



70/1304

Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

Cartagena de Indias D. T. y C., veinticinco (25) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	TUTELA
Radicado	13001-33-33-004-2019-00083-01
Accionante	CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA BAJO DEL TIGRE Y LA CONCORDIA Y CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA DE PASACABALLOS
Accionada	LADRILLERA LA CLAY S.A., MINISTERIO DEL INTERIOR – DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA, CARDIQUE, DISTRITO DE CARTAGENA
Vinculados	MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA, ASOCIACIÓN PARA EL APROVECHAMIENTO FORESTAL SOSTENIBLE DE PASACABALLOS – AGRODIQUE-
Tema	DERECHO A LA CONSULTA PREVIA COMUNIDADES NEGRAS
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la parte accionante, contra la sentencia de fecha catorce (14) de mayo de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó la acción de tutela impetrada por los CONSEJOS COMUNITARIOS DE LA COMUNIDAD NEGRA BAJO DEL TIGRE Y LA CONCORDIA Y DE LA COMUNIDAD NEGRA DE PASACABALLOS.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1 Hechos relevantes planteados por la accionante.

1.1.1. Las Comunidades Afrodescendientes de Bajo del Tigre, La Concordia, Benkos Biojó, Ciudadela 1 de agosto, Mesa Valdez Uno, Mesa Valdez Dos, Jorge Eliécer Gaitán, El Progreso, Nuevo Porvenir, Los Dos Caminos y Altos de la Paz están ubicadas en el corregimiento de Pasacaballos (Distrito de Cartagena), dentro del radio de influencia natural del Canal del Dique; comunidades que a lo largo de su historia han sido abandonadas por los gobiernos Nacional y Distrital, en cuanto al derecho a la salud, un ambiente sano y falta de saneamiento básico ambiental.

1.1.2. En pleno centro poblado se encuentra funcionado una ladrillera, por permiso concedido por las autoridades ambientales, sin tener en cuenta la afectación a la población, donde hay adultos mayores y niños indefensos.

1.1.3. Existe un Plan de Manejo Ambiental aprobado por la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique –CARDIQUE- que solamente se concentra en las actividades a desarrollar por la sociedad Ladrillera la Clay S.A., sin tener en cuenta el impacto al ecosistema y a la salud de los pobladores.



Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

1.1.4. En repetidas ocasiones, CARDIQUE ha expedido o autorizado la renovación de la licencia de emisiones atmosféricas a la Ladrillera la Clay S.A., sin tener en cuenta los daños que está generando a las comunidades raizales mencionadas.

1.1.5. A pesar de que la normatividad ordena que las comunidades afrodescendientes sean consultadas en los diferentes proyectos que se realizan en la zona de influencia directa, se ha omitido respecto del Plan de Manejo Ambiental autorizado por CARDIQUE.

1.1.6. Por Resolución No. 212 de 17 de diciembre de 1987 el INDERENA Regional Bolívar concedió licencia ambiental a la sociedad Ladrillera la Clay S.A.; mediante Resolución No. 0374 de 24 de septiembre de 1994, CARDIQUE estableció el Plan de Manejo Ambiental para las actividades desarrolladas por la ladrillera; el 11 de septiembre de 2010 la misma entidad otorgó permiso de emisiones atmosféricas; el 15 de marzo de 2001 se modificó el Plan de Manejo Ambiental; el 2 de febrero de 2014 CARDIQUE aprobó la construcción de 215 metros cuadrados adicionales al horno del área ya existente, para un total de 1200 m²; el 8 de agosto de 2005, se aprobó la construcción y operación de un nuevo horno continuo tipo HOFFMANN para actividades de cocción de ladrillos; a través de Resolución 0737 de 15 de septiembre de 2006, CARDIQUE renovó el permiso de emisiones atmosféricas a la sociedad por cinco (5) años.

1.1.7. La sociedad Ladrillera la Clay S.A., ha venido generando contaminación directa a las comunidades de Pasacaballos.

1.1.8. El día 27 de junio de 2007, el Ministerio del Interior -ante la solicitud hecha por el representante legal de la sociedad- certificó la existencia del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra del Corregimiento de Pasacaballos y le advirtió que, en caso que se superpusiera alguna comunidad negra con el área del proyecto, era necesario dar aviso por escrito para realizar el proceso de consulta previa, sin embargo, el mismo hasta la fecha no se ha adelantado.

1.2. Pretensiones

La parte accionante solicita que se amparen sus derechos fundamentales a la salud, vida, a la consulta previa y el consentimiento libre e informado, al desarrollo cultural, al uso de la tierra y protección de los recursos naturales y del ambiente; derecho al trabajo; al ambiente sano, al debido proceso y a la dignidad humana.

Como consecuencia de ello, solicita se ordene la suspensión inmediata de la acción perturbadora y revocatoria de todos los actos administrativos (sic).

1.3. Coadyuvancia¹

La ASOCIACIÓN CAMPESINA Y AGROPECUARIA DE LA VEREDA BAJO DEL TIGRE manifestó su coadyuvancia a la acción de tutela de la referencia. Al respecto, señaló que en su calidad de comunidades negras se encuentran directamente impactadas por la industria Ladrillera La Clay; que la autoridad ambiental

¹ Folio 1230 – 1232.



Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

competente no ha tomado decisión alguna para solucionar dicha problemática. Por lo tanto, solicita que se ordene la medida cautelar y se suspendan las actividades realizadas por la ladrillera, porque se omitió la consulta previa.

2. Actuación procesal relevante

2.1 Admisión y notificación

La solicitud de amparo fue admitida mediante auto de fecha treinta (30) de abril de dos mil diecinueve (2019)², en el que se dispuso notificar en calidad de accionados a la sociedad LADRILLERA LA CLAY, MINISTERIO DEL INTERIOR, CARDIQUE y DISTRITO DE CARTAGENA, a quienes se les solicitó rendir un informe completo y detallado sobre los hechos de la solicitud, concediéndoseles el término de dos (2) días. Adicionalmente, se ordenó la vinculación a las COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES DEL CORREGIMIENTO DE PASACABALLOS de las cuales dé cuenta la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior; al MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA y a la ASOCIACIÓN PARA EL APROVECHAMIENTO FORESTAL SOSTENIBLE DE PASACABALLOS – AGRODIQUE-.

La anterior providencia fue notificada a través de mensaje de datos enviado al buzón de correo electrónico de las entidades accionadas y vinculadas³.

3. Respuesta de las accionadas

3.1. AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA⁴

Solicita negar por improcedente la acción de tutela y que se exima de toda responsabilidad a esa entidad. Al respecto, sostiene que esta acción constitucional resulta improcedente para controvertir actos administrativos, cuando la parte accionante cuenta con mecanismos de defensa eficaces y no ha hecho uso de los mismos. Que no se ejerció ninguna acción de lo contencioso administrativo para efectuar el control de legalidad respecto de la Licencia de Explotación Ambiental y el Contrato de Concesión que datan del 12 de junio de 1997 y 9 de enero de 2007, respectivamente, y que la acción de tutela no es el escenario correcto para pretender que se haga el control de legalidad, de manera que, no se cumplen en este caso los requisitos de inmediatez y subsidiariedad necesarios para que proceda la acción de tutela.

Afirma que, no hay lugar a reprochar ninguna acción u omisión a esa entidad que haya sido lesiva de los derechos fundamentales de los accionantes, respecto de las competencias y funciones que le han sido legalmente otorgadas. Que la Agencia Nacional de Minería, a través de la Vicepresidencia de Seguimiento y Control –Punto de Atención Regional Cartagena-, ha efectuado las correspondientes visitas de fiscalización al área de los títulos mineros y en ningún momento ha encontrado trasgresiones a las obligaciones derivadas de la Licencia de Explotación Minera otorgada mediante Resolución No. 700920 del 12 de junio

² Folio 105 – 106.

³ Folio 114 – 115-

⁴ Folios 122 – 137.



Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

de 1997 por parte del Ministerio de Minas y Energía, ni tampoco respecto de las propias del Contrato de Concesión celebrado con la Secretaría de Minas del Departamento de Bolívar del 9 de enero de 1997.

En cuanto a la consulta previa, sostiene que, la misma no es competencia de esa entidad sino del Ministerio del Interior. Que el otorgamiento de títulos o contratos de concesión minera corresponde a una obligación legal que ejecuta la autoridad minera en virtud de lo establecido en el Decreto 4134 de 2011, en desarrollo de la Ley 685 de 2001 –Código de Minas-, dentro del cual no existe ninguna disposición que impida o restrinja el otorgamiento y desarrollo de proyectos mineros en territorios de comunidades indígenas, afrocolombianas o étnicas en general, sean estos territorios colectivos o no, pues el subsuelo es de propiedad de la Nación y no se trata de áreas excluibles de la minería, según la ley.

Resalta que, la consulta previa no es un trámite que se adelanta dentro de la actuación de las propuestas del contrato de concesión, pues se trata de un derecho fundamental del que gozan los grupos étnicos, con la finalidad de informarles previamente sobre la actividad, obra o proyecto que pueda afectarlos directamente, esto es, previo a iniciar la etapa de explotación minera en donde el Ministerio del Interior actúa como único organismo competente para coordinar la realización de los procesos de consulta previa.

En lo referente a los daños ambientales alegados por los accionantes, sostiene que, no corresponde a esa entidad efectuar algún tipo de seguimiento a la industria, comercialización, fabricación o manipulación que efectúe el titular minero luego de extraído el mineral del que se trate. En ese orden, si la sociedad Ladrillera la Clay S.A. destina los minerales a la fabricación de ladrillos, el control de esa actividad comercial, incluido lo correspondiente a las emisiones atmosféricas derivadas de esa fabricación, le compete a las autoridades administrativas del orden local.

Adicionalmente resalta que, el proyecto de explotación minera desarrollado por la sociedad Ladrillera la Clay S.A., cuenta con todas las autorizaciones ambientales expedidas por las autoridades competentes para el efecto, actos administrativos que se materializan en un manejo adecuado de las áreas o centros de acopio de materiales susceptibles de generar emisiones atmosféricas.

Finalmente, solicita que esa entidad sea desvinculada del trámite de la acción de tutela, por considerar que, carece de legitimación en la causa por pasiva.

3.2. CARDIQUE⁵

El Director General (E) de esa entidad sintetizó la actuación desplegada frente a la problemática que motiva la acción de tutela, y en ese sentido, señaló que los hoy actores presentaron una queja el 23 de agosto de 2017, en virtud de la cual se dio inicio a una indagación preliminar por las presuntas afectaciones al recurso natural del aire, por parte de la Ladrillera La Clay S.A. Por lo tanto, se realizó una

⁵ Folios 167 – 172.



Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

visita de seguimiento que se consignó en el Concepto Técnico No. 0755 de 2017, nueva visita técnica el 30 de octubre de 2017. Con fundamento en las conclusiones arrojadas por las visitas, se profirió la Resolución No. 0173 de fecha 14 de febrero de 2018, mediante la cual se impuso a la ladrillera la medida preventiva de suspensión de las actividades realizadas al interior de sus instalaciones, en los hornos del proceso de cocción en la producción de ladrillos, hasta tanto se implementaran medidas tendiente a mitigar los impactos ambientales causados a la comunidad en horario nocturno.

Posteriormente, fue proferido Concepto Técnico 0279/18 de fecha 3 de abril de 2018 por parte de la Subdirección de Gestión Ambiental de esa entidad, en el que se concluyó que la planta se encontraba cumpliendo con el 100% de la normatividad ambiental vigente y se consideró viable el levantamiento de la medida preventiva impuesta, lo cual se hizo mediante Resolución No. 0407 de fecha 5 de abril de 2018, y en consecuencia, se profirió la Resolución No. 803 de 3 de julio de 2018, mediante la cual se ordenó la cesación del proceso sancionatorio ambiental.

Conforme lo anterior, solicita que se desvincule a CARDIQUE del trámite de la acción de tutela, por considerar que se demostró que esa entidad ha dado cumplimiento a sus funciones de autoridad ambiental, realizando el seguimiento y determinando el ajuste de la actividad de la ladrillera La Clay a la normatividad ambiental de emisión de gases.

3.3. SOCIEDAD LADRILLERA LA CLAY S.A.⁶

Solicita que se declare improcedente el amparo constitucional de los derechos invocados por la parte actora, como consecuencia de la no acreditación de la vulneración de los mismos, ni la materialización de peligro inminente de los derechos invocados, que permita de manera excepcional como mecanismo transitorio, no seguir con el debido proceso administrativo establecido en la ley, bajo el conocimiento de la entidad natural de los procesos consultivos o de seguimiento, vigilancia y control para los asuntos ambientales.

Al respecto, sostuvo que no se han vulnerado los derechos a la consulta previa y el consentimiento libre e informado y demás derechos invocados por los accionantes, toda vez que, en la actualidad la sociedad Ladrillera la Clay S.A. se encuentra consultando con el Consejo Comunitario de Pasacaballos, que era el existente al momento del otorgamiento de la certificación de presencia étnica por el Ministerio del Interior, para el desarrollo y licenciamiento de proyecto de explotación minera, en contra de la Concesión 18835 a cargo de la empresa accionada y se encuentra en etapa de protocolización.

Señaló que, en ningún momento se han ocasionado daños ambientales a la pesca, agricultura, toda vez que, las mismas se siguen realizando, por lo que no se evidencia vulneración al derecho al trabajo que se invoca. En ese sentido, indicó que cuentan con diferentes Planes de Manejo Ambiental para cada actividad, que evidencia la protección ambiental al ecosistema del corregimiento de

⁶ Folios 174 - 208



Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

Pasacaballo, sumado a las actividades de responsabilidad social como son el plan becario, la prevalencia en la contratación de la mano de obra de la población.

Resaltó que, la sociedad cumple con los estándares de emisión admisibles por contaminantes a la atmosfera; le realiza a sus trabajadores exámenes periódicos cada seis meses, con el fin de evaluar el estado físico y psíquico, enfatizando en las pruebas de tamizaje utilizadas para medir la función pulmonar, sin encontrar al año 2019 ningún trabajador que evidencie deterioro de su función pulmonar o patología asociada a la exposición prolongada. Además, la población de Pasacaballos queda en cercanías de la zona industrial de Mamonal, por lo que en su criterio, existen muchos factores que ocasionan problemas médicos a la salud.

Advirtió que, no se ha vulnerado el derecho a la consulta previa en la medida que, los entes de control respectivos nunca solicitaron la práctica de consulta previa como requisito indispensable para la expedición de las licencias ambientales que datan de 1988, fecha desde la cual la sociedad en reiteradas ocasiones ha realizado mejoras en su proceso productivo, haciéndolo cada vez más eficiente y amigable con el medio ambiente.

Respecto de la falta de consulta previa de la actualización del Plan de Manejo Ambiental, señaló que la consulta previa no es el único mecanismo de participación y ha señalado la jurisprudencia constitucional que, en los casos en que el momento de la expedición o renovación de la licencia ambiental, no existía una obligación estatal de realizar una consulta previa a las comunidades étnicas, sí resulta obligatorio adelantar dicho mecanismo frente al Plan de Manejo Ambiental.

Adicionalmente, considera que la acción de tutela resulta improcedente en este caso, toda vez que, los accionantes cuentan con otro medio de defensa judicial por no existir un perjuicio irremediable. Sobre el tema, expuso que es la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior la autoridad competente para garantizar, liderar y coordinar los procedimientos de consulta previa y en virtud de sus funciones, no le compete al juez de tutela, máxime cuando en el asunto de marras no se ha acreditado el peligro inminente, ni una situación que justifique el actuar excepcional del juez de tutela como mecanismo de protección transitorio. Aunado a ello, mediante concepto OFI07-16923 DET-1000 del 27 de junio de 2007 de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Interior, se indicó que para esa fecha en el corregimiento de Pasacaballos no se registraba presencia de comunidades negras.

Sostuvo también que, los consejos comunitarios demandantes pretenden utilizar esta acción constitucional con el propósito de inducir en error al juez constitucional y de esta manera, evadir el agotamiento del debido proceso administrativo, en trámites como son: 1) la obtención de la certificación del Ministerio de presencia o no de comunidades étnicas en el área de influencia de los proyectos al momento de expedirse las licencias ambientales; 2) la asignación de predios de titulación colectiva por parte de la Agencia Nacional de Tierras como requisito fundamental para ser registrado y reconocido por la Dirección de asuntos para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras del



Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

Ministerio del Interior; 3) evitar control de legalidad sobre representatividad de esas comunidades.

En cuanto a la ausencia de perjuicio irremediable, adujo que la parte accionante no cuenta con elementos probatorios que demuestren la supuesta afectación o perjuicio irremediable en el presente asunto, pues además de manifestaciones imprecisas e históricas incluidas en la solicitud, no se aporta ningún tipo de probanza siquiera sumaria de una amenaza actual que le permita al operador judicial llegar a la conclusión indefectible que se hace necesario por vía excepcional de tutela, conceder el amparo como mecanismo transitorio.

Señaló además que, el tema objeto de la tutela es un hecho superado, por cuanto, la sociedad se dio a la tarea de salvaguardar el derecho a la consulta previa de la comunidad afrodescendiente de Pasacaballos, por lo que se ha adelantado un procedimiento para lograr concretar el trámite de la consulta de la licencia o título minero 18835.

Finalmente, aduce que los actos administrativos que la parte accionante pretende sean revocados gozan de presunción de legalidad.

3.4. DISTRITO DE CARTAGENA⁷

Solicita que, se declare la falta de legitimación por pasiva de esa entidad territorial, por considerar que, no existe competencia funcional del Alcalde Mayor del Distrito para conocer de los hechos alegados y en consecuencia, la desvinculación del mencionado funcionario del trámite de la acción de tutela.

Sobre los hechos que motivan esta acción constitucional señaló que, la veeduría CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA BAJO DEL TIGRE no se encuentra legitimado en la causa por activa, pues no es el titular del derecho fundamental cuya protección se pretende, ya que, en fecha **28 de enero de 2019** se presentó impugnación al acto de elección de la Junta Directiva de fecha **24 de noviembre de 2018**; la cual fue resuelta el 9 de febrero de 2019 a través de Oficio AMC-OFI-0008719 negado la impugnación; contra esta decisión procedía el recurso de reposición, que se encuentra en trámite ante la Secretaría de Interior y Convivencia Ciudadana, es decir, que dicha elección no se encuentra en firme, por lo que no es posible precisar si estos consejos comunitarios representan efectivamente a la Comunidad de Pasacaballo.

Aduce además que, no existe certificación alguna emitida por la Agencia Nacional de Tierras por la cual se haya otorgado titularización de predios o certificación del Ministerio del Interior acreditando las mismas.

En cuanto a la exigencia de la realización de la consulta previa, explicó que, existe formato de solicitud de inicio de consulta previa con grupos étnicos, realizada por la empresa SOCIEDAD LADRILLERA LA CLAY S.A., radicado el 7 de marzo de 2018 ante el Ministerio del Interior, entidad competente para adelantar este trámite, por lo tanto, afirma que se presenta una carencia actual de objeto.

⁷ Folios 1146 - 1151



Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

3.5. MINISTERIO DE AMBIENTE⁸

Solicita que, se desvincule a esa entidad del trámite de la acción de tutela, al carecer de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, no ha vulnerado ni amenazado derecho fundamental alguno, ya que no tiene la competencia relacionada con la consulta previa. Adicionalmente, en la actualidad no tiene competencia para otorgar licencias ambientales, potestad que está a cargo de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y para el caso en concreto, de CARDIQUE.

4. Sentencia de primera instancia⁹

Mediante sentencia de fecha 14 de mayo de 2019, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena negó el amparo solicitado por el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra Bajo del Tigre y la Concordia y el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Pasacaballos.

Como fundamento de su decisión, sostuvo la A quo que la Sociedad Ladrillera la Clay, en virtud de un nuevo proyecto de explotación minera, con contrato de concesión 18835, el 7 de marzo de 2018 presentó ante el Ministerio del Interior solicitud de inicio de consulta previa con grupos étnicos del corregimiento de Pasacaballos, debido a la influencia directa del desarrollo del proyecto sobre dichas comunidades. En virtud de dicha solicitud, el Ministerio dio inicio a la misma, efectuando varias convocatorias y reuniones en desarrollo de las etapas de preconsulta y apertura, análisis e identificación de impactos y formulación de medidas, formulación de acuerdos y refrendación. Que en dicho proceso se han expuesto e identificado los impactos producidos en el desarrollo de la actividad de la ladrillera y las medidas para su manejo; trámite en el cual se han formulado acuerdos con la participación, el diálogo y el consentimiento de estas comunidades, encontrándose solo para refrendar lo acordado.

En ese sentido, concluyó que no se vulneran los derechos fundamentales invocados por las accionantes, como quiera que, el agotamiento de la consulta previa se encuentra surtiéndose, en el que se han adelantado varias etapas, que han contado con la participación activa de los consejos comunitarios, a quienes se les ha brindado la oportunidad del diálogo, la información de las actividades e impactos generados por la sociedad accionada, se han discutido y propuesto soluciones a estos impactos en diferentes ámbitos; incluidos el ambiente y la salud de la población de Pasacaballos. Adicionalmente, se encuentran en discusión de la forma de compensación.

Precisó que, las comunidades negras del corregimiento de Pasacaballos han tenido la oportunidad de participar activa y efectivamente en ese proceso de consulta, de exponer toda la situación que aducen les ha afectado por la actividad de la Ladrillera La Clay, se han informado de los impactos y han celebrado acuerdos para su manejo y el desarrollo armónico de la actividad

⁸ Folios 1191 – 1199.

⁹ Folios 1241 – 1259.



Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

extractiva e industrial adelantada por la empresa, sin que se advierta que se hayan presentado vías de hecho o se haya impuesto medidas en contra de su consentimiento.

Aclaró que, aunque el proceso de consulta se ha dado cuando el proyecto se encontraba en su etapa de explotación, dicha circunstancia no le resta mérito y validez al mismo, ya que como lo ha sostenido la Corte Constitucional, esta se puede dar incluso cuando el proyecto se encuentre en marcha.

Respecto de la alegada vulneración a los derechos a la salud y a un ambiente sano, sostuvo que, dentro del proceso de consulta se estableció que la empresa ladrillera hará monitoreo de material particulado y de gases conforme lo establezca la autoridad ambiental. Adicionalmente, no encontró la A quo elementos que evidencien la existencia de exposición de agentes contaminantes que afecten gravemente el ambiente y la salud de esta población, producto de la actividad desarrollada por la ladrillera, que amerite la intervención excepcional del juez constitucional para contrarrestar dicha situación y adopte las medidas de protección de tales derechos. Por el contrario, encontró probado que, CARDIQUE ha expedido las licencias y permisos ambientales con sustentos técnicos y ha verificado que la sociedad cumpla con los estándares ambientales requeridos.

5. Impugnación¹⁰

La parte accionante solicita se revoque la decisión de primera instancia, por considerar en síntesis que, en dicha providencia no se captó adecuadamente el núcleo del complejo problema ambiental y social planteado, toda vez que, la sociedad Ladrillera la Clay S.A., está realizando consulta previa con el CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA DE PASACABALLOS, sobre el título minero y no sobre la industria ladrillera, que es el motivo de esta acción de tutela. Sin embargo, el CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA BAJO DEL TIGRE Y LA CONCORDIA no está participando de proceso consultivo alguno.

Precisa que, el CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA BAJO DEL TIGRE Y LA CONCORDIA representa a las comunidades de Bajo del Tigre y la Concordia, muy diferente a las comunidades que representa el CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA DE PASACABALLOS. A estas comunidades no se les ha consultado sobre el título minero de la sociedad Ladrillera La Clay y mucho menos, lo referente a las actividades de la industria ladrillera que son las que más impacto causan a las comunidades afrodescendientes.

Sostiene que, ninguno de los actos administrativos relacionados en la sentencia de primera instancia, expedidos por el INDERENA REGIONAL BOLÍVAR y CARDIQUE, que contienen el título minero, han sido objeto de consulta previa con las comunidades de Bajo del Tigre y la Concordia. Que el plan de manejo ambiental que tiene la sociedad accionada carece de componente social y en ninguno de sus apartes se incluye a las comunidades afrodescendientes de la

¹⁰ Folios 1273 - 1281



Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

zona de influencia, lo que en su criterio significa falta de precaución por parte de la autoridad ambiental competente. Indica además que, la problemática ambiental generada por la industria ladrillera en su salud no terminó con el informe suministrado por CARDIQUE al expediente.

Aduce que, el fallo de primera instancia se concentra en la consulta previa que está realizando la sociedad Ladrillera la Clay S.A., sin embargo, la acción de tutela no tiene como fin esencial la consulta previa del título minero, sino que va dirigida a la protección de los derechos fundamentales sobre las actividades de la industria ladrillera, las cuales están generando impactos en la vida de las comunidades de la zona y respecto de las cuales no se ha adelantado consulta alguna.

5.1 Trámite de la impugnación

A través de auto de fecha veintitrés (23) de mayo de dos mil diecinueve (2019)¹¹, el Juzgado Cuarto Administrativo concedió la impugnación interpuesta por el CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA BAJO DEL TIGRE Y LA CONCORDIA, contra la sentencia de tutela de fecha catorce (14) de mayo de dos mil diecinueve (2019), siendo repartida al Despacho 003 de este Tribunal el 24 de mayo de 2019¹².

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La competencia

Conforme lo establecen el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto Ley 2591 de 1991 y el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación presentada contra la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

2. Legitimación en la Causa

2.1 Por Activa

La legitimación en la causa por activa corresponde a la titularidad de la parte accionante respecto de los derechos fundamentales infringidos, la capacidad para actuar en representación de otros a quienes resulta imposible defender directamente sus propios derechos, o la capacidad para actuar como apoderado judicial de acuerdo con el poder otorgado conforme a la Ley cuando así lo disponga el titular del derecho.

En el caso concreto, la solicitud de amparo fue instaurada por los representantes legales de los Consejos Comunitarios de la Comunidad Negra de Pasacaballos y de la Comunidad Negra Bajo del Tigre y la Concordia. Frente a este último, el Distrito de Cartagena manifiesta que carece de legitimación en la causa por

¹¹ Folio 1286

¹² Folio 1290



Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

activa, toda vez que, aun no se encuentra en firme el acto de elección de la Junta Directiva.

Al respecto, la Sala coincide con la A quo en cuanto a que, los accionantes sí están legitimados por activa para actuar en representación de la referida comunidad negra, pues el señor AMALFI HERNÁNDEZ AHUMEDO, como miembro de la comunidad de Bajo del Tigre y la Concordia y residente del corregimiento de Pasacaballos, está legitimado para procurar la protección de los derechos fundamentales invocados, entre ellos, el de consulta previa, por cuanto, la no realización de este trámite podría llegar a afectar, como lo ha reconocido la H. Corte Constitucional, el derecho fundamental de todos y cada uno de los miembros de la comunidad étnica.

2.2 Por Pasiva

Las entidades accionadas, LADRILLERA LA CLAY S.A., MINISTERIO DEL INTERIOR-DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA, CARDIQUE, DISTRITO DE CARTAGENA y AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA, están legitimadas por pasiva para actuar dentro de la presente acción, pues en los términos del artículo 1 en concordancia con el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, los cinco (5) últimos son autoridades públicas en cuyo poder y competencia están entrelazadas las acciones u omisiones que se relatan en los hechos de la solicitud de amparo con respecto a los derechos fundamentales a la SALUD, VIDA, CONSULTA PREVIA y el CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO, al DEBIDO PROCESO, AMBIENTE SANO y DIGNIDAD HUMANA de la Comunidad accionante y a la Ladrillera la Clay, como empresa particular, se le endilga la vulneración de los derechos fundamentales alegados en la demanda con ocasión de su actividad de explotación minera.

3. Problemas jurídicos

De la lectura de las pretensiones de la solicitud de amparo, la sentencia de primera instancia y la impugnación, evidencia la Sala que los problemas a dilucidar en el asunto bajo estudio son los siguientes:

¿Se debe confirmar, revocar o modificar la sentencia de primera instancia?

En aras de resolver el problema jurídico principal planteado, habrá de determinar la Sala si:

¿Resulta procedente la acción de tutela para estudiar de fondo si las accionadas vulneraron el derecho fundamental a la consulta previa y demás derechos invocados por los Consejos Comunitarios de la Comunidad Negra de Pasacaballos y de la Comunidad Negra Bajo del Tigre y la Concordia?

En caso de ser procedente la presente acción de tutela, se determinará si:

¿Se vulneran los derechos fundamentales alegados por la comunidad negra del Bajo del Tigre y la Concordia, con ocasión de la actividad industrial desplegada por la sociedad Ladrillera La Clay en el Corregimiento de Pasacaballos (Distrito de Cartagena de Indias)?



Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

4. Tesis de la Sala

La Sala sostendrá como tesis que, la sentencia de primera instancia se debe confirmar, por cuanto, no se acredita la vulneración de los derechos fundamentales a la consulta previa, al consentimiento libre e informado, al desarrollo cultural, al trabajo, ambiente sano y al debido proceso del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Pasacaballos como tampoco de la del Bajo del Tigre y la Concordia (Distrito de Cartagena).

Como sustento de lo anterior, se sostendrá que tal como lo sostuvo la A quo, desde el mes de marzo del año 2018, se inició un proceso de consulta previa entre la sociedad LADRILLERA LA CLAY y el CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA DE PASACABALLO, quien actuaba en representación de todos los habitantes de ese corregimiento. En dicho proceso consultivo se garantizó el derecho de participación de los miembros de la comunidad, tuvieron un espacio para exponer sus preocupaciones relacionadas no solamente con el nuevo título de explotación minera otorgado a la sociedad, sino con la actividad industrial desarrollada por la misma, a tal punto, que de manera concertada ambas partes llegaron a significativos acuerdos en el aspecto ambiental, de salud, social e incluso económico de la población; proceso consultivo que se encuentra pendiente por surtir las etapas relacionadas con la protocolización de lo acordado.

Ahora bien, quedó acreditado que el CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA BAJO DEL TIGRE Y LA CONCORDIA solamente se registró ante la Secretaría del Interior Distrital de Cartagena hasta el 30 de noviembre de 2018, fecha para la cual quienes hacen parte de este nuevo consejo comunitario, ya habían participado en la totalidad del proceso de consulta previa como miembros de la Comunidad Negra de Pasacaballos, en el que el 22 de octubre de 2018 se surtió la etapa de acuerdos entre las partes. En ese sentido, no se encuentra vulnerado el derecho a la consulta previa del nuevo consejo comunitario, en la medida que, a sus miembros se les garantizó el derecho a la participación como comunidad negra dentro del marco de un proyecto minero que podía afectar el ecosistema de la población.

Tampoco se encuentra acreditada la afectación a la salud y al medio ambiente de la comunidad con las actividades industriales desarrolladas por la sociedad Ladrillera La Clay S.A., toda vez que, la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique –CARDIQUE- ha realizado un seguimiento exhaustivo al desarrollo de las actividades a cargo de la sociedad, quien cuenta con los permisos y/o licencias ambientales requeridas para su funcionamiento. En ese orden, las pruebas aportadas no permiten tener certeza de que realmente se ocasionen daños a la salud o al medio ambiente de los pobladores asentados en las cercanías de la Ladrillera La Clay S.A., por el contrario, se observan avances significativos en el control y prevención por parte de la autoridad ambiental y el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la sociedad accionada para evitar posibles afectaciones.

Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

5. Marco jurídico y jurisprudencial

5.1 Generalidades de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

De lo anterior, se tiene como características de esta acción las siguientes:

- Está instituida para proteger derechos fundamentales.
- La subsidiariedad, por cuanto solo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable, supuesto que debe probarse.
- La inmediatez, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.

5.2. Derecho fundamental a la Consulta Previa y su protección mediante la Acción de Tutela

El derecho a la consulta previa está consagrado en el Convenio 169 de la OIT, suscrito en Ginebra en 1989, que posteriormente fue ratificado por Colombia en 1991 e incorporado al ordenamiento interno mediante la Ley 21 de ese año. Consiste en la facultad que tienen todas las comunidades étnicas¹³ de la Nación (indígenas, negras, raizales, palenqueras, rom), de ser consultadas de manera previa a la ejecución de un proyecto, obra o actividad, que se vaya a llevar a cabo en las tierras donde habitan, o sobre cualquier medida legislativa o administrativa que pueda afectar directamente a la comunidad, para garantizar su participación efectiva en las decisiones que los afecten, y evitar las decisiones arbitrarias; es decir, que mediante la consulta previa las autoridades pueden y deben exigir todas las medidas de mitigación y las garantías que sean necesarias y pertinentes para evitar o minimizar las afectaciones.¹⁴

La Corte Constitucional¹⁵ ha sostenido de manera reiterada que la consulta previa posee el carácter de derecho fundamental, porque concreta mandatos constitucionales, como el principio de participación de grupos particularmente vulnerables, la diversidad cultural y los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, frente a los pueblos étnica o culturalmente diversos.

¹³ T-129 de 2011
¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-969/14
¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU 039 de 1997



Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

En el mismo sentido, el Convenio 169 de 1989 "asume que [los] pueblos [originarios] pueden hablar por sí mismos, que tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones que los afectan, y que su contribución, además, será beneficiosa para el país en que habitan", reivindicando la capacidad y derecho de los pueblos indígenas de interactuar en condición de igualdad con el grupo mayoritario y aportar de esa forma a la construcción del Estado. En ese marco, la consulta previa no debe considerarse como una garantía aislada. Constituye el punto de partida y encuentro de todos los derechos de los pueblos indígenas, en tanto condición de eficacia de su derecho a adoptar decisiones autónomas sobre su destino, sus prioridades sociales, económicas y culturales."¹⁶

5.3. Procedencia y reglas de la Consulta Previa

El elemento principal para la procedencia de la consulta previa, lo constituye la "afectación directa"¹⁷ del proyecto o política, sobre las atribuciones de una comunidad. Así pues, el Convenio 169 señaló expresamente alguna de las circunstancias que configuran ese supuesto de afectación directa que hace exigible la consulta. De acuerdo con el instrumento internacional, sus Estados signatarios tienen la obligación de consultar **i)** aquellas medidas que involucren la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales; **ii)** las medidas que impliquen trasladar o reubicar a esas colectividades de las tierras que ocupan, **iii)** las decisiones relativas a su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir, de otra forma, sus derechos sobre estas fuera de su comunidad; **iv)** las medidas relacionadas organización y al funcionamiento de programas especiales de formación profesional; **v)** la determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno y **vi)** las medidas relacionadas con la enseñanza y la conservación de su lengua.

En ese orden, y con el propósito de dar cumplimiento a la Constitución Política, los compromisos internacionales adquiridos por Colombia en materia de Consulta Previa y la ley, se expidió la Directiva Presidencial 01 de 2010¹⁸ en cuyo numeral 2., se indica que "La consulta procede antes de la ejecución o puesta en marcha de cualquier proyecto que pueda afectar a los Grupos Étnicos Nacionales, o los derechos de los que son titulares", señalando que requieren la garantía del derecho a la Consulta Previa, entre otras circunstancias, "**b) Programas de prospección o explotación de los recursos naturales en sus territorios**".

Ahora bien, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁹ ha establecido cuales son las características de la consulta previa:

(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.

¹⁶ Sentencia T-376 de 2012 MP María Victoria Calle Correa

¹⁷ T-376 de 2012

¹⁸ <http://web.presidencia.gov.co/direc/2010/direc0126032010.pdf>

¹⁹ C-461 de 2008, T-547 de 2010, T-660 de 2015.



Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

(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. La consulta no se agota con meros "acercamientos" o con la simple socialización de las decisiones con las comunidades afectadas, sino que exige un verdadero diálogo, en el cual se identifiquen las ventajas y desventajas de la ejecución de las decisiones que se tomarán y las medidas de compensación y mitigación más adecuadas."

(iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe. Sobre este particular se deberá tener en cuenta que los objetivos específicos del proceso de consulta previa son tres:

"a) 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.

b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.

c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada".

(v) 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.

(vi) Es necesario valorar la importancia fundamental del territorio y de sus circunstancias específicas.

(vii) 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.



Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

(viii) 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.

(ix) Preservación de la competencia para adoptar una decisión, no arbitraria y constitucionalmente regulada, en cabeza de las autoridades públicas si no es posible llegar a un acuerdo. Si bien el proceso de consulta previa no es un mecanismo adversarial de confrontación de intereses, y además uno de sus elementos esenciales es el consentimiento libre e informado de las comunidades frente a las medidas que afectarán sus intereses, debe tenerse en cuenta que las comunidades no tienen poder de veto, y si al final de un proceso de consulta previa en el que hayan sido cumplidas plenamente las diversas garantías constitucionales expuestas en esta providencia, no hubiere sido posible lograr un acuerdo o una concertación con el grupo étnico afectado, las autoridades preservan la competencia para adoptar una decisión final sobre la realización del proyecto.

La adopción de esta decisión es, a su vez, un proceso sujeto a claros mandatos constitucionales; tal y como ha explicado la Corte Constitucional., *"cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. // En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros."*²⁰

Lo anterior, sin embargo, encuentra su excepción en tres casos en los cuales, según lo señaló la Corte Constitucional en Sentencia T-172 de 2013, es **obligatorio el consentimiento** libre, previo e informado de las comunidades:

"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." (Subrayas fuera de texto)

Igualmente, la Corte en la mentada Sentencia T-172 de 2013, además de reiterar las anteriores características, agregó las siguientes:

²⁰ Sentencia SU-039 de 1997



Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

- 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.
- 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.
- 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.

5.4. Procedimiento de la Consulta Previa

La Directiva Presidencial 10 de 2013 consagra la "Guía para la realización de Consulta Previa con Comunidades Étnicas" para el desarrollo de proyectos, obras o actividades en áreas en donde se registre presencia de comunidades étnicas, y fija como etapas de la consulta, las siguientes:

ETAPA 1. Certificación de presencia de comunidades étnicas en el área de influencia de un proyecto, por parte de la Dirección de Consulta Previa, a solicitud del interesado en ejecutar el proyecto.

En caso de identificar comunidades en el área de influencia del proyecto, la DCP debe analizar si el proyecto puede afectar directamente o no a las comunidades identificadas, y si es necesario realizar la consulta previa. El acto administrativo de certificación, es susceptible de recurso de reposición.

ETAPA 2. Coordinación y preparación. Identificación de los ejecutores del proyecto, de los representantes de las comunidades identificadas, y de las entidades públicas que tienen competencia relacionada con el proyecto, y su respectiva convocatoria para conocer sus puntos de vista. Igualmente, identificará los eventuales permisos o licencias que puedan ser necesarios durante el desarrollo de la consulta previa o del POA mismo.

Procedimiento para las convocatorias: La DCP convocará a las reuniones contempladas en las etapas de preconsulta y consulta por escrito o mediante el uso de otros medios, a los representantes de las comunidades étnicas, el ejecutor del proyecto, al Ministerio Público y otras entidades según se requieran.

- Si aún no se han identificado los representantes de las comunidades que se van a consultar o hay conflictos internos se pedirá el acompañamiento de la Dirección de Asuntos para Comunidades Indígenas, ROM y minorías; y/o a la



Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras.

- Si los representantes de las comunidades étnicas o el ejecutor del proyecto no pueden asistir, estos deben informar el motivo que les impide la asistencia y pactar una nueva fecha.
- De no recibir respuesta de algunos de los representantes de las comunidades étnicas, la DCP realizará el intento de notificación 3 veces en preconsulta y 2 veces en consulta, cada ocho (8) días para probar que efectivamente se intentó realizar la convocatoria y que alguna de ellas o todas se negaron a asistir.
- Luego de realizar los intentos de convocatoria y si los representantes de las comunidades involucradas fueron efectivamente notificados más de una vez y no justificaron incapacidad de asistir o nunca se manifestaron, la DCP podrá dar por concluido el proceso consultivo. Para ello, la DCP convocará a una reunión con el Ministerio Público, invitará al ICANH y las entidades competentes en el ámbito del proyecto donde se advertirán sus posibles impactos para facilitar a la autoridad competente la construcción del test de proporcionalidad que soportará su decisión final.
- Si los representantes de algunas comunidades se hacen presentes, la DCP debe continuar el proceso de consulta con ellos y dejar constancia de la ausencia de los otros.

ETAPA 3. Pre-consulta. Convocatorias y diálogos previos entre los representantes de las comunidades y el ejecutor del proyecto, para definir la ruta metodológica que debe seguir el ejecutor del proyecto, y los términos en que será realizado el proceso de consulta. Deberá convocarse también a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo.

La DCP deberá coordinar la reunión, explicando a las comunidades todo acerca de la consulta previa, y garantizando el espacio para que expresen sus inquietudes, así como para que estas sean resueltas. Igualmente, el ejecutor deberá presentar el proyecto a las comunidades y la DCP debe garantizar la gestión oportuna y transparente de información suficiente.

Las entidades públicas, el ejecutor del proyecto y las comunidades construirán la ruta metodológica de la consulta previa con los lugares y las fechas en que se efectuarán las reuniones pertinentes.

ETAPA 4. Consulta previa. Convocatoria y diálogos entre el Estado, el ejecutor y las comunidades étnicas a través de sus representantes, con la presencia de la Dirección de Consulta Previa para que garantice la participación real, oportuna y efectiva de las comunidades en la toma de decisiones de los proyectos que les afecten. Deberá convocarse también a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo. Se realiza mediante los siguientes pasos específicos:

- Paso 1: convocatoria a las reuniones



Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

- Paso 2: Desarrollo de reuniones de análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo (prevenir, corregir, mitigar o compensar)
- Paso 3: Desarrollo de las reuniones para la formulación de acuerdos

Si el proyecto no necesita la obtención del consentimiento previo, libre e informado, según lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional, y no es posible llegar a un acuerdo con la comunidad, las entidades competentes deberán valorar plenamente las inquietudes y expectativas de las comunidades étnicas con el fin de evitar, mitigar, corregir, prevenir o compensar la afectación que eventualmente pueda derivarse de la ejecución del proyecto. La decisión de las autoridades competentes debe estar desprovista de arbitrariedad; en consecuencia, debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad.

Si se requiere el consentimiento previo, libre e informado de la comunidad, según lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional, la DCP debe asegurarse de informar las entidades competentes del sector sobre su deber de explorar las alternativas menos nocivas para las comunidades étnicas. Si de dicho proceso resulta que todas son perjudiciales y que la intervención conllevará al aniquilamiento y desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine. En este caso, se convocará a una reunión con un comité de respuesta inmediata, o con el comité previsto en el CONPES PINES de ser el caso, para revisar posibilidades de reformulación del proyecto, y establecer la fecha final de cierre de la consulta.

Ahora bien, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 11 del Decreto 2613 de 2013, por medio del cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la Consulta, *"La autoridad ambiental competente deberá participar en aquellas reuniones del proceso de consulta previa en que se prevea la identificación de impactos y medidas de manejo de aquellos proyectos para los que se deba expedir licencia ambiental"*.

En ese orden, de conformidad con el literal e, del artículo 13 del Decreto 1320 de 1998 (compilado en el Decreto 1066 del 26 de mayo de 2015) "e), en caso de no existir acuerdo respecto de las medidas contenidas en el Plan de Manejo Ambiental, se dará por terminada la reunión dejando en el acta constancia expresa de tal hecho y la autoridad ambiental competente decidirá sobre el particular en el acto que otorgue o niegue la licencia ambiental".

De lo anterior, se colige que la participación de la ANLA en este proceso, tiene como fin ofrecer apoyo técnico a las partes, que por la complejidad de los proyectos, frecuentemente requieren de soportes y aclaraciones de tipo técnico de la autoridad ambiental.



Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

- Paso 4: Protocolización

En las situaciones en que es necesario obtener el consentimiento previo, libre e informado según la jurisprudencia constitucional, pero este no haya sido manifestado por los representantes de la comunidad, no se protocolizará ningún documento. Así constará en el Acta de Consulta Previa, y se convocará a una reunión de respuesta inmediata para discutir el caso.

Si no era necesario obtener el consentimiento, según lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional y fue posible formular acuerdos con los representantes de las comunidades, estos se protocolizarán.

En caso que el proyecto requiera licencia ambiental, una vez se protocolicen los acuerdos la DCP informará a la autoridad ambiental competente. Esto debe realizarse, sin perjuicio de que se haya avanzado simultáneamente en la obtención de los requisitos de la licencia ambiental y la consulta a las comunidades, en la medida de lo posible.

ETAPA 5. Seguimiento de acuerdos. Aseguramiento de que lo protocolizado en la Consulta Previa sea efectivamente realizado por las partes, según los plazos acordados con las comunidades. Para ello, la DCP debe requerir periódicamente a los responsables del proyecto, así como comunicarse periódicamente con las comunidades, para verificar que se están cumpliendo los acuerdos.

A las reuniones de seguimiento de acuerdos, la DCP deberá convocar a las partes, a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo y a las autoridades ambientales a las reuniones de seguimiento según lo pactado en la consulta previa.

6. Caso Concreto

6.1 Hechos relevantes probados

6.1.1 Pruebas de la representación legal de los consejos comunitarios accionantes

6.1.1.1 Obra a folio 33 del expediente, certificación expedida por la Secretaría del Interior y Convivencia Ciudadana del Distrito de Cartagena, en la que se hace constar que el acta de elección de la Junta del CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA DE PASACABALLOS tiene vigencia desde el 14 de noviembre de 2018, hasta el 31 de diciembre de 2019.

6.1.1.2 Certificado de Registro del Acta de Elección de la Junta del Consejo Comunitario de COMUNIDADES NEGRAS BAJO DEL TIGRE Y LA CONCORDIA (Fl. 34 – 36).

6.1.1.3 El anterior acto fue impugnado, siendo resuelto el recurso mediante auto de fecha 5 de febrero de 2019 en el cual el Secretario del Interior del Distrito de



Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

Cartagena negó la misma (Fl. 1172 - 1174). Contra la decisión de la impugnación se interpuso recurso de reposición (1167 – 1171).

6.1.2. Pruebas relacionadas con la situación ambiental de Ladrillera la Clay S.A.

6.1.2.1. Resolución No. 0374 de 24 de septiembre de 1997, expedida por CARDIQUE, por medio de la cual se establece el Plan de Manejo Ambiental presentado por Ladrillera La Clay Ltda., para la operación de la planta y actividades mineras, ubicada en el corregimiento de Pasacaballos; en la cual se dispone que la sociedad queda obligada a cumplir todas las obras y acciones propuestas (Fl. 896 898). El Plan de Manejo Ambiental fue modificado mediante Resolución No. 0191 de 2001, con ocasión de la ampliación del horno tipo Hoffman que posee la empresa para la cocción de los ladrillos (Fl. 899 – 901).

6.1.2.2. En Concepto Técnico No. 557/97, CARDIQUE estableció que era factible expedir la correspondiente viabilidad ambiental a la Ladrillera La Clay, para la operación de la planta y actividades mineras, quedando obligada a cumplir con todas las obras propuestas en el Plan de Manejo Ambiental (Fl. 50 – 52).

6.1.2.3. El 16 de octubre de 1998, CARDIQUE realizó informe técnico 1200/98 en el cual se estableció que la sociedad LADRILLERA LA CLAY LTDA deberá suspender la utilización de carbón mineral como combustible para los hornos, por no contar con el permiso de emisiones atmosféricas respectivo (Fl. 53 – 54).

La Corporación Autónoma del Canal del Dique –CARDIQUE- por auto No. 0580 de 8 de septiembre de 2000, dispuso requerir a la Ladrillera La Clay para que, entre otras acciones, suspendiera las quemas a cielo abierto de los residuos sólidos domésticos e implementara las correcciones pertinentes para la disposición de aguas residuales (Fl. 41 – 42).

6.1.2.4. Mediante Resolución No. 0772 de 11 de septiembre de 2000, CARDIQUE otorgó permiso de emisión atmosférica a la LADRILLERA LA CLAY LTDA con una vigencia de cinco (5) años. En dicho acto administrativo se establecieron obligaciones a cargo de la sociedad, entre las que se encontraban las de realizar la caracterización de las emisiones atmosféricas generadas por el proceso de combustión durante la cocción del ladrillo utilizando como combustible carbón mineral e instalar medidores de temperatura a lo largo del horno, entre otras (Fl. 44 – 49).

6.1.2.5. Mediante Resolución No. 0101 de 2 de febrero de 2004, CARDIQUE determinó que el proyecto de "Ampliación del horno tipo Hoffman para la cocción de ladrillos de la sociedad LADRILLERA LA CLAY LTDA" no requería licencia ambiental, permisos o cualquier otro tipo de autorización ambiental, por no aprovechar o afectar un recurso natural renovable, según concepto técnico de la Subdirección de Gestión Ambiental de esa entidad (Fl. 62 – 65).

6.1.2.6. El Departamento de Policía de Bolívar en fecha 22 de julio de 2005, informó al Director de CARDIQUE la novedad encontrada en la empresa La Clay, respecto al hallazgo de cinco (5) toneladas de carbón mineral, el cual fue incautado



Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

provisionalmente por no estar debidamente forrado, y porque el terreno donde estaba ubicado no estaba cerrado (Fl. 43).

6.1.2.7. Por Resolución No 0010 de 14 de enero de 2008, CARDIQUE otorgó licencia ambiental a la sociedad Ladrillera la Clay S.A., para desarrollar el proyecto de concesión minera 0-599 ubicado en el Corregimiento de Pasacaballos, por un término de treinta (30) años igual al establecido en el contrato de concesión minera. En ella se estableció que las actividades que generan impactos negativos importantes en las diferentes etapas del proyecto minero son: *"remoción del suelo y la cobertura vegetal, extracción de material, operación de la maquinaria, cargue y transporte del material. Mientras que los impactos más significativos vienen dados por la pérdida de suelo, cambios morfológicos sobre el terreno, pérdida de cobertura vegetal, incremento de la erosión, cambio en el patrón de drenajes y deterioro del paisaje"*. Respecto del Plan de Manejo Ambiental, se estableció en ese acto administrativo que el mismo contemplaba once programas, entre los cuales se encontraba el de gestión social, control de emisiones, control del ruido, manejo de residuos sólidos domésticos, rehabilitación de tierras, repoblamiento vegetal, seguimiento e interventoría ambiental y plan de contingencia (Fl. 66 – 78).

6.1.2.8. El Departamento de Bolívar y la Ladrillera La Clay S.A., celebraron el Contrato de Concesión Minera No. 0-599 de 9 de enero de 2007, el cual tenía por objeto la realización de un proyecto de exploración técnica y explotación económica de un yacimiento de arcilla en el área total ubicada en el Corregimiento de Pasacaballos, con una duración total de treinta (30) años (Fl. 81 – 96).

6.1.2.9. En el Concepto Técnico No. 1275 de 2010, en el que se determinó que el permiso de emisiones atmosféricas de la sociedad Ladrillera La Clay vencía el 19 de septiembre de 2011, por lo que, debería solicitar a CARDIQUE la renovación del mismo, con una antelación no inferior a sesenta (60) días (Fl. 55 – 59).

6.1.2.10. Mediante Resolución No. 1335 de 3 de septiembre de 2015, el Director General de CARDIQUE dispuso modificar el permiso de misiones atmosféricas otorgado por Resolución No. 1285 del 28 de noviembre de 2012, a favor de la sociedad Ladrillera La Clay S.A., en el sentido de cambiar los dos hornos Hoffman por un horno tipo túnel dentro del proceso de cocción de las actividades de la producción de ladrillos de la empresa, así como la optimización de drenajes pluviales y sistema hidráulico sanitario a la planta ladrillera (Fl. 1068 – 1097)

6.1.2.11. El 9 de septiembre de 2017, el presidente de la Asociación de Agricultores de la Concordia radicó ante CARDIQUE solicitud de vigilancia y denuncia ambiental por contaminación directa de la Ladrillera La Clay (Fl. 99 – 102).

6.1.2.12. Reporte de huella de carbono de Ladrillera La Clay S.A. año 2017 (Fl. 496 – 685).

6.1.2.13. Informe técnico de evaluación de emisiones atmosféricas por fuentes fijas, elaborado por Control de Contaminación Ltda., con fundamento en el monitoreo de emisiones realizado el 29 de diciembre de 2017 a LADRILLERA LA CLAY S.A., en



Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

el que se concluyó que la sociedad cumplía con la normatividad específica en lo que respecta a la emisión de contaminantes a la atmósfera para industrias existente de fabricación de productos de cerámica refractaria, no refractaria y arcilla (Fl. 218 – 236).

6.1.2.14. Informe técnico de estudio de calidad del aire por material particulado (PM10) y gases, elaborado por Control de Contaminación Ltda., con fundamento en el monitoreo de emisiones realizado el 29 de diciembre de 2017 a LADRILLERA LA CLAY S.A., en el que se concluyó que las concentraciones determinadas no se encuentran excediendo el nivel máximo permitido por lo tanto, cumplían con la legislación 0610 de 2010 (Fl. 326 – 344).

6.1.2.15. Por medio de Resolución No. 0407 de 5 de abril de 2018, el Director General de CARDIQUE dispuso levantar la medida preventiva impuesta mediante Resolución No. 173 del 14 de febrero de 2018, contra la sociedad Ladrillera la Clay S.A., relacionada con la suspensión de las actividades realizadas al interior de las instalaciones de la sociedad en los hornos del proceso de cocción en la producción de ladrillos. En dicho acto administrativo, la entidad arribó a la conclusión que habían desaparecido las causas que originaron la medida, toda vez que, los resultados de los monitores realizados a las emisiones de las fuentes fijas de la planta de producción y de calidad del aire, indican que se está cumpliendo con el 100% de la normatividad ambiental vigente (Fl. 887 – 891).

6.1.2.16. Mediante Resolución No. 0412 de 6 de abril de 2018, CARDIQUE en virtud del Concepto Técnico No. 0247 de 2 de abril de 2018, emitido por la Subdirección de Gestión Ambiental, dispuso *“Realizar acciones mancomunadas entre, la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique, la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias y la Policía Ambiental, para que realice control y vigilancia sobre el Corregimiento de Pasacaballos y Vereda Bajo del Tigre, cerca de los predios de la Ladrillera la Clay, a fin de identificar a los infractores y velar por la conservación de los recursos naturales disponibles en el área de su jurisdicción”* (Fl. 881 – 883).

6.1.2.17. Informe técnico de evaluación de emisiones atmosféricas por fuentes fijas, elaborado por Control de Contaminación Ltda., con fundamento en el monitoreo de emisiones realizado el 5 de julio de 2018 a LADRILLERA LA CLAY S.A., en el que se concluyó que la sociedad cumplía con la normatividad específica en lo que respecta a la emisión de contaminantes a la atmósfera para los procesos de fabricación de productos de cerámica refractaria, no refractario y arcilla (Fl. 378 – 397).

6.1.2.18. Informe técnico de emisión de ruido, elaborado por Control de Contaminación Ltda., con fundamento en el monitoreo de emisión de ruido realizado los días 8 y 11 de junio de 2018 a LADRILLERA LA CLAY S.A. (Fl. 398 – 413).

6.1.2.19. Informe técnico de estudio de calidad del aire por material particulado (PM10), elaborado por Control de Contaminación Ltda., Con fundamento en el monitoreo realizado del 6 al 21 de junio de 2018 a LADRILLERA LA CLAY S.A., se concluyó que las concentraciones de los parámetros monitoreados PM10 se encontraban por debajo de los niveles máximos permisibles establecidos en el



Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

artículo 2 de la Resolución 2254 del 1 de noviembre de 2017 del Ministerio de ambiente (Fl. 434 – 450).

6.1.2.20 En fecha 3 de agosto de 2018, la sociedad LADRILLERA LA CLAY S.A., hizo entrega a CARDIQUE del estudio isocinético de gases de una fuente fija (horno tipo túnel), del estudio de calidad de aire de dos puntos de pasacaballos por material particulado y del informe de emisión de ruido (Fl. 451 – 452).

6.1.2.21 El 3 de enero de 2019, la sociedad LADRILLERA LA CLAY S.A., hizo entrega a CARDIQUE del informe previo del estudio isocinético de gases del horno tipo túnel (Fl. 1119 – 1121).

6.1.2.22. Informe técnico de evaluación de emisiones atmosféricas por fuentes fijas, elaborado por Control de Contaminación Ltda., con fundamento en el monitoreo de emisiones realizado el 6 de febrero de 2019 a LADRILLERA LA CLAY S.A., en el que se concluyó que la sociedad cumplía con la normatividad específica en lo que respecta a la emisión de contaminantes a la atmósfera para industrias existente de fabricación de productos de cerámica refractaria, no refractaria y arcilla (Fl. 453 – 470).

6.1.2.23. Informe técnico de emisión de ruido, elaborado por Control de Contaminación Ltda., con fundamento en el monitoreo de emisión de ruido realizado los días 19 y 20 de enero de 2019 a LADRILLERA LA CLAY S.A. (Fl. 398 – 413).

6.1.2.24. Informe técnico de estudio de calidad del aire por material particulado (PM10), elaborado por Control de Contaminación Ltda., con fundamento en el monitoreo realizado del 14 al 29 de enero de 2019 a LADRILLERA LA CLAY S.A., en el que se concluyó que las concentraciones de material particulado menor a 10 micras (PM10) evaluadas en el área de influencia cumplen con lo descrito por la legislación vigente (Fl. 550 - 567).

6.1.3. Sobre el proceso de consulta previa, se encuentra acreditado lo siguiente:

6.1.3.1. La Agencia Nacional de Tierras certificó que el Consejo Comunitario de Pasacaballos presentó solicitud de titulación colectiva, pero que dentro de dicho trámite aún no se ha definido la procedencia de lo solicitado (Fl. 948 – 949).

6.1.3.2. El 7 de marzo de 2018, la sociedad Ladrillera La Clay S.A., radicó ante la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, la solicitud de inicio de consulta previa con grupos étnicos certificados, de acuerdo con la certificación de presencia de Grupos Étnicos No. 0414 del 2 de mayo de 2017 y Resolución No. 46 del 5 de diciembre de 2017 (Fl. 210).

6.1.3.3. Con ocasión de lo anterior, el Director de Consulta Previa informó a la apoderada judicial de la sociedad Ladrillera La Clay S.A., que la primera reunión de Coordinación y Preparación en el marco del proyecto “EXPLOTACIÓN MINERA CONTRATO DE CONCESIÓN 18835” se realizaría el 21 de marzo de 2018 (Fl. 211).



Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

6.1.3.4. El 12 de abril de 2018 se llevó a cabo reunión en la etapa de preconsulta y apertura en la que intervinieron representantes del CONSEJO COMUNITARIO DE PASACABALLOS, de la SOCIEDAD LADRILLERA LA CLAY S.A., de la DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA DEL MINISTERIO DEL INTERIOR, de la PERSONERÍA DISTRITAL DE CARTAGENA, DEFENSORÍA DEL PUEBLO y CARDIQUE. En dicha reunión, se hizo la presentación del proyecto a la comunidad, el cual consiste en un contrato de explotación minera. Se dejó constancia que no se surtió el proceso de preconsulta y apertura (Fl. 953 – 968).

6.1.3.5. El 4 de mayo de 2018 tuvo lugar una nueva reunión dentro de la etapa de preconsulta; en el desarrollo de la reunión se estableció como compromiso la entrega del Plan de Manejo Ambiental del título minero 18835. Se aclaró que, el proyecto que es objeto de consulta es el nuevo título minero y que no se puede entrar a debatir sobre el anterior que inició hace 30 años cuando aún no existía el proceso de consulta previa; se hizo la concertación de la ruta metodológica (Fl. 969 – 973).

6.1.3.6. El 8 de junio de 2018 se realizó reunión dentro de la etapa de análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo, la cual fue suspendida por el delegado del Ministerio del Interior (Fl. 974 – 978).

6.1.3.7. El 6 de julio de 2018 se llevó a cabo una nueva reunión en la etapa de análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo. En ella se presentó la matriz de impactos identificados por la sociedad Ladrillera La Clay, a su vez, los miembros de la comunidad presentaron sus inquietudes sobre la situación ambiental y también presentaron su matriz de impactos. En esta oportunidad tampoco se surtió la etapa y se accedió a su aplazamiento (Fl. 986 – 999).

6.1.3.8. El 4 de octubre de 2018 se surtió una nueva etapa de la reunión de análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo, en ella los miembros de la comunidad presentaron la matriz de impactos y medidas de manejo, concertada con la empresa. Al estar de acuerdo las partes con la matriz de impacto y las medidas de manejo, se dio por surtida la etapa convocada (Fl. 1008 – 1023).

6.1.3.9. El 22 de octubre de 2018, tuvo lugar la etapa de formulación de acuerdos. En esta se establecieron 42 acuerdos entre las partes, entre los que se encuentran la rehabilitación morfológica aprobada por la autoridad ambiental con el fin de recuperar la estructura del suelo explotado; el diseño de canales laterales que se encarguen de recolectar las aguas de escorrentía que pueda afectar la composición de taludes; el desarrollo de un programa de reforestación; una poza séptica para el vertimiento de aguas residuales domésticas; la empresa se comprometió a no generar aguas residuales industriales en el proyecto minero; instalación de canecas y recipientes para disposición de residuos sólidos; mantenimiento periódico de canales existentes; la empresa se compromete a no utilizar cuerpos de agua naturales para fines industriales; la empresa hará monitoreo de material particulado y emisiones de ruido conforme lo establezca la autoridad ambiental; diseño e implementación de un plan paisajístico; determinación de las zonas a recuperar de manera urgente para efectos de



Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

acelerar el proceso de reubicación y retorno natural a su hábitat de las especies faunísticas afectadas; socializar con el Consejo Comunitario de Pasacaballos el Plan de Manejo Ambiental una vez aprobado por la autoridad ambiental; la empresa realizará seguimientos epidemiológicos a la comunidad; rutas de promoción y prevención en salud; la empresa financiará el desarrollo de varios proyectos en beneficio colectivo; la empresa realizará una jornada de sensibilización anual a la comunidad afectada (sector Meza Valdez, **Bajo del Tigre**, Ciudadela 01 de agosto, Benkos Bioho, Madre Herlinda, Alto de la Paz, **Concordia**, La Esmeralda, Jorge Eliécer Gaitán, Aragua y pozitas) para la prevención de la contaminación del agua y almacenamiento adecuado de la misma (Fl. 1024 – 1037).

6.1.3.10. El 28 de febrero de 2019 tuvo lugar la primera reunión en la etapa de protocolización. En esta convocatoria, se puso en conocimiento la existencia del CONSEJO COMUNITARIO DE BAJO DEL TIGRE Y LA CONCORDIA, cuyos representantes legales solicitaron que se diera la protocolización de ese proceso de consulta previa; al respecto, el delegado de la Dirección de Consulta previa advirtió que debían esperar la respuesta del Ministerio del Interior a la solicitud del nuevo Consejo Comunitario y aclaró que, los miembros de este nuevo consejo comunitario habían participado del proceso de consulta previa como miembros del CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS DE LA UNIDAD COMUNERA DE GOBIERNO RURAL DE PASACABALLOS. De igual manera, la Defensoría del pueblo Regional Bolívar aclaró que el acta de inscripción presentada por el nuevo consejo comunitario tiene fecha de 30 de noviembre de 2018 y que el proceso de consulta previa se ha desarrollado respaldando la legalidad y se ha visto revestido de legalidad, toda vez que, la comunidad ha participado de estos espacios, incluido el sector de Bajo del Tigre que integra la Comunidad de Pasacaballos (Fl. 1038 – 1054).

6.2 Valoración de los hechos probados de cara al marco jurídico y jurisprudencial

Aplicado el marco jurídico y jurisprudencial a la situación fáctica de la solicitud de amparo, encuentra la Sala que la sentencia de primera instancia se debe confirmar por las razones que se pasan a exponer:

En primer lugar, se debe concluir que la acción de tutela sí resulta procedente en el caso concreto, por cuanto, se trata de comunidades negras que consideran vulnerados, entre otros derechos fundamentales, la consulta previa. En efecto, la Corte Constitucional ha precisado que es la acción de tutela el mecanismo idóneo y eficaz para lograr que el juez Constitucional proteja el derecho a la Consulta Previa por tener ésta el carácter de fundamental.

En cuanto al asunto de fondo, concluye la Sala que no le asiste razón al recurrente cuando afirma que la sociedad Ladrillera La Clay, adelantó un proceso de consulta previa con el CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA DE LA BOQUILLA y no con el CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA BAJO DEL TIGRE Y LA CONCORDIA, porque como está probado, la acción de tutela bajo estudio se interpuso de forma conjunta por los representantes legales de ambos consejos comunitarios, quienes endilgaron la violación de sus derechos fundamentales a la actividad industrial desplegada por la sociedad Ladrillera La



Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

Clay S.A., y a su vez, aseguraron que en ningún momento esa empresa ha sometido a consulta previa el proceso de extracción minera; su plan de manejo ambiental y demás actividades inherentes a dicha actividad; omitiendo informar al Juez Constitucional que, desde el mes de marzo del año 2017 se inició proceso de consulta previa en el que viene participando el CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA DE PASACABALLOS, pues, como se expondrá más adelante, para dicha fecha no se había constituido el CONSEJO de la Comunidad Negra Bajo del Tigre y la Concordia.

En efecto, una vez rendidos los informes por las entidades accionadas y vinculadas, y recaudado en su totalidad el material probatorio, se logró acreditar que la empresa Ladrillera la Clay y el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Pasacaballos, iniciaron un proceso de consulta respecto del título minero 18835 otorgado por la Agencia Nacional de Minería, situación que en ningún momento fue mencionada por los accionantes en clara deslealtad procesal. Al respecto, cabe advertir que si bien es cierto, el mencionado proceso consultivo se adelantó solamente con el mencionado Consejo Comunitario, ello obedeció únicamente a que para la fecha en que se dio inicio al mismo, aun no se había conformado el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Bajo del Tigre y la Concordia, el cual tiene acta de registro ante la Secretaría del Interior del Distrito de Cartagena del 30 de noviembre de 2018; fecha para la cual ya se habían adelantado varias etapas del proceso de consulta previa, especialmente la de formulación de acuerdos que tuvo lugar el 22 de octubre de 2018.

Lo anterior, no quiere decir que la comunidad de Bajo del Tigre y la Concordia no estén incluidas en los acuerdos, dado que, por el contrario, conforme a lo manifestado por la Defensoría del Pueblo y el delegado del Ministerio del Interior, fueron partícipes del proceso consultivo en el cual estuvieron representados por el Consejo Comunitario de Pasacaballos. Adicionalmente, en el acta de acuerdos se menciona de manera expresa que dentro de la comunidad afectada con el proyecto de Ladrillera La Clay, se encuentra los sectores Meza Valdez, **Bajo del Tigre**, Ciudadela 01 de agosto, Benkos Bioho, Madre Herlinda, Alto de la Paz, **Concordia**, La Esmeralda, Jorge Eliécer Gaitán, Aragua y pozitas.

En ese sentido, no son de recibo para la Sala los argumentos de la parte recurrente, quienes afirman que nunca han sido parte del proceso consultivo con la sociedad accionada, pues por el contrario, está acreditado que estuvieron representados por el Consejo Comunitario de Pasacaballos y que se les garantizó el derecho a la participación y al consenso, la identificación de los riesgos de la explotación minera y en general de toda la actividad industrial desarrollada por la Ladrillera La Clay; siendo el resultado de una actividad conjunta entre la comunidad y la empresa, de manera que, es dable concluir que sí fueron tenidos en cuenta dentro del mencionado proceso consultivo.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que aunque es cierto que el proceso de consulta previa gira en torno al título minero, también lo es que, dentro del mismo las partes arribaron de manera consensuada a distintos acuerdos que abarcan el plano ambiental y de salud de la Comunidad de Pasacaballos. Así pues, quedó acreditado que dentro del proceso los miembros de la comunidad tuvieron la oportunidad de manifestar sus preocupaciones en lo referente a las afectaciones



Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

al medio ambiente y los problemas de salud que ellos consideran ocasiona la actividad de la ladrillera, al punto que, se incluyeron entre los cuarenta y dos (42) acuerdos compromisos a cargo de la sociedad ladrillera, tales como, el desarrollo de un programa de reforestación; una poza séptica para el vertimiento de aguas residuales domésticas; la no generación de residuos industriales; mantenimiento periódico de canales existentes; no utilizar cuerpos de agua naturales para fines industriales; monitoreo de material particulado y emisiones de ruido; socialización del Plan de Manejo Ambiental con la comunidad una vez este sea aprobado por la autoridad ambiental; seguimientos epidemiológicos a la comunidad; rutas de promoción y prevención en salud, jornadas de sensibilización anual a la comunidad afectada para la prevención de la contaminación del agua y almacenamiento adecuado de la misma.

Por lo tanto, no se vislumbra la necesidad que el juez de tutela deba intervenir y ordenar a las autoridades competentes que inicien un nuevo proceso de consulta por el mismo proyecto, cuando ya se adelantó uno que cubre a la totalidad de la comunidad negra de Pasacaballos, especialmente aquellos que tengan sus asentamientos urbanos en zonas de influencia de la ladrillera.

De lo anterior se desprende que, aunque es cierto que las actividades industriales desarrolladas por la sociedad accionada tienen la virtualidad de generar impactos ambientales que pueden repercutir en el bienestar de las comunidades asentadas en los territorios aledaños, también lo es que, en la actualidad tales problemáticas fueron sometidas al proceso consultivo en el que se establecieron importantes acuerdos encaminados a contrarrestar los eventuales efectos negativos que se puedan generar. En ese sentido, no se encuentra acreditada violación alguna al derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad Negra del Bajo del Tigre y la Concordia del Corregimiento de Pasacaballos, ni su afectación al debido proceso, pues se reitera, se les garantizó su participación en el proceso consultivo y pueden continuar haciendo parte en las etapas posteriores.

En cuanto a la problemática ambiental expuesta, que consideran los recurrentes es el objeto principal de esta acción constitucional, no evidencia la Sala que se encuentre acreditada la afectación a la salud y al medio ambiente de la comunidad con las actividades industriales desarrolladas por la sociedad Ladrillera La Clay S.A., toda vez que, contrario a lo afirmado por los accionantes, el material probatorio que obra en el plenario permite concluir que la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique –CARDIQUE- ha realizado un seguimiento exhaustivo al desarrollo de las actividades a cargo de la sociedad, quien cuenta con los permisos y/o licencias ambientales requeridas para su funcionamiento; de manera periódica cumple con la carga de enviar los informes de monitoreo de calidad del aire, emisión de ruidos, entre otros, a la autoridad ambiental; quien ha efectuado visitas de verificación y cuando identificó un riesgo considerable para la salud de la población aledaña, dispuso como medida preventiva el cierre de la empresa, sin embargo, cuando verificó que dichas circunstancias habían desaparecido, levantó las medidas y archivó la actuación administrativa sancionatoria.

Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01

Por lo tanto, no es dable concluir que en la actualidad se está generando afectación alguna a derechos fundamentales de la Comunidad Negra de Bajo del Tigre y la Concordia en el Corregimiento de Pasacaballos como la salud o vida digna, pues como quedó claro, las pruebas aportadas no permiten tener certeza de que realmente se ocasionen daños a la salud o al medio ambiente de los pobladores asentados en las cercanías de la Ladrillera La Clay S.A., y, por el contrario, se observan avances significativos en el control y prevención por parte de la autoridad ambiental y el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la sociedad accionada para evitar posibles afectaciones.

En conclusión, le asistió razón a la A que al negar el amparo solicitado en este caso, al no existir prueba de afectación a derecho fundamental alguno de los consejos comunitarios accionantes, especialmente respecto del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Bajo del Tigre y la Concordia; motivo por el cual se confirmará la sentencia de primera instancia.

Con fundamento en los razonamientos fácticos y Constitucionales, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Comuníquese la presente providencia al Juzgado de origen y, remítase el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

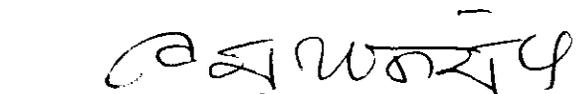
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión de la fecha.

Los Magistrados,


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

Medio de control	TUTELA
Radicado	13001-33-33-004-2019-00083-01
Accionante	CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA BAJO DEL TIGRE Y LA CONCORDIA Y CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA DE PASACABALLOS
Accionada	LADRILLERA LA CLAY S.A., MINISTERIO DEL INTERIOR – DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA, CARDIQUE, DISTRITO DE CARTAGENA
Vinculados	MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA, ASOCIACIÓN PARA EL APROVECHAMIENTO FORESTAL SOSTENIBLE DE PASACABALLOS – AGRODIQUE-
Tema	DERECHO A LA CONSULTA PREVIA COMUNIDADES NEGRAS
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN No. 02
SENTENCIA No. 024 /2019

SIGCMA

Radicado: 13001-33-33-004-2019-00083-01