



Cartagena de Indias D.T. y C., veintidós (22) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

Acción	IMPUGNACIÓN DE TUTELA.
Radicado	13-001-33-33-008-2019-00063-01
Accionante	CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS DE PUERTO REY
Accionado	MINISTERIO DEL INTERIOR – CNC DEL MAR S.A.S E.S.P- SERENA DEL MAR
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Confirma sentencia de primera instancia por no cumplir con el requisito de subsidiariedad.

I.- PRONUNCIAMIENTO

Le corresponde a esta Sala decidir sobre la impugnación interpuesta por la parte accionante, contra el fallo de tutela de fecha dos (02) de abril de dos mil diecinueve (2019)¹, dictado por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro de la acción de tutela adelantada por el CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS DE PUERTO REY contra MINISTERIO DE INTERIOR -CNC DEL MAR S.A.S E.S.P- SERENA DEL MAR.

II.- ACCIONANTE

La presente acción constitucional la instauró el CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS DE PUERTO REY, representado por RONALD VALIENTE ACEVEDO, identificado con cedula de ciudadanía 73.190.242 de Cartagena.

III.- ACCIONADA

La acción está dirigida en contra del MINISTERIO DE INTERIOR -CNC DEL MAR S.A.S E.S.P- SERENA DEL MAR.

IV.- ANTECEDENTES

4.1.- Pretensiones².

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

¹Fols. 68-72 cdno 1

²Fol. 7 Cdno 1



Radicado: 13-001-33-33-008-2019-00063-01

"PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso, diversidad étnica y consulta previa

SEGUNDA: ORDENAR a la DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA el inicio del proceso de consulta previa sobre el proyecto urbanístico "ciudad soñada" ejecutado por la empresa de desarrollo SERENA DEL MAR en el kilómetro 8 de la ciudad de Cartagena de Indias y las comunidades étnicas de la vereda puerto rey del corregimiento de la Boquilla, ubicada en el área de influencia del accionar de la empresa.

TERCERO: ORDENAR que en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo el Ministerio del Interior y la Empresa de Desarrollo SERENA DEL MAR den inicio a los pasos necesarios para comenzar el proceso de consulta.

CUARTO: ORDENAR a la empresa de Desarrollo SERENA DEL MAR cesar los actos perturbatorios de acceso a zonas ancestrales como el arroyo arroyito barro, utilizado por la comunidad para realizar sus actividades de caza de cangrejo propias del consumo gastronómico y de su comercialización

QUINTO: ORDENAR las medidas necesarias tendientes a evitar la vulneración de los derechos fundamentales alegados violados."

4.2.- Hechos³.

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

El accionante menciona que desde hace aproximadamente ocho (08) años se ha estado ejecutando el proyecto "ciudad soñada" SERENA DEL MAR en el kilómetro 8 de la Zona Norte de la ciudad de Cartagena.

Menciona que, como consecuencia de la ejecución de ese tipo de obras, las comunidades Negras asentadas en las inmediaciones del proyecto han adelantado los trámites pertinentes para ejercer sus derechos constitucionales y legales, a participar en el proceso de consulta previa, establecida en los casos en que la ejecución de proyectos pueda afectar de manera directa a las comunidades.

Así mismo, expresa que, la ejecución del proyecto ha ocasionado intransitabilidad en las vías de acceso a la vereda, por el paso constante de vehículos pesados y por el mal estado de las vías, lo cual afecta las prácticas tradicionales y ancestrales de los miembros de estas comunidades. Por este

³Fol 1-2 Cdno 1



Radicado: 13-001-33-33-008-2019-00063-01

motivo, los habitantes de las comunidades afro descendientes de la vereda de Puerto Rey, con representantes de la empresa Serena del Mar, acordaron en el mes de julio del año 2018 los siguientes puntos: vinculación laboral de los miembros de la comunidad; aceptación de certificación del consejo comunitario de Puerto Rey para ingreso laboral; capacitaciones o estudios especialmente en el área de ingeniería civil, topográfica y área comercial.

Aducen los accionantes que, la empresa SERENA DEL MAR no ha cumplido, significativamente, con los compromisos adquiridos, pues tan solo veinte (20) miembros de la comunidad han sido vinculados al proyecto por obra o labor contratada, de un total de 4000 habitantes de la Vereda Puerto Rey del Corregimiento de la Boquilla.

Frente esto, menciona que, es menester de la Defensoría del Pueblo – Regional Bolívar, en ejercicio de sus funciones defensoriales, iniciar los trámites pertinentes ante la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Interior, para convocar al proceso de consulta previa con la empresa Serena del Mar.

Agrega que el Defensor Regional mediante oficios No. 00000214 de 02 de octubre de 2018, No. 000002437 del 22 octubre de 2018, No. 000002854 del 26 de noviembre de 2018 y No. 00000100 del 16 d enero de 2019, requirió a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio Interior, para que se pronunciara sobre las consecuencias que traía consigo la construcción del mega proyecto y por el incumplimiento del proceso de consulta previa.

Indica que, el día 22 de enero de 2019, la Defensoría del Pueblo – Regional Bolívar, recibió respuesta del Director de consulta previa del Ministerio de Interior, por medio de la cual se le informó que la empresa SERENA DEL MAR había solicitado el inicio de la consulta previa con las comunidades de Tierra baja, el día 27 mayo de 2014; villa gloria, el 30 de abril de 2014; y manzanillo del mar, el 07 de mayo de 2014.

Por último señala que, la empresa SERENA DEL MAR no ha solicitado el inicio de consulta previa con la comunidad de Puerto Rey, a pesar de estar ubicado a 1.5 km de distancia del área de intervención del proyecto.



4.3.- Contestación

4.3.1 Contestación de la empresa Serena del Mar sucursal Colombia ⁴

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

El desarrollo urbanístico realmente se denomina Serena del Mar y tiene como uno de sus slogans publicitario el enunciado "la ciudad soñada", proyecto el cual no es propiedad ni promoción de la empresa CNC DEL MAR S.A.S E.S.P, sino de Desarrollos Serena del Mar Sucursal Colombia.

Razón por la cual, a su juicio, no existe una debida legitimación en la causa, toda vez que el accionado es diferente de aquel que debía responder por la atribución hecha por el demandante, el cual, para el caso en concreto sería Desarrollos Serena del Mar Sucursal Colombia y no CNC DEL MAR S.A.S DEL MAR S.A.S E.S.P.

Aduce que, DESARROLLOS SERENA DEL MAR SUCURSAL COLOMBIA, quien es la propietaria del proyecto SERENA DEL MAR , ha realizado toda las actuaciones previas y necesarias para el desarrollo de sus proyectos, de conformidad con lo establecido en la ley y la jurisprudencia, lo que incluye el respectivo estudio de la propiedad y la tradición precedente que garantiza, en primer lugar, la propiedad privada del área en que se desarrolla el proyecto y los respectivos títulos, y en segundo lugar, que la empresa adelantó ante el Ministerio Del Interior - Dirección de Consulta Previa, las actuaciones requeridas para llevar a cabo el proceso de consulta previa con las comunidades certificadas por esa entidad, dentro del área de influencia del proyecto.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se desestimen las pretensiones de esta acción, como quiera que el proyecto SERENA DEL MAR y los subproyectos que lo integran, están debidamente consultados, que se suscribieron a los respectivos acuerdos con las comunidades certificadas por el Ministerio de Interior, y los cuales hoy en día, se encuentran en etapa de seguimiento de los compromisos.

⁴Fols. 36-41 Cdno 1



4.3.2 Defensoría del Pueblo ⁵

Menciona que, la Defensoría Regional recibió queja por parte del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Vereda Puerto Rey, corregimiento de la Boquilla, Zona Norte del Distrito de Cartagena en la cual manifestaron encontrarse afectados de manera directa por el proyecto "Serena del Mar, la ciudad soñada" de la empresa Serena del Mar.

Explica que, la comunidad le manifestó a la defensoría, que el proyecto mencionado afecta directamente a la comunidad, porque dicha empresa usa su territorio como paso de maquinaria pesada usada en la construcción de la mega obra, afectándose la movilidad de los miembros de la comunidad y las prácticas tradicionales relacionadas con el uso de la vía Puerto Rey – Tierra Baja, en la queja se hizo énfasis en el hecho que la maquinaria de la empresa dejan barro pegado en la vía, el cual en época de lluvia constituye peligro para el tránsito de vehículos automotores de la comunidad y en varias ocasiones se han producido accidentes.

Por último señala, que la Defensoría Regional de Bolívar, ofició a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Interior, a fin de solicitar una visita de verificación de forma conjunta con la autoridad de licencias ambientales ANLA, para determinar si ese consejo comunitario se encuentra en el área de influencia del mencionado proyecto.

Expresa que, el día 22 de enero de 2019, la Defensoría del recibió respuesta por parte de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Interior, en la cual no accedió al requerimiento, indicando lo siguiente:

"una vez réevisado el concepto técnico que soporta la certificación de presencia de comunidades, Acto Administrativo N°. 1238 del 03 de septiembre, este goza de presunción de legalidad y a la fecha se encuentra vigente

El trámite de la expedición y notificación de la certificación se realizó en su debida forma, entendiéndose que este mismo no fue objeto de recurso de reposición interpuesto por parte de su solicitante ni de las comunidades que fueron afectadas.

⁵ Fols. 65-67 Cdnno 1





Radicado: 13-001-33-33-008-2019-00063-01

Durante el proceso de consulta que fue realizado en el 2014 no se puso la evidencia por parte del ejecutar ni de las comunidades consultadas la existencia del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Vereda de Puerto Rey dentro del proyecto serena del Mar.

El proceso de consulta previa fue protocolizados con acuerdos durante el 2014, proceso que garantizó el derecho fundamental al Consejo Comunitario de Tierra Baja, Consejo Comunitario de Villa Gloria y Consejo Comunitario de Manzanillo."

V.- FALLO IMPUGNADO⁶

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha dos (02) de abril de dos mil diecinueve (2019), resolvió:

PRIMERO: NEGAR la protección de los derechos fundamentales invocados en el presente asunto, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

El juez de primera instancia, al observar las pruebas aportadas al expediente, concluye que las mismas no son suficientes para acreditar los hechos expuestos en el libelo introductorio de la acción de tutela, agregando que, solo obra copia de la Resolución No. 143 del 05 de julio de 2017 y copia de certificado 058 del 04 de marzo de 2019, mediante los cuales solamente se acredita la calidad del señor Ronal Valiente Acevedo, como representante legal del consejo comunitario de la comunidad negra de Puerto Rey; manifestando que, con los documentos le imposibilita estudiar una presunta vulneración del derecho fundamental a la consulta previa.

Indicando que, no es suficiente con que el accionante le manifieste al Despacho que la ejecución del proyecto denominado "serena del mar" vulnera el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad afrodescendiente de Puerto Rey, puesto que, lo mínimo que se le exige al actor, es que aporte si quiera sumariamente los elementos de convicción que permitan al administrador de justicia tener veracidad sobre el asunto puesto a su consideración.

⁶Fols 68-72 Cdño 1



Radicado: 13-001-33-33-008-2019-00063-01

Señala el A quo, que por medio de certificación N°.1238 de 03 de septiembre de 2013 del Ministerio de Interior, se acredita que las comunidades étnicas de Villa Gloria, Tierra Baja y Manzanillo del Mar, se encuentran dentro del área de ejecución del mencionado proyecto; en la misma certificación se especificó la existencia de otras comunidades cerca del área del proyecto, tales como Marlinda, la Boquilla y Puerto Rey, encontrándose este último a una distancia de 1.5km al sureste del área de intervención del proyecto. Expresando que, con la certificación se demostró cuáles son las comunidades negras que si se verían afectadas con la ejecución del proyecto, teniendo en cuenta su ubicación y área de influencia, descartando de esta lista la comunidad de Puerto Rey, como quiera que dicha certificación no fue objeto de recursos en su debido momento por ninguna de las partes señaladas en ese acto administrativo, lo cual permite concluir la presunción de legalidad del mismo.

Añade que, con la lectura del expediente se evidencia que el Ministerio de Interior ha contestado los requerimientos efectuados por la Defensoría del pueblo, en los cuales explica que la empresa SERENA DEL MAR, inició y agotó todos los procedimientos para garantizar el derecho a la consulta previa de aquellas comunidades que fueron señaladas en la certificación No.1238 de 03 de septiembre de 2013 del Ministerio de Interior, como directamente afectadas por encontrarse en el área de ejecución de proyectos, es decir, las comunidades Villa Gloria, Manzanillo del Mar y Tierra Baja.

Concluye el juez de primera instancia que, mal haría al proteger derechos fundamentales invocados como violados por el accionante, si no hay prueba que acredite que el Ministerio de Interior y Serena del Mar son infractoras de dichos derechos, máxime, si existe prueba que demuestra que estas entidades han cumplido con los trámites, permisos y procedimientos legales para garantizar el derecho a la consulta previa de las comunidades que pueden verse afectada con la realización del proyecto "Serena del Mar" según certificación emitida por el mismo Ministerio de Interior.

VI.-FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN⁷

En el escrito de impugnación, el representante legal del consejo comunitario de comunidades negras de Puerto Rey, señala que la empresa SERENA DEL MAR S.A, se encuentra adelantando la construcción del mega proyecto urbanístico.

⁷Fols. 76 – 122 Cdno 2.



Radicado: 13-001-33-33-008-2019-00063-01

Así mismo, alude que SERENA DEL MAR, solicitó al Ministerio de Interior- Dirección de consulta Previa que se certificara la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto "SERENA DEL MAR "; indicando que mediante los actos administrativos OFI11 -24333 del 14 de junio de 2011 y la certificación N° 1238 del 3 de septiembre de 2011, la Dirección de consulta previa del Ministerio de Interior certificó para un área de 1047 hectáreas a las comunidades de Villa Gloria, Manzanillo del Mar y Tierra Baja; agregando que esta actuación de la administración desconoció la comunidad étnica de Puerto Rey, la cual es vecina de la comunidad de Tierra Baja.

Por último, alega, que para realizar la certificación, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Interior, omitió el deber de realizar visitas de verificación para determinar la presencia de las comunidades afectadas, y que solo se fundamentó en un análisis realizado de la bases de datos del INCODER y de la Dirección de asuntos para comunidades negras del Ministerio de Interior.

Alude que, la Dirección de Consulta Previa ha desconocido la influencia del proyecto en la comunidad étnica; por lo cual motivan sus derechos con la acción constitucional de tutela.

Mencionan que, estos son los perjuicios que se ocasionaría con la ejecución del proyecto Serena del mar:

" (...)

- a) *Que nuestra comunidad étnica desde los años 40 o 50 hemos construido lazos de hermandad con todas las comunidades.*
- b) *Según el censo interno de nuestra comunidad del año 2016, contamos con una población de afrodescendientes de 4000 habitantes agrupados en más de 600 familias, estas comunidades étnicas afrodescendientes de Puerto Rey está ubicada o asentada en el territorio de la cuenca o área de ciénaga de la virgen sus múltiples cuerpos de agua, más específicamente en la jurisdicción de la Boquilla.*
- c) *Que gran parte de los miembros de nuestra comunidad étnica se encuentran ubicados y en tránsito en la cabecera del proyecto inmobiliario en tutelado donde se pretende llevar a cabo el proyecto Serena del Mar.*
- d) *Que otro factor que hace a estas comunidades especialmente vulnerables resulta de su relación con el territorio, pues tal y como se ha reconocido por la ley 70, las comunidades negras dan cuenta de unas prácticas y relaciones particulares con el espacio que habitan.*
- e) *Que la intervención del territorio conlleva la destrucción de la biodiversidad, lo que configura un grave riesgo para los derechos de la comunidad étnica, puesto agravaría los efectos de una nueva fragmentación del territorio y una constante destrucción del medio ambiente como la alteración a paisajes y zonas verdes, emisión de polvo, contaminación auditiva, por la maquinaria, deforestación del suelo, daño a la capa*





Radicado: 13-001-33-33-008-2019-00063-01

orgánica, tala de árboles , desaparición de las 'latas medicinales que han utilizado nuestros ascendentes por años y que hoy en día utilizamos, deformación paisajística (Artículo 4 Ley de Patrimonio), cambio de habita forzado, afectación a la movilidad de peatones y animales , afectación a la movilidad de escolares, deterioro de viviendas, demolición de viviendas , pérdida del patrimonio inmaterial, división territorial ,a afectación de usos y costumbres, afectación a las redes de servicios públicos y riesgo de accidentes entre otros grandes impactos que esta obra ocasionará a nuestra comunidad étnica. "

Así mismo sustenta que, con ocasión al proyecto "la ciudad soñada" de Serena del Mar , y por la ubicación de la vereda de Puerto Rey, la comunidad étnica se encuentra menoscabada por las actividades de construcción, afectando de manera directa las practicas ancestrales de aprovechamiento de los recursos naturales como lo es la recolección de cangrejo; además alude que, el desarrollo del proyecto impide la conservación del recurso cangrejo azul, indicando que las obras obstruyen la marcha del cangrejo; manifestando que, ese es proceso biológico que se realiza entre los meses de mayo a junio una vez entra la época de lluvia.

En ese sentido, señala que otro recurso natural renovable afectado por la construcción del proyecto urbanístico, es la planta herbácea "ENEA", con la que se elabora la estera; la cual constituye un arte y actividad económica para la comunidad, representada en una tradición heredada de generación en generación, indicando que esta actividad les permitía tejer dinámicas sociales.

Finaliza el escrito de impugnación, sosteniendo que la comunidad de Puerto Rey se levantó cerca a la Ciénaga de Tesca, rodeada de mangles, y entre cangrejos y enneas, indicando que es evidente que el proyecto "Ciudad Soñada", construido por la empresa de desarrollo urbano SERENA DEL MAR, interviene los ecosistemas de la Ciénaga de Tesca, Juan Polo y el ecosistema terrestre asociado a esos cuerpos de agua.

VII.-RECUESTO PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de fecha nueve (09) de abril de dos mil diecinueve (2019)⁸, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, se concedió la impugnación, interpuesta por el señor RONAL VALIENTE ACEVEDO, en su

⁸Fol. 131 Cdno 1.



Radicado: 13-001-33-33-008-2019-00063-01

calidad de representante legal del CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS DE PUERTO REY, por lo que fue asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el día 23 de abril de 2019⁹, siendo finalmente admitido por esta Magistratura al día siguiente de reparto ¹⁰.

VIII.-CONSIDERACIONES

8.1.-Competencia.

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

8.2.- Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar si:

¿Se están violando los derechos fundamentales de la comunidad de Puerto Rey, al no realizarse la consulta previa con ellos, para la construcción del proyecto serena del mar "la ciudad soñada"?

Para resolver el interrogante anterior, se hace necesario solucionar los siguientes cuestionamientos:

1. *¿Existe reconocimiento por parte de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Interior, en ocasión a la presunta afectación que alude el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Puerto Rey, a razón de la ejecución del proyecto "la ciudad soñada" de la empresa Desarrollos Serena del Mar?*

2. *¿El Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Puerto Rey, agotó la reclamación administrativa ante la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del interior, solicitando la realización del proceso consultivo entre la comunidad de Puerto Rey, y la empresa Desarrollos Serena del Mar?*

De ser afirmativo los siguientes interrogantes se procede analizar el siguiente:

⁹ Fol. 2 Cdno 2,

¹⁰ Fol. 4 Cdno 2.





¿Transgreden las entidades accionadas el Derecho Fundamental a la consulta Previa, con la ejecución de las obras del proyecto SERENA DEL MAR "ciudad soñada"?

8.3.- Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ el fallo de tutela de primera instancia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena de fecha dos (02) de abril de dos mil diecinueve (2019), que niega la protección del derecho fundamental invocado; como quiera que para esta Corporación no se observa agotado el requisito de subsidiariedad, toda vez que en el asunto de marras el Consejo Comunero de las Comunidades Negras de Puerto Rey no requirió a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Interior para que les certificara la presencia de la comunidad en el lugar de ejecución del proyecto Serena del Mar, así como también las consecuencias que se desprendieran de la construcción de las obras y que afectaran directamente a la colectividad.

8.4.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

8.4.1.- Generalidades de la acción de tutela.

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

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



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

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

8.4.2. Subsidiariedad de la acción de tutela

A la luz de lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en sentencia T-327 de 2018, el principio de subsidiariedad de la acción constitucional de tutela se traduce en que, la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Lo que significa que la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual "procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección".

Frente el carácter residual, menciona la Corte que obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución y la ley a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en los principios constitucionales de independencia y autonomía de la actividad judicial. No obstante, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar, cuando se acredita que los mismos no son lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral, o no son lo adecuadamente expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En palabras de esa Corporación, "la acción de tutela, en términos generales, no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o



Radicado: 13-001-33-33-008-2019-00063-01

complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca remplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos impuestos (dentro) de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten".

Es así que, la subsidiariedad implica entonces agotar con antelación los medios de defensa regularmente disponibles para el efecto, pues la tutela no puede desplazar los mecanismos específicos de defensa previstos en la correspondiente regulación común. En otras palabras, el recurso de amparo, por ser excepcional, solo procede cuando no existan o hayan sido agotadas otras vías judiciales de defensa, que sean idóneas y efectivas, a menos que se demuestre la inminencia de un perjuicio irremediable, caso en el que procedería como mecanismo transitorio.

En la Sentencia T-657 de 2012, la Corporación garante de los derechos fundamentales indicó que la acción de tutela resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo supletorio o alternativo de los medios ordinarios o extraordinarios de defensa judicial previstos en la ley. No obstante, cuando existan estos "...la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues de lo contrario el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional".

En ese sentido, mediante Sentencia T-662 de 2013, sintetizó la verificación que debe hacer el juez de tutela al analizar el requisito de la subsidiariedad en la acción de tutela, "...el juez constitucional debe (i) confirmar que no existe un mecanismo de defensa en el ordenamiento jurídico; (ii) en caso de existir, que este mecanismo no sea idóneo y/o eficaz; (iii) si se está en presencia de un sujeto de especial protección, se presume inidóneo salvo que, (iv) del análisis del caso concreto se concluya que las condiciones personales del actor no le impiden acudir a las vías regulares en condiciones de igualdad. En todo caso, (v) cuando se percate la existencia de un perjuicio irremediable, el Juez debe otorgar la protección constitucional transitoriamente".



8.4.3 Del Derecho fundamental a la consulta previa.

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

"El derecho a la consulta previa es el fundamento para la protección de las garantías de participación democrática de las minorías étnicas en la toma de decisiones que afecten de forma considerable su integridad como tales en los diversos aspectos de su existencia: costumbres, tradiciones, territorio, supervivencia física, entre otros aspectos"¹¹.

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

En relación con la titularidad de este derecho, en decisión T-197 de 2016 a la que se hizo referencia, se reconoció que, "en lugar de vincular la condición de pueblo indígena a una definición concreta, la comunidad internacional ha optado por asociar a que el respectivo grupo posea ciertas características particulares que lo distingan del resto de la sociedad, y a que reivindique esa diferencia, en el ejercicio del derecho a determinar su propia identidad o pertenencia, de conformidad con sus propias costumbres o tradiciones"¹².

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

"1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
a). Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
b). Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c). Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-175 del 2009

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA. Consejero ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE. Bogotá, D.C.; Veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 13001-23-33-000-2016-01200-01. Actor: ABEL ANTONIO TALAIGUA SANTOS



Radicado: 13-001-33-33-008-2019-00063-01

necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas."

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

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

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

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

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

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

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



Radicado: 13-001-33-33-008-2019-00063-01

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, aclarado el contenido y naturaleza del derecho fundamental a la consulta previa, lo que procede es definir qué se entiende por afectación directa a la comunidad étnica, al momento de darse curso, al proceso



Radicado: 13-001-33-33-008-2019-00063-01

administrativo para concretar tal derecho. Frente a lo anterior, el Consejo de Estado ha expuesto:

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

En primer lugar, la jurisprudencia constitucional ha resaltado el término "susceptibles", para concluir que en atención al mismo, la consulta previa no sólo debe emplearse "exclusivamente frente a proyectos que específicamente afecten a pueblos tribales, sino a medidas que tengan la potencialidad de ser susceptibles de afectarlos".¹³

Así las cosas, se concluyó:

"En este orden de ideas, es claro que los escenarios de afectación directa son múltiples y, en consecuencia, no existen unos criterios uniformes para el efecto. Por ende, deberá determinarse en cada caso si los efectos de la medida o proyecto inciden en la conformación de la identidad diferenciada de los pueblos étnicos. Para ello, el aspecto central a tener en cuenta es la significación que para el ethos de la comunidad tiene la materia debatida. Por ejemplo, asuntos como la explotación de recursos en el territorio en que habita la comunidad tradicional, o la regulación sobre el uso de la tierra, son generalmente materias que deben ser consultadas, habida cuenta la relación intrínseca entre la definición de la identidad étnica y el territorio."¹⁴

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

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

¹³Corte Constitucional. Sentencia T-197 del 2016, reiterando criterios de la sentencia T-576 del 2014.

¹⁴Ídem.



Radicado: 13-001-33-33-008-2019-00063-01

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

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

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

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

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

En este punto, es importante resaltar que a través del Decreto 1320 de 1998, compilado en el Decreto 1066 del 2015, por medio del cual se expidió el Decreto Único del Sector Administrativo del Interior, se reglamentó el trámite para el desarrollo de la consulta previa en territorio de comunidades étnicas, el cual debe ser complementado con lo señalado en la Directiva Presidencial No. 10 del 2013"¹⁵.

8.5.-Caso concreto.

En el presente asunto, la parte accionante Consejo Comunero de la Comunidad de Puerto Rey, solicita que se conceda el recurso de impugnación y proceda el superior a revisar la decisión correspondiente al fallo de fecha dos (02) de abril de dos mil diecinueve (2019), proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena en Primera instancia.

8.6.- Hechos Relevantes Probados

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

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



Radicado: 13-001-33-33-008-2019-00063-01

- Copia de la Resolución número 143 del 05 de julio de 2017, por la cual se inscribe un consejo comunitario de comunidades negras en el Registro Único nacional de organizaciones de base y consejos comunitarios de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palanqueras del Ministerio de Interior¹⁶. En dicho documento se expone que:

"Artículo 1º: inscribbase en el Registro único Nacional de organizaciones de base y consejos comunitarios de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, el CONSEJO COMUNITARIO denominado DE LA COMUNIDAD NEGRA DE PUERTO REY, Representado legalmente por el señor RONAL VALIENTE ACEVEDO identificado con la C.C No. 73.190.242 de Cartagena.

- Copia de la Certificación 058 del 04 de marzo de 2019, por medio del cual se certifica que el CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA DE PUERTO REY, está localizado en el municipio de Cartagena del Departamento de Bolívar, y se encuentra inscrito mediante Resolución N° 143 del 05 de julio de 2017, visible a folio 11 del cuaderno principal.
- Copia de acto administrativo OFI19-2833-DCP-2500, proferido por el Ministerio de Interior, por medio del cual se aprobó el convenio 169 de 1989 de la organización internacional del Trabajo en el cual se informa que la empresa DESARROLLOS SERENA DEL MAR tiene previsto realizar el proyecto denominado PROY-00276 –"SERENA DEL MAR", en cuya área de influencia la dirección de consulta previa estableció mediante acto administrativo 1238 del 09/marzo/2013, la presencia del consejo comunitario manzanillo del mar. (visible a folio 19 del expediente)
- Copia certificación N° 1238 del 03 de septiembre de 2013, proferida por la Dirección de consulta previa del Ministerio de interior, el cual se refiere a la presencia o no de comunidades étnicas en las zonas de proyectos, obras o actividades, proferido por la Dirección de consulta previa del Ministerio de interior.¹⁷ En dicho documento se resuelve :

"PRIMERO: Que no se registra la presencia de comunidades indígenas, Rom y Minorías, en el área del proyecto: "SERENA DEL MAR", localizado en la jurisdicción del Distrito

¹⁶ Fols 9 -10 cdno 1.

¹⁷ Folios 42-43 del cuaderno principal.



Radicado: 13-001-33-33-008-2019-00063-01

Turístico y Cultural de Cartagena, departamento de Bolívar, delimitado por las siguiente coordenadas geográficas:

Mojón	Latitud Norte- Sur/planas en Y	Longitud oeste/ planas en X
1	1655688.9552	844665.0029
2	1654370.8843	843983.0747
3	1653487.3801	844016.0747
4	1652989.8476	844457.7761
5	1653192.4989	845300.4364
6	1651856.7772	846662.3572
7	1654209.0111	848436.4507
8	1654209.0111	8409044.8023
9	1654891.8574	849737.8631

SEGUNDO: Se registra la presencia de los consejos comunitarios de la comunidad negra de villa gloria, comunidad negra de tierra baja y comunidad negra de la unidad comunera de manzanillo del mar, dichas comunidades se encuentran registradas tanto en la alcaldía de Cartagena, como en la base de datos de la dirección de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, en el área del proyecto: " SERENA DEL MAR", localizado en la jurisdicción del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena, departamento de Bolívar, delimitado por las siguiente coordenadas geográficas:

Mojón	Latitud Norte- Sur/planas en Y	Longitud oeste/ planas en X
1	1655688.9552	844665.0029
2	1654370.8843	843983.0747
3	1653487.3801	844016.0747
4	1652989.8476	844457.7761
5	1653192.4989	845300.4364
6	1651856.7772	846662.3572
7	1654209.0111	848436.4507
8	1654209.0111	8409044.8023
9	1654891.8574	849737.8631

TERCERO: cerca al área del proyecto, se identificaron las siguientes comunidades: a) la comunidad negra de Mar linda a una distancia de 750mts, al sur del área de intervención del proyecto, b) la comunidad negra del consejo comunitario de la Boquilla se encuentra a una distancia se encuentra a una distancia de 1,3 km al sur dela rea de intervención del proyecto, c) la comunidad negra de puesto rey, se encuentra ubicado a una distancia de 1,5 km al sureste del área de intervención del proyecto. "

- Copia de oficio de aclaración del acto administrativo N° 1238 del 03 de septiembre del 2013, el cual da respuesta a la solicitud presentada por el



Radicado: 13-001-33-33-008-2019-00063-01

representante legal de la empresa Desarrollos Serena del Mar, bajo radicado EXTM13-0036512 del 13 de noviembre de 2013, por medio del cual se hace aclaración a la certificación N° 1238 del 03 de septiembre 2013; oficio en el se dispone lo siguiente¹⁸:

(...) "Frente a este tema es preciso manifestarle que la consulta previa debe adelantarse solo con aquellos consejos comunitarios que fueron certificados en el numeral segundo del acto administrativo No. 1238 del 03 de septiembre de 2013, es decir con el consejo comunitario de la comunidad negra de villa gloria, comunidad negra de tierra baja y comunidad negra de la unidad comunera de manzanillo del mar" (...)

- Croquis del territorio en donde se encuentran las comunidades aledañas al proyecto serena del mar "la ciudad soñada". (visible a folio 46 del expediente).
- Certificado de existencia y representación legal de la sociedad CNC del mar S. A. S, expedido por la cámara de comercio de la ciudad de Cartagena, el 14 de noviembre de 2018. (visible a folios 55 a 59).
- Registro Único Empresarial, de la empresa DESAROLLOS SERENA DEL MAR SUCURSAL COLOMBIA, expedido por la cámara de comercio de la ciudad de Bogotá con fecha ocho (08) de marzo de 2019, el cual milita de folio 28 a 31 del cuaderno principal.
- Registro fotográficos de la gestión social realizada por le empresa desarrollos serena del mar con la comunidad de Puerto Rey, visible de folios 47 a 50 del expediente.
- Registros fotográficos de la construcción de obras del proyecto Serena del Mar "la ciudad soñada", en el área de 1.402., 35 m², visible de folios 51 a 52 del expediente.

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

A este punto se tiene que en efecto la acción constitucional de tutela se encuentra dirigida a que sean protegidos los derechos fundamentales al debido proceso, diversidad étnica y consulta previa, a fin de que la accionada

¹⁸ Fols 44- 45 cdno 1.





Radicado: 13-001-33-33-008-2019-00063-01

realice el proceso de consulta previa con el consejo comunero de comunidades negras de Puerto Rey.

En ese orden de ideas, dentro del expediente, se encuentra probado que mediante radicado externo EXTM13-0023894 del 20 de agosto de 2013, la empresa Desarrollos Serena del Mar requirió a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Interior, para que le certificara la presencia o no de comunidades étnicas para el proyecto "SERENA DEL MAR"; motivo por el cual, la Dirección de Consulta Previa profiere certificación N° 1238 del 03 de septiembre de 2013, en la cual determina que no se registró la presencia de comunidades indígenas, Rom y Minorías, en el área del proyecto; pero que si registra la presencia de los consejos comunitarios de la comunidad negra de villa gloria, comunidad negra de tierra baja y comunidad negra de la unidad comunera de manzanillo del mar, mencionando que dichas comunidades se encuentran registradas tanto en la Alcaldía de Cartagena, como en la base de datos de la dirección de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, en el área del proyecto:" SERENA DEL MAR".

Así mismo, en el anterior acto administrativo, la dirección de consulta previa, resolvió que; cerca al área del proyecto, se identificaron las siguientes comunidades: a) la comunidad negra de Mar linda a una distancia de 750mts, al sur del área de intervención del proyecto, b) la comunidad negra del consejo comunitario de la Boquilla se encuentra a una distancia se encuentra a una distancia de 1,3 km al sur dela rea de intervención del proyecto, c) la comunidad negra de Puerto Rey, se encuentra ubicado a una distancia de 1,5 km al sureste del área de intervención del proyecto.

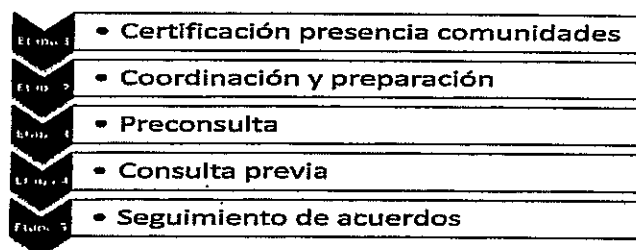
En ese orden de ideas, por intermedio de solicitud con radicado EXTM13-0036512 de fecha 26 de septiembre de 2013, en el cual Desarrollos Serena del Mar, requiere aclaración de la certificación N° 1238 del 03 de septiembre de 2013; la entidad profiere oficio de fecha 10 de octubre de esa anualidad; en el que precisa que la consulta previa debe adelantarse solo con aquellos Consejos Comunitarios que fueron certificados en el numeral segundo del acto administrativo N° 1238 de septiembre de 03 de 2013, es decir con el consejo comunitario de la comunidad negra de villa gloria, comunidad negra de tierra baja y comunidad negra de la unidad comunera de manzanillo del mar.



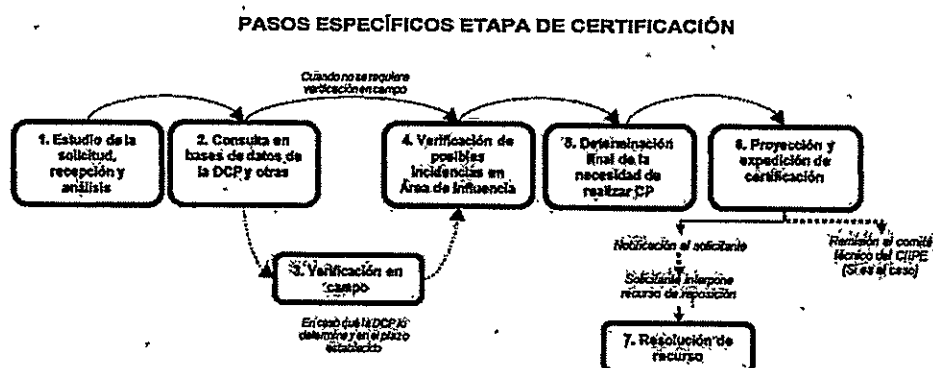
Radicado: 13-001-33-33-008-2019-00063-01

Es así que, para exigir el reconocimiento de la presencia o no de comunidades étnicas en el área de ejecución de un proyecto, se debe tener en cuenta lo dispuesto en la Directiva presidencial N°10 del 07 de noviembre de 2013, en la cual se establece la guía para la realización de Consulta Previa con Comunidades Étnicas, la cual se instituye como una herramienta de coordinación interinstitucional, para el logro de la eficiencia administrativa y las prácticas de un buen gobierno, en los procesos de consulta previa a las comunidades étnicas para desarrollo de proyectos, como obras o actividades.

En ese orden de ideas, la disposición anterior contempla las etapas del proceso consultivo, de las cuales esta Sala enfatizara con profundidad sobre la primera, tal como se muestra en el siguiente esquema:



En cuanto a la primera etapa del procedimiento consultivo, lo que se busca es determinar si en el área de un proyecto, obra o actividad se certifica o no presencia de una comunidad étnica según los criterios del Convenio 169 de la OIT, la legislación nacional y la jurisprudencia constitucional sobre comunidades étnicas; teniendo en cuenta la información suministrada por el solicitante, la Dirección de Consulta Previa debe certificar la presencia o no de comunidades étnicas según lo que registren las bases de datos de la Dirección y/o los resultados de una visita de verificación en campo, cuando sea necesaria, este etapa consta de siete (7) pasos que van desde el Estudio de la solicitud hasta la resolución del recurso.



Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017





Radicado: 13-001-33-33-008-2019-00063-01

"Paso 1: Estudio de la solicitud de certificación de presencia o no de comunidades étnicas: Recepción y análisis del contenido de la solicitud de certificación.

Las certificaciones se deben solicitarse, según el sector, en los siguientes momentos:

- a. Hidrocarburos-La Agencia Nacional de Hidrocarburos y/o el titular del contrato, solicitará la certificación una vez se hayan adjudicado y suscrito los contratos de las áreas hidrocarburíferas ofrecidas en los procesos competitivos o de asignación directa.
- b. Transmisión de energía-La Unidad de Planeación Minero Energética solicitará la certificación una vez se adopte mediante resolución del Ministerio de Minas y Energía, las obras definidas en el Plan de Expansión de la UPME.
- c. Generación de Energía-El ejecutor del POA, solicitará la certificación a partir de la inscripción en fase 2 del registro de proyectos de generación de la UPME.
- d. Infraestructura-Las entidades del sector solicitarán la certificación una vez se publiquen en el SECOP la contratación de los estudios o estructuraciones de los proyectos o cuando el proyecto ha sido declarado de utilidad pública o de interés social.

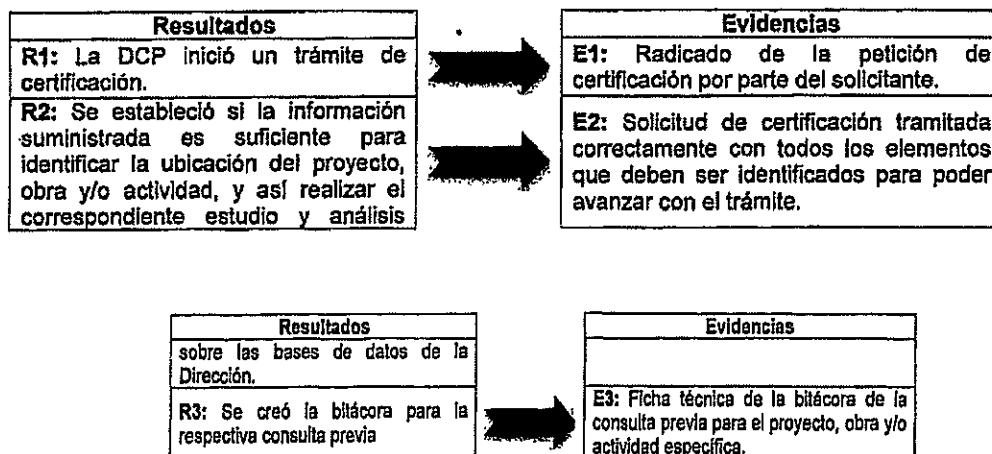
El Gobierno Nacional definirá la pertinencia de establecer momentos específicos para la solicitud de certificado de presencia de comunidades étnicas en otros sectores.

- La DCP debe identificar cuál es el objeto del proyecto.
- La DCP debe verificar que la información sobre el proyecto sea suficiente para identificar su localización. En caso de no ser suficiente la información, dentro de los tres días siguientes a la radicación de la solicitud, la DCP debe solicitar su complementación al interesado. La DCP comprobará que la solicitud incluya, por lo menos, la siguiente información:

1. Las coordenadas del área donde se realizara el proyecto.
 2. Si el proyecto es de transporte de hidrocarburos, de transmisión de energía eléctrica, de infraestructura vial o en general se extiende a lo largo de varios tramos, esta información debe existir para todos los tramos del proyecto.
- La DCP debe crear la bitácora de consulta previa del proyecto específico, donde deben registrarse cada una de las actuaciones y/o eventos relacionados con el trámite de certificación.



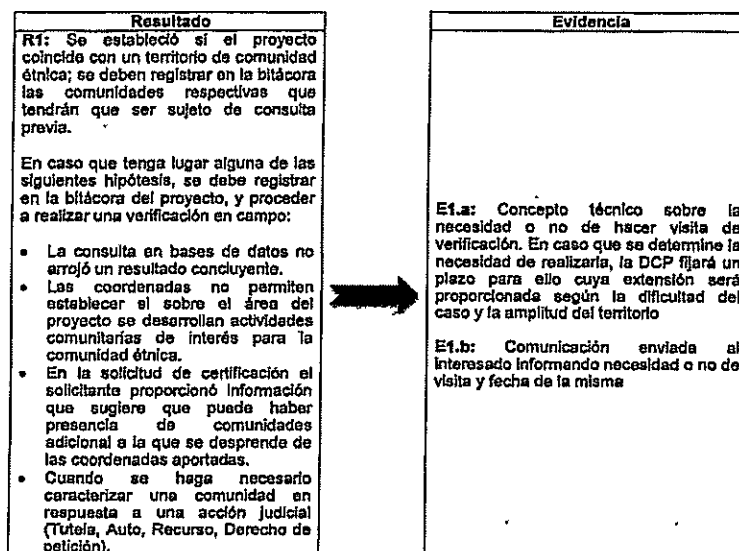
Radicado: 13-001-33-33-008-2019-00063-01



Paso 2: Consulta en la base de datos de la Dirección

- La DCP debe consultar las bases de datos para establecer si las coordenadas entregadas por el solicitante, correspondientes al área del proyecto, obra y actividad coinciden con: a) un territorio legalmente constituido, o b) con presencia de comunidades étnicas.

-Adicionalmente a la consulta de las bases de datos de la Dirección, la DCP deberá hacer uso de la cartografía georeferenciada creada por el Ministerio del Interior, el IGAC y el INCODER.



Paso 3: Verificación en campo, sólo en caso que la OCP haya determinado la necesidad de realizarla, y en el plazo que ella misma lo determine.

La DCP debe caracterizar y reconocer áreas de presencia de comunidades étnicas, para lo cual tendrá siempre en cuenta el área de influencia del POA.

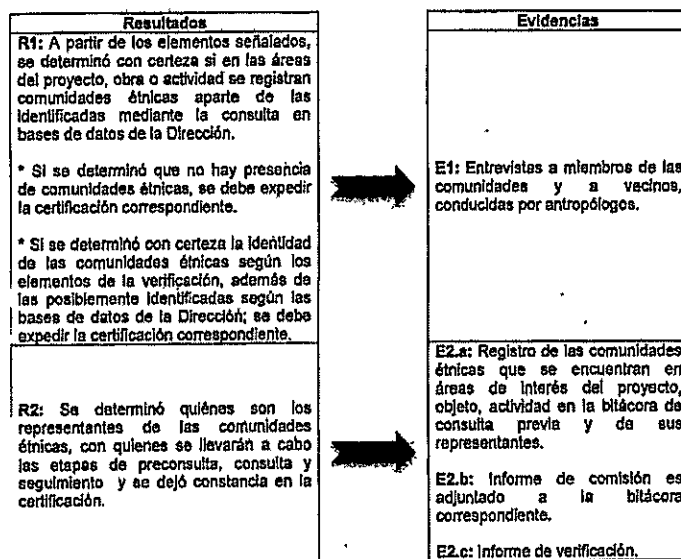


Radicado: 13-001-33-33-008-2019-00063-01

Para determinar la presencia de una comunidad étnica en las áreas de interés del Proyecto Obra o Actividad (POA), debe estar presente al menos alguno de los elementos enunciados a continuación:

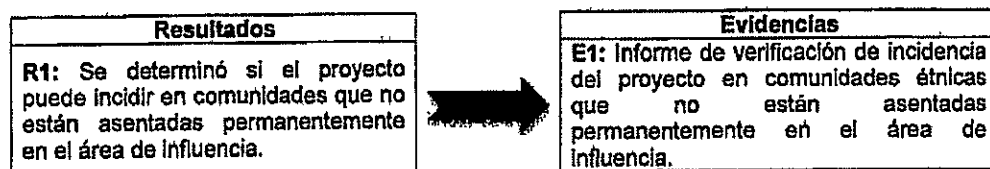
- Asentamiento de comunidades en las áreas de influencia.
- Desarrollo de usos y costumbres por parte de comunidades en esas áreas.
- Tránsito de comunidades étnicas en las áreas de interés del POA.

Si durante la verificación en efecto se encuentran comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto, se deben identificar los representantes de dichas comunidades, para realizar exclusivamente con ellos las etapas de preconsulta, consulta y seguimiento, y así quedará consignado en la certificación.



Paso 4. Verificación de posible incidencia en territorios que no tienen asentamientos permanentes

Para determinar si el proyecto genera impacto directo en comunidades étnicas que no están asentadas permanentemente en el área de influencia, la DCP analizará si este • involucra actividades que tienen repercusiones directas sobre el "entorno" o "hábitat" de la comunidad.



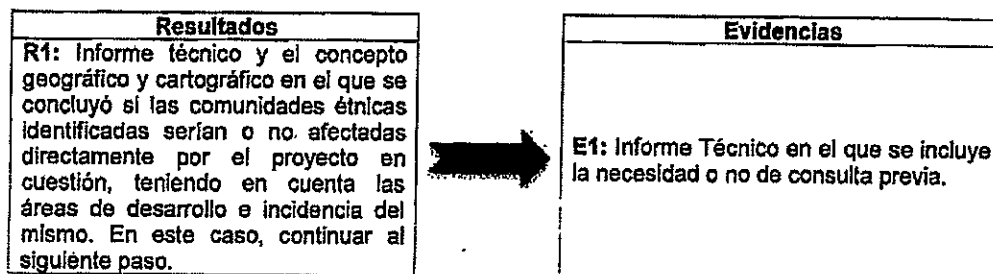
Paso 5. Determinación final de necesidad de realizar la consulta previa



Radicado: 13-001-33-33-008-2019-00063-01

La DCP debe analizar si el proyecto puede afectar directamente o no a las comunidades identificadas. Con base en la información recopilada en los pasos anteriores, se elaborará un documento de análisis adecuadamente sustentado, que exponga los motivos que justifican la decisión final y que incluya los siguientes elementos

- Áreas de desarrollo e incidencia del proyecto.
- En casos de visitas de verificación se incluye la incidencia del proyecto en cada una de las áreas identificadas, teniendo en cuenta no solo su ubicación sino los elementos del paso anterior.
- Conclusión acerca de si las comunidades étnicas identificadas serán afectada directamente por el proyecto o no.



Paso 6: Proyección y expedición de la certificación de presencia o no de comunidades étnicas

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

- Fecha de la solicitud
- Breve descripción del proyecto, obra o actividad
- Identificación clara de las áreas de influencia del POA, acompañada de un mapa que precise su localización con coordenadas geográficas o con sistemas Gauss.
- Documentación completa que muestre con claridad el desarrollo del procedimiento de certificación.
- Identificación clara del número e identificación de comunidades certificadas y sus representantes
- Una decisión sobre la necesidad o no de la consulta

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 020/2019
SALA DE DECISIÓN No. 002

SIGCMA

Radicado: 13-001-33-33-008-2019-00063-01

Resultados	Evidencias
R1: Se certificó la presencia o no de comunidades étnicas en el área de interés del POA identificada por las coordenadas aportadas en la solicitud de certificación y se informó al comité correspondiente de la Comisión Intersectorial de Infraestructura encargada del proyecto.	E1: Certificación firmada y numerada, y copia de la remisión al Comité de la Comisión Intersectorial de Infraestructura si es del caso.
R2: Se notifica la certificación o no de presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto.	E2: Notificación de la certificación.

Paso 7: Resolución de recurso de reposición según el procedimiento y el plazo previsto en la legislación vigente.

En caso que se interpongan recursos de reposición contra la certificación, la DCP los resolverá de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia constitucional sobre la consulta previa, e invocando los resultados obtenidos en los el procedimiento previo de certificación. Sin embargo, debe prestarse atención a:

- Información no conocida previamente sobre las áreas donde el proyecto, obra, actividad genera impactos.
- Nuevos desarrollos de la jurisprudencia constitucional que signifiquen cambios en el deber de realizar la consulta.

Resultados	Evidencias
R1: Se expidió un acto administrativo que resuelve el recurso de reposición.	E1: Resolución firmada y numerada.

Frente a las demás etapas, la directiva presidencial 010 de 2013, menciona lo siguiente:

ETAPAS	DENOMINACIÓN	FINALIDAD
SEGUNDA	Coordinación y preparación	Identificar a las entidades públicas que tienen competencia relacionada con el POA que se consulta, y convocarlas a una reunión para conocer sus puntos de vista de la situación.
TERCERA	Preconsulta	Realizar un dialogo previo con los representantes de las comunidades étnicas involucradas, con el propósito de definir la ruta metodológica que deber seguir el ejecutor del POA, y los términos en que será realizado el proceso según las





Radicado: 13-001-33-33-008-2019-00063-01

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

En el caso sub examine, da cuenta esta Sala que, bien hizo la empresa Desarrollos serena del mar al solicitar ante la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Interior que le certificara la presencia de las comunidades aledañas a la ejecución de la obra; es decir su actuar se ajustó a derecho, como quiera que cumplió con lo dispuesto en la directiva presidencial antes descrita.

Considera este Cuerpo Colegiado que, **no existe reconocimiento alguno por parte del Ministerio de Interior frente al Consejo Comunero de las Comunidades negras de Puerto Rey**; toda vez que, en los actos administrativos proferidos por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Interior, reconocen única y exclusivamente a los Consejos Comunitarios de la Comunidad Negra de villa Gloria, Comunidad Negra de Tierra Baja y Comunidad Negra de la Unidad Comunera de Manzanillo del mar; como comunidades ubicadas cerca del mega proyecto Serena del Mar; y por lo tanto afectados por el mismo. Teniendo en cuenta la certificación anterior, la entidad inició el proceso consultivo con el Consejo Comunitario de Manzanillo del Mar, tal como consta en el acta de



Radicado: 13-001-33-33-008-2019-00063-01

consulta previa – etapa de seguimiento de acuerdos, obrante de folios 20 a 23 del expediente.

Consecuencia de lo anterior, el consejo comunero de Puerto Rey, no podía impetrar la acción de tutela como mecanismo principal para la garantía de los derechos fundamentales al debido proceso, diversidad étnica y consulta previa; toda vez que esta acción constitucional, no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, como quiera que con ella no se busca remplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos impuestos (dentro) de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.

Es decir, el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Puerto Rey; debió ejercer el procedimiento administrativo general, consagrado en la ley 1437 del 2011, con el fin de requerir a la Dirección de Consulta Previa, que le certificara la injerencia de la comunidad frente al proyecto Serena del mar "la ciudad soñada"; es decir, el antes mencionado debió presentar petición previa solicitando el reconocimiento de la colectividad, conforme a las reglas dispuestas en el título II de la disposición normativa antes mencionada.

En este orden de ideas, es evidente que no se cumplió con el requisito de la subsidiariedad consagrado en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, que prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.

Dicho lo anterior, este Tribunal considera que, quien acuda por vía de tutela la defensa del derecho fundamental de consulta previa, tiene que demostrar que la comunidad está en presencia de un perjuicio irremediable, con la ejecución de los proyectos de construcción en su territorio; para esto, el Juez Constitucional tendrá en cuenta, el certificado de reconocimiento otorgado por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Interior.

Para esta institución judicial, queda claro que, la actuación surtida por parte de la empresa Desarrollos Serena del Mar, estuvo siempre acorde con una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad, que le otorgaba la actuación administrativa ejercida por parte del Ministerio de Interior – Dirección de Consulta Previa. Es así, que frente a la relación existente





Radicado: 13-001-33-33-008-2019-00063-01

entre la ejecutora del proyecto y la autoridad administrativa, da cuenta este Tribunal, que la misma se erigió bajo el postulado del artículo 83 de la carta política y el principio de confianza legítima; que a la luz de la jurisprudencia del H. Corte Constitucional, se traduce en que la administración por medio de su conducta uniforme hace entender al administrado que su actuación es tolerada. Es decir, que las acciones de la administración durante un tiempo prudencial hacen nacer en el administrado la expectativa de que su comportamiento es ajustado a derecho.

Finalmente para estos jueces colegiados, queda claro que con las documentales aportadas en primera instancia no se acreditó la presencia de vulneración alguna a los derechos fundamentales alegados; así mismo, en el escrito de impugnación, lo que se allegó fue un registro fotográfico que no da cuenta de la transitabilidad de los equipos de construcción utilizados por la empresa desarrollos serena del mar en la ejecución del proyecto, ni existe certeza del lugar donde fueron tomadas:

8.8 conclusión

Colofón de lo anterior, se confirmara la sentencia impugnada; toda vez que la acción de tutela no procedía como mecanismo principal para la defensa de los derechos fundamentales alegados, en razón a que, el actor debía por petición previa, requerir a la dirección de consulta previa que definiera su situación frente al proyecto ejecutado por la empresa desarrollos serena del mar; sin que esto implique que una vez realizada la petición, si no se obtiene respuesta pronta, se pueda volver acudir a este mecanismo.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la Ley

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha dos (02) de abril de dos mil diecinueve (2019), dictado por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

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



Radicado: 13-001-33-33-008-2019-00063-01

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No.031 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISES RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

AUSENTE CON PERMISO

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
(E)
(Uso de permiso)