



13-001-33-33-006-2022-00289-01

Cartagena de Indias D. T. y C., veintitrés (23) de enero de dos mil veintitrés (2023).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Impugnación de Tutela
Radicado	13-001-33-33-006-2022-00289-01
Demandante	Consejo Comunitario de Comunidades Negras los Olivos de Hato Viejo.
Demandado	Ministerio del Interior y Agencia Nacional de Infraestructura
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Tema:	Carencia actual del objeto por hecho superado

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada por la parte demandante contra la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2022, mediante la cual el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena declaró la carencia actual del objeto por hecho superado.

III. ANTECEDENTES

3.1. La demanda (Doc. 01 – expediente digital).

a). Pretensiones.

La señora Danit Escorcía Ortiz, actuando en calidad de representante legal de la Comunidad Negra de Hato Viejo – Consejo Comunitario los Olivos, presentó acción de tutela con el fin que le sean amparados los derechos fundamentales de la comunidad a la diversidad étnica y cultural, a la protección de las riquezas culturales, a la consulta previa, a la igualdad y al debido proceso, entre otros, presuntamente vulnerados por la ANI y, en consecuencia:

“1. Ordenar a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI -, para que, dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de la providencia, y en cumplimiento de la debida diligencia, haga entrega al Ministerio del Interior –Autoridad Nacional de la Dirección de Consulta Previa DANCP, de toda la información actualizada, correspondiente a las coordenadas y obras contempladas en los complejos A y B del proyecto. De la misma manera aportara las coordenadas de la comunidad negra de Hato Viejo, y sus recursos ecosistémicos. Así mismo, aportara toda la información relacionada con la caracterización pesquera, y el proceso de Consulta Previa de Ajustes al POMCA, en el que participó la Comunidad de Hato Viejo.

2. Ordenar al Ministerio del Interior que, en el término de 24 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, adopte las medidas administrativas



13-001-33-33-006-2022-00289-01

necesarias para garantizar el derecho a la consulta previa libre e informada. En tal sentido, expedirá el acto administrativo a través del cual se autoriza la procedencia de la Consulta Previa.

3. Ordenar a la ANI que dé cumplimiento al principio de participación ambiental garantizando la participación real, material y efectiva de la comunidad negra de Hato Viejo y todos los grupos focales (representados en los pescadores, campesinos, ganaderos, jóvenes, madres comunitarias, etc.), en el proceso de concertación, obedeciendo al cumplimiento del principio de participación en materia ambiental.

4. Ordenar la suspensión y/o dejar sin efecto las decisiones, actos administrativos, contratos y decisiones adoptadas en el cierre del plazo de la licitación llevado a cabo el 13 de julio de 2022 a las 10:00 a.m., fecha en que se presentó como una proponente la empresa SASYR Construcciones Colombia S.A.S, en el marco de la ADENDA No. 2 LICITACIÓN PÚBLICA N° VJ-VE-APP-IPB-006-2021 del Ministerio de Transporte.

5. Ordenar la suspensión y/o dejar sin efecto, las decisiones adoptadas en la audiencia de apertura del sobre No. 2, e instalación de Audiencia Pública de Adjudicación que se llevará a cabo el 12 de agosto de 2022 y, en consecuencia, suspender y/ o dejar sin efecto la suscripción del Contrato de la APP, LICITACIÓN PÚBLICA N° VJ-VE-APP-IPB-006-2021 entre el Ministerio de Transporte –Agencia Nacional de Infraestructura ANI, y la empresa SASYR Construcciones Colombia S.A.S7.

6. Ordenar o exhortar al Ministerio del Interior y a la ANI para que en sus actuaciones den cumplimiento al principio de buena fe y debida diligencia en el sentido de no reincidir en comportamientos omisivos que nieguen la presencia de comunidades étnicas y vulneren sus derechos”.

b). Hechos

La accionante afirmó, en resumen, lo siguiente:

La comunidad negra de Hato Viejo data de más de 300 años y cuenta con una junta directiva de consejo comunitario denominada “Los Olivos”, la cual está reconocida por la Alcaldía de Calamar Bolívar.

El territorio donde está asentada la comunidad es rico en biodiversidad y cuenta con ecosistemas necesarios para la vida silvestre y la subsistencia de las comunidades étnicas, siendo el hábitat de un sinnúmero de animales silvestres y piscícolas, los cuales hacen parte de su dieta alimenticia.

Agregó que el Gobierno Nacional aprobó el proyecto denominado “Restauración de Ecosistemas Degradados del Canal Del Dique o APP Hidro Vía Canal del Dique”, el cual se desarrollará a lo largo del canal del dique, impactando varios municipios, entre ellos Calamar.



13-001-33-33-006-2022-00289-01

Dicho proyecto no busca la restauración ambiental y ecológica. Es una obra pública en la que se pretende adjudicar a la empresa SACYR por un periodo de 15 años el canal del Dique, para que se explote como una hidrovía, afectando el territorio, suelo, bienes y activos sociales, culturales, ambientales y económicos de la comunidad.

Con ocasión a irregularidades, vulneraciones en los procesos de consultas previas y omisión en que incurrieron los promotores del proyecto, al no garantizar la participación ambiental y excluir a más de 30 comunidades (negras, palenqueras, afrodescendientes, raizales, indígenas, campesinas y de pescadores), existen inconvenientes y escándalos por la adjudicación del proyecto. Además, a la fecha de presentación de la tutela no se habían terminado las consultas previas y se realizaron muchas actuaciones que dejan a la vista la mala fe de los promotores del proyecto.

Pese a todas las irregularidades presentadas el Gobierno Nacional firmaría y adjudicaría el contrato el 12 de septiembre, sin garantizar el derecho a la consulta previa de la comunidad demandante, lo que demuestra un actuar de mala fe.

Al momento de solicitar la consulta previa, la ANI omitió relacionar a la comunidad negra de Hato Viejo, pese a la realización de 11 obras que afectarían su territorio, 3 en el complejo B que afectaría la ciénaga y 8 en el complejo A que interviene dique viejo-, desconociendo las medidas para mitigar los posibles impactos que sufrirían los ecosistemas.

Finalmente, señaló que la Procuraduría General de la Nación desarrolló una mesa de trabajo el 28 de octubre de 2021, a la que asistieron la ANI, Parques Nacionales, Ministerio de Cultura, Unidad de Gestión de Riesgo, Universidad de Cartagena, investigadores independientes de Sucre y Bolívar, Cormagdalena, el Ministerio del Interior y varios miembros de las comunidades. En dicha reunión se puso en conocimiento que las obras correspondían a un proyecto netamente económico y la ministra del medio ambiente dio a conocer que el proyecto requería de la licencia ambiental y no cuenta con ella. Así mismo, se llegó a la conclusión que las únicas autoridades que conocían del proyecto era la ANI y Cormagdalena.

3.2. Contestaciones.

3.2.1. El Ministerio del Interior (Doc. 06 – expediente digital) manifestó que, mediante oficio N° EXMI2020-16730 de 13 de mayo de 2020, la Coordinadora GIT Social – VPRE de la ANI le solicitó que se pronunciara sobre la procedencia



13-001-33-33-006-2022-00289-01

de la consulta previa del Ministerio del Interior con comunidades étnicas para el proyecto “restauración de los ecosistemas degradados del Canal del Dique”, y para dar respuesta a esa solicitud el Subdirección Técnica de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa de dicho Ministerio elaboró un informe técnico de 30 de junio de 2020, y por Resolución N° ST-0567 del 6 de julio de 2020 se resolvió, que procedía la consulta previa en las siguientes comunidades:

PRIMERO. Que **PROCEDE** la consulta previa con la siguiente comunidad indígena:

PARCIALIDAD INDÍGENA				
ID	NOMBRE	RESOLUCIÓN RECONOCIMIENTO DIRECCIÓN ASUNTOS INDÍGENAS MININTERIOR	DEPARTAMENTO	LOCALIZACIÓN
1	GAMBOTE (ETNIA ZENÚ)	RESOLUCIÓN NÚMERO 0013 DEL 11 DE FEBRERO DE 2013	BOLÍVAR	ARJONA, SAN JUAN DE NEPOMUCENO Y MAHATES

(...)

SEGUNDO. Que **PROCEDE** la consulta previa con las siguientes **COMUNIDADES NEGRAS, AFROCOLOMBIANAS, RAIZALES Y PALENQUERAS:**

COMUNIDADES NEGRAS ÉTNICAS				
ID	NOMBRE	REGISTRO	DEPARTAMENTO	LOCALIZACIÓN
1	CONSEJO COMUNITARIO DE SANTA ANA	REGISTRADO ALCALDÍA DE CARTAGENA	BOLÍVAR	CARTAGENA
2	CONSEJO COMUNITARIO DE PASACABALLOS	REGISTRADO ALCALDÍA DE CARTAGENA	BOLÍVAR	CARTAGENA
3	CONSEJO COMUNITARIO DE LETICIA	REGISTRADO ALCALDÍA DE CARTAGENA	BOLÍVAR	CARTAGENA
4	CONSEJO COMUNITARIO DEL RECREO	REGISTRADO ALCALDÍA DE CARTAGENA	BOLÍVAR	CARTAGENA
5	CONSEJO COMUNITARIO DE ROCHA	REGISTRADO ALCALDÍA	BOLÍVAR	ARJONA
6	CONSEJO COMUNITARIO DE PUERTO BADEL	REGISTRADO ALCALDÍA DE ARJONA	BOLÍVAR	ARJONA
7	CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS AFROCOLOMBIANAS DEL CORREGIMIENTO DE GAMBOTE	REGISTRADO ALCALDÍA DE ARJONA	BOLÍVAR	ARJONA
8	COMUNIDAD NEGRA DE NANGUMA	REGISTRADO ALCALDÍA DE MARIA LA BAJA	BOLÍVAR	MARIA LA BAJA
9	CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA DEL CORREGIMIENTO DE CORREA	REGISTRADO ALCALDÍA DE MARIA LA BAJA	BOLÍVAR	MARIA LA BAJA
10	COMUNIDAD LOMAS DE MATUNILLA	REGISTRADO ALCALDÍA DE TURBANA	BOLÍVAR	TURBANA
11	COMUNIDAD NEGRA DEL CORREGIMIENTO LA BARCES	REGISTRADO ALCALDÍA DE SAN ONOFRE	SUCRE	SAN ONOFRE
12	COMUNIDAD NEGRA DE ZENOBIA PUEYO CAICEDO DEL CORREGIMIENTO ROCA CERRADA	REGISTRADO ALCALDÍA DE SAN ONOFRE	SUCRE	SAN ONOFRE
13	COMUNIDAD NEGRA NUEVA ESPERANZA DEL CORREGIMIENTO DE SAN ANTONIO	REGISTRADO ALCALDÍA DE SAN ONOFRE	SUCRE	SAN ONOFRE



13-001-33-33-006-2022-00289-01

Manifestó que agotó uno a uno los procedimientos que rigen su competencia en cumplimiento de su deber misional, con plena observancia de los parámetros fijados por la Directiva Presidencial, la cual establece la metodología aplicable para la realización de la consulta previa con comunidades étnicas, así como de la normatividad y jurisprudencia vigentes al momento de los hechos considerados en el acto administrativo.

El análisis que realizó se enfocó en realizar un estudio de los contextos geográficos y cartográficos de comunidades étnicas estudiadas y un análisis del contexto cartográfico y geográfico del proyecto y sus actividades, teniendo en cuenta las zonas de tránsito y movilidad, asentamientos, usos y costumbres, con el propósito de identificar las comunidades que eran susceptibles de recibir afectaciones por la realización del proyecto, no evidenciando que la demandada se viera afectado directamente por el proyecto.

Por otro lado, la comunidad accionante se limita a exigir una medida provisional sin allegar alguna información que permita evidenciar como se está viendo afectada por el proyecto o amenazada gravemente por él..

3.2.2. La procuradora judicial II para asuntos ambientales y agrarios (doc. 07 – expediente digital) realizó un resumen de las actuaciones desplegadas en torno al proyecto e indicó que mediante el Oficio N° 398, dirigido a distintas autoridades administrativas, hizo las siguientes observaciones y sugerencias:

“1. Se sugiere a la ANI que realice la socialización del proyecto antes del inicio de su ejecución, fijando para el efecto fechas en los tres (3) departamentos en los que reiteradamente hemos solicitado realizar tales socializaciones.

2. Consideramos necesario que la ANI, en conjunto con el único oferente en el proceso de licitación pública, en caso de resultar adjudicatario del proceso de selección, evalúe las posibles soluciones para que se prevean los remedios contractuales adecuados frente a los riesgos sociales y ambientales advertidos.

3. Es pertinente y necesario dar respuesta y cumplimiento oportuno a los requerimientos realizados por las diferentes autoridades judiciales en torno al proceso, tales como, la medida preventiva impuesta por la Jurisdicción Especial para la Paz -JEP-, por medio del Auto AT-161 de 2022, relacionadas con la adopción de medidas preventivas o de verificación en el proceso de dragado, debido a los casos de personas dadas por desaparecidas en relación directa o indirecta con el conflicto armado presuntamente dispuestas en el Canal del Dique”.

3.2.3. SACYR Construcción Colombia S.A.S., intervino a través de su representante legal Heli Rafael Hernández Abuabara, y manifestó que no tiene

13-001-33-33-006-2022-00289-01

ningún tipo de relación con el proceso licitatorio objeto de controversia; sin embargo, revisado el SECOP el oferente en el proceso licitatorio es SACYR Concesiones Colombia S.A.S. y que la empresa que representa no tiene ningún tipo de vínculo con ellos.

3.2.4. CORMAGDALENA (doc. 11 – expediente digital) manifestó que, aunque no tiene funciones directamente relacionadas con la realización de procesos de consulta previa, las autoridades responsables de dicha tarea han garantizado la participación de la comunidad y respetados sus derechos fundamentales. Así mismo, para el desarrollo del proyecto se han realizado los trámites correspondientes ante la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

Agregó que la Agencia Nacional de Infraestructura, con radicado del Ministerio del Interior EXTMI2020-16730 del 13 de mayo de 2020, solicitó a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior certificar la procedencia o no de la consulta previa con las comunidades étnicas que se encontraran en el territorio en donde se llevaría a cabo el proyecto.

Luego, mediante Resolución N° ST-0567 del 6 de julio de 2020 resolvió que procedía la consulta previa sobre 13 concejos comunitarios de comunidades negras y una comunidad indígena. Del mismo modo, por orden del Tribunal Superior de Justicia de Cartagena y el Tribunal Administrativo de Bolívar, se incluyó dentro del proceso de consulta previa a la comunidad Zenú de la Pista y Pasacaballos.

Así las cosas, no puede el accionante afirmar que no se ha seguido el procedimiento de consulta previa a las comunidades étnicas de la región señaladas en la Resolución N° ST-0567 del 6 de julio de 2020, a la que ha dado cumplimiento la ANI con las comunidades identificadas por la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior. Ello se puede constatar las actas de las reuniones en las cuales ha participado la entidad, consultables por cualquier persona en el portal de del SECOP I.

3.2.5. La Defensoría del Pueblo (Doc. 12 – expediente digital) manifestó que no ha participado en los hechos que dan origen a la misma y tampoco ha negado la asistencia a la comunidad accionante, por lo que no se le puede imputar la violación de sus derechos fundamentales, aunque está presto para brindar cualquier tipo de acompañamiento. Sugirió un estudio juicioso de la jurisprudencia y de las pruebas aportadas, a fin de verificar la existencia o no de la violación de los derechos de la comunidad demandante.



13-001-33-33-006-2022-00289-01

3.2.6. La ANI (Doc. 14 – expediente digital) aseguró que el Ministerio del Interior sí realizó la evaluación de las posibles comunidades afectadas con el desarrollo del proyecto, desarrollando consulta previa con un total de 16 comunidades; y no celebró consulta previa con la comunidad negra los olivos de Hato Viejo porque se determinó que frente a ella no se generaba una afectación directa por parte del proyecto.

Agregó que adicional a las consultas previas celebradas, la ANI ha sostenido reuniones con comunidades que se encuentran en el ámbito territorial del proyecto, dentro de las que se encuentra la comunidad de Hato Viejo.

Señaló que la entidad que determina la procedencia o no de la consulta previa es la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, quien es la que efectúa el análisis con fundamento en el criterio de afectación directa establecido por la Corte Constitucional en sentencia SU-123 de 2018 y de acuerdo con estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que se requieran.

Finalmente, considera la accionada que no se cumple con el requisito de subsidiariedad, pues la tutela no es el mecanismo idóneo para pretender dejar sin efectos un acto administrativo, por lo que debe promover ante la jurisdicción contenciosa un proceso ordinario a fin de poder obtener su nulidad.

Tampoco cumple con el requisito de inmediatez, debido a que la Resolución No. 00832 del 5 de junio de 2018, proferida por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA, que se pretende dejar sin efectos, fue proferida hace más de 6 meses.

3.2.7. La directora de Infraestructura del Ministerio de Transporte (fs. 577-580) solicitó que se declare la improcedencia de la acción de tutela, porque el ordenamiento jurídico regula medios de defensa idóneos y eficaces ante la propia administración judicial para salvaguardar los derechos que puedan resultar afectados con la expedición de actos administrativos.

3.4. Fallo impugnado (Doc. 36 – expediente digital).

El A-quo, mediante sentencia de 11 de noviembre de 2022, señaló que la acción de tutela era procedente en tanto alegaba la protección del derecho fundamental al debido proceso, igualdad y consulta previa de la comunidad



13-001-33-33-006-2022-00289-01

negra de Hato Viejo, y declaró la carencia actual del objeto por hecho superado.

Para sustentar su decisión manifestó que el ministro de Transporte, el presidente de la ANI, el representante legal de la comunidad y el gobernador del Departamento de Bolívar, entre otros, acordaron de manera libre y voluntaria lo siguiente: **i)** dos semanas después de la adjudicación del proyecto de la restauración de ecosistemas del canal del dique, el Ministerio de Transporte y la ANI realizarán visitas a la comunidad a fin de escuchar las solicitudes y realizar mesas técnicas; **ii)** previo a la realización de dichas mesas deberá colocar en conocimiento de las entidades gubernamentales intervinientes la historia, ubicación y posibles afectaciones de dicha comunidad; **iii)** la ANI realizará la socialización del proyecto, resolviendo de manera preferente las inquietudes que tenga la comunidad, así como mostrar la oferta ambiental, social y laboral que generará la ejecución del proyecto; y **iv)** adelantar con las comunidades ubicadas en zonas de influencia del proyecto, en especial con la comunidad de Hato Viejo, las posibles consultas previas que deban realizarse respetando los usos y costumbres de las diferentes etnias.

El acuerdo anterior satisface las pretensiones de la parte actora, debido a que garantiza que la comunidad de Hato Viejo, sea escuchada por el Gobierno y que se celebren las consultas previas a que hubiere lugar, de ser necesario.

Finalmente señaló que, si bien existen pretensiones que giraban en torno a dejar sin efecto diversos actos administrativos, las mismas tenían como fin que se paralizara el proceso licitatorio hasta tanto pudieran ejercer su derecho a ser escuchados y sus opiniones tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades, derecho que está siendo garantizado con el acuerdo suscrito.

3.4. Impugnación.

3.4.1. Edison Cassiani Paternina, tercero interviniente, (doc38 – expediente digital) manifestó que no se puede declarar la carencia actual del objeto por hecho superado teniendo como fundamento un documento o acuerdo privado realizado entre la representante legal del consejo comunitario de Hato Viejo y el Ministerio de Transporte, en el cual no se tiene en cuenta a la totalidad de la comunidad, sumado a que el mismo no es expreso, claro ni tampoco exigible, por lo cual no satisface el derecho fundamental reclamado.

En el acuerdo se puede observar claramente que **a)** no existe fecha exacta en las cuales se realizarán las socializaciones del proyecto, haciendo referencia en este punto a que el derecho a la socialización libre e informada



13-001-33-33-006-2022-00289-01

es un derecho autónomo de las comunidades étnicas y que no satisface el derecho fundamental a la consulta previa establecido en el convenio 169 de (OIT), **b)** se ha dejado a futuro y en meras posibilidad la realización de consultas previas en el área de influencia del Corregimiento de Hato Viejo, pese a estar plenamente claro y demostrado que con la ejecución del proyecto APP CANAL DEL DIQUE se va a intervenir el territorio **c)** el documento que sirvió de base al juzgado para declarar el hecho superado fue suscrito por el Ministerio de Transporte, quien no podría asumir una competencia que legalmente no tiene su cartera, ya que solo la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior puede reconocer el derecho a la consulta.

Agregó que, aunque no se pone en duda la veracidad del documento aludido, el mismo no satisface de manera concreta el derecho fundamental a la consulta previa.

3.4.2. Beder Ortíz Ortíz, tercero interviniente (doc. 40 – expediente digital), manifestó que no se configura el hecho superado porque el derecho que se reclama no ha sido garantizado por el Ministerio del Interior, autoridad nacional dirige y coordina la política pública referida a las consultas previas. Pese a que el Ministerio de Transporte se comprometió a llevar a cabo las posible consultas previas, el acuerdo firmado es una obligación condicionada a la licitación del proyecto APP CANAL DEL DIQUE, que se torna futura e incierta, meramente condicional, resolutive, potestativa, causal, sin plazos o términos, que el deudor (Mintransporte y ANI) no puede garantizar directamente por no ser responsables de definir si las comunidades tienen derechos a la consulta previa.

La obligación a que alude el mencionado acuerdo que dio por superado el hecho que motivo la acción constitucional en la que el Ministerio de Transporte se compromete a adelantar **“las posibles consultas previas condicionadas a la adjudicación del contrato”**, no es una obligación pura.

3.4.3. Edxion Antonio Herrera Sarmiento, tercero interviniente (doc. 41 - expediente digital), señaló que no se han dado los presupuestos de hecho y derecho que garanticen el cumplimiento de los derechos fundamentales reclamados; como quiera que dentro del Corregimiento de Hato Viejo se realizarían 11 obras que afectarían directamente al territorio, pasando por alto los impactos que sufrirían los ecosistemas y las afectaciones a las costumbres, cultura y desarrollo socioeconómico de sus habitantes.

Agregó que, si bien se suscribió un acuerdo privado entre Danit Escorcia como representante legal del Consejo Comunitario de Hato Viejo y el Ministerio de



13-001-33-33-006-2022-00289-01

Transporte, no se tuvo en cuenta a la totalidad de la comunidad, a lo que se suma que dicho acuerdo no es expreso, claro y tampoco exigible. Ello significa que no satisface el derecho fundamental reclamado dentro del proceso de la referencia, y no ha cesado su vulneración, debido a que en el numeral cuarto del acuerdo el Ministerio y la ANI, se comprometen únicamente **“adelantar las posibles consultas previas después de la adjudicación”**. Es decir, no existe una garantía real y material del derecho ni antes ni después de la licitación, son meras posibilidades que quedan condicionadas o limitadas a la licitación del proyecto.

3.4.4. Al expediente se allegó un documento que no figura suscrito por persona alguna en el que se manifiesta la asamblea del consejo comunitario de Hato Viejo remite al juez sexto administrativo de Cartagena documentación de impugnación. Sin embargo, el secretario del Juzgado Sexto dio respuesta al correo electrónico desde el cual fue enviado manifestando que el archivo PDF no pudo ser abierto y solicitó que se le enviara nuevamente, lo cual no ocurrió en el juzgado y tampoco ante este Tribunal.

IV. - CONTROL DE LEGALIDAD

La presente acción de tutela no adolece de vicios o nulidades procesales que afecten el correcto trámite de la misma.

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

El Tribunal Administrativo de Bolívar, según lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991, es competente para conocer en segunda instancia la impugnación de la sentencia de tutela de la referencia.

5.2 Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala establecer si las entidades demandadas han vulnerado los derechos fundamentales invocados por el accionante, o si por el contrario operó el fenómeno de la carencia actual del objeto por hecho superado.

5.3. Tesis de la Sala.

En el presente caso no se configuró la carencia actual de objeto por hecho superado toda vez que, si bien el 4 de octubre de 2022 se suscribió un acuerdo entre la accionante y algunas autoridades nacional que se comprometían a



13-001-33-33-006-2022-00289-01

realizar actividades de concertación y mesas técnicas en las que se diera a conocer a la comunidad el proyecto, los beneficios y posibles afectaciones del mismo, así como la posibilidad de realizar consultas previas, dicho acuerdo ni reconoce ni niega el derecho a la consulta previa, a lo que se suma que a juicio de este Tribunal el derecho fundamental que se encontró violado fue el debido proceso administrativo.

En efecto, quedó demostrado que la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa omitió dar cumplimiento a los numerales 3.3. a 3.5 de la directiva presidencial 08/020 que la obligaba a realizar visita a la comunidad accionante para establecer las posibles afectaciones directas por cuenta del proyecto “restauración de los ecosistemas degradados del canal del dique” y a determinar frente a ella la procedencia de la consulta previa. Por ello se amparará del derecho al debido proceso, con el alcance que se define en acápite posterior de esta sentencia.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Generalidades de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como un 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 esta acción, 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.
- 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.

5.4.2. Procedencia de la acción de tutela

13-001-33-33-006-2022-00289-01

La acción de tutela es un medio para reclamar ante los jueces la protección de los derechos fundamentales cuando quiera que estos se vean amenazados o vulnerados por las autoridades o los particulares en los casos que la ley señala. Esta acción tiene un carácter residual, es decir, solo procede cuando no se disponga de otro medio de defensa para exigir la protección de los derechos fundamentales vulnerados o cuando a pesar de la existencia de un mecanismo de defensa judicial este no es idóneo o no resulta ágil para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

5.4.3. -Requisito de subsidiariedad e inmediatez de la acción de tutela.

Para la procedencia de la acción de tutela es necesario que cumpla con los requisitos de subsidiariedad e inmediatez.

La subsidiariedad, consiste en la ausencia de vías judiciales ordinarias o existiendo las mismas, carecen de idoneidad para la protección de los derechos fundamentales, y se invoca la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable.

En efecto, la Corte constitucional ha determinado que *“el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela responde al carácter expansivo de la protección de los derechos fundamentales respecto de las instituciones que conforman el aparato estatal y, de manera particular, las instancias que ejercen la función pública de administración de justicia. En efecto, la exigencia de este requisito, lejos de disminuir el ámbito de exigibilidad judicial de dichos derechos, presupone que los procedimientos judiciales ordinarios son los escenarios que, por excelencia, están diseñados para garantizar su efectividad, a través de órdenes con contenido coactivo.*

La inmediatez, consiste en establecer si ha transcurrido un lapso razonable, entre el hecho que se acusa como vulnerador de los derechos fundamentales y la interposición de la acción de tutela.

5.4.4. De la consulta previa y de la subsidiariedad.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido algunos derechos particulares y específicos de las comunidades étnicas, ligados a sus características y trayectoria histórica, entre ellos el derecho fundamental a la consulta previa.¹

¹ Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.



13-001-33-33-006-2022-00289-01

Tratándose del requisito de subsidiariedad ante acciones de tutela promovidas por comunidades indígenas, a propósito de la consulta previa, la sentencia SU-217 de 2017 precisó que este se flexibiliza de manera intensa gracias a que, tanto ellas como sus miembros, son *“sujetos de especial protección constitucional, que han enfrentado patrones históricos de discriminación –aún no superados– y cuyos derechos inciden en la satisfacción de los fines esenciales del Estado”*, entre los cuales se encuentra el desarrollo de su carácter pluralista y multicultural.

En la misma, se concluyó que, pese a que el artículo 46 de la Ley 1437 de 2014 prevé el desconocimiento de la consulta previa como una de las causales de nulidad de los actos administrativos, la acción de tutela es, por excelencia, el medio judicial con el que cuentan estos grupos étnicos para contener las afectaciones que surjan como consecuencia de la interacción de su cosmovisión, con la sociedad mayoritaria.

Así mismo, la sentencia SU-123 de 2018 destacó que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe otro mecanismo judicial de protección efectiva del derecho a la consulta previa, más que la acción de tutela, única vía judicial que permite dar *“una respuesta clara, omnicomprendiva y definitiva a la vulneración de derechos”* de los conglomerados indígenas, en tanto *“la protección que ofrecen las acciones contenciosas del derecho a la consulta previa es insuficiente, porque estudiar la legalidad de un acto administrativo no implica que se adopten modos de resarcimiento que serían propios del juez de amparo de derecho, rol que obedece a su función protectora de los derechos fundamentales”*.

También se ha resaltado que la autonomía de los grupos indígenas, en relación con culturas distintas a la suya, se garantiza a través de su participación en las medidas previstas por la Administración. Esta participación tiene varios niveles y formas de desplegarse, y la aplicación de una u otra depende del grado de incidencia de la medida en la dinámica de la comunidad étnica.

Por ello, la jurisprudencia ha encontrado que la participación a la que tienen derecho las comunidades indígenas en consideración de su derecho a la consulta previa, se despliega a través de:

*“i) la simple participación, asociada a la intervención de las comunidades en los órganos decisorios de carácter nacional, así como en la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen; (ii) la **consulta previa frente a cualquier medida que los afecte directamente**; y (iii) el consentimiento previo, libre e informado cuando esa medida (norma, programa, proyecto,*



13-001-33-33-006-2022-00289-01

plan o política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial."

De acuerdo con la Corte Constitucional², la simple participación opera en virtud del mandato constitucional contenido en el artículo 40 superior, conforme al cual todos los ciudadanos pueden "participar en la conformación, ejercicio y control del poder político", derecho que se refuerza cuando hacen parte de una comunidad étnica, dado el propósito de erradicar la discriminación que han sufrido históricamente.

Por su parte, el consentimiento previo, libre e informado, refiere a la exigencia que tiene el Estado de perseguir de manera especial un acuerdo con la comunidad. Es excepcional y solo opera en los casos en que la medida por adoptar implica "i) el traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento; ii) (...) un alto impacto social, cultural y ambiental que pone en riesgo su subsistencia; o iii) (...) el almacenamiento o depósito de materiales peligrosos –tóxicos- en sus tierras y territorios."

5.4.5. Requisitos de la consulta previa.

La Corte Constitucional, señaló que el proceso de consulta previa debe satisfacer ciertos requisitos, para que pueda considerarse como un mecanismo efectivo de diálogo intercultural, de conformidad con su propósito constitucional.

En efecto, en la sentencia T – 281 del 2019, señaló:

- Debe orientarse por su finalidad: lograr el consentimiento de los pueblos interesados. Como quiera que la consulta parte de la igualdad de las partes en diálogo, en ningún caso puede asumirse que ello implica un poder de veto. Sin embargo, la falta de acuerdo no habilita al Estado para que lleve a cabo la medida de forma arbitraria y, por el contrario, supone que en la ejecución del plan o proyecto se apliquen los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

- Debe ser previa al desarrollo de la medida, con el objetivo de que el impacto sobre la comunidad no sea producto de una imposición sino de una concertación, que armonice los valores culturales y las posiciones de los sistemas culturales implicados.

- Debe ser flexible, en el entendido de poder adaptarse al pueblo concernido²³, al punto en que sea culturalmente adecuada. Incluso "es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta)" para lograr un diálogo efectivo con ellas.

- Debe adelantarse conforme al principio de buena fe, lo que implica que debe darse en "un ambiente de confianza y claridad", que se consolida solo

² Sentencia SU-097 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa



13-001-33-33-006-2022-00289-01

a través del respeto mutuo. Ello significa que el proceso “no debe ser manipulado [por ninguna de las partes] y debe adelantarse en un ambiente de transparencia de la información, claridad, respeto y confianza”.

- Debe darse a través de las instituciones o autoridades propias de la comunidad. - Debe ser un proceso adelantado con base en la información clara, veraz, oportuna y suficiente para que el grupo consultado puede manifestarse de forma consciente sobre la medida a desarrollar. De tal suerte el Estado debe garantizar a las comunidades indígenas implicadas “la participación y el acceso a la información sobre un programa o plan que se pretenda realizar en su territorio, buscando que participativamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo, buscando salvaguardar la idiosincrasia de los pueblos indígenas y tribales que habitan el país”.

- Puede ser acompañado por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, para asegurar que se cumpla con estos requisitos y que el proceso sea efectivo

3.4.6. La afectación directa como presupuesto para la consulta previa.

La Corte Constitucional en sentencia SU- 123/18, señaló:

7.1. Para determinar qué debe consultarse a las comunidades étnicas la jurisprudencia constitucional ha indicado^[61], de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y con los desarrollos del derecho internacional, que deben consultarse las medidas legislativas o administrativas que tengan la susceptibilidad de impactar directamente a los pueblos étnicos. El presupuesto clave para la activación del deber de consulta previa es entonces que una determinada medida sea susceptible de afectar directamente a un pueblo étnico. Por economía de lenguaje suele hablarse del concepto de “afectación directa”^[62], que si bien es un concepto indeterminado, no significa que carezca de contenido, pues ha sido delimitado por el Convenio 169 de la OIT, por la legislación interna, y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte IDH.

7.2. La jurisprudencia constitucional, en armonía con el derecho internacional, ha definido **la afectación directa como el impacto positivo^[63] o negativo^[64] que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica^[65]**. Procede entonces la consulta previa cuando existe evidencia razonable de que una medida es susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena o a una comunidad afro descendiente.

7.3. La Corte ha explicado que, entre otros, existe afectación directa a las minorías étnicas cuando: **(i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales^[66]; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica^[67]; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento^[68] y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio^[69]. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que**



13-001-33-33-006-2022-00289-01

modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido.

7.4. En particular, en relación con las leyes o las medidas de orden general, la Corte ha señalado que la consulta previa procede si la medida general afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicos. Así, la sentencia C-075 de 2009 destacó que en principio *“las leyes, por su carácter general y abstracto, no generan una afectación directa de sus destinatarios, la cual sólo se materializa en la instancia aplicativa”*, por lo cual en general no procede la consulta previa frente a ellas pero que esta es necesaria *“cuando la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa a los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta”*. Esto significa que *“no toda medida legislativa que de alguna manera concierna a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población”*.

7.5. En el caso específico de proyectos de exploración y explotación de recursos no renovables, que es el asunto a resolver en el presente caso, esta Corte ha entendido que la afectación directa incluye, el impacto en (i) el territorio de la comunidad tradicional^[70]; o (ii) en el ambiente, la salud o la estructura social, económica, así como cultural del grupo^[71]. Cuando se trata de esta última hipótesis, la afectación debe resolverse a partir del concepto de *justicia ambiental*, criterio que se explicará ulteriormente.

7.6. La Corte también ha destacado^[72] que el concepto de afectación directa difiere del de área de influencia de un proyecto. Este último concepto se refiere a un requisito meramente técnico que determina los impactos sobre un espacio geográfico en el que se desarrollará un proyecto de exploración y explotación de hidrocarburos, en tanto la afectación directa, como se indicó, es un concepto esencial para determinar cuándo se activa la consulta previa y se identifican los impactos que se ocasionan a las comunidades étnicas, tanto en su territorio, como en su ambiente, salud y estructuras sociales y culturales^[73] (...)

7.7. Por razón de los hechos del presente caso, procede la Corte a sistematizar con mayor detalle los dos criterios de afectación directa en proyectos de exploración y explotación de recursos naturales no renovables: (i) impactos sobre los territorios de los pueblos indígenas y sobre (ii) la salud, el ambiente y las estructuras social y cultural de estos pueblos.

5.5. Caso concreto.

5.5.1. Pruebas relevantes para decidir.

- Certificado de 11 de noviembre de 2020, mediante el cual el alcalde de Calamar – Bolívar hace constar que la nueva junta directiva del Consejo Comunitario de Comunidades Negras los Olivos de Hato Viejo se encuentra inscrita en el libro que para tal efecto lleva dicha entidad (f. 1 doc 02).

13-001-33-33-006-2022-00289-01

- Copia de la Resolución N° 144 de 29 de junio de 2016, mediante la cual el Ministerio del Interior inscribió en el Registro Único Nacional de Organizaciones y Consejos Comunitario de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras al Consejo Comunitario de Comunidades Negra "los Olivos" en la cual aparece representada legalmente la señora Danith Mercedes Escorcía Ortiz (fs. 2 -3 doc. 2).
- Copia de la Resolución ST-0567 de 6 de julio de 2020, mediante la cual la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior se pronuncia sobre la procedencia de la consulta previa para la ejecución del proyecto "restauración de los ecosistemas degradados del Canal del Dique" (fs. 4-31 doc. 02).
- Declaraciones extra juicio de habitantes del corregimiento de Hato Viejo - Bolívar (fs. 32-39 doc. 02).
- Copia de la Resolución N° 01659 de 19 de diciembre de 2017, por medio de la cual la ANLA acepta el documento presentado por CORMAGDLENA, "Evaluación Plan Hidrosedimentológico" "Proyecto de Restauración de Ecosistemas Degradados del Canal del Dique". (fs. 40-51 doc 02).
- Copia del concepto técnico N° 06516 de 15 de diciembre de 2017, consideraciones técnicas propuesta plan Hidrosedimentológico "Proyecto de Restauración de Ecosistemas Degradados del Canal del Dique" (fs. 52-62 doc 02).
- Oficio N° 2022000157131 de 31 de mayo de 2022, por medio del cual la ANI da respuesta al requerimiento de la Procuradora General de la Nación y le informa las reuniones que se han realizado en el marco de la estructuración del proyecto restauración de ecosistemas degradados del Canal del Dique (fs. 64-69).
- Copia de las observaciones al proyecto "restauración del sistema canal del Dique" presentadas por la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios (fs. 70-79 doc 02).
- Auto N° 08014 de 14 de diciembre de 2018, por medio del cual la ANLA efectúa un seguimiento y control ambiental (fs. 80-97).
- Memorias de la Mesa de Trabajo Espacio de Información y Dialogo Proyecto Restauración de Ecosistemas Degradados del Canal del Dique efectuada el



13-001-33-33-006-2022-00289-01

25 de marzo de 2022 (Arjona-Bolívar) elaborada por la Procuraduría General de la Nación (fs. 12-38 doc 7).

- Oficio No. 287 de 4 de mayo de 2022, remitido por Procuraduría Delegada con funciones mixtas para Asuntos Ambientales y Agrarios y la Defensoría del Pueblo al presidente de la ANI, en la cual remitió las observaciones presentadas por las comunidades de los municipios del área de influencia del proyecto (fs. 43-46 doc.07).

-Oficio No. PDAA/E-2021-396064 de 9 de diciembre de 2021, remitido por la Procuraduría Delegada con Funciones Mixtas para Asuntos Ambientales y Agrarios a la Subdirección de seguimiento de Licencias Ambientales de la ANLA (fs. 55-58 doc 7).

- Resolución N° 20227030013965 de 9 de septiembre de 2022, por medio de la cual se proroga la suspensión de la licitación pública N° VJ-VE-APP-IPB-006-2021 (fs. 23-27 doc. 11).

- Actas de reuniones y socializaciones con la comunidad del proyecto objeto de controversia, consultada en el siguiente link del documento aportado al expediente: https://nam10.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fonline-my.sharepoint.com%2F%3A%2F%2Fpersonal%2Fdmmedina_ani_gov_co%2FEtsHcJmqmYlMpgmM04-U2fgB6zE8uADaQuF8sBrteZRUPg%3Fe%3D5q6fbG&data=05%7C01%7C%7C174669e19a6046dd98f108da950b08ba%7C70dc57eefe464286b65b1ae9e126c03e%7C1%7C0%7C637986171912801439%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWljoic4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzliLCJBTil6Ik1haWwiLCJXVC16Mn0%3D%7C3000%7C%7C%7C&sdata=QUUQ%2B16KexiQ6AEWJyNjSkLV033chjw3rFw%2F1TsLPqTk%3D&reserved=0 (doc.14)

- Copia del documento denominado "Acuerdo de Voluntades", suscrito entre el Ministro de Transporte, el vicepresidente y presidente de la ANI, el Gobernador de Bolívar, el Secretario de Transparencia de la Presidencia de la República y la representante legal de la Comunidad demandante (fs. 15-20 doc. 25).

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

En el presente caso los accionantes pretenden que se amparen sus derechos fundamentales a la igualdad, a la identidad, a la cultura, al debido proceso, y trabajo, presuntamente vulnerados por las entidades demandadas y que, en consecuencia, se ordene a la ANI hacer entrega al Ministerio del Interior de toda la información actualizada correspondiente a las coordenadas y obras



13-001-33-33-006-2022-00289-01

contempladas en los complejos A y B del proyecto y al Ministerio del Interior que adopte las medidas administrativas necesarias para garantizar el derecho a la consulta previa libre e informada.

La Juez A-quo declaró la carencia actual del objeto por hecho superado al considerar que en virtud del acuerdo de voluntades suscrito el 4 de octubre de 2022 entre la representante legal del Consejo Comunitario y las demandas se satisfacían las pretensiones de la acción de tutela, debido a que se garantiza que la comunidad de Hato Viejo, será escuchada por el Gobierno y que se celebrarán las consultas previas a que hubiere lugar, de ser necesario. El texto del acuerdo es el siguiente:

***“Primero:** Una vez adjudicado el proyecto de Restauración de Los Ecosistemas Degradados del Canal del Dique, el Ministerio de Transporte y la Agencia Nacional de Infraestructura, al igual que los representantes legales y autoridades del Consejo Comunitario de comunidades negras Los Olivos Hato Viejo abajo firmantes, nos comprometemos a brindar acompañamiento institucional a las diferentes entidades del orden nacional y territorial **para llevar a cabo mesas técnicas** a través de las cuales: (i) se analice de manera conjunta el proyecto y sus posibles afectaciones (ii) se escuchen las solicitudes del Consejo Comunitario de comunidades negras Los Olivos Hato Viejo y (iii) se concreten visitas a esta comunidad que permitan determinar los senderos técnicos y jurídicos mediante los cuales se logre validar la existencia de posibles afectaciones que por efectos del proyecto se puedan presentar en el territorio étnico proceso que iniciará en un plazo no mayor a dos semanas después de adjudicado el proyecto.*

***Segundo:** Los representantes del Consejo Comunitario de comunidades negras Los Olivos de Hato Viejo abajo firmantes entregarán, previo a la realización de las mesas técnicas, información que contemple la historia de la comunidad ubicación geográfica y **las posibles afectaciones que el proyecto les genera y que ha sido identificadas por ellos**. Así mismo manifestamos de manera clara y libre que asistiremos a través de nuestras autoridades representativas a las mesas técnicas que sean convocadas, las cuales deberán contar con el acompañamiento de la Agencia Nacional de Infraestructura y del Ministerio Público, y que acataremos y respetaremos las decisiones y conclusiones que en dichas mesas se definan.*

***Tercero:** La Agencia Nacional de Infraestructura, adelantará los procesos de socialización a la población y autoridades del Consejo Comunitario de comunidades negras Los Olivos Hato Viejo y en caso de que algún actor social requiera información del proyecto en su territorio, la agencia atenderá de manera prioritaria dicho llamado. Lo anterior, con el fin de recoger y atender las diferentes inquietudes, como también, dar a conocer la oferta en materia ambiental y social que consigo traerá el futuro contrato de concesión, como es, vinculación de mano de obra calificada y no calificada, procesos de formación y capacitación, fortalecimiento institucional, mecanismos de difusión del proyecto y atención al usuario, movilidad, vinculación a proyectos productivos, entre otros, en el marco de lo dispuesto en el futuro Contrato de Concesión.*



13-001-33-33-006-2022-00289-01

Cuarto: *El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Transporte, la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, la Secretaria de Transparencia y el Ministerio del Interior, adelantarán con el Consejo Comunitario de comunidades negras Los Olivos Hato Viejo, en zonas de influencia del proyecto del canal del dique, en particular las aquí firmantes, con ocasión de la firma del contrato de adjudicación, las posibles consultas previas que deban realizarse, respetando los usos y costumbres de las diferentes etnias que se encuentran ubicadas en los municipios que se verán beneficiados y/o afectados por el proyecto, sobre la base de un diálogo intercultural que permita entender la visión de las comunidades negras o afrodescendientes, palanqueras y raízales, bajo los principios de la buena fe y de la interculturalidad, ancestrales del suelo que les garantiza la permanencia en su territorio y el respeto a sus usos ancestrales del suelo.*

Quinto: *Los representantes del Consejo Comunitario de comunidades negras Los Olivos Hato Viejo, se comprometen a adelantar todas las acciones y gestiones para que los compromisos aquí adquiridos sean socializados con las comunidades, reconociendo en ellos legítimos y válidos interlocutores.*

Sexto. *El Ministerio de Transporte, la ANI y el Ministerio del Interior a través de la Dirección de Consulta previa, se comprometen a que se incorporaran en las medidas que se desplegaran en materia de socialización del proyecto, posibles consultas previas y las órdenes judiciales por la autoridad jurisdiccional competente.*

Los impugnantes insisten en que se están vulnerando el derecho a la consulta previa porque en dicho acuerdo no se tiene en cuenta a la totalidad de la comunidad, sumado a que las obligaciones allí contenidas son expresas, claras, y tampoco exigibles, por lo cual no se satisface el derecho fundamental reclamado.

El acuerdo transcrito establece medios para asegurar que la comunidad reciba visitas de las autoridades que lo suscriben para establecer la posible afectación por el proyecto que se ejecuta, la posible celebración de consulta previa y la participación de la misma en algunas actividades en el curso del proyecto, y en esa medida no encuentra la Sala razones para desconocer su validez ni la legitimidad del representante legal del Consejo Comunitario que lo celebró, lo cual, además, no es objeto de esta acción. En parte alguna dicho acuerdo reconoce o niega el derecho a la consulta previa que constituye el objeto de esta acción de tutela y por ello no se configura la carencia actual de objeto por hecho superado.

Adicionalmente, como lo afirman los impugnantes, el acuerdo mencionado no fue suscrito por el Ministerio del Interior, quien de acuerdo con la Directiva Presidencial 01 de 2010 es el único organismo competente para coordinar la realización de los procesos de consulta previa, conforme a lo establecido en la Resolución número 3598 de diciembre de 2008.



13-001-33-33-006-2022-00289-01

No sobra agregar que es el Ministerio del Interior la que certifica 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, a petición de la parte interesada en un determinado plan.

Para llevar a cabo ese trámite administrativo, la autoridad se orienta por la Directiva Presidencial N°10 de 2013, modificada por la Directiva 08 del 2020, que contiene la guía para la realización de la consulta previa con comunidades étnicas, así.

2. Etapas del proceso de consulta previa de proyectos, obras o actividades -POA-.

El proceso de consulta previa del proyecto, obra o actividad -POA- consta de cinco (5) etapas.

2.1. Determinación de procedencia de la consulta previa.

2.2. Coordinación y preparación.

2.3. Preconsulta.

2.4. Consulta previa.

2.5. Seguimiento de acuerdos.

Frente a la primera etapa de determinación de la procedencia de la consulta previa, dicha directiva señala que “En esta etapa se determinará si el POA requiere la realización de la consulta previa de acuerdo con el criterio de afectación directa¹ y con fundamento en los estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que se requieran”.

Para la determinación de procedencia de la consulta previa la DANCP - Subdirección Técnica de Consulta Previa, deberá:

“3.1. Recibir la solicitud que presente la entidad promotora o el ejecutor del POA, la cual deberá cumplir con los requisitos indicados en el formato de solicitud de determinación de procedencia de la consulta previa, formato publicado en la página web del Ministerio del Interior.

3.2. Solicitar y consultar la información que reposa en la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, en la Dirección de Asuntos Indígenas ROM y Minorías del Ministerio del Interior, y en la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior; en el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en la Agencia Nacional de Tierras, en el Instituto Nacional de Antropología e Historia, y en las demás entidades que se considere pertinente.



13-001-33-33-006-2022-00289-01

3.3. En caso de que la información suministrada por la entidad promotora o el ejecutor del POA y consultada por la DANCP - Subdirección Técnica de Consulta Previa sea insuficiente para determinar la procedencia de la consulta previa, realizar una visita de verificación en territorio. La visita de verificación en territorio comprenderá una extensión superior al área identificada por la entidad promotora o el ejecutor del POA, que permita determinar posibles afectaciones directas.

3.4. La DANCP - Subdirección Técnica de Consulta Previa deberá dar respuesta a la solicitud dentro del término señalado en el numeral 2. del artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-,2 sustituido por el artículo 1 de la Ley Estatutaria 1755 de 2015.

3.5. La DANCP - Subdirección Técnica de Consulta Previa expedirá un acto administrativo en el que manifestará si procede o no la consulta previa por la posible afectación directa a comunidades étnicas”.

Precisado lo anterior, en el sub lite estamos en presencia de una comunidad de afrodescendientes plenamente reconocida, no solo por la certificación expedida por el Alcalde de Calamar – Bolívar (f. 1 doc 02), sino además por la Resolución N° 144 de 29 de junio de 2016, mediante la cual el Ministerio del Interior la inscribió en el Registro Único Nacional de Organizaciones y Consejos Comunitario de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, documentos que demuestran que el Consejo Comunitario demandante, tiene su lugar de asentamiento en el Corregimiento de Hato Viejo, territorio rural del Municipio de Calamar.

Ahora bien, sobre la procedencia de la consulta previa (primer paso del procedimiento administrativo según la Directiva 08 del 2020), respecto del proyecto denominado “RESTAURACIÓN DE LOS ECOSISTEMAS DEGRADADOS DEL CANAL DEL DIQUE”, se tiene que este se llevó a cabo a través de la Resolución número ST – 0567 de 06 julio de 2020, de la Sub Dirección Técnica de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

El trámite administrativo tuvo lugar por petición de la Agencia Nacional de Infraestructura, según como se percibe de la parte considerativa de dicho acto administrativo, en donde además se delimita el territorio involucrado en el proyecto, así:

*“...Que se recibió en el Ministerio del Interior el día 13 de mayo de 2020, el oficio con radicado externo **EXTMI2020-16730**, por medio del cual la señora MAOLA BARRIOS ARRIETA, identificada con cédula de ciudadanía número 64.566.408, en su calidad de Coordinador GIT Social - VPRE, de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, con Nit. 830125996-9, solicita a esta Dirección se pronuncie sobre la procedencia de la consulta previa con comunidades étnicas para el proyecto: **“RESTAURACIÓN DE LOS***



13-001-33-33-006-2022-00289-01

ECOSISTEMAS DEGRADADOS DEL CANAL DEL DIQUE", localizado en jurisdicción de los municipios de San Estanislao, Soplaviento, San Cristóbal, Arroyo Hondo, Mahates, **Calamar**, El Guamo, María La Baja, Arjona, Turbana y el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, en el departamento de Bolívar, los municipios de Luruaco, Sabanalarga, Repelón, Manatí, Candelaria, Campo De La Cruz, Santa Lucia, Suan y Ponedera, del departamento de Atlántico y el municipio de San Onofre, en el departamento de Sucre".

Del texto de la referida resolución se observa que la Sub Dirección Técnica limitó su análisis al mapa del archivo cartográfico proporcionado por la Agencia Nacional de Infraestructura, así se señaló en la Resolución:

"A continuación, se presenta **el área objeto de análisis de procedencia** (mapa) cuyas coordenadas (formato Excel) soportan el respectivo archivo cartográfico, las cuales se incluyen en el archivo adjunto (CD), el cual forma parte integral de la presente resolución.

(...) Que en la solicitud se anexaron los siguientes documentos técnicos: **i)** solicitud formal ante la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa; **ii)** mapa, archivo digital Shape y cuadro de coordenadas, donde se va a ejecutar el proyecto: **"RESTAURACIÓN DE LOS ECOSISTEMAS DEGRADADOS DEL CANAL DEL DIQUE"**, localizado en jurisdicción de los municipios de San Estanislao, Soplaviento, San Cristobal, Arroyohondo, Mahates, **Calamar**, (...), **iii)** fotocopia de la cédula de ciudadanía de la solicitante; **iv)** Acta de posesión 293 de 3 de octubre de 2016 de la Agencia Nacional de Infraestructura"

El fundamento de la resolución mencionada fue un informe técnico realizado el 30 de junio del año 2020, en el cual se tuvieron como antecedentes algunas actuaciones surtidas dentro de otro proceso de consulta previa que se suscitó a partir de otro proyecto de infraestructura a realizar en el Canal del Dique y al que fue obligada la autoridad vía fallo de tutela emitido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, confirmado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral.

El concepto técnico referido contiene un análisis meramente técnico y de contenido geográfico y cartográfico, pues en el mismo se adujo que mediante "el análisis de contextos cartográfico y geográfico de comunidades étnicas de cara a las actividades del Proyecto se estableció que las mismas coinciden con las zonas de usos y costumbres tradicionales y colectivas", involucrando allí, solamente al "Consejo Comunitario de Rocha, Comunidad negra del corregimiento de La Barces, Comunidad Negra de Zenobia Puello Caicedo del corregimiento de Boca Cerrada y Comunidad Negra Nueva Esperanza del corregimiento de San Antonio" y alegando que **"si bien las zonas de asentamiento de estas comunidades no se encuentran en proximidades al Canal del Dique, si se realizarán obras asociadas al desarrollo del**



13-001-33-33-006-2022-00289-01

proyecto en su territorio que posiblemente podrían afectar directamente sus usos y costumbres tradicionales relacionados con pesca y agricultura", y solamente respecto de ellas determinó la procedencia de la consulta previa.

En dicha resolución también se describieron las obras a realizar en la Ciénaga del Hobo, la cual se encuentra adyacente al asentamiento de la comunidad demandante, así:

movilidad.

Complejo B: Ciénagas Hobo & Rabón

En la situación actual, la ciénaga Hobo y Rabón no están conectadas con el Canal dado que ambos caños están cerrados. En algunos momentos los habitantes de los pueblos abren estas conexiones para dejar entrar o salir agua de la ciénaga. No existe un plan de control predefinido.

Impactos y objetivos específicos del complejo B

Para las ciénagas Hobo y Rabón (complejo B) se definen los siguientes objetivos relacionados con los objetivos del proyecto:

- 1. Control de inundaciones y control de descarga a través y niveles de agua en las ciénagas**
Los pueblos alrededor de la ciénaga Hobo (Hato Viejo & Pílon) son propensas a inundaciones. Si los niveles de agua suben sobre 6.5 msnm, las propiedades o casas empezarán a inundarse. Aparte del control de inundaciones también se requiere el control de los niveles de agua durante los períodos normal y seco.
- 2. Control del transporte de sedimentos**
- 3. Mejoramiento de las conexiones entre ciénagas y ciénaga-canal:** Las mejoras de las conexiones se centran en el mejoramiento del ecosistema de las ciénagas:
 - a. Incremento de la capacidad de almacenamiento de agua para mejorar el estado ecológico y, en especial, la productividad de las ciénagas en el complejo.
 - b. Mejoramiento de la calidad de agua mediante el lavado mejorado de las ciénagas durante el año. El volumen de agua debe ser cambiado tres veces, correspondiendo al tiempo de residencia de 120 días.
 - c. Aseguramiento de migración de peces del Canal del Dique a las ciénagas y finalmente hacia el Río Magdalena

La toma en Hobo consiste en dos compuertas con una altura de 2 metros y un ancho de 2.5 metros. Además, hay un estanque de Descanso para disipar la energía durante el llenado. La toma está conectada al caño Burro con un canal con un ancho de fondo de 15 m y pendientes de 1:3. La toma también actúa como una desembocadura. Posteriormente, hay un pase para peces entre la alcantarilla de cajón y el Canal del Dique.

El pasaje para peces en B1 (entre la alcantarilla de cajón y el Canal del Dique) consistirá en 44 pasos, construida con tablestacas. La idea básica del diseño es minimizar el caudal a través de estos pases como para mantener niveles de agua más altos en las ciénagas. La forma asimétrica en V 1:5 / 1:7 se observa como la variante mínima de este tipo de pases para peces. Otras dimensiones dependen, principalmente, de los requerimientos acerca de la disipación de energía para funcionar de manera apropiada como un pase de peces. Para permitir una disipación máxima de energía, las presas subsecuentes se alternan. La presa posterior es reproducida y bajada 0.08 m.

Es evidente, en primer lugar, que el criterio que determinó la procedencia de la consulta previa respecto del proyecto **"RESTAURACIÓN DE LOS ECOSISTEMAS DEGRADADOS DEL CANAL DEL DIQUE"** fue exclusivamente geográfico y, pese



13-001-33-33-006-2022-00289-01

que a que está demostrado que se harán obras en la Ciénaga del Hobo,³ la comunidad demandante no fue objeto del estudio técnico que sirvió de base al acto administrativo que determinó la procedencia de la consulta previa respecto de dicho proyecto.

Para la Sala es evidente que le asiste razón a los accionantes, en cuanto que el Ministerio del Interior no realizó la visita de verificación en territorio que debe comprender, según las guías expuestas en la directiva presidencial, una extensión superior al área identificada por la entidad solicitante que permita determinar afectaciones directas, cuando la información suministrada por el solicitante sea insuficiente.

La insuficiencia de la información es notoria en el asunto bajo estudio, pues el territorio de la comunidad de Hato Viejo se encuentra ubicada cerca de la Ciénaga del Hobo, y así se advierte de la captura de pantalla del mapa tomado de la aplicación Google Earth aportada con la demanda, a lo que se suma que dicha ubicación geográfica constituye un hecho notorio que exime de prueba y, conforme a la doctrina y la sentencia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado dentro del radicado 25000232400020050143801 de 14 de abril de 2016, no requiere que su conocimiento sea universal, ni que todos lo hayan presenciado, ya que basta que esas personas de mediana cultura lo conozcan, puede ser permanente o transitorio, pues lo importante es que las personas de mediana cultura y el juez lo conozcan, y debe ser alegado en materia civil, toda vez que en materia penal no se requiere, pero debe tenerse en cuenta, sobre todo, cuando favorece al procesado. Con mayores veras no requiere ser alegado en materia de acción de tutela dada su orientación a la garantía de los derechos fundamentales sobre el cual se estructura el ordenamiento jurídico en su conjunto.

³ Ver resolución St-0567 de 2020 – doc. 02 expediente digital



13-001-33-33-006-2022-00289-01



En el nivel regional y sobre todo en los municipios del Departamento de Bolívar que se encuentran a lo largo del recorrido del canal del dique es notoria la ubicación de del poblado de pescadores de Hato viejo en las proximidades de la Ciénaga del Hobo, lo cual reconoce este Tribunal y de manera indirecta el Ministerio de Transporte, la Agencia Nacional de Infraestructura, la Gobernación del Departamento de Bolívar y la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República, al suscribir acuerdos con el representante legal del Consejo Comunitario orientado a establecer su posible afectación directa y de realizar eventualmente procesos de consulta previa y de participación de la comunidad en las decisiones y actividades referidas a la ejecución del proyecto de restauración de los ecosistemas degradados del Canal del Dique.

La posible afectación de la Ciénaga podría resultar de la necesidad de realizar tres obras sobre la misma, descritas en la Resolución ST-0567 del 6 de julio de 2020 de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, que decidió la celebración de consultas previas con otras comunidades.

Dada la cercanía física de la comunidad accionante con la Ciénaga del Hobo, la cual será objeto de intervención del proyecto tantas veces descrito, el hecho de que no fue objeto de las visitas a cargo de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Interior para establecer una eventual afectación directa constituye sin duda una violación del derecho al debido proceso y de la consulta previa, no porque se haya establecido que se tiene derecho a ella, sino porque se desconoció la directiva presidencial que rige el procedimiento orientado a establecer su procedencia.

Ahora bien, es evidente la falta de información respecto a la incidencia del proyecto en la dinámica espiritual, social, económica y cultural de la

13-001-33-33-006-2022-00289-01

comunidad negra accionante impide llegar con grado de certeza a la conclusión de que resulta afectada de manera directa.

En efecto, ninguna afirmación concreta se hace en la acción de tutela sobre esa materia, pues no pueden tener por tales las manifestaciones genéricas sobre la posible afectación del territorio, el suelo, los bienes y activos sociales, culturales, ambientales y económicos de la comunidad por parte del proyecto descrito respecto del canal del Dique.

Si bien se aportaron tres declaraciones extra juicio con la demanda, en ellas los declarantes se limitan a manifestar que son habitantes de Hato Viejo y que la comunidad vive de la pesca, la agricultura y de la ganadería, y que podrían resultar afectados desde el punto de vista económico, social y cultural, y en la infraestructura de vivienda, por las obras que se realizarán en el Dique Viejo y las demás que se realizarán en Calamar, por el aumento del espejo de agua del canal, el caudal y la cota, por lo que no se podrá tener cultivos ni ejercer la ganadería, afirmaciones que no resultan soportadas por medio de prueba alguno y resultan insuficientes para establecer con certeza la afectación directa que constituye presupuesto de la procedencia de la consulta previa.

Dado lo anterior, y como quiera que se trata de una acción de tutela en donde corresponde al juez constitucional establecer el tipo de derechos fundamentales que encuentre violados conforme a lo probado en el proceso, e impartir las órdenes que procedan para su defensa, todo ello al margen y aún en contravía de las alegaciones y pretensiones de las partes, procederá la Sala a declarar que en el presente caso la violación del derecho al debido proceso administrativo, porque se constató que frente a la comunidad accionada no cumplió con lo dispuesto por la directiva presidencial 08/20, en la etapa de “determinación de procedencia de la consulta previa regulada en el numeral 3, y específicamente en el apartado que señala que ...para la determinación de procedencia de la consulta previa la DANCP...deberá: ... 3.3. En caso de que la información suministrada por la entidad promotora o el ejecutor del POA y consultada por la DANCP...sea insuficiente para determinar la procedencia de la consulta previa, realizar una visita de verificación en territorio. La visita de verificación en territorio comprenderá una extensión superior al área identificada por la entidad promotora o el ejecutor del POA, que permita determinar posibles afectaciones directas.

Por ello se dispondrá que teniendo en cuenta lo actuado en el trámite de terminación de consulta previa solicitada por la ANI ante la DANCP, proceda a realizar la visita de verificación para determinar las posibles afectaciones directas a la comunidad de Hato Viejo, y con la información que obtenga, que



13-001-33-33-006-2022-00289-01

deberá incluir la que se haya recaudado por cuenta del acuerdo de voluntades descrito en apartes anteriores de esta sentencia, continúe con el procedimiento descrito en los numerales 3.4 y 3.5, para definir la procedencia o no la consulta previa respecto de la comunidad accionante. En caso de que la encuentre procedente la DANCP continuará con las etapas de preconsulta, consulta previa y seguimiento de acuerdos.

Resalta la Sala que los efectos de esta sentencia no se extienden a hechos y decisiones futuras de las accionadas, tal como como la que defina la procedencia de la consulta previa reclamada por los accionantes, actuación que podrá ser motivo de cuestionamiento por parte de quienes resulten afectados por dicha decisión, si consideran que ella viola su derecho fundamental a la consulta previa, en ejercicio de los medios de defensa ordinarios, y eventualmente de la acción de tutela si se ajusta a los criterios referidos a su procedencia, de conformidad con la Constitución y la Ley.

La Sala no accederá a las solicitudes de la parte accionante orientadas a que se ordene la suspensión o se dejen sin efecto las decisiones, actos administrativos o contratos relacionadas con la licitación celebrada para llevar adelante el proyecto examinado, porque ninguna prueba se aportó al proceso sobre algún tipo de afectación que permitan a la Sala tomar decisión de tal naturaleza. Las demás pretensiones de la accionante referidas a la necesidad de determinar la procedencia de la consulta previa quedan amparadas con la decisión de amparo y las órdenes impartidas.

Por otro lado, no pasa por alto la Sala que el proyecto fue adjudicado en el mes de diciembre de 2022; no obstante, de acuerdo con la sentencia SU-123/18, el derecho de la comunidad a reclamar la consulta opera en todas las etapas o fases del proyecto.

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

VI.- FALLA.

PRIMERO: Revocar la sentencia apelada. En su lugar, se dispone:

“Primero: Conceder el amparo del derecho al debido proceso reclamado por el Consejo Comunitario de Comunidades Negras los Olivos de Hato Viejo, con el alcance expuesto en la parte motiva.

Segundo: Ordenar al Ministerio del Interior – Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa – que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia y conforme a los numerales 3.3. a 3.5 de la directiva



13-001-33-33-006-2022-00289-01

presidencial 08/020, inicie el trámite con el fin de establecer si se presentan afectaciones directas a la comunidad a que se refiere la demanda en el marco del proyecto "RESTAURACIÓN DE LOS ECOSISTEMAS DEGRADADOS DEL CANAL DEL DIQUE" y proceda a determinar la procedencia de la consulta pretendida. La decisión sobre la procedencia deberá proferirse en un término que no supere los diez (10) hábiles siguientes.

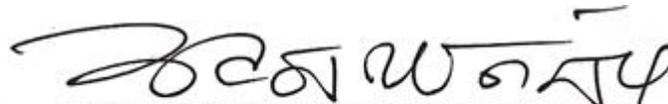
En caso de que declare su procedencia se adelantarán las etapas posteriores descritas en la referida directiva presidencial.

A dicho trámite se vinculará a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI - en calidad de solicitante e interesado en el desarrollo del proyecto.

Tercero: Se niegan las demás pretensiones.

SEGUNDO. En firme esta decisión, Por Secretaría, enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Los Magistrados


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

