



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., primero (1º) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

F.T.: 071.

Expediente.: 11001-03-15-000-2017-03150-00

Actor: Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de la vereda Marlinda, Unidad Gobierno Rural de La Boquilla, Cartagena de Indias, y otros

Accionado: Consejo de Estado, Sección Primera, y otro

ASUNTO

La Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sede de tutela, decide la acción de la referencia.

HECHOS RELEVANTES

a) Medio de control de los derechos e intereses colectivos

El señor David Leonardo Sandoval instauró acción popular en contra de la Nación-Presidencia de la República-Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional, Dirección General Marítima y Portuaria, Fiscalía General de la Nación, Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique y del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.

El medio de control fue instaurado con el fin de lograr la protección de los derechos colectivos fijados en los literales “a”, “c”, “d” e “i” del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, los cuales el accionante consideró vulnerados por la ocupación indebida de las comunidades de Marlinda y Villa gloria en la franja de bajamar de la ciénaga de Juan Polo.

El 18 de julio de 2014 el Tribunal Administrativo de Bolívar declaró vulnerados los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, al medio ambiente sano y equilibrio ecológico, y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente. En consecuencia, impartió órdenes al Alcalde de Cartagena, a la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique y a la Dirección General Marítima,

tendientes a obtener la restitución del espacio público, la reubicación de las familias, la reforestación, entre otras.

En vista de la decisión de primera instancia, el demandante, la Dirección General Marítima, la Comunidad de Marlinda, la Comunidad de Villagloria, el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena y la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique interpusieron recurso de apelación. El 18 de mayo de 2017 la Sección Primera del Consejo de Estado modificó y adicionó la sentencia dictada por el Tribunal mencionado.

b) Inconformidad

Afirmaron que la Sección Primera del Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Bolívar vulneraron sus derechos fundamentales al mínimo vital, debido proceso, igualdad, trabajo, vivienda, consulta previa, propiedad colectiva y los derechos de las mujeres y de la comunidad afrodescendientes, al carecer de competencia, no haber integrado debidamente el contradictorio con todas las personas afectadas, desconocer el artículo 92 de la Ley 160 de 1994 en relación con la notificación del Ministerio Público Agrario, el Protocolo de Basilea y el Convenio 169 de la OIT.

PRETENSIONES

Solicitaron se amparen sus derechos fundamentales vulnerados. En consecuencia, se decrete la nulidad de todo lo actuado en el proceso de acción popular 2011-00315 y se ordene a la Agencia Nacional de Tierras, junto con la Dirección de Asuntos para las Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, realizar un censo poblacional y de poseedores e iniciar nuevos procesos de clarificación y deslinde de tierra, reconocerlos como coadyuvantes y litisconsortes de los propietarios inscritos.

Igualmente, requirieron ordenar a: 1. La Dirección General Marítima adoptar medidas para evitar la contaminación de la ciénaga por vertimientos de residuos sólidos, 2. La Alcaldía de Cartagena asumir medidas para impedir que un fenómeno natural en potencia afecte en forma perjudicial a las personas, la infraestructura económica o el medio ambiente y 3. Concejo de Cartagena llevar a cabo el dragado, la construcción de canales y espolones y restaure el promontorio denominado "Morro Chiquito" y elimine la clasificación que tiene la zona en el POT.

CONTESTACIONES AL REQUERIMIENTO



Expediente núm. 11001-03-15-000-2017-03150-00
Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de la vereda
Marlinda vs. Sección Primera, Consejo de Estado

Sección Primera del Consejo de Estado (ff. 173-187)

El magistrado, Roberto Augusto Serrato Valdés, afirmó que no se cumplen los requisitos generales ni específicos para la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales. En relación con los primeros, explicó que transcurrieron más de 6 meses desde la notificación de la decisión atacada y la fecha de presentación de la tutela, sin que se demostrara un perjuicio irremediable.

Señaló, respecto de los segundos, que no se configuró el defecto orgánico alegado, puesto que actuó conforme a la competencia fijada en los artículos 57 de la Ley 1395 de 2010 y 132 del Código Contencioso Administrativo. Específicamente sobre la competencia para la restitución de los terrenos, expuso que la Sección encontró demostrado que la zona donde están asentadas las comunidades es de bajamar y, por ende, bienes de uso público, cuya ocupación por particulares es ilegal.

En cuanto al defecto sustantivo invocado, debido a la falta de consulta a las comunidades indígenas frente a las medidas consistentes en su traslado y reubicación, estimó que no se presentó, ya que no se desconoció ninguna norma y mucho menos quebrantó garantías constitucionales relacionadas con la participación democrática de los habitantes afrodescendientes. Aclaró que la consulta previa no opera cuando se trata de decisiones judiciales.

Agregó que en todo caso en la providencia, de forma expresa, se analizaron los derechos de las comunidades afrodescendientes y se determinó que aquellos no se estaban desconociendo, sino que, por el contrario, se respetaron sus usos, costumbres y subsistencia tanto física como espiritual al ordenar que su reubicación se realizara frente a los espejos de agua, para que pudieran continuar con la pesca como actividad de sustento familiar.

Añadió que se modificó la decisión de primera instancia, con el fin de garantizar que la referida reubicación se efectuó en un predio ubicado a no más de dos kilómetros del litoral en viviendas dignas construidas para dicho fin y dotadas de todos los servicios públicos domiciliarios. Aseguró que el proceso fue tramitado con la presencia de todas y cada una de las personas y entidades involucradas en los hechos objeto de análisis. De allí que se vinculara a los representantes de las comunidades Marlinda y Villagloria y que en el auto admisorio se ordenara la notificación a toda la comunidad por un medio masivo de comunicación.

Acerca del defecto fáctico indicó que no se incurrió en él porque se valoraron las pruebas obrantes en el expediente, entre ellas el Concepto Técnico 0528 del Cardique, que acreditaron que las comunidades de Marlinda y Villagloria estaban asentadas en las orillas de las desembocaduras naturales de la ciénaga de la Virgen, zonas de bajamar y, en consecuencia, espacio público.

Señaló que en la providencia cuestionada se precisaron los elementos que permitieron concluir la afectación al derecho e interés colectivo de la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, entre ellos, la susceptibilidad a inundaciones, afectaciones de las viviendas por vientos huracanados y riesgo de ruina de las viviendas que fueron construidas sin sujeción a las reglas de sismoresistencia.

Sostuvo que tampoco existió una defectuosa motivación del fallo y que la misma no es una causal específica de procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales. Por último, recordó que los representantes de las comunidades no apelaron el fallo en la debida oportunidad y ahora controvierten la decisión de segunda instancia en sede de tutela.

Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique (ff. 234-237)

El director, Olaff Puello Castillo, expresó que la actuación dentro del proceso de la acción popular se limitó a defender los intereses de la Corporación con fundamento en las competencias complementarias que le asisten frente a la labor de los alcaldes y gobernadores en la implementación de los procesos de gestión del riesgo de desastres, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 768 de 2002.

Informó que el Tribunal Administrativo del Bolívar ha realizado varias audiencias de verificación de cumplimiento de la sentencia, en las cuales los entes obligados al cumplimiento de la sentencia han presentado los avances de lo ordenado.

Aclaró que a la Corporación no se le puede endilgar ningún tipo de responsabilidad por los derechos presuntamente vulnerados a los accionantes, ya que quienes ejercieron la dirección de la acción popular fueron el Tribunal precitado y la Sección Primera del Consejo de Estado.

Añadió que los accionantes dejaron transcurrir más de cinco meses entre el día de presentación de la acción de la referencia y la fecha en que se dictó el fallo de segunda instancia, lo cual demuestra que no se cumplió con el requisito de inmediatez. Además, comunicó que no solicitaron su vinculación para hacerse parte dentro del proceso.



Expediente núm. 11001-03-15-000-2017-03150-00
Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de la vereda
Marlinda vs. Sección Primera, Consejo de Estado

Fiscalía General de la Nación (ff. 239-241)

La apoderada, Sonia Milena Torres Castaño, aclaró que la Fiscalía no tiene legitimación en la causa por pasiva, debido a que no existe ninguna relación de causalidad entre sus actuaciones u omisiones y la presunta vulneración de los derechos de los accionantes.

Dirección General Marítima (ff. 259-268)

El capitán de Puerto de Cartagena, Pedro Javier Prada Rueda, afirmó que no ha transgredido ningún derecho fundamental, para sustentar su aseveración comunicó sobre las actuaciones adelantadas desde 1992 y hasta 2010.

Consideró que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para buscar la protección, vigilancia y control del medio ambiente, por lo cual debe acudir a las acciones pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, máxime cuando no acreditaron la configuración de un perjuicio irremediable.

Manifestó que la Dimar ha adelantado la actuación administrativa, dentro del marco de sus funciones, para el otorgamiento de la autorización de intervención de los bienes de uso público bajo su jurisdicción. Estimó que no existe ninguna normativa que permita a la entidad adelantar o ejecutar obras tendientes a recuperar o mitigar los daños ambientales y el ecosistema en la zona de Marlinda y Villagloria ni a reubicar a las familias que la ocupan.

Alcaldía Mayor de Cartagena (ff. 279 y 280)

La asesora del despacho, Marianella Ochoa Rodríguez, mencionó que no ha vulnerado los derechos fundamentales de los accionantes y que la tutela no cumple con ninguno de los requisitos generales de procedencia, principalmente el de inmediatez.

Consejo Comunitario de Villa Gloria (ff. 303 y 304)

La representante Legal, Gloria Esther Sánchez Anaya, sostuvo que el Consejo no ha otorgado poder al abogado Jorge Muñoz Castebianco para que actúe en su nombre. Señaló que las personas que aparecen representándolo están violando su autonomía como pueblo negro.

Agregó que Corvivienda debe resolver el problema de las familias desplazadas que ya están reubicadas y que generan división dentro de la comunidad.

CONSIDERACIONES

- Competencia

La Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado es la competente para conocer del asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el numeral 7° del artículo 1° del Decreto 1983 de 2017¹, el cual regula que: "[l]as acciones de tutela dirigidas contra la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado serán repartidas, para su conocimiento, a la misma Corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, Sección o Subsección que corresponda de conformidad con el reglamento [...]".

- Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

Tratándose de la acción de tutela contra providencias judiciales la postura reiterada y uniforme de la Corte Constitucional² y el Consejo de Estado³ ha sido admitir su procedencia excepcional, siempre que se cumplan los requisitos generales de procedibilidad (exigencias generales) y las causales específicas de procedencia (defectos).

La posición actual ha evolucionado en la jurisprudencia constitucional, entre otras providencias, empezando por la tesis de la vía de hecho fijada en las sentencias C-543 de 1992 y T-079 de 1993 y su redefinición en la T-949 de 2003, hasta llegar a su sistematización en la sentencia C-590 de 2005.

Por su parte el Consejo de Estado en sentencia de unificación por importancia jurídica, del 5 de agosto de 2014, con ponencia de Jorge Octavio Ramírez, concluyó que la acción de tutela procede contra providencias judiciales

¹ Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela

² Al respecto ver, entre otras, sentencias T-573 de 1997, T-567 de 1998, T-001 de 1999, T-377 de 2000, T-1009 de 2000, T-852 de 2002, T-453 de 2005, T-061 de 2007, T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-001 de 1999, T-814 de 1999, T-522 de 2001, T-842 de 2001, SU-159 de 2002, T-462 de 2003, T-205 de 2004, T-701 de 2004, T-807 de 2004, T-1244 de 2004, T-056 de 2005, T-189 de 2005, T-800 de 2006, T-061 de 2007, T-018 de 2008, T-051 de 2009, T-060 de 2009, T-066 de 2009, T-889 de 2011, T-010 de 2012, T-1090 de 2012, T-074 de 2012, T-399 de 2013, T-482 de 2013, T-509 de 2013, T-254 de 2014, T-941 de 2014 y T-059 de 2015.

³ Sentencia de unificación por importancia jurídica, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 5 de agosto de 2014. M.P: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Exp. n.º 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ) Demandante: Alpina Productos Alimenticios S.A.



Expediente núm. 11001-03-15-000-2017-03150-00
 Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de la vereda
 Marlinda vs. Sección Primera, Consejo de Estado

siempre y cuando se respete el principio de autonomía del juez natural, y se cumplan los requisitos generales y específicos precisados por la Corte Constitucional. Veamos:

Requisitos generales: Los requisitos generales de procedibilidad son exigibles en su totalidad, porque la ausencia de alguno de ellos impide el estudio de fondo de la vía de hecho planteada. Ellos son los siguientes: (i) La cuestión que se discute tiene relevancia constitucional; (ii) se agotaron todos los medios de defensa judicial con los que cuenta la persona afectada; (iii) se cumple el requisito de inmediatez; (iv) no se argumentó una irregularidad procesal; (v) se expresaron de manera clara los hechos y argumentos que controvierten la providencia bajo estudio; y; (vi) la providencia objeto de la presente acción no fue dictada dentro de una acción de tutela.

Causales específicas: Las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial son aquellos defectos o errores en los cuales puede incurrir la decisión cuestionada. Son las siguientes⁴: a) Defecto orgánico, que se presenta cuando el juez carece de forma absoluta de competencia; b) defecto procedimental, el cual ocurre cuando la autoridad judicial actúa completamente al margen del procedimiento establecido; c) defecto fáctico, esto ocurre cuando: el juez carece de apoyo probatorio, la valoración es absolutamente equivocada o no tiene en cuenta el material probatorio obrante en el expediente para proferir la decisión; d) defecto material o sustantivo, el cual se origina cuando exista un error judicial ostentoso, arbitrario y caprichoso que desconozca lineamientos constitucionales y/o legales, específicamente ocurre cuando: se decida con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, en contravía de ellas o exista una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; e) error inducido, cuando la autoridad judicial es víctima de engaño por terceros y el mismo lo condujo a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales; f) decisión sin motivación; g) desconocimiento del precedente judicial y h) violación directa de la Constitución Política.

Es importante advertir que si la decisión judicial cuestionada incurrió en una cualesquiera de las causales específicas, podrá ser razón suficiente para el amparo constitucional.

Problema jurídico

⁴Sentencias T-352 de 2012, T-103 de 2014, T-125 de 2012, T-176 de 2016, SU-573 de 2017, entre otras.

Antes de plantear el problema jurídico, se aclara que se realizará el análisis únicamente sobre la decisión adoptada en segunda instancia por la Sección Primera del Consejo de Estado, al ser el órgano de cierre en el presente asunto.

El problema jurídico en esta instancia puede resumirse en las siguientes preguntas:

1. ¿La totalidad de los accionantes intervinieron en el trámite de la acción popular y/o instauraron recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, en esa medida, agotaron los mecanismos judiciales con los que contaban para discutir las decisiones allí adoptadas?
2. En caso de una respuesta negativa al anterior interrogante deberá resolverse el siguiente cuestionamiento: ¿los accionantes que no intervinieron demostraron alguna justificación razonable para no utilizar los mecanismos judiciales con los que cuentan?
3. ¿La Sección Primera del Consejo de Estado valoró las pruebas obrantes en el expediente de conformidad con las reglas de la sana crítica?

Para resolver el problema así planteado se abordará la siguiente temática: (I) principio de subsidiariedad: existencia de otro mecanismo de defensa judicial y (II) defecto fáctico: análisis de la valoración probatoria efectuada por la autoridad judicial accionada. Veamos:

Cuestión Previa

Antes de resolver el problema jurídico planteado, es preciso aclarar respecto a la presentación de los informes solicitados a las entidades accionadas y vinculadas a la acción de la referencia, que si bien en el auto admisorio se fijó el término de dos días para que allegaran la contestación, el mismo sólo se dispuso para garantizar una mayor celeridad en el proceso. Sin embargo, lo anterior no implica que en caso de presentarse por fuera de dicha oportunidad, no puedan ser tenidas en cuenta por el juez constitucional, ya que en las acciones de tutela no existe un plazo perentorio para el efecto.

I. Principio de subsidiariedad



Expediente núm. 11001-03-15-000-2017-03150-00
 Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de la vereda
 Marlinda vs. Sección Primera, Consejo de Estado

La jurisprudencia de la Corte Constitucional⁵ como de esta Corporación ha sostenido que, debido al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, en principio, este medio de defensa judicial resulta improcedente cuando el accionante (i) dejó de interponer los recursos judiciales ordinarios que estaban a su alcance para confrontar la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales, toda vez que no tiene la vocación de sustituir aquellos mecanismos ordinarios de defensa que, por negligencia, descuido o incuria de quien solicita el amparo constitucional, no fueron utilizados a su debido tiempo o (ii) acude directamente a la acción de tutela a pesar de existir otro mecanismo de defensa judicial a su disposición.

Pese a lo anterior es dable reconocer que la mencionada regla general tiene algunas excepciones. En relación con el primero de los casos la acción de tutela resulta procedente cuando logre demostrarse que dicha acción es el único mecanismo de defensa para proteger un daño gravísimo a un derecho fundamental y que el accionante no utilizó los mecanismos ordinarios de defensa por encontrarse en una situación que se lo impedía por completo.

Ahora, en cuanto a la excepción frente al segundo de los eventos, se configura cuando los otros mecanismos (i) no resultan idóneos para proteger el derecho fundamental presuntamente vulnerado y/o (ii) no son expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

- Existencia de otro medio de defensa judicial

Los accionantes⁶ solicitaron la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, debido proceso, igualdad, trabajo, vivienda, consulta previa,

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-011 de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. "... En este orden de ideas, si la parte afectada no interpuso en su debido momento, los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico para salvaguardar los derechos amenazados o vulnerados, es innegable que la acción de amparo constitucional no tiene la virtualidad de revivir los términos vencidos ni de convertirse en un recurso adicional o supletorio de las instancias ordinarias previstas en el desarrollo de cada actuación procesal, como de forma reiterada lo ha manifestado esta Corporación (...)"

⁶ El Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de la vereda de Marlinda y los señores Mirta Isabel Lambis Álvarez, Ángela Ensueño Londoño Álvarez, Fidel Octavio Leal Mejía, Mirian del Carmen Montes Valerio, Josefina Jaramillo de Serna, Elio D'angelo, Braulio Baltazar Bonilla Banquez, Henry de Jesús Zuluaga Giraldo, Trusciglio Massimo, Ruth Paternina Gómez, José Antonio Venecia Yesmo, Julio César Naranjo Chacón, Linda Marcela Sarmiento Fernández, Pedro Vélez de Pombo, Álvaro Antonio Tinoco Padilla, Beatriz Pérez Mantilla, Cecilia Arroyo de Guerra, Celia Contreras Valiente, Francisco Almagro Franco, Francisco Alvarado Jiménez, Guillermo Palacios Bermúdez, Heriberto Luis Rivera Herrera, María del Carmen Pérez Gómez, Lucila Edith Fúnez Pacheco, Ana Isabel Fernández Fúnez, María Isabel Contreras Valiente, Andrés Cervantes Marrugo, Sugrey Ricardo Gómez, Enrique Gómez de Horta, Benjamín José Baloco Miranda, Rosa Albany Toro Patiño, Gloria Patricia Estrada Vanegas, Catalina Olea Manjarres, Darlenis Arenilla Pineda, Mercedes Alvarado Jiménez, Libia Esther Pérez Villar, Leda Hortensia González Benavides, Narcelis Alvarado Cerpa, Nancy del Carmen Ricardo Alcazar, Marlene Herrera Olea, Gloria Inés Alonso Gómez, Florinda Mosquera Hinstrosa,

propiedad colectiva y los derechos de las mujeres y de la comunidad afrodescendientes, los cuales consideraron vulnerados por el Tribunal Administrativo de Bolívar y la Sección Primera del Consejo de Estado.

Pues bien, antes de analizar cada una de las inconformidades planteadas es necesario analizar si la totalidad de los accionados intervinieron dentro del proceso de la acción popular, cuyas decisiones ahora se controvierten, como terceros interesados, pues de no ser así no habrían agotado todos los

Jairo Enrique Majarres Sierra, Jairo Diaz Anaya, Angela Esther Sarmiento Aguera, Gustavo Cantillo Vargas, Angela Maria Ramirez Bertel, Beatriz Mantilla, Aidee Acosta Garcia, Maria Irene Contreras Valiente, Derly Yinet Chavarro Herrera, Doris Aguilar Torres, José María Gómez Arenilla, Gladys Correa Pájaro, Aida Luz Nuñez Ruiz, Leida María Almagro Torres, Neyla Esther Ortega Ricardo, Eufemia Cabarcas Ricardo, Nelson Enrique Palacios Vargas, Ángel María Puerta Cuadro, Yorleydis Alvarado Contreras, Emiliano Valiente Escorcia, José Eusebio Iriarte Paso, Eligia Gómez Pineda, Juana Arenilla Pineda, Concepción Henriquez Pineda, Carmen Maria Tous Maza, Margarita Rosa Cardozo Salgado, Martha Librada Machado Machado, Delimberto Jiménez Gómez, Aidee León Valiente, Rosa Miranda Agresott, Maria Alejandra Galeano Mendoza, Nubia Barbosa Ortiz, Wainer Pardo Gómez, Yeimis Hernández Azan, Onilfa Judith Jiménez Araque, Yezenia Esther Vega Caraballo, Rosa Pineda Morales, Georgina Olaya Ramirez, María Celeste Murillo Nieto, Nelly Alcazar Orozco, Manuela Anaya Acosta, Wilber Eduardo Gómez Ortiz, Eliecer Alvarado Lares, Jorge Luis Vanegas de la O, Luis Manuel Gómez Girado, Mery Luz Azan Valiente, Mauro Andrés Aranguen Olaya, Dionisia Caicedo Reales, José Joaquín Imitola Trejo, Rosmary Acosta Jiménez, Jorge Armando Pereira Herrera, Ana Blasina Blanco Melendez, Fabiola Barbosa Ortiz, Jorge Ortega Gamarra, Ana Elix Díaz James, Laury Iseth Gómez Alvarado, Juan Ezequiel Lara Chamarro, Adriana María Posada Fernández, Hernando Contreras Valiente, Soledad Caballero Pacheco, Francisco Manrique Vega, Alexander Pardo Castro, Gladys Esther Acevedo Vega, Leguiz Caicedo Barraza, Claudia Patricia Ayala Ramírez, Pedro Contreras Valiente, Yasser Daniel Romero Hernández, Bani Cecilia Amaya Salas, Carlos Humberto García Izquierdo, Etilvia Pantoja Vega, Rosa Isabel Barrios Barrios, Cristian Castro Marique, Edelma Agresot Batista, Cecilia Arroyo Guerra, Adiel Valiente Ortiz, Amalfi del Carmen Maza de Castillo, Evert Luis Ladeu Gutiérrez, Buenaventura Figueroa Vega, Luis Miguel Fernández Monterrosa, Rocio del Socorro Fabro Ramos, María Isabel Fernández Fúnez, Zoraida Acosta Jiménez, Onaisis José Ladeut Gutiérrez, Edinson Ramírez Ortega, Sobelda del Carmen Simanca Mendoza, Gerardo Valiente Rumie, María Rosario Romaña Martínez, Hilda Luz Núñez Jiménez, Andrea Núñez Blanquicet, Fanny Gómez Díaz, Eduardo Luis Hernández Herrera, María del Carmen Bonilla Simanca, Luz Neris Gómez Romero, Andrés Guillermo Torres Díaz, Arlen Márquez Simancas, Jairo Ortega Perifan, Alfonso Ortega Díaz, Arleth Burgos de Carmona, Georgina Valiente Ortiz, Yaelis Patricia Valiente Acevedo, Gloria Isabel Alvarado Serrano, Idalis Gueto Alcazar, María Cristina Jaramillo Serrano, Virgilio Carrillo Torreglosa, Eduardo Jiménez Carmona, Edilsa de los Reyes Castro Carvajal, Robinson Valiente Zuñiga, Alicia María Ortega Gómez, Mónica Patricia Salina Cáceres, Milbia Romero Mercado, Hernando Salcedo Pérez, Madelsy Luna Cabarcas, Yanet María Valiente Vega, Oneida Miranda Melendez, Yomaira Martínez Pacheco, Ruth Marina Contreras Atencio, Yasmína Romero Contreras, Alberto Rafael Fernández Fúnez, Yolima Pineda Cardales, Yadira Carmona Hurtado, Comelia Rivera Solano, Paola Esther Carmona Gómez, Ramón Manrique Gómez, Rafael Gómez Díaz, Jennifer Gómez Gómez, Onix Gómez Anaya, Rosa Melendez Barrios, Dalila Contreras Melendez, Rosa Isabel Noriega Arenilla, Nelly María Ortega Pérez, José Luis Carmona Burgos, Cindy María Cera Romero, Ana Marie Jiménez Torres, Juana Pérez Chiquillo, Yomada Mercedes Puerta Cáceres, Genis María Díaz Romero, Jairo Díaz Anaya, Ana Rosa Lambis Arroyo, Francisco Almela Pineda, Avelina Ortega de Garces, Edwin Jiménez Caraballo, Anastacia Carmona Vega, Neris Romero Contreras, Fanny Ester Anaya Montiel, Zunilda Ramírez Mendoza, Eduardo Echeverri Molina, Mariluz González Iriarte, Olga Marina Tovar Palacio, Martha Herrera Jiménez, Ana Fermína Romero Ortiz, José Luis Maza Ortega, Johana Anaya Jiménez, Ibis Gómez Pérez, Denis Esther Carmona Mendoza, Judith María Julio Geles, Yarson Manuel Valiente Berrio, Naudith Matute Rodríguez, Yarnibis Pacheco Patemina, Juan Franco Valiente, Cesar Augusto González Melendez, Israel Gómez Marrugo, Reidys Contreras Acosta, Keisy Contreras Acosta, Carmen Judith Julio Torralvo, Darlis Nizabet Corcho García, José David Puello Melendez, Jorge Eliecer Barboza Ballestas, Domingo Carmona Henriquez, José Eliecer Barón Tapias, María Cristina Mattos Torres, Claudio Mateo Bulla Tejedor, Coronado Anibal Salazar Ciro, Ercilia María Berrio Altamar y Johanna del Carmen Guerrero Herrera.



Expediente núm. 11001-03-15-000-2017-03150-00
 Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de la vereda
 Marlinda vs. Sección Primera, Consejo de Estado

mecanismos judiciales con los que contaban y, en esa medida, la tutela se tornaría improcedente.

Lo anterior si se tiene en cuenta que esta acción constitucional se creó como un mecanismo de protección de derechos fundamentales inmediato y subsidiario, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, por lo cual permitir que se utilice para suplir la falta de actuación al interior de un proceso implicaría aceptar la desnaturalización de la tutela.

Al respecto, se observa que, varias de las personas⁷ que ahora solicitan el amparo de sus derechos en sede de tutela no se hicieron partícipes dentro de la acción popular, a pesar de que en el auto admisorio de la demanda, dictado el 30 de noviembre de 2011, se dispuso informar a los miembros de la comunidad de la existencia del medio de control, a través de un medio masivo de comunicación (ff. 89-92 del expediente). De allí que más de 500 personas intervinieran dentro del proceso y fueran admitidas como coadyuvantes (ff. 1341-1353 *ibidem*).

⁷ Mirta Isabel Lambis Álvarez, Ángela Ensueño Londoño Álvarez, Fidel Octavio Leal Mejía, Mirian del Carmen Montes Valerio, Josefina Jaramillo de Serna, Elio D'angelo, Henry de Jesús Zuluaga Giraldo, Trusciglio Massimo, Ruth Paternina Gómez, José Antonio Venecia Yesmo, Julio César Naranjo Chacón, Linda Marcela Sarmiento Fernández, Pedro Vélez de Pombo, Álvaro Antonio Tinoco Padilla, Heriberto Luis Rivera Herrera, Lucila Edith Fúnez Pacheco, Andrés Cervantes Marrugo, Sugey Ricardo Gómez, Enrique Gómez de Horta, Libia Esther Pérez Villar, Marcelis Alvarado Cerpa, Nancy del Carmen Ricardo Alcazar, Jairó Díaz Anaya, Angela Esther Sarmiento Aguera, María Ramírez Bertel, Beatriz Mantilla, María Irene Contreras Valiente, Aida Luz Nuñez Ruiz, Eufemia Cabarcas Ricardo, Nelson Enrique Palacios Vargas, José Eusebio Iriarte Paso, Eligia Gómez Pineda, Margarita Rosa Cardozo Salgado, Martha Librada Machado Machado, Delimberto Jiménez Gómez, Aidee León Valiente, María Alejandra Galeano Mendoza, Wainer Pardo Gómez, Yeimis Hernández Azan, Rosa Pineda Morales, María Celeste Murillo Nieto, Eliecer Alvarado Lares, Jorge Luis Vanegas de la O, Mery Luz Azan Valiente, Mauro Andrés Aranguen Olaya, Dionisia Caicedo Reales, José Joaquín Imitola Trejo, Rosmary Acosta Jiménez, Ana Elix Díaz James, Juan Ezequiel Lara Chamarro, Adriana María Posada Fernández, Alexander Pardo Castro, Leguiz Caicedo Barraza, Claudia Patricia Ayala Ramírez, Yasser Daniel Romero Hernández, Bani Cecilia Amaya Salas, Carlos Humberto García Izquierdo, Cristian Castro Marique, Edelma Agresot Batista, Amalfi del Carmen Maza de Castillo, Evert Luis Ladeu Gutiérrez, María Isabel Fernández Fúnez, Gerardo Valiente Rumie, Eduardo Luis Hernández Herrera, María del Carmen Bonilla Simanca, Luz Neris Gómez Romero, Arlen Márquez Simancas, Virgilio Carrillo Torreglosa, Eduardo Jiménez Carmona, Robinson Valiente Zuñiga, Milbia Romero Mercado, Hernando Salcedo Pérez, Madelsy Luna Cabarcas, Oneida Mirando Melendez, Ruth Marina Contreras Atencio, Alberto Rafael Fernández Fúnez, Yolima Pineda Cardales, Cornelia Rivera Solano, Paola Esther Carmona Gómez, Ramón Manrique Gómez, Rafael Gómez Díaz, Jennifer Gómez Gómez, Onix Gómez Anaya, Rosa Isabel Noriega Arenilla, Nelly María Ortega Pérez, José Luis Carmona Burgos, Cindy María Cera Romero, Ana Marie Jiménez Torres, Yomada Mercedes Puerta Caceres, Genis María Díaz Romero, Jairo Díaz Anaya, Francisco Almela Pineda, Avelina Ortega de Garces, Edwin Jiménez Caraballo, Fanny Ester Anaya Montiel, Martha Herrera Jiménez, Denis Esther Carmona Mendoza, Yarson Manuel Valiente Berrio, Yarnibis Pacheco Paternina, Juan Franco Valiente, Cesar Augusto González Melendez, Israel Gómez Marrugo, Reidys Contreras Acosta, Keisy Contreras Acosta, Carmen Judith Julio Torralvo, Daris Nizabet Corcho García, José David Puello Melendez, Jorge Eliecer Barboza Ballestas, José Eliecer Barón Tapias, María Cristina Mattos Torres, Claudio Mateo Bulla Tejedor, Ercilia María Berrio Altamar y Johanna del Carmen Guerrero Herrera.

Así las cosas, se aclara que no se hará ningún pronunciamiento de fondo respecto de los accionantes antes mencionados, comoquiera que al no haber intervenido en el trámite de la acción popular omitieron cumplir con el requisito de subsidiariedad exigido por la Constitución Política, la ley y la jurisprudencia y, en consecuencia, se rechazará por improcedente la acción de la referencia respecto de aquellos.

Por otra parte, se advierte que no es posible aceptar como justificación para la falta de intervención en el proceso la afirmación del apoderado judicial de los accionantes en el sentido de indicar que no se integró debidamente el contradictorio, puesto que, como quedó antes demostrado, el Tribunal Administrativo de Bolívar ordenó que se informara a los miembros de la comunidad sobre la existencia de la acción popular.

En esa medida, quienes consideraban tener un interés en las resultas del proceso debieron solicitar ser tenidos como terceros y, de esta manera, presentar sus argumentos en las etapas procesales pertinentes dentro del medio de control y no hacerlo a través de la acción de tutela, con lo cual desconocen su carácter subsidiario.

Adicionalmente, se aprecia que solamente presentaron recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia dictada el 18 de julio de 2014 por el Tribunal Administrativo de Bolívar el señor David Leonardo Sandoval, la Dirección General Marítima, el Consejo Comunitario de la Comunidad Marlinda, el Consejo Comunitario de Villagloria, el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena y la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique (ff. 1757-1871 del expediente).

Así las cosas, se colige que de los aquí accionantes únicamente el Consejo Comunitario de la Comunidad Marlinda apeló la decisión de primera instancia y, por ende, fue el único de quienes ahora solicitan amparo que agotó los mecanismos judiciales con los que contaban antes de acudir en acción de tutela. Por consiguiente, la solicitud de amparo instaurada es improcedente frente a los accionantes, con excepción del Consejo Comunitario de la Comunidad Marlinda frente a quien se analizarán los argumentos de fondo.

- Inconformidades planteadas por los accionantes intervinientes dentro de la acción popular

Una vez identificadas las personas que no intervinieron dentro del medio de control o no recurrieron la decisión de primera instancia, esto es, frente a quienes la acción de tutela es improcedente, se procederá a analizar los



Expediente núm. 11001-03-15-000-2017-03150-00
Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de la vereda
Marlinda vs. Sección Primera, Consejo de Estado

desacuerdos señalados en el escrito de tutela. Sobre el particular, se repara en que se manifestaron diversas inconformidades que pueden agruparse en los siguientes defectos:

1. Defecto orgánico: los accionantes consideraron que la Sección Primera del Consejo de Estado carecía de competencia para ordenar la demolición de la totalidad de las viviendas construidas en la zona de bajamar en el corregimiento de la Boquilla y, la posterior reubicación de la comunidad, de acuerdo con los artículos 5° del Decreto 747 de 1992 y 1° del Decreto Reglamentario 2663 de 1994.

2. Violación directa de la Constitución: por no efectuarse consulta previa antes de adoptar la decisión de reubicar a la comunidad negra de Marlinda, como lo ordena el Convenio 169 de la OIT, y no tener en cuenta el deber de garantizar la calidad de vida de los miembros de dicha comunidad.

3. Defecto fáctico: el Consejo Comunitario de Marlinda estimó que se valoraron indebidamente las pruebas, pues aquellas no demostraban que la zona donde está ubicada la comunidad sea de bajamar y, por ende, de uso público. Por el contrario, acreditaron que se trata de propiedad privada.

Adicionalmente, expuso que la autoridad judicial debió decretar pruebas de oficio para aclarar dudas en relación con los documentos allegados y el tipo de bien de la zona donde habitan.

4. Error inducido: producido por Cardique al hacer creer que las viviendas en los territorios ocupados no cuentan con los servicios básicos, lo cual causa epidemias en la región

En ese orden de ideas, para analizar el fondo de los anteriores planteamientos, es necesario determinar si fueron expuestos en el recurso de apelación presentado o si lo pretendido es que en esta sede se diluciden nuevos aspectos como si de una tercera instancia se tratara.

En cuanto a ello, se advierte que el apoderado del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra del corregimiento de la Boquilla de la vereda de Marlinda interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, con fundamento en las siguientes afirmaciones: 1. La zona donde está ubicada la comunidad no es de uso público, 2. No se demostró el daño al medio ambiente imputable a la comunidad y 3. La decisión del Tribunal afectó los derechos a los usos y costumbres y al trabajo de la comunidad (ff. 1850-1853 del expediente).

De lo anterior se desprende que el Consejo Comunitario no indicó ni desarrolló los argumentos ahora expuestos en relación con la falta de competencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, la necesidad de adelantar consulta previa ni de la existencia de servicios públicos domiciliarios en las viviendas construidas en la zona objeto de debate. Por consiguiente, en esta sede solamente es factible analizar la alegada configuración del defecto fáctico.

II. Defecto fáctico

De conformidad con la jurisprudencia Constitucional⁸, el defecto fáctico se configura cuando el juez carece de apoyo probatorio que le permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Dicho defecto debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto y adicionalmente debe tener una incidencia directa en la decisión.

La Corte Constitucional ha identificado dos dimensiones en las que puede presentarse defecto fáctico: 1) Una dimensión negativa que ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa⁹, u omite su valoración¹⁰ y sin justificación da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión, comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. 2) Una dimensión positiva, que se presenta generalmente cuando el juzgador aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo el fallador desconoce la Constitución Política.

A pesar de lo expuesto, la intervención del juez de tutela, en relación con el manejo dado por el juez natural es, y debe ser, de carácter extremadamente reducido. En primer lugar, el respeto por el principio de autonomía judicial y el principio del juez natural, impiden que el juez constitucional realice un examen exhaustivo del material probatorio. Así, la Corte Constitucional, en sentencia T-055 de 1997, determinó que, en lo que hace al análisis del material probatorio, la independencia judicial cobra mayor valor y trascendencia.

⁸ *Ibidem*, num.2.

⁹ Sentencia T-442 de 1994.

¹⁰ Sentencia T-239 de 1996.



Expediente núm. 11001-03-15-000-2017-03150-00
 Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de la vereda
 Marlinda vs. Sección Primera, Consejo de Estado

Por tal razón, tampoco es procedente la acción constitucional, cuando se encamina a obtener una nueva valoración de la actividad evaluativa realizada por el juez que ordinariamente conoce de un asunto.

- Análisis de la valoración probatoria efectuada por la Sección Primera del Consejo de Estado

El Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de la vereda Marlinda sostuvo que la Sección Primera del Consejo de Estado incurrió en defecto fáctico por valorar indebidamente las pruebas obrantes en el expediente que daban cuenta de que la zona donde está ubicada la comunidad es de propiedad privada y por abstenerse de decretar pruebas de oficio.

Al respecto, se advierte que contrario a lo expuesto por el accionante con las pruebas obrantes en el expediente se demostró que la zona donde están asentados sus miembros es de bajamar, la cual es un bien de uso público, de conformidad con el artículo 166 del Decreto 2324 de 1984.

De lo anterior dan cuenta el Oficio 01150 CP5-LITORALES del 8 de julio de 1996 expedido por el capitán de Puerto de Cartagena (f. 206 *ibidem*), el Informe Técnico de la Dirección General Marítima (f. 1475-1480 *ibidem*), Concepto Técnico 0166-143 proferido por la Subdirección Técnica y de Desarrollo Sostenible del Establecimiento Público Ambiental de Cartagena (ff. 1584-1588 *ibidem*) y el Concepto Técnico Nivel de Vulnerabilidad de Marlinda y Villagloria de la Unidad de Prevención y Atención de Desastres de Cartagena (ff. 1632-1667 *ibidem*).

Resulta pertinente resaltar que el anterior material probatorio fue analizado en su totalidad, de conformidad con las reglas de la sana crítica, por la Sección Primera del Consejo de Estado, lo cual le permitió inferir que la zona es de bajamar y, en consecuencia, se trata de un bien de uso público que no puede ser transferido a particulares. Acerca de ello, la autoridad judicial accionada expresó (ff. 1984-2033 *ibidem*):

*"[...] Como bien se desprende de lo anterior, la zona geográfica en donde se encuentran asentadas las comunidades de Marlinda y Villagloria es catalogada como **zona de bajamar** y, en consecuencia, presenta un doble carácter:*

*a) De un lado, en virtud de lo establecido en el artículo 166 del Decreto 2324 de 1984, le asiste la calidad de **bien de uso público** y, por tanto, en atención al mandato del artículo 63 de la Constitución Política, es **inalienable, inembargable e imprescriptible**.*

b) Del otro, de conformidad con el artículo 5º de la Ley 9 de 1989, se constituye en elemento integrante del **espacio público** y, por tanto, es una zona destinada al uso y disfrute colectivo.

*Evidentemente, al haberse efectuado el asentamiento de dos comunidades en una zona no susceptible de apropiación por particulares que, además, debe estar en disponibilidad permanente para el disfrute colectivo y sin tener justificación jurídica en una autorización administrativa, resulta notorio que se trata de una **ocupación ilegal** que atenta contra unos bienes jurídicos pertenecientes al conglomerado social en general, particularmente en relación con la posibilidad de usar y disfrutar estos bienes, y esto no puede seguir tolerándose por parte de las autoridades administrativas encargadas de defender su integridad y su goce colectivo.*

No cabe duda que el alegato expuesto por parte de la COMUNIDAD DE MARLINDA en el recurso de apelación relativo a que la zona donde se encuentran asentados es de propiedad privada, no tiene asidero, pues quedó plenamente acreditado que tales terrenos son zonas de bajamar y, por ende, al asistirles la calidad de bienes de uso público no pueden ser objeto de apropiación privada por ninguna vía y, desde luego, tampoco hay cabida a que se haya generado algún título traslativo de dominio sobre los mismos [...]"

Ahora, si los aquí accionantes consideraron que el contenido de los documentos recaudados en el proceso no correspondía con la realidad, debieron aportar las pruebas necesarias para controvertir la información contenida en los distintos conceptos e informes y demostrar la existencia de una falsedad ideológica. Por consiguiente, en esta instancia no es factible estudiar dicha situación.

Por otra parte, el Consejo Comunitario aseguró que la corporación judicial accionada debía decretar pruebas de oficio. Sobre este argumento, cabe recordar que el juez debe determinar en caso concreto si es necesario o no decretar pruebas de oficio, con la finalidad de esclarecer los hechos objeto de controversia, de acuerdo con el artículo 170 del Código General del Proceso.

Por lo tanto, una autoridad judicial no incurre en defecto fáctico cuando considera que con fundamento en las pruebas obrantes en el proceso es posible fallar sin necesidad de decretar más pruebas, máxime cuando, como en este caso, existen múltiples documentos que lograr brindar certeza sobre una determinada situación.

Adicionalmente, se aclara que la Sección Primera del Consejo de Estado tuvo en cuenta la especial calidad de las personas que habitan en la zona de bajamar de la Boquilla de Cartagena, al tratarse de comunidades negras, y analizó sus tradiciones y sus formas de sustento antes de adoptar la decisión



Expediente núm. 11001-03-15-000-2017-03150-00
Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de la vereda
Marlinda vs. Sección Primera, Consejo de Estado

que ahora se controvierte. De allí que aclarara que la distancia en la que debían ser reubicados debía ser a menos de 2 kilómetros del litoral y no a más de 2 kilómetros, como lo había ordenado el Tribunal, por lo cual no se avizora vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante ni la existencia de una causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

En consecuencia, se rechazará por improcedente la acción de tutela presentada por los aquí accionantes, con excepción del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de la vereda de Marlinda, frente a quien se negará el amparo solicitado, a través de la tutela instaurada en contra del Tribunal Administrativo del Bolívar y la Sección Primera del Consejo de Estado, de conformidad con lo aquí expuesto.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

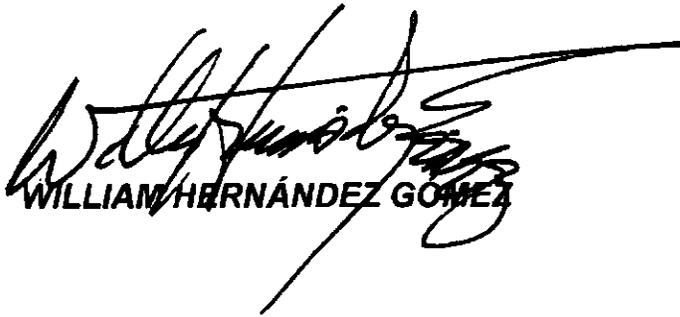
Primero: Rechazar por improcedente la acción de tutela presentada por los aquí accionantes, con excepción del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de la vereda de Marlinda, frente a quien se negará el amparo solicitado, a través de la tutela instaurada en contra del Tribunal Administrativo del Bolívar y la Sección Primera del Consejo de Estado, de conformidad con lo aquí expuesto.

Segundo: La presente decisión podrá ser impugnada dentro de los tres días a siguientes a su notificación (art. 31 Dcto. 2591 de 1991). Si esta providencia no fuere impugnada en tiempo oportuno, remítase el cuaderno original de la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

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

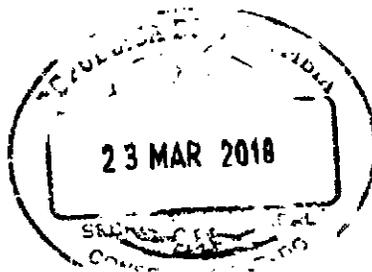
Cuarto: Háganse las anotaciones correspondientes en el programa "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS



PCL