ORDENAR a la sociedad Matimbá, abstenerse de seguir ejecutando las obras del proyecto "MATIMBÁ" hasta tanto se cumplan las ordenes impartidas en esta providencia, relacionadas con el proceso consultivo de la Comunidad Negra de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Barú.

Como sustento de su decisión, el juez de primera instancia tuvo en cuenta que, el Ministerio del Interior certificó que en el corregimiento de Barú existe una comunidad Afrodescendiente, reconocida como CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA DE BARÚ, con el cual debió llevarse a cabo la consulta previa del proyecto MATIMBA CLUB SPA, puesto que pueden verse afectados con la construcción del mismo; desde el punto de vista medioambiental.

VI.-FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN¹⁰

En el escrito de impugnación, el Ministerio de Interior, expone que el proceso de consulta previa se elabora de conformidad con la directiva presidencial N° 10 del 07 de noviembre de 2013, el cual examina el desarrollo del trámite administrativo las etapas que se exponen a continuación:

ETAPAS	DENOMINACIÓN	FINALIDAD
PRIMERA	Certificación de presencia de comunidades	Se determina si en el área del proyecto se certifica la presencia de comunidad étnica, bajo criterios del convenio 169 de la OIT y la legislación nacional.
SEGUNDA	Coordinación y preparación	Identificar a las entidades públicas que tienen competencia relacionada con el POA que se consulta, y convocarlas a una reunión para conocer sus puntos de vista de la situación.
TERCERA	Preconsulta	Realizar un dialogo previo con los representantes de las comunidades étnicas involucradas, con el propósito de definir la ruta metodológica que deber seguir el ejecutor del POA, y los términos en que será realizado el proceso según las especificidades culturales de cada una de las comunidades étnicas.

¹⁰Fols. 295-297 Cdno 2.



CUARTA	Consulta previa	La realización de un diálogo entre el Estado, el ejecutor y las comunidades étnicas, para que la DCP asegure el cumplimiento del deber de garantizar su participación oportuna real, oportuna y efectiva sobre la toma de decisiones de POAS que puedan afectar directamente a las comunidades, con el fin de proteger su integridad étnica y cultural.
QUINTA	Seguimientos de acuerdos	Seguimiento de acuerdos: asegurar que lo protocolizado en la consulta previa sea efectivamente realizado por las partes, según los plazos acordados con las comunidades étnicas.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Ministerio del Interior se opone a la decisión adoptada por el Juez A quo, argumentando que tiene competencias para dar iniciación a un proceso consultivo, puesto que no es posible aplicar ninguna medida coercitiva que obligue a la empresa privada a realizar la consulta previa con los nativos de la Isla de Barú.

VII.-RECUENTO PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de fecha cuatro (04) de octubre de dos mil dieciocho (2018)¹¹, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, se concedió la impugnación, interpuesta por el señor LUIS FERNANDO BASTIDAS REYES, en su calidad de Director de Consulta Previa del Ministerio de Interior, por lo que fue asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el día 10 de octubre de 2018¹², siendo finalmente admitido por esta Magistratura el mismo día de reparto ¹³.

VIII.-CONSIDERACIONES

8.1.-Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **SEGUNDA INSTANCIA**, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

¹¹ Fol. 299 Cdno 2.

¹² Fol. 2 Cdno 3,

¹³ Fol. 4 Cdno 3.





8.2.- Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben en determinar si:

¿Transgreden las entidades accionadas los Derechos Fundamentales a la consulta previa, identidad étnica y cultural, existencia, territorio y condición de sujetos de especial protección con la ejecución de las obras del proyecto Matimba?

De ser afirmativo el primer interrogante se procede a analizar el siguiente,

¿Es competente la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Interior, para dar inicio al proceso consultivo, sin que exista necesidad alguna de ser solicitadas por la entidad ejecutora de obras?

8.3.- Tesis de la Sala

La Sala, CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia, toda vez que sí le asiste competencias al Ministerio del Interior, para adelantar, dirigir y coordinar el proceso de consulta previa entre la empresa dueña del proyecto inmobiliario, PROMOTORA MATIMBA y el CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA DE BARÚ, en virtud de las facultades y deberes impuestos a través de la Directiva Presidencial 01 de 2010, Directiva 10 de 2013 y el Decreto 1066 de 2015.

Ahora bien, la orden antes impartida será ampliada, para efectos de imponerle a la empresa PROMOTORA MATIMBA dueña del proyecto inmobiliario CLUB SPA MATIMBA, la obligación de adelantar ante la Dirección de Consulta Previa, todas las gestiones necesarias para que sea posible la realización de la consulta previa en este caso, puesto que, en la Directiva Presidencial 01 de 2010, la responsabilidad en realización de la misma es compartida con el Ministerio del Interior.

De igual manera, se ordenará a la PROMOTORA MATIMBA abstenerse de seguir ejecutando las obras de construcción del proyecto CLUB SPA MATIMBA, y al Distrito de Cartagena que garantice y supervise la suspensión de la precitada obra.



8.4.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

8.4.1.- Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

8.4.2. Procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento del Derecho a la Consulta Previa.

En cuanto a este punto, la jurisprudencia constitucional ha indicado que, como quiera que el problema gire entorno grupos étnicos el amparo se torna



procedente, se ha reiterado en el pasado que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para resguardar el Derecho fundamental, esto con el fin de garantizar el Derecho de las mismas a subsistir en la diferencia.

En la sentencia T-766 de 2015, se indicó que: *"cabe la acción de tutela como mecanismo de protección adecuado para la garantía del derecho a la consulta previa a tales comunidades sobre asuntos que las afectan directamente"*, dicho esto manifestó la corte que, tanto los dirigentes como los miembros individuales de estas comunidades se encuentran legitimados para presentar la acción de tutela con el fin de perseguir la protección de los derechos de la comunidad".

Del mismo modo, en reiterados pronunciamientos la corte sostuvo que:

"3.1. La subsidiariedad de la tutela está contemplada en el artículo 86 de la Carta, este precisa que: "esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable". Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corporación ha manifestado en reiteradas ocasiones que el juez debe analizar en cada caso si el peticionario cuenta con otros mecanismos de defensa judicial, o en su defecto, debe determinar si aun existiendo estos, no resultan eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados."

Así lo sostuvo en sentencia T-235 de 2010, al indicar:

"Para que la acción de tutela sea procedente como mecanismo principal, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o teniéndolos, éstos, no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados. A su turno, el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio de defensa iusfundamental, implica que, aun existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la acción de tutela".

Cabe señalar que en materia de amparo judicial de los derechos fundamentales hay una regla general. La tutela es un mecanismo excepcional de defensa al que puede acudir un afectado solo después de ejercer infructuosamente todos y cada uno de los medios ordinarios. Así lo consideró este tribunal, por ejemplo, en la sentencia T-480 de 2011:

"La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las



12

mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional. En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales”.

8.4.3. Del Derecho fundamental a la consulta previa.

Sobre este punto, el Consejo de Estado ha expresado lo siguiente:

“El derecho a la consulta previa es el fundamento para la protección de las garantías de participación democrática de las minorías étnicas en la toma de decisiones que afecten de forma considerable su integridad como tales en los diversos aspectos de su existencia: costumbres, tradiciones, territorio, supervivencia física, entre otros aspectos¹⁴.

Considerando que dicho mecanismo fue consagrado en una primera oportunidad a través del Convenio 169 de la OIT, la Corte Constitucional en sentencia SU – 039 de 1997, determinó que la consulta previa adquiere la connotación de derecho fundamental, siendo necesario que dicha garantía –y las demás que se buscan hacer efectivas a través de ella-, se materialicen a través de un trámite consultivo que debe ser anterior a la adopción de cualquier medida que afecte directamente a los pueblos étnicos

En relación con la titularidad de este derecho, en decisión T-197 de 2016 a la que se hizo referencia, se reconoció que, “en lugar de vincular la condición de pueblo indígena a una definición concreta, la comunidad internacional ha optado por asociar a que el respectivo grupo posea ciertas características particulares que lo distingan del resto de la sociedad, y a que reivindique esa diferencia, en el ejercicio del derecho a determinar su propia identidad o pertenencia, de conformidad con sus propias costumbres o tradiciones”¹⁵.

Por su parte, el Convenio 169 - Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales En Países Independientes -, establece:

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
a). 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;

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-175 del 2009

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA. Consejero ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE. Bogotá, D.C.; Veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 13001-23-33-000-2016-01200-01. Actor: ABEL ANTONIO TALAIGUA SANTOS



b).Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c).Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas."

Del anterior contexto jurídico y deontológico, emana el derecho fundamental a la consulta previa, destinado a preservar la integridad de los pueblos indígenas y la diversidad étnica y cultural de la Nación. Valga la pena destacar, que la Honorable Corte Constitucional ha precisado que "la condición de ser una comunidad indígena, tribal o aquellas que se encuentran en la frontera étnica y aducen conservar o estar reconstruyendo su integridad cultural, social y económica (elemento objetivo) tiene que ser valorado en el contexto específico de cada caso particular. No obstante, cuando una persona o comunidad se identifique como indígenas, afro, o en el espectro de la frontera étnica, debe presumirse y considerarse que esto es cierto"

Ahora bien, el Alto Tribunal Constitucional en sentencia T-256 de 2015, reiteró, que todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que se ejecute con el ánimo de intervenir en territorios de comunidades étnicas, sin importar la escala de afectación que genere, deberá observar las siguientes reglas:

"(i) La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.

(ii) No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.

(iii) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.

(iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.



(v) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.

(vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

(vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.

(viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: **(a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.** En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine.

(ix) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.

(x) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

(xi) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación."

Ahora bien, aclarado el contenido y naturaleza del derecho fundamental a la consulta previa, lo que procede es definir qué se entiende por afectación



directa a la comunidad étnica, al momento de darse curso, al proceso administrativo para concretar tal derecho. Frente a lo anterior, el Consejo de Estado ha expuesto:

*A su vez, se ha reconocido que el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, establece **los parámetros para la procedencia de la consulta previa, del cual se resalta el que las comunidades deben ser consultadas "cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente".***

*En primer lugar, la jurisprudencia constitucional ha resaltado el término **"susceptibles"**, para concluir que en atención al mismo, la consulta previa no sólo debe emplearse **"exclusivamente frente a proyectos que específicamente afecten a pueblos tribales, sino a medidas que tengan la potencialidad de ser susceptibles de afectarlos".**¹⁶*

Así las cosas, se concluyó:

"En este orden de ideas, es claro que los escenarios de afectación directa son múltiples y, en consecuencia, no existen unos criterios uniformes para el efecto. Por ende, deberá determinarse en cada caso si los efectos de la medida o proyecto inciden en la conformación de la identidad diferenciada de los pueblos étnicos. Para ello, el aspecto central a tener en cuenta es la significación que para el ethos de la comunidad tiene la materia debatida. Por ejemplo, asuntos como la explotación de recursos en el territorio en que habita la comunidad tradicional, o la regulación sobre el uso de la tierra, son generalmente materias que deben ser consultadas, habida cuenta la relación intrínseca entre la definición de la identidad étnica y el territorio."¹⁷

Entonces, **frente al presupuesto de la afectación directa**, el Convenio 169 de la OIT ha determinado expresamente algunas situaciones que requieren de la consulta previa:

- i) Aquellas medidas que involucren la prospección o explotación de recursos naturales en las tierras de los pueblos indígenas (artículo 15 del Convenio)
- ii) Las medidas que impliquen trasladar o reubicar a esas colectividades de las tierras que ocupan (artículo 16 del Convenio).
- iii) Las decisiones relativas a su capacidad para la enajenación de sus tierras (artículo 17 del Convenio).
- iv) Las medidas relacionadas con la organización y el funcionamiento de programas especiales de formación profesional (artículo 22 del Convenio)
- v) La determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno (artículo 27 numeral 1º del Convenio)

¹⁶Corte Constitucional. Sentencia T-197 del 2016, reiterando criterios de la sentencia T-576 del 2014.

¹⁷Ídem.



vi) Las medidas relacionadas con la enseñanza y la conservación de la lengua (Artículo 28 del Convenio).

A pesar de lo anterior, se han construido también criterios para identificar una vulneración directa de grupos étnicos, los cuales se exponen en la sentencia C-175 del 18 de marzo del 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, en los siguientes términos:

"(i) Se debe consultar cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos.

(ii) Para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. (...)

(iii) Aquellas políticas que en razón de su contenido o implicaciones interfieran directamente con los intereses de las comunidades diferenciadas".

En este punto, es importante resaltar que a través del Decreto 1320 de 1998, compilado en el Decreto 1066 del 2015, por medio del cual se expidió el Decreto Único del Sector Administrativo del Interior, se reglamentó el trámite para el desarrollo de la consulta previa en territorio de comunidades étnicas, el cual debe ser complementado con lo señalado en la Directiva Presidencial No. 10 del 2013"¹⁸.

8.5.-Caso concreto.

8.6.- Hechos Relevantes Probados

En el presente asunto, se aportaron como pruebas las siguientes:

- Copia certificación N° 935 expedida por el Ministerio de Interior, del 06 de julio de 2015, en el que se hace constar que el representante legal de sociedad Promotora MATIMBA solicita certificación de presencia o no de comunidades étnicas en el área del proyecto¹⁹. En dicho documento se expone que:

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA. Consejero ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE. Bogotá, D.C.; Veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 13001-23-33-000-2016-01200-01. Actor: ABEL ANTONIO TALAIGUA SANTOS

¹⁹Visible a folios 23-28 del cuaderno 1



"PRIMERO: que no se registra presencia de comunidades indígenas, minorías, Rom, en el área del proyecto MATIMBA- PROYECTO INMOBILIARIO" localizado en el corregimiento de Barú, jurisdicción del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.

SEGUNDO: que se registra presencia del CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS DE BARÚ, registrado en la alcaldía del Distrito de Cartagena, en el área del proyecto MATIMBA- PROYECTO INMOBILIARIO".

- Copia de petición de fecha 10 de julio de 2017, suscrita por el representante del CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS DE BARÚ, en el que solicita garantizar el derecho fundamental a la consulta previa²⁰.
- Copia de Resolución 1513 expedida por la Alcaldía de Cartagena el 28 de febrero de 2014, por medio de la cual se reconoce y se inscribe a la Junta Directiva del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Barú. (visibles a folios 33-36 del cuaderno 1)
- Copia de Certificado de registro del acta de elección de las Juntas de Consejos Comunitarios de Comunidades Negras. (visible a folios 37-39 del cuaderno 1).
- Copia del Registro único empresarial de la promotora MatimbaS.A, expedido por la Cámara de Comercio. (visible a folios 41-47 cuaderno 19).
- Copia del certificado de existencia y representación legal del Grupo Spazio S.A.S, expedido por la Cámara de Comercio. (visible a folios 48-54 del cuaderno 1).
- Copia de petición de fecha 12 de abril de 2018 y de fecha 17 de abril de 2018, suscrita por el representante del CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS DE BARÚ, en el que solicita garantizar el derecho fundamental a la consulta previa²¹
- Respuesta a la petición del 13 de abril de 2018, por medio del cual, el Ministerio del Interior le expone a los accionantes, que dicha entidad no

²⁰ visible a folios 30-32 y 56-58 del cuaderno 1

²¹ visible a folios 60-62 y 64-66 del cuaderno 1



es la competente para iniciar el trámite de consulta previa; pues el competente es la empresa privada que está adelantando la consulta previa. (visible a folios 86-89 del cuaderno 1).

- Respuesta a la petición del 17 de abril de 2018, por medio del cual, el Ministerio del Interior le expone a los accionantes, que dicha entidad no es la competente para iniciar el trámite de consulta previa; pues el competente es la empresa privada que está adelantando la consulta previa. (visible a folios 86-89 del cuaderno 1).
- Reseñas fotográficas del proyecto isla Barú. (visible a folios 91- 111).
- Copia del expediente 962²² contentivo de las actuaciones administrativas adelantadas en relación con la solicitud de licencia de construcción para el proyecto de la promotora Matimbá S.A., en la que se relacionan los siguientes documentos:
 - Documento de descripción del proyecto CLUB SPA MATIMBA²³.
 - Copia del informe rendido por Plinco ingenieros²⁴.
 - Copia de concepto técnico 08 del 17 de diciembre del 2008²⁵, en el que se describe el proyecto objeto de litigio y se explica que está localizado en un predio de 17,6 hectáreas en la isla de barú frente a la ciénaga de cholón y corresponde a la construcción de 52 viviendas tipo bungalows, repartidas en 6 manzanas y 119 cabañas. En este se explica que el área en la cual se desarrollara en el proyecto no hace parte del sistema nacional de áreas protegidas, reserva forestal o áreas de especial protección ecosistémica, tampoco corresponde a terrenos que deban ser mantenidos y preservados para la producción agrícola. Sin embargo, aclara que el proyecto club SPA MATIMBA, no cumple con los requerimientos a urbanísticos del POT, del distrito de Cartagena ya que el número de unidades habitacionales y el

²² Folio 143-255

²³ Folio 145-151

²⁴ Folio 158-160 del cuaderno 1

²⁵ Folio 176-180





volumen del área protegida sobrepasa los parámetros indicadas en el acuerdo 033 del 2007.

- Copia de Resolución 581 del 30 de julio del 2009, por medio del cual se acoge un documento de manejo ambiental, se autoriza un aprovechamiento forestal y se dictan otras disposiciones. (visible a folio 228-296 del cuaderno 2).

8.7.- Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el caso bajo estudio, el Consejo Comunero de la Comunidad de Barú solicita que se amparen sus derechos a la consulta previa, identidad étnica y cultural, existencia, territorio y condición de sujetos de especial protección, ordenándosele a la Promotora Matimba S.A, cesar con las obras ejecutadas, concernientes al proyecto en cuestión, puesto que el mismo genera impactos en la comunidad y se desconoce si se cuenta con un plan de manejo ambiental e impacto ambiental.

El proyecto en mención, cuenta con las siguientes especificaciones, según lo expuesto en el concepto No. 611/09²⁶:

"La Subdirección de Planeación de esta Corporación, emitió el concepto técnico número 010 de junio 30 de 2009, donde estableció que el proyecto Club SPA Matimba cumple en lo referente a los parámetros exigidos y los requerimientos urbanísticos reglamentarios establecidos en el POT de Cartagena -Decreto 0977 de 2001, Decretos 3600 de 2007 y 4066 de 2008)

Sin embargo la Subdirección de Planeación realizó modificaciones en lo relativo al número de unidades habitacionales, en los siguientes aspectos:

- *En lo referente al área total de ocupación paso de 11.459,69 M2 a 10.034,12 M2*
- *En lo referente al área de construcción paso de 15.991,22 M2 a 15.009,04 M2*
- *El número de unidades habitacionales se ajustó pasando de 171 a 135 unidades, de la siguiente manera:*
 - *Cabañas : paso de 119 a 72 unidades*
 - *Bungalows de 52 a 47 unidades*
 - *Se proyectaron 48 habitaciones hoteleras, las cuales por equivalencia corresponden a 16 unidades habitacionales.*

²⁶ Folio 224



Que El proyecto Club SPA MTIMBA S.A., requiere permiso de aprovechamiento forestal, por lo tanto debe enmarcarse dentro de la norma que regula el régimen de aprovechamiento forestal.

El Plan de Manejo Ambiental, contempla detalladamente las acciones que se requieren para prevenir, mitigar, controlar, compensar y corregir los posibles efectos o impactos ambientales negativos causados durante las actividades de construcción del proyecto Club SPA MATIMBA S.A.,

Las aguas residuales domesticas serán tratadas en una planta de tratamiento ubicada al interior del predio de

14 hectáreas. Una vez tratadas serán dispuestas al componente suelo. Esta disposición requiere del cumplimiento de una norma y de un Permiso de Vertimientos Líquidos.

El proyecto generará los siguientes residuos: Los lodos orgánicos provenientes de la planta de tratamiento de aguas residuales domésticas, estos son considerados residuos peligrosos y su manejo debe estar acorde con las especificaciones de la normatividad ambiental.

El predio donde se construirá el proyecto no hace parte de la estructura ecológica principal, tampoco corresponde al sistema nacional de áreas protegidas, reserva forestal, o área de especial importancia ecosistemica (nacimiento de agua, zona de recargas de acuíferos, rondas hidráulicas de cuerpos de agua, humedales)"

En su momento, el juez de primera instancia, tuteló los derechos invocados por la parte activa del litigio, avocando el carácter fundamental del Derecho a la consulta previa, por considerar que, como quiera que con la Resolución 935 del 06 de julio del 2015, se reconoce y se inscribe a la Junta Directiva del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Barú, y el certificado del Ministerio del Interior también da cuenta de su existencia, debió realizarse una consulta previa, antes de ejecutar las obras del Proyecto MATIMBA.

Al respecto, esta Corporación comparte los argumentos expuestos por el Juez a quo, en la medida en que, en el certificado que obra a folio 23-28 del expediente, el Ministerio del Interior expone de forma expresa que en la zona en la que se desarrollará el Proyecto MATIMBA se encuentra la presencia del CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA DE BARÚ, y que, por lo tanto, si se pretende adelantar la ejecución de la construcción de dicho proyecto, se deberá adelantar la consulta previa, ante la Dirección correspondiente.

Que, a pesar de los diversos requerimientos elevados por el Consejo en cuestión ante el Ministerio del Interior, el 10 de julio de 2017²⁷ y el 12-17 de abril

²⁷ Folio 30-32 y 56-58



de 2018²⁸, ninguna de las entidades accionadas intentó tomar medidas en procura de suspender las obras del Proyecto MATIMBA, ni gestionar la realización de la consulta previa.

Ahora bien, el MINISTERIO DEL INTERIOR, no se encuentra de acuerdo con la decisión adoptada por el Juez de primera instancia, como quiera que a su juicio no es él quien debe dar inicio al trámite de consulta previa ordenada, sino que el competente para ejecutar dicha orden es la empresa dueña del Proyecto MATIMBA. Al respecto manifiesta que dentro de las funciones de la Dirección de consulta Previa, no se encuentra ninguna facultad que le permita a dicho organismo coaccionar a las partes para que se dé un proceso de consulta previa, por lo que a su juicio el fallador le está imponiendo cargas que legalmente no le corresponden.

En ese orden de ideas, se tiene que, de acuerdo el Decreto 2893 de 2011, las funciones que cumple la DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA, son:

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

- 1. Dirigir en coordinación con las entidades y dependencias correspondientes los procesos de consulta previa que se requieran de conformidad con la ley.*
- 2. Asesorar y dirigir, así como coordinar con las direcciones de asuntos indígenas, Rom y minorías y asuntos para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas del Gobierno Nacional en materia de consulta previa y determinar su procedencia y oportunidad.*
- 3. Establecer directrices, metodologías, protocolos y herramientas diferenciadas para realizar los procesos de consulta previa, de conformidad con lo establecido en la legislación sobre la materia.*
- 4. Realizar las visitas de verificación en las áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, a fin de determinar la presencia de grupos étnicos, cuando así se requiera.*
- 5. Expedir certificaciones desde el punto de vista cartográfico, geográfico o espacial, acerca de la presencia de grupos étnicos en áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, obras o actividades que tengan influencia directa sobre estos grupos.*

²⁸ Folio 60-61 y 64-67





6. Verificar, antes del inicio de cualquier proceso de Consulta Previa, con las direcciones de asuntos indígenas, Rom y minorías, y de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, los registros actualizados de la representación legal de las autoridades de los grupos étnicos y conformación legítima de los espacios de concertación propios de cada uno de ellos.

7. Consolidar y actualizar la información del Ministerio del Interior sobre los procesos de consulta y los trámites de verificación, así como promover el conocimiento y difusión de los mismos y de su marco jurídico, por los medios que determine el Ministerio.

8. Hacer seguimiento al cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes en desarrollo de los procesos de consulta previa coordinados por esta Dirección y hacer las recomendaciones respectivas.

9. Elaborar estrategias de corto y largo plazo para el manejo de crisis sociales en el entorno de las comunidades y minorías étnicas en las que se desarrollan las consultas previas, en coordinación con las demás dependencias o entidades competentes.

10. Proponer proyectos de ley, de actos o reformas legislativas, así como efectuar el análisis normativo y jurisprudencial en coordinación con la Dirección de Asuntos Legislativos en materia de su competencia.

11. Apoyar el desarrollo y sostenimiento del Sistema Integrado de Gestión Institucional y la observancia de sus recomendaciones en el ámbito de su competencia.

12. Atender las peticiones y consultas relacionadas con asuntos de su competencia.

13. Las demás funciones asignadas que correspondan a la naturaleza de la dependencia.

Por otra parte, se tiene que la Directiva Presidencial 01 del 26 de marzo de 2010, establece que la responsabilidad de la realización de la consulta previa es compartida, entre el Ministerio del Interior y los representantes legales de los proyectos que se pretendan desarrollar, así:

"1. MECANISMOS PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY 21 DE 1991

Hasta tanto se determine la competencia de los entes territoriales respecto a la garantía del derecho a la Consulta Previa, será el Ministerio del Interior y de Justicia el único organismo competente para coordinar la realización de los procesos de Consulta Previa, conforme a lo establecido en su Resolución No. 3598 de diciembre de 2008.

La responsabilidad para llevar a cabo procesos de Consulta Previa es compartida entre los representantes de los proyectos y el Ministerio del Interior y de Justicia. El



Ministerio es responsable de la forma en que se desarrolla el proceso en cada caso particular y los representantes de cada uno de los proyectos son responsables de participar activamente durante el proceso de consulta previa y de proporcionar los recursos necesarios para cada proceso en particular."

En lo que se refiere al trámite de la consulta previa, la Directiva Presidencial No. 10 de 2013 explica que, dicho procedimiento consta de 5 etapas, denominadas i) certificación de presencia de comunidades; ii) Coordinación y preparación; iii) Pre consulta, iv) consulta previa, v) seguimiento. De todas estas etapas, se puede extraer lo siguiente:

"Etapa 1: Certificación sobre la presencia de comunidades étnicas que hace necesaria la consulta previa"

Objeto

Determinar si en el área de un proyecto, obra o actividad se certifica o no presencia de una comunidad étnica según los criterios del Convenio 169 de la OIT, la legislación nacional y la jurisprudencia constitucional sobre comunidades étnicas.

A partir de la información suministrada por el solicitante, la DCP²⁹ debe certificar la presencia o no de comunidades étnicas según lo que registren las bases de datos de la dirección y/o los resultados de una visita de verificación en campo, cuando sea necesaria.

Deberes

- 1. La DCP debe recibir la solicitud de certificación según los requisitos que se especifican en el formato aprobado por el sistema de gestión institucional (SIGI) (formato de solicitud de certificación de presencia o no de comunidades étnicas) y publicado en el portal web del Ministerio del Interior.*
- 2. La DCP debe realizar las acciones adecuadas para constatar si hay presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto a ejecutarse. Específicamente, debe evaluarse si el proyecto se pretende realizar en: (...)*

Proyección y expedición de la certificación de presencia o no de comunidades étnicas.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, la DCP debe expedir un acto administrativo que tenga los siguientes elementos:

- Fecha de la solicitud.*
- Breve descripción del proyecto, obra o actividad.*
- Identificación clara de las áreas de influencia del POA, acompañada de un mapa que precise su localización con coordenadas geográficas o con sistemas Gauss.*
- Documentación completa que muestre con claridad el desarrollo del procedimiento de certificación.*

²⁹ Dirección de Consulta Previa



- Identificación clara del número e identificación de comunidades certificadas y sus representantes
- Una decisión sobre la necesidad o no de la consulta.

Una vez expedida la certificación, la DCP remite al comité correspondiente de la comisión intersectorial de infraestructura encargada del proyecto, si es el caso.

Etapas 2: Coordinación y preparación

Identificar a las entidades públicas que tienen competencia relacionada con el POA que se consultará, y convocarlas a una reunión para conocer sus puntos de vista de la situación.

Objeto

- Coordinar y diseñar estrategias para facilitar el proceso de consulta.
- Identificar si el proceso de consulta requiere consentimiento previo libre informado, según si se configura alguna de las tres hipótesis que lo requieren, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional (...)

Deberes

1. La DCP identificará los ejecutores del POA.
2. La DCP identificará los representantes de los grupos étnicos a consultar.
3. La DCP, después de haber identificado a los representantes de las comunidades étnicas, tiene el deber de adelantar exclusivamente con ellas las etapas de preconsulta, consulta y seguimiento.
4. La DCP permitirá la articulación entre las instituciones relacionadas con el POA.
5. Identificar y anticipar eventuales actos administrativos y/o permisos o licencias que puedan ser necesarios durante el desarrollo de la consulta previa o del POA mismo.

La DCP programará, con el acompañamiento de las entidades públicas concernidas, un conjunto coordinado de acciones idóneas y oportunas, con el propósito de realizar una sola consulta previa integral sobre todos los aspectos del POA. De esta forma se evitará que las entidades soliciten consulta previa independiente para cada A.A. y/o permiso o licencia, y que así se evite un fraccionamiento excesivo del proceso.

Este paso es obligatorio para todos los procedimientos de consulta previa, salvo que se trate de un proyecto Pines clasificado como tal de conformidad con el Conpes de Pines. En ese evento, el acompañamiento se coordina en reunión de uno de los comités técnicos dependiente de la comisión intersectorial de infraestructura.

Etapas 3: Preconsulta

Objeto

Realizar un diálogo previo con los representantes de las comunidades étnicas involucradas, con el propósito de definir la ruta metodológica que debe seguir el



ejecutor del POA, y los términos en que será realizado el proceso según las especificidades culturales de cada una de las comunidades étnicas. ~o~

Deberes

1. La DCP debe convocar a los representantes de las comunidades étnicas, al ejecutor, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, a través de todos los medios que estén a su disposición. ~o~
2. La DCP debe presentar a las comunidades el marco jurídico de la consulta previa. La información debe incluir qué es la consulta previa, cuál es su fundamento normativo en Colombia, y qué derechos y obligaciones implica. La información que se brinde debe ser completa y clara. ~o~
3. La DCP debe garantizar el espacio para que las comunidades expresen sus inquietudes frente al marco jurídico expuesto.
4. La DCP debe garantizar el espacio para que el ejecutor responda las preguntas y comentarios expresados por las comunidades en relación a lo que se exponga sobre el POA.
5. El ejecutor debe presentar el POA a las comunidades étnicas.
6. La DCP debe garantizar la gestión oportuna y transparente de información suficiente".

Sobre este mismo aspecto, el Decreto 1066 de 2015 expone:

Artículo 2.5.3.2.10. Convocatorias. La Dirección de Consulta Previa es la autoridad encargada de realizar las convocatorias y de dirigir las reuniones de consulta previa. La Dirección de Consulta Previa dirigirá las reuniones del proceso de consulta, garantizará la participación de todos los sujetos involucrados y buscará, en lo posible, la suscripción de acuerdos entre las autoridades, los responsables del POA y las comunidades étnicas. Si durante el desarrollo de la consulta surgen temas que requieren tratamiento especializado de una autoridad no convocada por la Dirección de Consulta Previa, esta podrá citarla para que intervenga en las discusiones. No obstante, si los temas a que se refiere el inciso anterior son ajenos al objeto de la consulta, la Dirección podrá remitirlos a las autoridades competentes para que estas presten el apoyo correspondiente. (Decreto 2613 de 2013, artículo 10)

Descendiendo al caso concreto, advierte esta Judicatura que, conforme con la certificación No. 935 de julio 6 de 2015, visible a folio 23-29 del expediente, la empresa PROMOTORA MATIMBA S.A., dio inicio a la primera etapa del proceso de consulta previa, cual es la solicitud de la expedición de la certificación en la que conste si existe presencia o no de grupos indígenas, afrodescendientes u otros que puedan ser afectados con el proyecto a construir.

Que, de acuerdo con dicha solicitud, se expidió el certificado en comento, en el que se deja constancia de la existencia del CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA DE BARÚ, y se hace la claridad de que debe realizarse la consulta previa para poder ejecutar la obra denominada PROYECTO MATIMBA; que, contra dicho acto administrativo era procedente el recurso de reposición, sin embargo, no existe constancia de que el mismo se haya interpuesto.

Así las cosas, conforme con la normativa antes expuesta, lo que proseguía en el asunto, era la etapa de coordinación y preparación de la consulta previa, es decir, que la Dirección de Consulta Previa identificara los ejecutores del proyecto, los representantes de los grupos étnicos a consultar y las convocara para adelantar las etapas de pre-consulta, consulta y seguimiento.

En ese orden de ideas, se tiene que sí le asiste competencias al Ministerio del Interior, para adelantar, dirigir o coordinar el proceso de consulta previa entre la dueña del proyecto inmobiliario, PROMOTORA MATIMBA y el CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA DE BARÚ, en virtud de las facultades y deberes impuestos a través de la Directiva Presidencial 01 de 2010, Directiva 10 de 2013 y el Decreto 1066 de 2015.

Es necesario aclarar que la orden anterior no está encaminada a imponerle al Ministerio del interior, la carga de ejercer acciones coercitivas para obligar a las partes a llegar a acuerdos, sino que, lo que se busca es que se cree el espacio propicio, dentro de las competencias del Ministerio, para que se lleve a cabo la realización de la consulta previa en cuestión y no se sigan vulnerando los derechos de la comunidad afrodescendiente que vive en la zona afectada por el proyecto inmobiliario.

Ahora bien, a pesar de lo anterior, se modificará la parte resolutive de la sentencia impugnada, en el sentido de imponer en cabeza de la empresa PROMOTORA MATIMBA S.A., dueña del proyecto inmobiliario CLUB SPA MATIMBA, la obligación de adelantar ante la Dirección de Consulta Previa, todas las gestiones necesarias para que sea posible la realización de la consulta previa en este caso, puesto que, como se expresó anteriormente, en la Directiva Presidencial 01 de 2010, la responsabilidad en realización de la misma es compartida con el Ministerio del Interior.



De igual forma, se le ordenará al Distrito de Cartagena, que adelante las gestiones necesarias para que se suspenda la ejecución de la obra civil para la terminación del Proyecto CLUB SPA MATIMBA y cualquier otro que tenga por objeto ampliar el mismo.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal Administrativo de Bolívar,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero, segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, de fecha veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), así:

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

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

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

PARÁGRAFO: ORDENAR a la PROMOTORA MATIMBA SA., Y GRUPO SPAZIO, que en el término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo, inicie las gestiones que se le impongan a su cargo en el proceso de consulta previa con el CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA DE LA UNIDAD COMUNERA DE GOBIERNO DE BARU.

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

PARÁGRAFO: ordenar al Distrito de Cartagena, realizar todas las gestiones tendientes a garantizar la suspensión de la obra para la construcción del Proyecto CLUB SPA

MATIMBA, hasta tanto se cumplan las disposiciones impartidas en esta providencia, relacionadas con el proceso consultivo con la CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA DE LA UNIDAD COMUNERA DE GOBIERNO DE BARÚ".

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

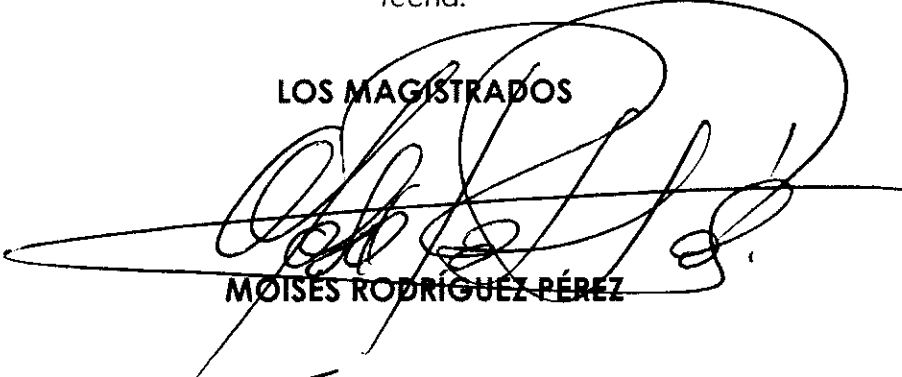
TERCERO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

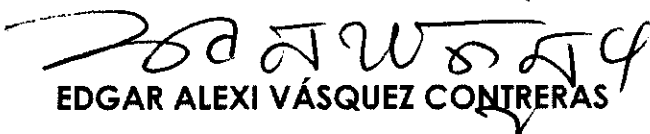
CUARTO: Por Secretaría del Tribunal, **ENVÍESE** copia de esta providencia al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 111 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
Ausente con permiso

Acción	IMPUGNACIÓN DE TUTELA.
Radicado	13-001-33-33-002-2018-00216-01
Accionante	CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS DE LA UNIDAD COMUNERA RURAL DE BARÚ
Accionado	MINISTERIO DEL INTERIOR
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ