

Cartagena de Indias D. T. y C., veinticinco (25) de abril de dos mil veintitrés (2023)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Acción	TUTELA
Radicado	13001-33-33-004-2023-00088-01
Accionante	CONSEJO COMUNITARIO DE NEGRITUDES DE MEMBRILLAL "MIRIAM MAKEBA"
Accionado	ZONA FRANCA ARGOS S.A.S Y MINISTERIO DEL INTERIOR – DIRECCIÓN DE LA AUTORIDAD NACIONAL DE CONSULTA PREVIA
Tema	Revoca – No procede la consulta previa por no demostrarse que el proyecto Columbus - K5, afecte directamente a la comunidad "MIRIAM MAKEBA"– No se transgrede el debido proceso, diversidad étnica y cultural como quiera que Zona Franca Argos SAS, presentó la solicitud ante el Ministerio del Interior – DANCP para que esta expidiera la certificación de comunidades étnicas sobre las cuales procedía la aplicación de la consulta previa. Por su parte, la última de estas entidades, en el proceso de evaluación, incluyó a la comunidad "Miriam Makeba" y se pronunció en la resolución sobre la posible afectación, resolviendo la no procedencia de la consulta previa.
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala de Decisión No. 004 de este Tribunal decide la impugnación presentada por la parte accionada, Zona Franca Argos S.A.S y Ministerio del Interior¹, contra el fallo de tutela de fecha trece (13) de marzo de dos mil veintitrés (2023)², proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio del cual se ampararon los derechos fundamentales del Consejo Comunitario de Negritudes de Membrillal "MIRIAM MAKEBA".

III.- ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones³.

En ejercicio de la acción de tutela, el señor JAIRO RESTREPO MENA en calidad de representante legal del Consejo Comunitario de Negritudes de Membrillal "MIRIAM MAKEBA", elevó las siguientes pretensiones:

1. "Sea admitida y declarada con lugar esta demanda de tutela en favor de la vereda de Membrillal y su consejo comunitario Miriam Makeba.
2. En consecuencia, se proteja y garantice el Derecho a la Consulta Previa, como Derechos Constitucionales y Convencionales de la Comunidad Negra de Membrillal, organizada a través de su Consejo Comunitario MIRIAM MAKEBA, vulnerados por las partes accionadas. Cabe resaltar, que no existe otro medio idóneo para la protección inmediata de nuestros Derechos

¹ Doc. 19 y 23 respectivamente, Exp. Digital.

² Doc. 15, Exp. Digital.

³ Fol. 10 Doc. 01, Exp. digital



13001-33-33-004-2023-00088-01

Fundamentales que han resultado vulnerados o amenazados por la acción y la omisión de la autoridad pública y privada ampliamente identificada a lo largo de esta demanda de tutela.

3. Por estas razones, suplicamos al honorable tribunal que en uso de sus competencias constitucionales y legales ordene de forma inmediata la realización del proceso de Consulta Previa y de esta manera se dé cumplimiento a las normas establecidas en los Tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado Social de Derecho que rige en el Territorio de la Republica de Colombia.
4. Solicito se sirva ordenar la suspensión inmediata de la acción perturbadora de nuestros derechos fundamentales.
5. Ordenar a las entidades accionadas, Ministerio del Interior – Autoridad Nacional de la Dirección de Consulta Previa y al (sic) ZONA FRANCA ARGOS S.A.S, INICIAR EL PROCESO DE CONSULTA PREVIA, en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela.
6. Que esta tutela, se active como mecanismo transitorio para evitar esta situación, en donde se ven conculcados nuestros Derechos: (i) a la Diversidad Étnica y Cultural y Protección de las Riquezas Culturales Art. 7 y 8 C.N; (ii) a la Consulta Previa Libre e Informada; (iii) al Debido Proceso; (iv) a la protección de los principios reglados en el artículo 3 de la ley 70 de 1993; (v) a la Participación de las comunidades negras y sus organizaciones sin detrimento de su autonomía en las decisiones que las afectan y en las de toda la Nación en pie de igualdad de conformidad con la ley; (vi) a la protección del Medio Ambiente, atendiendo a las relaciones establecidas por las comunidades negras con la naturaleza; (vii) a las disposiciones del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo Art. 1,4,5 y 6; (viii) a la Participación Comunitaria Decreto Ley 2041 de 2014; (ix) a las Garantías de Participación Principio 22 declaración de Rio de Janeiro; Las (sic) protección y garantías contenidas en las Consideraciones del Capitulo Étnico del Acuerdo para la Terminación del Conflicto Armado Colombiano; (x) la protección las disposiciones contenidas en los Principios sobre Empresa y Derechos Humanos; en este momento, vulnerados por El Ministerio del Interior – Autoridad Nacional de la Dirección de Consulta Previa - DANCP y El (sic) ZONA FRANCA ARGOS S.A.S
7. Que Inste a la Defensoría del Pueblo, a la Procuraduría Agraria y Ambiental del Departamento de Bolívar, a la Personería y a la Alcaldía Distrital de Cartagena, para que se pronuncien frente a las violaciones y afectaciones provenientes del mencionado proyecto.
8. Ordenar al Ministerio del Interior – Autoridad Nacional de la Dirección de Consulta Previa - DANCP y El ZONA FRANCA ARGOS S.A.S, 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.-.
9. Por tratarse de comunidades sujetas de protección Constitucional, con el auto admisorio, se ordenará al Ministerio Público, - Procuraduría, Agraria y Ambiental de Bolívar, a la Defensoría Regional del Pueblo, para que, en el marco de sus competencias funcionales, se pronuncien sobre estos hechos y brinde acompañamiento a las comunidades demandantes con ocasión de la decisión que adopte el Despacho y en el proceso de Consulta Previa"

3.2. Hechos⁴.

La comunidad negra de Membrillal se encuentra reconocida, constituida y legitimada institucionalmente por su Consejo Comunitario de Negritudes de Membrillal "MIRIAM MAKEBA", el cual, a su vez, fue reconocido por la Alcaldía del Distrito de Cartagena, según consta en las certificaciones No. 31 del 07 de febrero de 2020 y No. 60 del 25 de enero de 2023. Dicha comunidad está asentada en la vereda de Membrillal, Pasacaballos, corregimiento del Distrito de Cartagena, limitando por un lado con la Zona Industrial de Mamomal y por otro con los terrenos industriales, mineros de los municipios de Turbaco y Turbana.

⁴ Fols. 2 – 9 Doc. 01, Exp. Digital.



Indicó el accionante que la empresa Zona Franca Argos S.A.S tiene a su cargo la ejecución del proyecto *“Proyecto COLUMBUS - K5: ampliación de la planta Cartagena mediante la construcción de una línea de producción de clínker y cemento vía seca y aprovechamiento térmico de residuos peligrosos”*, ubicado en la Zona Industrial de Mamonal, limitando el área de influencia del proyecto con el territorio de Membrillal.

La empresa Zona Franca Argos S.A.S, adelantó trámites ante la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa – DANCP del Ministerio del Interior para la obtención de certificación de presencia, o no, de comunidades étnicas y oportunidad de consulta previa a fin de llevar a cabo la ejecución del proyecto nombrado.

En respuesta a dicha solicitud la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, emitió la Resolución No. ST – 1032 del 29 de junio de 2022⁵, en la cual estableció que no se identificaron comunidades con auto reconocimiento étnico en el territorio de interés, a pesar de existir constancia en la misma de la existencia del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Membrillal *“Miriam Makeba”*, surgiendo contradicciones acerca de sus afirmaciones; resaltó, además, que la comunidad está a una distancia de aproximadamente 100 metros al área de intervención directa, en contraposición a lo señalado por la entidad, quienes aseguraron que *“la comunidad étnica más cercana se encuentra ubicada hacia el costado oriental del proyecto a aproximadamente 1,09 kilómetros del área de influencia y 2,12 kilómetros del área de intervención en línea recta en la vereda Membrillal”*.

En ese orden de ideas, la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa aseveró en la mencionada resolución que no se identificaron documentos que soporten el registro ante las autoridades competentes del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Membrillal Miriam Makeba, situación que pone de manifiesto el desconocimiento de ésta de manera intencional por cuanto no se contactó a sus representantes, concluyendo con la improcedencia de la consulta previa para el proyecto en mención.

Como fundamento de la decisión, no se tomaron en cuenta las dinámicas territoriales o prácticas de grupos étnicos que puedan verse afectados por la ejecución de las actividades del proyecto, siendo omitidos conscientemente toda vez que en el informe se registran los aspectos asociados al desarrollo socioeconómico y el nivel de incidencia negativa del desarrollo del proyecto en los mismos, al generar fenómenos como la emisión gases, material particulado y contaminación de los cuerpos de agua.

En consecuencia, advirtió el accionante que se violó el derecho fundamental a la consulta previa y a la participación de la comunidad negra asentada en la vereda de Membrillal.

⁵ Doc. 24, Exp. Digital.



3.3. CONTESTACIÓN

Las entidades no rindieron informe de contestación, a pesar de haberseles notificado en debida forma el auto admisorio de la tutela⁶.

3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁷.

El Juzgado Cuarto Administrativo de Cartagena, en sentencia del 13 de marzo del 2023, concedió el amparo de tutela a los derechos fundamentales al debido proceso, a la diversidad étnica y cultural del Consejo Comunitario de Negritudes de Membrillal "MIRIAM MAKEBA", en los siguientes términos:

"SEGUNDO: En consecuencia, para su garantía efectiva, ordenase al Ministerio del Interior – Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa que dentro de los TREINTA (30) DÍAS siguientes a la notificación de esta decisión, realice un análisis en concreto la situación de la comunidad negra de Membrillal "MIRIAM MAKEBA" de la ciudad de Cartagena, en relación con el proyecto «PROYECTO COLUMBUS - K5: AMPLIACIÓN DE LA PLANTA CARTAGENA MEDIANTE LA CONSTRUCCIÓN DE UNA LÍNEA DE PRODUCCIÓN DE CLÍNKER Y CEMENTO VÍA SECA Y APROVECHAMIENTO TÉRMICO DE RESIDUOS PELIGROSOS», de cara a identificar a través de medios idóneos y expeditos, la presencia de dicha comunidad étnica en la zona de influencia del mismo, así como la afectación directa e intensidad de esta que pudiere generarse en las dimensiones económicas, culturales, ancestrales y espirituales de la comunidad accionante, a raíz de la ejecución del proyecto –previa identificación de tales dinámicas-, debiendo en todo caso dicha autoridad nacional de consulta previa, surtir el debido proceso aplicable a lo que se concluya, con sujeción al marco normativo y doctrina constitucional aplicable.

TERCERO: Instar a la Defensoría del Pueblo Regional Bolívar y a la Personería Distrital de Cartagena para que, en el marco de sus competencias, intervenga ante la Autoridad Nacional de Consulta Previa y vele por el cumplimiento de la orden que se imparte"

Como fundamento de su decisión el A quo inició señalando que del análisis del expediente no se desprende una violación al derecho a la consulta previa, debido a que no se encontró probada la afectación directa a los elementos económicos, culturales, ancestrales y espirituales alegadas por la comunidad, pues solo se allegó como material probatorio la Resolución en cuestión.

Sin embargo, referente a los derechos al debido proceso, diversidad étnica y cultural, indicó que la Autoridad Nacional de Consulta Previa no llevó cabo un proceso de identificación claro y preciso acerca de las dinámicas sociales, económicas y culturales de la comunidad actora para posteriormente estudiar si el proyecto representa una afectación para la misma, lo cual genera la necesidad de amparar los derechos mencionados.

⁶ Doc. 04 y 05, Exp. Digital.

⁷ Doc. 15, Exp. Digital



3.5. IMPUGNACIÓN.

3.5.1. ZONA FRANCA ARGOS S.A.S⁸

En el informe rendido, la empresa accionada solicitó la revocación del amparo concedido por el A quo, señalando como primer argumento la vulneración de su derecho de defensa al no habersele notificado el auto admisorio de la acción en estudio, por lo cual no ha podido conocer ni participar de lo actuado en el proceso, así como tampoco, pronunciarse frente a los hechos y argumentos que expuso la comunidad accionante en su demanda, reclamando la declaración de nulidad de la sentencia impugnada.

Por otra parte, resaltó que, de acuerdo a la información presentada en su solicitud a la DANCP, y al EPA CARTAGENA para el Estudio de Impacto Ambiental – EIA con aras a obtener la licencia ambiental, se evidenció que la comunidad accionante no se ubica dentro del área de influencia directa del proyecto.

Además, la comunidad accionante se localiza a más de 1 kilómetro del área de influencia físico - biótica así como del área de intervención, y se presentan en el territorio elementos que separan el contexto del proyecto de la comunidad accionante, derivados de las dinámicas de la variante Mamonal - Gambote e infraestructuras industriales, por tanto, no es cierto que las actividades se realizarán a poca distancia de la población, pues existen elementos espaciales y físicos contundentes, como los predios aledaños pertenecientes a ECOPETROL, VESTOLIT y COTECMAR.

En ese orden de ideas, señaló que ninguna de las actividades asociadas al proyecto implica intervención alguna en territorios ocupados de forma permanente o transitoria por la comunidad, puesto que el trazado de vías o infraestructura y las intervenciones, instalación de equipos y maquinaria serán enteramente contenidos en los predios privados de ARGOS.

3.5.2. Ministerio del Interior – Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa⁹

La entidad accionada presentó incidente de nulidad de la sentencia de primera instancia, junto a la impugnación de la misma. Como fundamento del incidente de nulidad señaló la falta de notificación sobre el presente trámite, coartándosele de esa forma, el ejercicio del derecho a la defensa y al debido proceso.

Por otra parte, frente a los argumentos de la impugnación, indicó que no existe prueba clara y conducente de la cual se pueda advertir que la entidad accionada incurrió con su accionar en una vulneración de los derechos de la comunidad, pues el informe rendido en la Resolución No. ST – 1032 del 29 de junio de 2022 se realizó acorde a lo reglamentado en las leyes y jurisprudencias sobre

⁸Doc. 19, Exp. Digital

⁹ Doc. 23, Exp. Digital.



el proceso de Consulta Previa, soportado en el análisis de los contextos cartográficos y geográficos de las actividades del proyecto, así como, en las dinámicas tradicionales, cotidianas y colectivas de las comunidades identificadas en la consulta en las bases de datos institucionales de comunidades étnicas.

3.6. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de fecha 22 de marzo de 2023¹⁰, se resolvió negar la solicitud de nulidad presentada por el Ministerio del Interior – DANCP, asimismo, se concedió la impugnación interpuesta por la entidad mencionada y Zona Franca Argos SAS, siendo asignada el conocimiento del asunto a este Tribunal, de conformidad con el reparto realizado el 22 de marzo de 2023¹¹, por lo que se admitió a través de auto del 23 de marzo del mismo año¹².

IV. -CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente se observa, que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarreen nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. Competencia

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

5.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver se circunscribe en esta instancia es el siguiente:

¿Se encuentran reunidos los requisitos de procedencia de la acción de tutela para el amparo de los derechos fundamentales a la consulta previa, debido proceso y diversidad étnica y cultural?

Una vez resuelto lo anterior, se entrará a resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Se vulneran los derechos fundamentales invocados por la comunidad Miriam Makeba por parte de Zona Franca SAS y el Ministerio del Interior – Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, al no habersele realizado el proceso de consulta previa por estimar que no era procedente para el “Proyecto COLUMBUS - K5: ampliación de la planta

¹⁰ Doc. 28, Exp. Digital.

¹¹ Doc. 30, Exp. Digital.

¹² Doc. 32, Exp. Digital.

Cartagena mediante la construcción de una línea de producción de clinker y cemento vía seca y aprovechamiento térmico de residuos peligrosos?

5.3. Tesis de la Sala

Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la tutela, la Sala revocará la decisión de primera instancia, por no haberse aportado material probatorio suficiente que permitiera determinar que con la adopción y ejecución del proyecto Columbus - K5, afecte directamente a la comunidad “MIRIAM MAKEBA”, por intervención de su territorio geográfico o amplio, ni perturbe al ambiente, a la salud o a la estructura social, espiritual, cultural o económica de la colectividad, se ha de concluir la improcedencia de la realización de la consulta previa.

Frente a los derechos al debido proceso, diversidad étnica y cultural pues, tampoco se demostró la vulneración, pues Zona Franca Argos SAS, cumplió con su obligación al presentar la solicitud ante el Ministerio del Interior- DANCP para que esta expidiera la certificación de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto y su procedencia a la aplicación de la consulta previa. Por su parte, la última de estas entidades, en el proceso de evaluación, incluyó a la comunidad “Miriam Makeba” y se pronunció en la resolución sobre los motivos por los cuales no estaba afectado directamente el colectivo, a pesar de no estar incluida en el registro de comunidades negras existentes, concluyendo que no procedía la consulta previa respecto de esta.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para abordar los problemas jurídicos planteados la Sala estudiará los siguientes temas: i) Generalidades de la acción de tutela; ii) Procedencia de la tutela como mecanismo para defender el derecho fundamental a la consulta previa; iii) Directiva Presidencial N° 10 de 2013 – Guía para la realización de la consulta previa; y, iv) Caso concreto.

5.4.1. Generalidades de la acción de tutela

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares. Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o



amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso. Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

5.4.2. Procedencia de la tutela como mecanismo para defender el derecho fundamental a la consulta previa

Colombia se constituye como una república democrática, participativa y pluralista, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural como un valor constitucional, así como también, que las comunidades étnicas gozan de plenos derechos constitucionales fundamentales. Además, la Constitución reconoce la autodeterminación de los pueblos indígenas en sus territorios, por lo cual Colombia es un Estado multicultural y multiétnico, por ende, la consulta previa es un instrumento y un derecho fundamental para amparar esos principios constitucionales. Así pues, la consulta previa se erige como una garantía consistente en el derecho que tienen los pueblos indígenas de ser consultados ante medidas (legislativas o administrativas) que los afecten de manera directa, por consiguiente, en principio, le corresponde procurar al Estado y a sus autoridades, pero también convoca a las personas de derecho privado

La Corte Constitucional¹³ ha reiterado que procede la protección de este derecho en sede de tutela cuando existe evidencia razonable de que una medida es susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena o a una comunidad afro descendiente. La afectación directa está definida como el *“impacto positivo o negativo 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”*¹⁴. Frente a esta figura la jurisprudencia¹⁵ ha fijado una serie de reglas que permiten valorar debidamente su configuración.

Según estas reglas, habrá *afectación directa* a una comunidad, cuando la medida (i) pretenda desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (ii) aluda a una intervención sobre cualquiera de los derechos de la comunidad indígena; (iii) perturbe sus estructuras sociales, espirituales, culturales, médicas u

¹³ Sentencias [T-129 de 2011](#), [C-389 de 2016](#), [SU- 217 de 2017](#), [T-298 de 2017](#), [T-103 de 2018](#), [T-063/19](#).

¹⁴ [Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.](#)

¹⁵ [Sentencia SU-217 de 2017 M.P. María Victoria Calle Correa](#); Sentencia SU-123 de 2018 MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

ocupacionales; (iv) impacte las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (v) impida el desarrollo de los oficios de los que deriva el sustento; (vi) genere un reasentamiento de la comunidad; (vii) le imponga cargas o atribuciones, al punto en que modifique su posición jurídica; (viii) interfiera en los elementos que definan su identidad o su cultura; o (ix) pese a que se trata de una medida general, que afecta a los demás ciudadanos, tiene un impacto diferenciado y específico sobre la comunidad.

Así, la Corte ha comprendido que la afectación directa no ocurre únicamente por proyectos o gestiones en el suelo titulado a favor de la comunidad, sino que trasciende el plano geográfico, para proteger también el ámbito cultural en que se desenvuelven los grupos étnicos. Por ende, la determinación de la afectación directa no se reduce a conclusiones técnicas en función de la cartografía física o de patrones técnicos y categorías predispuestas. Hallar una afectación directa implica identificar la existencia de una relación entre el plan o proyecto y la vida comunitaria, su dinámica, sus costumbres, su cosmovisión y la identidad étnica que subyace a ella y que, en la práctica, se asienta más allá de un territorio registrado como propiedad del colectivo.

5.4.3. Directiva Presidencial N°. 8 del 2020 que modifica la Directiva Presidencial N° 10 de 2013 – Guía para la realización de la consulta previa

La presente Directiva sustituye la Etapa 1 "Certificación sobre la presencia de comunidades étnicas que hace necesaria la consulta previa", adiciona la Etapa 3 "Preconsulta", adiciona la Etapa 4 "Consulta previa" y adiciona la Etapa 5 "Seguimiento de acuerdos" de la Directiva Presidencial No. 10 de 7 de noviembre de 2013.

ETAPA 1 –Determinación de procedencia de la consulta Previa: En esta etapa se determinará si un proyecto, obra o actividad requiere la realización de la consulta previa de acuerdo con el criterio de afectación directa y con fundamento en los estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que se requieran.

ETAPA 2 – Coordinación y preparación: En esta etapa la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa (DANCP) identificar a las entidades públicas que tienen competencia relacionada con el proyecto, obra o actividad o medida legislativa o administrativa que se consultará, y convocar a una reunión para conocer sus puntos de vista de la situación. La DANCP debe coordinar y diseñar estrategias para facilitar el proceso de consulta.

ETAPA 3 – Pre consulta: En esta etapa el ejecutor deberá realizar un diálogo previo con las autoridades representativas de las comunidades étnicas para definir la ruta metodológica. La ruta metodológica deberá señalar las fechas y lugares de las reuniones, el tiempo de duración de la consulta, así como demás aspectos logísticos, incluyendo los que se requieran para el desarrollo de reuniones no presenciales.



ETAPA 4 Consulta previa: En esta etapa se realizará un diálogo entre el Estado, la entidad promotora o el ejecutor del POA y las comunidades étnicas, para que la DANCP asegure el cumplimiento del deber de garantizar la participación, real, oportuna y efectiva sobre la toma de decisiones del POA que puedan afectar directamente a las comunidades étnicas, con el fin de proteger su identidad étnica y cultural.

ETAPA 5: Seguimiento de acuerdos: Asegurar que los acuerdos protocolizados en la consulta previa sean efectivamente cumplidos por las partes. Como se evidencia de lo antes expuesto, el proceso consultivo inicia con la determinación de la procedencia de la consulta previa, etapa en la cual “se determinará si el POA o medida administrativa o legislativa requiere la realización de la consulta previa de acuerdo con el criterio de afectación directa y con fundamento en los estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que se requieran

5.5. CASO CONCRETO

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

Teniendo en cuenta los hechos planteados en el escrito de tutela, su contestación y la impugnación presentada corresponde a la Sala dar respuesta al primer problema jurídico del asunto, consistente en la verificación del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la tutela:

(i) Legitimación por activa: Se encuentra en cabeza del Consejo Comunitario de Negritudes de Membrillal “*MIRIAM MAKEBA*” por ser la comunidad titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, dada la falta de realización de la consulta previa para garantizar su participación frente a la ejecución del proyecto “*Proyecto COLUMBUS - K5: ampliación de la planta Cartagena mediante la construcción de una línea de producción de clínker y cemento vía seca y aprovechamiento térmico de residuos peligrosos*”, además, con la expedición de la Resolución ST – 1032 del 29 de junio de 2022¹⁶ de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa (en adelante DANCP) se decidió la no procedencia de la consulta previa en su favor.

(ii) Legitimación por pasiva: La ostenta, por un lado, el Ministerio del Interior – DANCP por ser la entidad encargada de realizar el estudio de procedencia de la consulta previa con ocasión al desarrollo de proyectos o medidas, para determinar su afectación directa en las comunidades objeto de protección, asimismo, por haber expedido la Resolución ST – 1032 del 29 de junio de 2022, la cual determinó que no procedía la consulta previa para la comunidad accionante. Frente a Zona Franca Argos SAS, está legitimada por ser la empresa encargada de desarrollar el mencionado proyecto, así como también por ser quien solicitó al Ministerio del Interior que certificara la presencia de comunidades tribales en el área de influencia del proyecto y, por ende, la procedencia de la consulta previa.

¹⁶ Doc. 24, Exp. Digital.



(iii) Inmediatez: Encuentra esta judicatura que, el hecho alegado como vulnerador consiste en la falta de realización de la consulta previa a la comunidad negra “MIRIAM MAKEBA” con ocasión del proyecto “COLUMBUS K-5”, el cual, a juicio de esta, les afecta directamente. Si bien, mediante la expedición de la Resolución ST – 1032 del 29 de junio de 2022, se determinó que no era procedente dicho mecanismo en favor de la actora, y la presentación de la acción de tutela tuvo lugar el día 27 de febrero de 2023¹⁷, es decir, aproximadamente a los ocho (8) meses siguientes (superando el término razonable de seis (6) meses fijados por la jurisprudencia constitucional¹⁸); no debe perderse de vista que el asunto de controversia versa sobre una omisión continuada que podría conllevar al desconocimiento del derecho a la consulta previa, el cual puede ser restablecido como quiera que a la fecha no se ha llevado a cabo dicho proceso, persistiendo con ello, la presunta perturbación de sus derechos, motivo por el cual la Sala entenderá como satisfecho este requisito.

(iv) Subsidiariedad: En el *sub examine* se pretende el amparo a los derechos fundamentales a la consulta previa, debido proceso, diversidad étnica y cultural del Consejo Comunitario de Negritudes de Membrillal “MIRIAM MAKEBA”, frente al actuar de las accionadas, Zona Franca Argos SAS y Ministerio del Interior – DANCP, por la expedición de la Resolución ST – 1032 del 29 de junio de 2022, mediante la cual la DANCP decidió la improcedencia de la consulta previa para el proyecto COLUMBUS - K5.

El Alto Tribunal ha precisado que las acciones contenciosas carecen de idoneidad para salvaguardar el derecho a la consulta previa, en el evento en que las autoridades avalan actuaciones ausentes de consulta previa que afectan a esas colectividades, esas herramientas procesales no ofrecen una respuesta clara, omnicomprensiva y definitiva a la vulneración de derechos de las comunidades que tienen una especial protección constitucional y vulnerabilidad, ni siquiera, ante la posible imposición de medidas provisionales, pues si la suspensión provisional del acto queda en firme de manera expedita, continuará la impotencia de esa institución para salvaguardar integralmente los derechos de las comunidades indígenas o tribales, por tanto, no son mecanismos judiciales idóneos para proteger el derecho de la consulta previa.

En efecto, se encuentran cumplidos los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, por lo que se entrará a estudiar y resolver el segundo problema jurídico planteado.

Como cuestión previa al estudio del caso concreto, la Sala advierte que la accionada Zona Franca Argos SAS, alega una indebida notificación del auto admisorio de la tutela, circunstancia que, a su juicio, conlleva una afectación a su derecho de defensa y debido proceso. Una vez verificadas las

¹⁷ Doc. 02, Exp. Digital.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-461 de 2019 M.P. Alejandro Linares Cantillo.



constancias de notificación de la providencia en cuestión¹⁹, se tiene que el mismo fue enviado al correo electrónico correonotificaciones@argos.com.co, correspondiente a aquel que aparece reseñado en el certificado de existencia y representación²⁰, al cual fue remitida la notificación de la sentencia de primera instancia²¹, misma que está siendo impugnada por la empresa, y frente a la cual manifestaron haber sido debidamente notificados. De lo anterior, se evidencia que la empresa sí tuvo acceso al correo utilizado para efectos de notificaciones, y al contenido del fallo emitido, contra el cual se están manifestando las inconformidades suscitadas por ello, no se encuentra la existencia de la afectación alegada.

Zanjado lo anterior, se descende al estudio del caso de marras. Según lo plasmado en el marco normativo y jurisprudencial de esta providencia, la Corte ha determinado que la procedencia de la consulta previa en favor de las comunidades indígenas, rom, minorías negras, raizales y palenqueras. frente a las medidas, proyectos, obras o actividades que se pretendan ejecutar en sus territorios, está sujeta a la demostración de la afectación directa y específica de su forma de vida, integridad cultural, social y económica.

Al respecto, la alta corte, precisó que el concepto de afectación no solo corresponde al territorio, entendido como plano geográfico área de influencia del respectivo proyecto, obra o actividad, sino que también va ligada a la incidencia negativa o positiva que estos representan para su territorio étnico²², y se vincula a elementos culturales, ancestrales, espirituales, así como socio-económicos, motivo por el cual, le es dable a esta Sala verificar la afectación de estos elementos para precaver su posible afectación.

Revisado el expediente, se tiene que en la Resolución ST – 1032 del 29 de junio de 2022, se estableció que la comunidad “MIRIAM MAKEBA” se encuentra asentada a 2,12 kilómetros del área de intervención y a 1,9 kilómetros del área de influencia²³, quedando por fuera de dicha área del proyecto Columbus K-5; si bien la parte actora alegó estar a menos de 100 metros del área de influencia²⁴, no logró demostrar tal afirmación, por lo que la afectación directa por intervención al territorio geográfico y su inclusión en la zona de influencia del proyecto no está debidamente acreditada.

Por otro lado, la accionante no probó la afectación a su territorio amplio, pues solo se allegó Resolución ST – 1032 del 29 de junio de 2022²⁵, sin aportar pruebas que dieran cuenta de si la zona de intervención del proyecto o su área de influencia, tuvieran una significación colectiva para la comunidad accionante, dado su carácter sagrado, es decir, que realizará ceremonias,

¹⁹ Doc. 04, Exp. Digital.

²⁰ Doc. 21 fol. 1 Exp. Digital.

²¹ Doc. 16 y 17, Exp. Digital.

²² El cual va más allá de un espacio físico formalmente demarcado, como un resguardo.

²³ Doc. 24 fol. 30 Exp. Digital.

²⁴ Doc. 01 fol. 3 Exp. Digital.

²⁵ Doc. 24, Exp. Digital.



actividades culturales o sociales sobre el mismo, para que este mereciera ser salvaguardado por ser un elemento determinante para la identidad de la comunidad negra.

Tampoco se advierte que el colectivo derivara su sustento de los recursos naturales existentes en dicha zona, por medio de actividades de cultivo y pesca, ni que realizara actividades económicas en la misma, ligados a su costumbre y las formas tradicionales de subsistencia. Además, no se verificó la ocupación efectiva del sector donde está ubicado la Planta Cartagena y mucho menos que sobre esta haya tenido una intensidad de permanencia o grado de exclusividad, que diera lugar a concluir que el proyecto constituye una barrera de acceso a su territorio, entendido en sentido amplio.

Por el contrario, está suficientemente acreditado que la planta Cartagena, lugar sobre el cual se pretende hacer el proyecto de ampliación, es propiedad de Zona Franca Argos SAS, quien ostenta su uso exclusivo, y está precisamente ubicada en la zona industrial Mamonal, en donde se desarrollan distintas actividades de tal naturaleza, pues se destina justamente para ello.

En ese orden, al no demostrarse que la adopción y ejecución del proyecto Columbus K – 5 afecte directamente a la comunidad “MIRIAM MAKEBA” por intervención de su territorio geográfico o amplio, ni perturbe al ambiente, a la salud o a la estructura social, espiritual, cultural o económica de la colectividad, se ha de concluir la improcedencia de la realización de la consulta previa, por no advertirse la existencia de la vulneración alegada, motivo por el cual, debe mantenerse la sentencia de primera instancia en este sentido.

Ahora bien, contrario a lo sostenido por el A-quo, tampoco se evidencia en el expediente que las accionadas hayan vulnerado los derechos al debido proceso, diversidad étnica y cultural, pues, Zona Franca Argos SAS, cumplió con su obligación al presentar la solicitud ante el Ministerio del Interior- DANCP para que esta expidiera la certificación de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto sobre las cuales debía aplicarse la consulta previa, con ocasión de una posible afectación por el desarrollo del proyecto. Por su parte, la última de estas entidades, en el proceso de evaluación, incluyó a la comunidad “Miriam Makeba” y se pronunció en la resolución sobre los elementos característicos del asentamiento del proyecto, su componente demográfico, espacial, político-organizativo, arqueológico, área de influencia, alteración de recursos y comunidad de flora, entre otros aspectos técnicos, para determinar la procedencia de la aplicación de la consulta previa, a pesar de no estar incluida en el registro de comunidades negras existentes, cumpliendo la entidad con el procedimiento dispuesto para tal fin relacionado en el marco normativo de este proveído.

Por otra parte, no está probado en el expediente cuando se le notificó la Resolución ST-1032 del 29 de julio de 2022 a los accionantes, para que ejercieran los recursos procedentes contra la misma, se anexó con la demanda



de tutela copia de ella pero desconoce la Sala si se obtuvo por un proceso de notificación conforme a la Ley 1437 de 2011, y si se hicieron uso de los recursos, por lo tanto, no podría tener por demostrada una violación al debido proceso y emitir una medida de amparo del mismo, puesto que el Ministerio del Interior, tampoco hizo manifestación al respecto.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala reconoce la calidad de sujeto de especial protección de la que goza la comunidad Miriam Makeba al pertenecer a una minoría étnica, y aclara que los accionantes cuentan con los recursos procedentes contra la Resolución ST – 1032 del 29 de junio de 2022, para efectos de controvertirla; de igual forma, dispone del medio de control de nulidad y restablecimiento, así como de la nulidad simple para discutir la legalidad de dicho acto administrativo, manifestando los vicios de los que adolece, en aras de obtener dentro de tales vías ordinarias la protección de su derecho fundante a la consulta previa.

Siguiendo el hilo conductor del párrafo anterior, la Sala pone de presente que el numeral 5 de la resolución mencionada permite que de encontrarse alguna afectación ambiental u otra prueba distinta de la afectación de la comunidad, el Ministerio del interior a través de la DANCP, puede iniciar nuevamente el proceso, estando obligada la Zona Franca SAS a poner en conocimiento a la entidad en caso de advertirlo, y si no, al Ministerio le corresponde iniciarlo de oficio, o la comunidad misma o cualquier otra autoridad puede solicitárselo, por ello, debe demostrarse la posible afectación por parte de los accionantes, con una prueba siquiera sumaria para que se inicie dicho proceso y de no hacerlo, la tutela sería el mecanismo procedente nuevamente para estudiar la vulneración al derecho a la consulta previa, sin que ello constituya una temeridad.

En suma, dentro del asunto, la comunidad accionante no cumplió con la carga probatoria de demostrar que la consulta previa fuera exigible en su favor para adelantar el proyecto Columbus K-5, pues se limitó a alegar la supuesta afectación directa causada con su ejecución, sin aportar elementos de juicio que sustentaran la misma, tal como lo dispone la Sentencia T – 011/18²⁶, al sostener que *“el amparo del derecho fundamental a la consulta previa no procede de modo genérico, sino ante la efectiva comprobación de una afectación negativa directa frente a los sujetos [supuestamente] beneficiarios del Convenio 169 de la OIT”*. Tampoco acreditó estar dentro de los supuestos establecidos en el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política²⁷, que tornan obligatoria la consulta previa, al no tratarse de la explotación de recursos naturales en el territorio de una comunidad indígena o cualquier minoría étnica protegida por la ley.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia T-011/18, referencia: Expediente T-4.134.729.

²⁷ “(...) PARÁGRAFO. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.



13001-33-33-004-2023-00088-01

Bajo estas consideraciones, se concluye que, al no estar demostrado la vulneración de los derechos invocados, esta Sala REVOCARÁ la decisión adoptada en primera instancia.

VI.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: NEGAR el amparo a los derechos fundamentales invocados por la comunidad accionante, con fundamento en las consideraciones desplegadas.

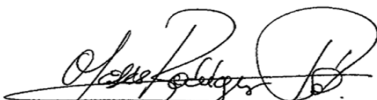
TERCERO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No.025 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ