

Sentencia T-479/18

Referencia: Expediente T-6.794.236

Acción de tutela instaurada por el Consejo Comunitario Puntarenas y otros, contra el Distrito de Cartagena y otros

Magistrado Sustanciador:
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., once (11) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados José Fernando Reyes, quien la preside, Alberto Rojas Ríos y Carlos Bernal Pulido, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política, y en los artículos 33 y concordantes del Decreto-Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena y el Tribunal Administrativo de Bolívar, en primera y segunda instancia, respectivamente, en el trámite de la acción de tutela incoada por Wilman Herrera Imitiola en calidad de apoderado judicial del grupo actor conformado por varias comunidades étnicas y de pescadores de Cartagena, contra la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y otros.

I. ANTECEDENTES

Los Consejos Comunitarios de Punta Arena, Tierra Bomba, Bocachica y Caño del Oro, las Asociaciones de Pescadores Agro Pesquera, los Delfines del Caribe, Caño del Oro, Sol y Mar, el Chapín, los Chinos, Tutipesca, Bocachica, Arará, los Loritos, el Coral, Macanay, Langostinos, la Red, Jehová Poderoso, Jureles y Santa Ana, así como las Empresas Asociativas de Trabajo de Pescadores Mar Azul, la Vara de Aarón Poderosa E.A.T., y los Pulperos de Cartagena, actuando a través de apoderado, promovieron acción de tutela contra la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, la Sociedad Portuaria Compañía de Puertos Asociados -COMPAS- S.A., la Alcaldía Distrital de Cartagena, el Concejo Distrital de Cartagena, la Corporación Autónoma Regional del Dique -CARDIQUE-, el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena -EPA-, el Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas -CIOH-, la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, el

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo -Dirección General de Turismo- y el Departamento de Planeación - Subdirección Sectorial, al considerar vulnerados los derechos fundamentales a la consulta previa, debido proceso, integridad social y cultural, existencia, identidad cultural, autonomía, mínimo vital, libertad de profesión u oficio, participación, igualdad, trabajo y seguridad alimentaria. Para sustentar su solicitud de amparo, el apoderado del grupo actor narró los siguientes:

Hechos

1. Relató que en 1992 a la Sociedad Portuaria Terminal Marítimo Muelles el Bosque S.A., hoy Compañía de Puertos Asociados -COMPAS S.A.-, le fue otorgado el contrato de concesión portuaria núm. 001 de 1992, para ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva las playas, terrenos de bajamar y zonas marinas accesorias, así como para la construcción y operación de un puerto de servicio público terrestre y acuático, ubicado en la avenida Vélez del Distrito de Cartagena, Bolívar, por un plazo de 20 años.

2. Mencionó que en atención a lo establecido en el Decreto Único Reglamentario del Sector Transporte 1079 de 2015, COMPAS S.A., el 18 de abril de 2016 solicitó a la Agencia Nacional de infraestructura -ANI- la modificación del contrato a fin de expandir las áreas del proyecto portuario, prorrogar el plazo contractual y ejecutar nuevas inversiones.

3. Precisó que el procedimiento previsto en el artículo 2.2.3.3.5 del mencionado Decreto¹ fue realizado sin el cumplimiento de uno de los requisitos reglamentarios, esto es, incluir el valor de las inversiones en la publicación de un diario de circulación nacional, lo que obligó a que la sociedad portuaria accionada realizara una segunda publicación enmendando su error².

4. Advirtió que la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, mediante Resolución núm. 754 de 2016, fijó como fecha y hora para la realización de la audiencia pública el 9 de junio de 2016, lo cual en su sentir, vulnera el derecho fundamental al debido proceso y contradice la normativa según la cual esa diligencia debe llevarse a cabo dos (2) meses después de la última publicación de intención de modificación. Así, a juicio del grupo actor, la audiencia debió ejecutarse el 25 de julio de 2016 y no el 9 de junio de ese año.

5. Manifestó que pese a las irregularidades procesales descritas, la ANI a través de la Resolución núm. 991 de 2017 aprobó la solicitud de modificación

¹ Al respecto, el grupo actor afirmó que el procedimiento contemplado en ese artículo para obtener la modificación del contrato de concesión exige: i) publicar en un diario de circulación nacional un aviso que indique el objeto y alcance de la modificación, así como el valor aproximado de las nuevas inversiones a desarrollar y ii) convocar a una audiencia pública para divulgar los términos y condiciones de la modificación, la cual debe realizarse una vez culmine el término de dos (2) meses otorgado para que cualquier persona que tenga interés legítimo frente a la solicitud de modificación efectúe las respectivas oposiciones.

² Sobre el particular, señaló que si bien el 16 de marzo de 2016 COMPAS S.A., efectuó la publicación exigida, lo hizo sin dar a conocer el valor de las inversiones, viéndose obligada a realizar el 25 de mayo de 2016 una segunda publicación en la que incluyó el valor requerido.

contractual presentada por la sociedad portuaria COMPAS S.A., lo que, en su concepto, implica rellenar un área marítima de 4,8 hectáreas, ampliar el patio de carga y la línea de atraque, a lo que agregó que el nuevo relleno busca unir la Isla del Diablo ubicada en la bahía interior de Cartagena al continente sin tener en cuenta el Plan de Ordenamiento Territorial (Decreto 0977 de 2001).

6. A juicio del grupo actor, ese acto administrativo desconoce el derecho fundamental al debido proceso, al modificar, sin poder hacerlo, el uso del suelo, lo que a su vez afecta el medio ambiente, máxime si la zona concesionada es de suma importancia para la supervivencia de los pescadores porque sirve de resguardo y alimento en las etapas críticas de los periodos de vida de muchos peces, crustáceos y moluscos, que utilizan los manglares como áreas de reproducción y crianza. En suma, concluyó que el desarrollo del proyecto portuario tendría un impacto negativo en el medio ambiente y en la estabilidad socio - económica y cultural del grupo actor.

7. Seguidamente, informó que los accionantes pertenecen a comunidades pesqueras afrodescendientes conformadas por cerca de 18.000 habitantes asentados en la ciudad de Cartagena quienes viven de la pesca, el comercio y el trabajo en las grandes empresas ubicadas en el interior de la Bahía de esa ciudad, a lo que agregó que la principal determinante física del lugar la constituye la costa marina que bordea paralelamente esas comunidades negras imprimiéndole el carácter de aldea costera.

8. Agregó que la ruta de transporte utilizada para las actividades cotidianas colinda con la empresa COMPAS S.A., por lo que el alargamiento del muelle y su adecuación mediante relleno de unas áreas acuáticas sin socializar con los Consejos Comunitarios y Asociaciones Pesqueras restringirá las actividades de pesca y libre locomoción, pues impedirá desplazarse con facilidad al mercado de Bazurto, lugar donde de manera diaria se desplazan a comprar los enseres personales y del hogar, además de aumentar el riesgo de accidentes de las embarcaciones nativas que transitan a diario por esa área marítima.

9. Insistió en que el desarrollo del proyecto permitiría a la sociedad COMPAS S.A., modificar el uso del suelo de la ciudad al utilizar una parte del mar para ampliar el patio de carga y la línea de atraque, además de unir la Isla del Diablo al continente, situación que obligó al Concejo Distrital a alertar a las autoridades oficiales sobre las posibles infracciones a la Constitución y la Ley.

10. Comentó que el 23 de noviembre de 2017 se realizó con la ANLA una reunión en la que se dejó constancia de las inconformidades respecto de la obra de infraestructura que pretende ejecutar COMPAS S.A., puntualmente en lo que tiene que ver con el impacto ambiental, cultural y socio - económico que ello causaría y la falta de reconocimiento de medidas compensatorias por la actividad de dragado a realizar.

11. A juicio de la parte actora si la ANLA otorga la licencia ambiental se desconocería la exigencia prevista en la Resolución núm. 470 de 6 de mayo de 1996, en la que el Ministerio de Medio Ambiente estableció un plan de

manejo ambiental a la Sociedad Terminal Marítimo Muelles el Bosque S.A. hoy COMPAS S.A.

12. Afirmó que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior mediante certificación núm. 0097 de 24 de febrero de 2017, determinó que no se registra presencia de comunidades negras, afrodescendientes, raizales o palenqueras en el área donde se realizará el proyecto de “*estudio de impacto ambiental para el terminal marítimo COMPAS – Cartagena*”. No obstante, adujo que esa decisión se fundamentó solamente en las coordenadas del área presentadas por el ejecutor del proyecto, con un análisis cartográfico básico y sin realizar una verificación física en el área de influencia. En ese sentido sostuvo que era obligación de esa entidad hacer una visita de campo, como lo dispone el artículo 16 del Decreto ley 2893 de 2011 y la sentencia T-294 de 2014 de la Corte Constitucional, con el fin de recopilar de manera directa información de los usos y costumbres ancestrales.

13. Precisó que la decisión adoptada por la Dirección de Consulta Previa de no reconocer la existencia de comunidades consultables en la Isla de Tierra Bomba vulnera los derechos fundamentales a la consulta previa, debido proceso, identidad cultural, existencia, integridad social y cultural, autonomía, libertad de profesión u oficio, mínimo vital y seguridad alimentaria y desconoce las prácticas consuetudinarias del grupo actor en esa zona marítima, además de ir en contravía de la Resolución núm. 00364 del 6 de abril de 2017, según la cual, dadas la características del territorio insular que tiene Cartagena, existe una importante movilización de pasajeros por medio acuático entre las zonas insulares de mayor población, como las Islas de Tierra Bomba y Barú, siendo la movilización acuática la única alternativa de transporte para los habitantes de esas localidades. Es decir, ese acto administrativo reconoció y caracterizó al grupo actor en tráfico marítimo dentro del área de influencia directa de la Sociedad COMPAS S.A.

14. En orden a lo expuesto acudió a la presente solicitud de amparo a fin de que se protejan los derechos fundamentales invocados *supra* y, en consecuencia, se ordene a la ANLA que suspenda el trámite administrativo de evaluación de la licencia ambiental y deje sin efectos el auto núm. 04503 de 6 de octubre de 2017 que aclaró el proveído núm. 03034 de 25 de julio de 2017, por medio del cual se dispuso el inicio del trámite administrativo de evaluación de licencia ambiental del proyecto “*Ampliación y Operación del Terminal Marítimo Compas – Cartagena, localizado en la bahía de Cartagena, departamento de Bolívar, así como la inclusión, unificación, recopilación y sintonización de las medidas de manejo propuestas en la actualización del PMA de la operación actual del puerto y la integración con el Plan de Manejo Ambiental establecido mediante Resolución 470 del 06 de mayo de 1996 actualizado mediante la Resolución 364 del 06 de abril de 2017, solicitado por la Compañía de Puestos Asociados – COMPAS S.A.*”, hasta tanto no se garantice el proceso de consulta previa.

15. Asimismo, se ordene al Ministerio del Interior que lleve a cabo el proceso de consulta previa y garantice el derecho de participación de los Consejos Comunitarios y Asociaciones de Pescadores accionantes.

16. Por último, que se declare que la ANI vulneró el derecho al debido proceso al expedir la Resolución 991 de 21 de julio de 2017, que autorizó la ampliación del contrato de concesión portuaria, por cuanto no tuvo en cuenta los artículos 1°, 49, 50 y 99 del Decreto 977 de 2001 que establece el Plan de Ordenamiento Territorial de Cartagena, existiendo una indebida modificación del uso del suelo.

Trámite procesal a partir de la acción de tutela

17. Mediante auto del 15 de enero de 2018³, el Juzgado Segundo (2°) Administrativo de Cartagena admitió la acción de tutela, negó la medida provisional solicitada y corrió traslado a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, a la Sociedad Portuaria Compañía de Puertos Asociados -COMPAS-S.A., a la Alcaldía Distrital de Cartagena, al Concejo Distrital de Cartagena, a la Corporación Autónoma Regional del Dique -CARDIQUE-, al Establecimiento Público Ambiental de Cartagena -EPA-, al Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas -CIOH-, a la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo -Dirección General de Turismo- y al Departamento de Planeación -Subdirección Sectorial, para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción.

Contestación de la tutela

Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior

18. El director de consulta previa de la cartera ministerial mencionada solicitó que el recurso de amparo sea declarado improcedente toda vez que existe un acto administrativo que certificó la no presencia de comunidades étnicas en el área de influencia de proyecto portuario, por lo que la consulta previa solicitada por la parte actora no es pertinente debido a que no se ajusta a los parámetros establecidos en la Directiva Presidencial núm. 10 de 2013 y el Decreto 2613 del mismo año, conforme a lo siguiente:

19. En primer lugar, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por activa en razón a que el apoderado de la parte actora representa a un grupo de personas naturales o jurídicas que tienen como finalidad ofrecer bienestar social a sus asociados, con fines y objetivos que distan de los perseguidos por una comunidad étnica. En ese sentido, sostuvo que las asociaciones y empresas asociativas de trabajo de pescadores no son titulares del derecho a la consulta previa porque tal prerrogativa constitucional recae solo en los pueblos indígenas, negros, raizales, palenqueros y Rom.

³ Folios 4 a 7 del cuaderno de primera instancia.

20. Afirmó que el solo hecho de encontrarse afiliado a una asociación de pescadores no otorga la calidad de sujetos colectivos de protección especial, pues para ello se requiere pertenecer a una comunidad étnica con rasgos culturales propios que los distinguan del resto de la sociedad. De este modo, sostuvo que el grupo actor no acredita los criterios que legal y jurisprudencialmente se han establecido sobre la materia, más aún si se tiene en cuenta el certificado de existencia y representación de la cámara de comercio según el cual el objetivo principal de dichas empresas asociativas de trabajo gira en torno a la venta y distribución de pescado. Al respecto, agregó que la Corte Constitucional en sentencia T-348 de 2012 manifestó que no eran titulares del derecho a la consulta previa los pescadores de las playas de Comfenalco en Cartagena, quienes se vieron afectados con la ejecución del proyecto Anillo vía Malecón de Crespo.

21. En atención a que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Interior es la autoridad competente para garantizar, liderar y coordinar los procesos consultivos⁴, precisó que el 24 de febrero de 2017 expidió la certificación núm. 00097 según la cual no existe presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto portuario.

22. Sobre la base de lo expuesto, sostuvo que no era pertinente la consulta previa pues existe un acto administrativo que certificó la no presencia de comunidades étnicas, el cual goza de presunción de legalidad de conformidad con lo previsto en el artículo 88 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA- hasta tanto sea anulado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Departamento Nacional de Planeación

23. La apoderada de la entidad mencionada solicitó la desvinculación del trámite constitucional porque, a su juicio, no tiene legitimación en la causa por pasiva en relación con las peticiones elevadas por el grupo actor. Lo anterior, por cuanto no tiene competencia para otorgar o negar la licencia ambiental solicitada por la Compañía COMPAS S.A.

24. Preciso que de conformidad con las funciones establecidas en el Decreto 2189 de 2017 “[p]or el cual se modifica la estructura del Departamento Nacional de Planeación”, no es competente para solicitar la licencia o modificación de la licencia ambiental del proyecto portuario, pues ello corresponde directamente al concesionario, en este caso, a la sociedad COMPAS S.A. Cartagena.

Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA

⁴ Al respecto, sostuvo que según lo establecido en el Decreto 2893 de 2011 tiene la competencia exclusiva para expedir actos administrativos de certificación de presencia o no de comunidades étnicas, cuyos parámetros para el proceso de certificación están previstos en la Directiva Presidencial núm. 10 de 2013.

25. La jefe de la Oficina Jurídica de la ANLA informó que mediante auto de 3976 de 10 de septiembre de 2014, avocó el conocimiento del expediente correspondiente al trámite del Plan de Manejo Ambiental para el proyecto portuario ubicado en el distrito turístico, histórico y cultural de Cartagena adelantado por la sociedad COMPAS S.A., por lo que lo requirió para que adelantara el trámite de modificación del mencionado plan, ajustándolo a las capacidades actuales del puerto.

26. Relató que el Ministerio de Medio Ambiente a través de la Resolución núm. 470 de 6 de mayo de 1996 estableció un Plan de Manejo Ambiental para el proyecto *“Operación del Terminal Portuario ubicado en la ciudad de Cartagena”* la cual ha sufrido múltiples modificaciones, siendo la última de ellas la establecida en la Resolución núm. 364 de 6 de abril de 2017, por medio de la cual fueron incluidas las actividades de operación de las instalaciones portuarias.

27. Expuso que la compañía COMPAS S.A., el 14 de julio de 2014 allegó el estudio de impacto ambiental con el objeto de unificar instrumentos ambientales respecto de las obras de ampliación y operación del terminal marítimo. Por ello, sostuvo que mediante auto 03034 de 25 de julio de 2017, aclarado en proveído 4503 de 6 de octubre siguiente dispuso el inicio del trámite administrativo de evaluación de licencia ambiental para el proyecto *“Ampliación y Operación del Terminal Marítimo Compas – Cartagena”*, localizado en la bahía de la mencionada ciudad, así como *“la inclusión, unificación, recopilación y sintetización de las mediadas de manejo propuestas en la actualización del PMA de la operación actual del puerto y la integración con el Plan de Manejo Ambiental establecido mediante Resolución 470 del 06 de mayo de 1996 actualizado mediante Resolución 364 del 06 de abril de 2017”*, solicitud que se encuentra en trámite de evaluación ambiental a fin de establecer o no su viabilidad.

En ese sentido, afirmó que COMPAS S.A., debe obtener de manera previa la respectiva autorización y/o licencia ambiental para que pueda ejercer los derechos derivados de la modificación del contrato de concesión portuaria.

28. En relación con la posible afectación del derecho a la libre circulación de los pescadores que a través de los años han venido ejerciendo esa actividad sin impedimento alguno, precisó que en la actualidad el trámite en comento se encuentra en proceso de evaluación, por lo que en caso de otorgarse la licencia ambiental se impondrán las medidas a que haya lugar.

29. Indicó que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior el 24 de febrero de 2017 certificó la no presencia de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras en el área de influencia del proyecto portuario. En ese sentido, aclaró que de conformidad con lo establecido en los Decretos 3573 de 2011 y 1076 de 2015, la ANLA no tiene competencia para expedir una nueva certificación.

30. Aseveró que respecto del aprovechamiento del manglar a que hace referencia la parte actora, dicho asunto de igual manera se encuentra en trámite de evaluación ambiental.

31. Finalmente, concluyó que una vez certificada la presencia de comunidades étnicas en un territorio donde se pretenda desarrollar un proyecto sujeto a licencia ambiental, es obligatoria la realización de la consulta previa, pues su omisión conculcaría los derechos y garantías de esas comunidades. Las medidas concertadas en un proceso consultivo deberán consignarse en el acto administrativo que llegue a otorgar una licencia ambiental y por ende se convertirán en obligaciones que deberá cumplir el titular de dicho control, so pena de los juicios de reproche que se puedan adelantar a través de un proceso sancionatorio ambiental.

32. Por lo demás, la ANLA fue enfática en señalar que *“si se llegara a certificar por quien tiene esa competencia, la presencia de comunidades étnicas en el área del proyecto y la consecuente necesidad de la consulta previa, es claro que esta Autoridad no podría tomar una decisión de fondo sobre la licencia ambiental, hasta tanto no se surtiera ese procedimiento”*⁵.

Alcaldía Mayor de Cartagena

33. La asesora jurídica del Despacho del Alcalde Mayor de Cartagena manifestó que la inconformidad de la parte actora gira en torno a la expedición de ciertos actos administrativos que dieron inicio al trámite de licenciamiento ambiental y negaron la realización de la consulta previa a las comunidades étnicas y de pescadores, los cuales no fueron expedidos por el Alcalde Mayor sino por la ANLA y la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior. De este modo, la entidad solicitó la desvinculación del presente trámite constitucional porque, en su criterio, no tiene legitimación en la causa por pasiva, pues bajo ninguna circunstancia ha desconocido los derechos fundamentales cuya protección se invoca.

Aunado a lo anterior, sostuvo que la acción de tutela se torna improcedente debido a que no cumple con el requisito de subsidiariedad. Lo anterior, por cuanto los accionantes tienen a su alcance los mecanismos judiciales idóneos previstos en el ordenamiento jurídico para atacar la legalidad de los actos administrativos expedidos en el trámite de licenciamiento ambiental.

Compañía de Puertos Asociados S.A., COMPAS S.A.

34. El representante legal de la sociedad portuaria mencionada al rendir informe sobre los hechos de la tutela indicó que mediante otrosí de 12 de octubre de 2017, suscrito entre la ANI y COMPAS se modificaron las condiciones del contrato de concesión núm. 001 de 6 de julio de 1992, para prever un proyecto de ampliación, supeditado al otorgamiento de la licencia

⁵ Folio 53 del cuaderno 2.

ambiental correspondiente. Precisó que el proyecto consiste en el alargamiento de un muelle y la adaptación mediante el relleno de unas áreas acuáticas.

35. Aclaró que no ha iniciado las obras de expansión porque ello se encuentra sujeto a la licencia ambiental que está en trámite ante la ANLA, en donde se resolverán algunos de los asuntos planteados en la acción de tutela, tales como el manejo de manglares o la hipotética incidencia del proyecto en las actividades de pesca. Como el trámite de modificación de la licencia ambiental no ha concluido, aseveró que las comunidades que arguyen algún tipo de afectación pueden hacerse parte y ejercer los derechos y recursos de ley.

En ese sentido, consideró que el recurso de amparo es improcedente y prematuro⁶, por cuanto los accionantes cuentan con otros mecanismos legales para obtener la protección de los derechos que estiman vulnerados por parte de las entidades demandadas, cual es el medio de control de nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa.

36. Afirmó que la solicitud de amparo es profusa en afirmaciones abstractas y generales, pero carece de pruebas y detalles que permitan al juez llegar a una conclusión real y fundamentada. Lo anterior por cuanto: i) el escrito de tutela repite que las comunidades étnicas y de pescadores serán afectadas con la ejecución del proyecto portuario en aspectos como movilidad, autonomía y seguridad alimentaria, entre otros, empero no explica de qué manera y cómo dichas comunidades ejercen en la actualidad esos derechos; ii) los solicitantes afirman la existencia de comunidades en el área de influencia del proyecto y su posible afectación pero ello no se encuentra demostrado, máxime si la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior certificó la no presencia de comunidades indígenas, minorías y pueblos rom en el área del proyecto “*Estudio de impacto ambiental para el terminal marítimo COMPAS-Cartagena*”; iii) la acción de tutela no puede sustituir el procedimiento administrativo de licencia ambiental; y iv) “*en un trámite de tutela no puede decidirse si se requiere o no una consulta previa, y menos cuando los accionantes no aportan prueba alguna de los fundamentos fácticos en los que se apoyan sus pretensiones*”.

37. En consideración a lo expuesto, el representante legal de la sociedad portuaria accionada solicitó que la solicitud de amparo sea declarada improcedente, máxime si no existe vulneración de los derechos fundamentales a la consulta previa, al debido proceso administrativo, a la existencia, la integridad cultural y social, a la seguridad alimentaria, al mínimo vital, la identidad cultural y la autonomía del grupo actor⁷.

⁶ Al respecto, señaló que la acción de tutela es prematura por cuanto es un atajo precario que se quiere usar para no seguir el camino previsto en la ley, y que está a disposición de las comunidades, los ciudadanos y cualquier empresa. En esa instancia administrativa que actualmente se encuentra en curso, las comunidades que hoy ejercen la acción de tutela tienen las garantías de un procedimiento reglado, que no solo les permite hacerse parte sino que les da el derecho a examinar el expediente, intervenir e interponer pruebas.

⁷ Mediante memorial de 23 de enero de 2018, el Representante Legal de COMPAS S.A., amplió los argumentos de hecho y derecho que fueron plasmados en el escrito de contestación de la acción de tutela. En términos generales señaló que el recurso de amparo no cumple con el requisito de subsidiariedad, pues

Agencia Nacional de Infraestructura – ANI

38. El apoderado de la ANI se opuso a la prosperidad de las pretensiones tras considerar que las mismas carecen de fundamento jurídico, fáctico y probatorio que permita concluir que la entidad ha causado a título de acción u omisión alguna vulneración a los derechos fundamentales cuya protección se invoca, como quiera que ha actuado conforme a la Constitución y la ley. Al mismo tiempo alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva.

39. De manera previa sostuvo que de conformidad con lo establecido en el Decreto 4165 de 2011, la ANI es una Agencia Nacional Estatal de naturaleza especial, perteneciente al sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte.

40. Anotó que la Resolución 991 de 21 de julio de 2017, proferida por la ANLA, autorizó la modificación de las condiciones en las cuales se aprobó y otorgó el contrato de concesión portuaria núm. 001 de 1992 a la Compañía de Puertos Asociados COMPAS S.A. - Cartagena, relativa a la ampliación de la zona de uso público (terrestre y acuática) y terrenos adyacentes, nuevo plan de inversiones, volúmenes de carga, contraprestación, garantías, plazo y obligaciones del concesionario.

41. Manifestó que si bien es cierto la entidad dentro del proceso de modificación del contrato de concesión portuaria citó a la audiencia pública contando el término de los dos (2) meses a partir del primer aviso de publicación y no respecto del segundo, en atención a que el mismo no modificó ni el alcance ni el objeto, no lo es menos que dentro del trámite de modificación se garantizó tanto la publicidad como el derecho a la oposición, en la medida en que se determinó que en caso de que se presentaran eventuales oposiciones con posterioridad a la audiencia, la ANI las tendría en cuenta teniendo como límite los dos (2) meses siguientes a la última publicación de que trata el artículo 2.2.3.3.3.5. del Decreto 1079 de 2015.

42. Explicó que a lo largo de ese proceso se presentaron pronunciamientos respecto de la legalidad y conveniencia de la propuesta presentada por COMPAS S.A., sin que se haya recibido comunicación de las autoridades ambientales ni oposiciones de terceros interesados, a pesar de que transcurrió más de un año desde las publicaciones (16 de marzo y 25 de mayo de 2016),

tratándose de derechos colectivos, el mecanismo judicial pertinente es la acción popular. Relató que los accionantes están ubicados a gran distancia del terminal marítimo COMPAS S.A., por ello las supuestas afectaciones alegadas no tiene relación con el hábitat sino con la libertad de tránsito. Aunado a ello, informó que en la bahía donde está situado el puerto no hay actividad de pesca, ya que de conformidad con la Resolución núm. 683 de 2 de junio de 1977 expedida por el INDERENA se encuentra prohibida por seguridad marítima, seguridad nacional y por ser zona de veda. Agregó que con la ejecución de proyecto no se afecta la circulación hacia la zona del mercado de Bazurto, debido a que el espacio del que disponen los pescadores para transitar por la bahía interna es muy amplio, pues allí también transitan buques y embarcaciones de gran calado, como por ejemplo cruceros y buques portacontenedores. Finalmente, en lo relacionado con el manglar, afirmó que el mismo se encuentra aislado del área de influencia del proyecto, además la entidad se comprometió a tenerlo en una zona en donde sí cumpla función social, ecológica y pesquera (folios 58 a 66 del cuaderno 3).

la realización de la audiencia (9 de junio de 2016) y la Resolución núm. 991 de 21 de julio de 2017. De este modo, enfatizó en que se garantizaron los derechos de contradicción, participación y debido proceso dentro del trámite de modificación contractual tantas veces mencionada.

43. En lo relacionado con el licenciamiento ambiental, indicó que la Resolución núm. 991 de 2017 dispuso que la sociedad portuaria COMPAS S.A., debería contar con la viabilidad ambiental y autorización para la ejecución de las obras que debe ser expedida por la ANLA, ya que de no ser así el contrato retornaría a sus condiciones iniciales.

44. Por último aseveró, que no tiene incidencia alguna en lo relativo a las consultas con comunidades especiales asentadas en el sector donde se ejecutarán las obras de infraestructura, pues ello recae en el Ministerio del Interior y en el ejecutor del proyecto.

Corporación Autónoma Regional del Canal de Dique – CARDIQUE

45. El director general de la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique –CARDIQUE- solicitó denegar el amparo invocado en razón a que no es la autoridad encargada de adelantar el trámite administrativo de licencia ambiental del proyecto portuario localizado en la bahía de Cartagena ni es la entidad obligada a realizar el proceso de consulta previa, pues no tiene la competencia para ello. En tal sentido, señaló que no ha vulnerado derecho fundamental alguno al grupo actor.

Concejo Distrital de Cartagena

46. Mediante escrito de 22 de enero de 2018, el jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Corporación Político Administrativa en mención precisó que no tiene legitimación en la causa por activa ni por pasiva en relación con las pretensiones del asunto de la referencia. Lo anterior, en razón a que según lo previsto en el artículo 2° de la Ley 21 de 1991, en caso de que una comunidad o pueblo étnico necesite la realización de una consulta previa, corresponde coordinar la misma al Alcalde Distrital.

Dirección General Marítima (Dimar) – Centro de Investigaciones Hidrográficas y Oceanográficas del Caribe

47. La entidad mencionada solicitó que el recurso de amparo sea declarado improcedente por cuanto no ha vulnerado derecho fundamental alguno a los actores. Encontró que no le corresponde realizar las actuaciones correspondientes al proyecto portuario, pues ello es competencia de la ANLA, la ANI y la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior. En ese sentido, solicitó la desvinculación del trámite constitucional porque, a su juicio, no tiene legitimación en la causa por pasiva.

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

48. La cartera ministerial referenciada se opuso a la prosperidad de las pretensiones y alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva. Encontró que como organismo del sector central no tiene competencia para atender lo pretendido por el grupo actor, toda vez que no tiene injerencia alguna en el proyecto de ampliación y operación del terminal marítimo COMPAS – Cartagena.

Establecimiento Público Ambiental – EPA Cartagena

49. El jefe de la Oficina Asesora Jurídica del establecimiento mencionado al contestar la acción de tutela solicitó su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que las pretensiones de la acción deben ser absueltas por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, encargada de los proyectos, obras o actividades sujetos de licenciamiento, permiso o trámite ambiental.

Sentencias objeto de revisión constitucional

Primera Instancia

50. El Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena, mediante sentencia de 25 de enero de 2018, negó el amparo constitucional deprecado, al encontrar que el derecho a la consulta previa no ha sido vulnerado por parte de las entidades accionadas habida consideración que el trámite administrativo de otorgamiento de licencia ambiental para la ejecución del proyecto “*ampliación y operación del terminal marítimo COMPAS S.A. Cartagena*”, aún no ha culminado, por lo que no puede predicarse la vulneración de un derecho que se mantiene incólume, máxime si la certificación núm. 0097 de 24 de febrero de 2017 del Ministerio del Interior determinó que dentro del área de influencia no hay presencia de comunidades consultables.

Aunado a ello, refirió que la ANLA dejó abierta la posibilidad que, de ser necesario, se realizara la consulta previa, a pesar de la certificación antes mencionada, lo que a su juicio evidencia es que en aras de salvaguardar esa prerrogativa constitucional y brindar mayor seguridad jurídica, se estableció la necesidad que el ejecutor del proyecto informe al Ministerio del Interior y a la ANLA la posible presencia de comunidades que gozan de esa especial protección constitucional.

51. En lo relacionado con el derecho al debido proceso, el fallador de primera instancia manifestó que esa garantía fundamental había sido respetada en razón a que el trámite administrativo de ampliación de concesión portuaria solicitado por COMPAS S.A., Cartagena ante la Agencia Nacional de Infraestructura, tuvo en cuenta en su integridad el artículo 2.2.3.3.3.5. del Decreto 1079 de 2015, así como los principios de publicidad y contradicción propios de este tipo de procesos. Si bien la audiencia se realizó antes de los

dos (2) meses siguientes a la última publicación⁸, los accionantes y en general cualquier persona que tuviera interés podían ejercer los derechos de contradicción y defensa hasta el 26 de julio de 2016, más aún si los accionantes han conocido del proceso con anterioridad.

52. Por otro lado, manifestó que la acción de tutela es improcedente para controvertir la legalidad de actos administrativos de trámite o preparatorios, por tanto, la pretensión de los actores encaminada a que deje sin efectos los autos núms. 03034 de 25 de julio y 04503 de 6 de octubre de 2017, no es de recibo porque son autos de trámite que no deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, es decir, no ponen fin a la actuación administrativa iniciada por la sociedad portuaria accionada, en la medida en que no expresan la voluntad de la ANLA frente a la solicitud de licencia ambiental.

Aunado a lo anterior, sostuvo que el proceso de licenciamiento ambiental continúa en trámite, porque la ANLA informó sobre la expedición del auto núm. 5596 de 29 de noviembre de 2017 a través del cual reconoció a la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena como tercero interviniente en ese proceso.

53. Por último, aseveró que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para analizar la protección de derechos colectivos relacionados con “*el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público*”, pues para ello está establecida la acción popular, instrumento idóneo y eficaz para enfrentar las vulneraciones o amenazas de este tipo de derechos. En suma, el indebido uso de las aguas de dominio público (mar territorial) y la presunta vulneración o desconocimiento del Plan de Ordenamiento Territorial de la ciudad de Cartagena con la expedición de la Resolución núm. 991 de 21 de julio de 2017 son asuntos propios de una acción popular.

Impugnación

54. El apoderado de la parte actora mediante escrito de 1º de febrero de 2018 impugnó la decisión de primera instancia; indicó que el *a quo* no analizó de fondo el asunto puesto a consideración ni profirió un fallo congruente y acorde con la jurisprudencia constitucional relacionada con el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas cuando en las zonas donde habitan se adelantan proyectos que comprometen otros derechos de carácter fundamental como los referidos al debido proceso, identidad social, cultural y económica, permanencia en el territorio y seguridad alimentaria.

55. Precisó que si la sociedad portuaria accionada adelanta las obras de infraestructura encaminadas a rellenar 4,68 hectáreas de la bahía de Cartagena para convertirlas en patios de acopio de contenedores y la ampliación del muelle, afectaría las actividades de pesca y la movilización de los habitantes por medio acuático de las islas de Tierra Bomba y Barú hacia el mercado de

⁸ Al respecto, sostuvo que la última publicación en un diario de circulación Nacional tuvo lugar el 25 de mayo de 2016 y la audiencia fue celebrada el 9 de junio de ese año.

Bazurto o a los barrios colindantes de Zapatero, el Bosque, Manga y barrio Chino para celebrar ceremonias espirituales y encuentros deportivos.

56. Además, sostuvo que no es de recibo que el fallador de primera instancia haya negado las pretensiones de la acción de tutela con fundamento en el único hecho de que la Dirección de Consulta Previa haya certificado la no presencia de comunidades indígenas, negras, raizales y palenqueras, pues sobre ese asunto la jurisprudencia constitucional⁹ ha determinado que el derecho a la consulta previa no depende de la certificación sobre presencia de comunidades étnicas en el área de influencia directa del proyecto, obra o actividad, ya que cuando existan dudas sobre la presencia de grupos étnicos se debe realizar un reconocimiento de terreno y dirimir la controversia a través de un mecanismo intersubjetivo de diálogo.

57. Por último, señaló que la acción de tutela es procedente para reclamar la protección de los derechos fundamentales de las comunidades afectadas como consecuencia de la elaboración de proyectos que afectan sus condiciones socio económicas y de medio ambiente. En ese sentido, aseveró que no le asiste razón al *a quo* cuando afirma que el mecanismo adecuado para ello es la acción popular por tratarse de derechos colectivos porque la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que las comunidades étnicas tienen derecho a participar en las decisiones tomadas por el Estado y los particulares que los afecten, entre ellas, las relacionadas con los recursos naturales existentes y la identidad cultural, social y económica¹⁰, máxime si la Carta Política de 1991 contiene una verdadera constitución ecológica.

58. En suma, consideró que, a pesar de que la ANLA mediante auto de 6 de octubre de 2017 precisó que si en desarrollo del trámite administrativo de modificación de la Licencia Ambiental, se constata la existencia de territorios colectivos en el área objeto de modificación del proyecto, la Compañía de Puertos Asociados está en la obligación de dar aviso por escrito a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior para que se dé cumplimiento a la realización del proceso de consulta previa, ello no es suficiente porque no decretó inspección judicial o visita de campo para salvaguardar esa prerrogativa constitucional prevista en el artículo 330 superior. Aunado a ello, sostuvo que la sociedad portuaria mencionada no tendrá ninguna intención de hacer el proceso consultivo en atención a que existe una certificación previa según la cual no hay presencia de territorios consultables en el área de influencia del proyecto.

Segunda instancia

59. El Tribunal Administrativo de Bolívar mediante sentencia de 5 de marzo de 2018 revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, concedió el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y consulta previa de los Consejos Comunitarios de Tierra Bomba, Punta Arena,

⁹ Sentencia T-294 de 2014.

¹⁰ Sentencias C-620 de 2003 y T-562 de 1998.

Bocachica y Caño del Oro. En consecuencia, ordenó a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior realizar una visita de verificación a través de la cual establezca el número exacto de asentamientos de los Consejos Comunitarios mencionados, ubicados en el área de influencia del proyecto de ampliación del terminal marítimo de COMPAS S.A., determinando su localización, extensión, población y demás aspectos geográficos que resulten relevantes; así como los usos, costumbres, tradiciones, medios de subsistencia y demás elementos sociales, económicos y culturales relevantes de dichas comunidades negras, teniendo en cuenta para el efecto un concepto amplio de territorio, en el cual se atiendan los criterios de la Corte Constitucional, así como el contenido de la Directiva Presidencial núm. 010 de 7 de noviembre de 2013, a lo que agregó que de evidenciarse la afectación directa a las comunidades accionantes, con ocasión de la ampliación del terminal marítimo se debe dar inicio al proceso de consulta previa, salvaguardando el debido proceso de los intervinientes¹¹.

Aunado a ello, el Tribunal Administrativo de Bolívar ordenó a la Compañía de Puertos Asociados abstenerse de ejecutar las obras de ampliación del Terminal Marítimo Portuario hasta tanto se cumplan las órdenes impartidas en el fallo.

60. La providencia analizó de manera amplia el derecho fundamental a la consulta previa, el ámbito de aplicación, las características y los titulares de ese derecho. De este modo, refirió que no es posible desconocer la existencia de comunidades étnicas en la zona de un proyecto con el único argumento de que su presencia no ha sido certificada por la Dirección de Consulta Previa.

61. El *ad quem* consideró que el criterio geográfico, espacial y cartográfico empleado por la Dirección de Consulta Previa, implica un desconocimiento jurisprudencial de los aspectos considerados por la Corte Constitucional a efectos de establecer la procedencia de la consulta previa respecto de una comunidad o minoría étnica, pues limitó la consulta al espacio físico presuntamente habitado por las comunidades accionantes, sin tener en cuenta que existen otros aspectos como la cultura, tradiciones, costumbres, medios de subsistencia, dinámicas sociales y políticas, entre otros.

62. Seguidamente, manifestó que cuando existen dudas sobre la presencia de grupos étnicos en el área de influencia de un proyecto o sobre el ámbito territorial que debe ser tenido en cuenta para efectos de garantizar el derecho a la consulta previa, la entidad encargada de expedir certificación debe efectuar un reconocimiento en el terreno, a fin de garantizar la participación efectiva de las comunidades cuyo reconocimiento o afectación territorial es objeto de controversia, lo cual, en el asunto bajo estudio no ocurrió.

¹¹ Mediante auto de 22 de marzo de 2018, el Tribunal Administrativo de Bolívar adicionó el ordinal segundo de la sentencia proferida el 5 de marzo de 2018 en el sentido de que “*para la realización de la visita de verificación, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, contará con el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo, a través de la dependencia correspondiente*”.

63. Concluyó sobre ese particular que el estudio llevado a cabo por el Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa para efectos de establecer la necesidad de proceso consultivo antes del inicio de las obras de ampliación del Terminal Marítimo COMPAS S.A. fue insuficiente, ya que solo tuvo en cuenta un concepto reducido de territorio.

64. Advirtió que las comunidades de pescadores artesanales son poblaciones que deben ser escuchadas en proyectos de infraestructura, siendo necesaria su participación en la toma de decisiones y en el diseño de las medidas de compensación; sin embargo, sostuvo que en el plenario no *“existe prueba de que las asociaciones de pescadores accionantes, viven de la pesca, el comercio y el trabajo en las grandes empresas ubicadas en el interior de la bahía de Cartagena, y que la ruta de transporte que utilizan para sus actividades cotidianas colinda con la empresa COMPAS S.A.; lo que sí se puede predicar de la Asociación de Pescadores Artesanales de Zapatero – ASOPEZ, y la Asociación de Pescadores del Sector la Cuchilla – ASOPECUCH, quienes solicitaron ser reconocidos como intervinientes dentro del trámite administrativo de modificación de la licencia ambiental que se encuentra activo y surtiéndose ante la ANLA, y en tal condición se encuentran vinculados al mismo (Fl. 113); siendo este el escenario al que deben dirigirse las asociaciones de pescadores tutelantes, por lo que no es procedente en esta instancia el amparo de los derechos fundamentales deprecados respecto de dichas asociaciones, confirmandose en este aspecto el fallo impugnado”*.¹²

65. Por otro lado, afirmó que el cargo relacionado con el estudio de la presunta vulneración del derecho fundamental al debido proceso, ante el desconocimiento del término de dos (2) meses previsto en el Decreto 1079 de 2015 para convocar a audiencia pública en el trámite de la modificación del contrato de concesión portuaria no es procedente debido a que no cumple con el requisito de la inmediatez. Lo anterior, sostuvo, en razón a que el hecho que puso en riesgo el derecho deprecado data del 9 de junio de 2016, fecha en la que se celebró la audiencia pública y la solicitud de amparo fue presentada el 11 de enero de 2018, esto es, aproximadamente 20 meses después de la presunta vulneración.

66. Finalmente, la providencia anotó que el Ministerio de Transporte, Agencia Nacional de infraestructura - ANI al expedir la Resolución núm. 991 de 12 de julio de 2017 *“por la cual se decide la solicitud de modificación de las condiciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 1992 de la COMPAÑÍA DE PUERTOS ASOCIADOS COMPAS S.A.”*, no trasgredió derecho fundamental alguno, por el contrario tuvo en cuenta el Plan de Ordenamiento Territorial de Cartagena contemplado en el Decreto 0977 de 2001.

Lo anterior, por cuanto la Secretaría de Planeación del Distrito de Cartagena aseveró que la ampliación del puerto no ofrece ningún inconveniente en cuanto a las normas sobre el uso del suelo porque *“la clasificación del suelo*

¹² Folio 55 del 4º cuaderno.

donde se ubica la ampliación del puerto se clasificó en el POT como actividad mixta, compatible con la Actividad Portuaria 2, que comprende muelles, terminales y establecimientos, cuya función, equipos y servicios, atienden embarcaciones de todos los tamaños dedicados al transporte de carga, excepto hidrocarburos y combustibles; incluyendo en esta actividad, los puertos pesqueros, los astilleros y buque escuela”¹³. En relación con el presunto desconocimiento del área manglar encontró probado que el Subdirector de Gestión Ambiental de la Corporación Autónoma Regional del Dique –CARDIQUE- mediante escrito de 13 de septiembre de 2017, informó que el manglar existente en la zona de interés es aislado “establecido en una matiz portuaria, donde el espacio ocupado por el mismo hace parte del área requerida para la ampliación y desarrollo portuario, que en la actualidad no cumple su función de soporte o defensa hidráulica sino como soporte verde o paisajismo” razón por la cual “el proyecto es compatible en cuanto al uso de las áreas de manglar zonificadas siempre y cuando se empleen las medidas compensatorias necesarias para garantizar la renovación de las coberturas de manglar que se puedan ver afectadas con el desarrollo del proyecto”¹⁴.

En conclusión, el *ad quem* i) revocó el fallo impugnado en cuanto negó el amparo de los derechos fundamentales a la consulta previa y debido proceso administrativo; ii) rechazó por improcedente el cargo concerniente a la presunta vulneración del derecho al debido proceso, ante el desconocimiento del término de dos meses previsto en el Decreto 1079 de 2017 por no cumplirse con el requisito de inmediatez y, iii) confirmó en lo demás la decisión del fallador de primera instancia que negó los derechos a la integridad social y cultural, existencia, identidad cultural, autonomía, mínimo vital, libertad de profesión u oficio, participación, igualdad, trabajo y seguridad alimentaria.

Pruebas aportadas en instancia

67. Del expediente de tutela se destacan las siguientes:

- Copia de la Resolución núm. 754 de 26 de mayo de 2016, por medio de la cual el Ministerio de Transporte, Agencia Nacional de Infraestructura – ANI convocó a audiencia pública para divulgar los términos y condiciones de la solicitud de modificación contractual presentada por la Compañía de Puertos Asociados -COMPAS S.A.- Cartagena, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 2.2.3.3.3.5 del Decreto 1079 de 2015. En ese acto administrativo, la ANI fijó como fecha y hora para la realización de la audiencia el 9 de junio siguiente a las 10:00 a.m. (cuaderno 1, folios 438 y 439).
- Copia del Oficio AMC-OFC-0088370-2016 de 6 de septiembre de 2016 a través del cual la Secretaría de Planeación Distrital de Cartagena emitió concepto de legalidad y conveniencia en relación con la solicitud de

¹³ Folio 56 del 4º cuaderno.

¹⁴ Folio 56 del 4º cuaderno.

modificación del contrato de concesión portuaria 001 de 1992 de la Compañía de Puertos Asociados – COMPAS S.A. Señaló que el área propuesta para la ampliación del puerto no está destinada a ningún uso público ni servicio oficial, a lo que agregó que dando cumplimiento al Decreto 0977 de 2001 (Plan de Ordenamiento Territorial -POT-), la ejecución del proyecto no ofrece ningún inconveniente para la ciudad respecto a las normas sobre el uso del suelo. Lo anterior, teniendo en cuenta que a la fecha la operación de puerto se encuentra aprobada y la clasificación del suelo donde se ubica la ampliación del terminal marítimo fue clasificada en el POT como actividad mixta 4, compatible con la actividad portuaria 2, la cual comprende muelles, terminales y establecimientos cuya función, equipos y servicios atienden las embarcaciones de carga excepto hidrocarburos y combustibles. En conclusión, consideró conveniente el proyecto para el Distrito de Cartagena; no obstante, solicitó a la ANI requerir al COMPAS S.A., para que adjuntara información relacionada con: i) medidas de mitigación de riesgos en el área del proyecto y ii) un estudio completo de movilidad en donde la solución a la congestión vehicular no radique únicamente en la administración local (Cuaderno 1, folios 449 a 453).

- Copia de la certificación núm. 0097 de 24 de febrero de 2017, por medio de la cual el director de consulta previa del Ministerio del Interior certificó que no se registra presencia de comunidades Indígenas, Minorías y Rom en el área del proyecto “*estudio de impacto ambiental para el terminal marítimo COMPAS-Cartagena*” (cuaderno 1, folios 101 a 104).
- Copia del concepto técnico 01511 de 4 de abril de 2017, elaborado por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- dentro de la solicitud de Plan de Manejo Ambiental presentada por la Compañía de Puertos Asociados COMPAS S.A., para el proyecto Operación del Terminal Portuario ubicado en la ciudad de Cartagena (cuaderno 1, folios 363 vltto a 433).
- Copia de la Resolución núm. 00364 de 6 de abril de 2017, por medio de la cual la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- modificó el plan de manejo ambiental establecido en la Resolución 0470 de 6 de mayo de 1996 (cuaderno 1, folios 314 a 363).
- Copia de la Resolución núm. 991 de 21 de julio de 2017, expedida por el vicepresidente de Gestión Contractual de la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, en la que autorizó la modificación de las condiciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 1992 de la COMPAÑÍA DE PUERTOS ASOCIADOS COMPAS S.A., con el propósito de regular, entre otros aspectos, lo referente a las coordenadas de la zona de uso público (terrestre, acuática) y terrenos adyacentes, nuevo plan de inversiones, volúmenes de carga, contraprestación, garantías, plazo, obligaciones del concesionario y demás asuntos que resulten necesarios, en virtud de la reducción del trámite de modificación contractual por la sociedad concesionaria (cuaderno 1, folios 116 a 162).

- Copia de la Resolución núm. 04503 de 6 de octubre de 2017, por medio de la cual la directora general de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- aclaró el auto núm. 03034 de 25 de julio de 2017, mediante el cual se inició el trámite administrativo de modificación de licencia ambiental otorgada mediante Resolución 470 de 6 de mayo de 1996, modificada mediante resolución 364 de 6 de abril de 2017 para el proyecto “*TERMINAL MARÍTIMO COMPAS – CARTAGENA*”, en el sentido de establecer que el trámite administrativo a iniciar es el de evaluación de una solicitud de licencia ambiental; incluir, unificar, recopilar y sintetizar las medidas de manejo propuestas en la actualización del PMA de la operación actual de puerto, así como la unificación de instrumentos ambientales (cuaderno 1, folios 106 a 115).
- Copia del memorando interno de 13 de septiembre de 2017, a través del cual el Subdirector de Gestión Ambiental de la Corporación Autónoma Regional del Dique –CARDIQUE- emitió un pronunciamiento técnico sobre varios aspectos relacionados con la modificación del instrumento de manejo ambiental denominado “*TERMINAL MARÍTIMO COMPAS-CARTAGENA*”, en el que concluyó que el proyecto es compatible en cuanto al uso de las áreas de manglar zonificadas mediante la resolución 176 de 2008 de CARDIQUE y las actividades de aprovechamiento forestal que pretende realizar la empresa, de acuerdo a la categoría de zonificación de estas áreas de manglar serían viables siempre y cuando se empleen las medidas compensatorias necesarias para garantizar la renovación de las coberturas de manglar que se puedan ver afectadas con el desarrollo del proyecto (Cuaderno 3, folios 68 a 77).
- Copia del *otrosí* núm. 13 al contrato de concesión portuaria 001 de 1992, suscrito entre la Superintendencia General de Puertos (Hoy Agencia Nacional de Infraestructura –ANI-) y la Compañía de Puertos Asociados COMPAS S.A., Cartagena, en el sentido de ampliar la zona de uso público terrestre, acuática y la zona adyacente (Cuaderno 2, folios 165 a 185).

II. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

Solicitud de pruebas

68. Mediante Auto 586 de 6 de septiembre de 2018¹⁵, la Sala Octava de Revisión: *i*) decretó algunas pruebas con el propósito de contar con información actualizada, pertinente y suficiente sobre los supuestos fácticos y jurídicos que originaron la presente acción de tutela; *ii*) pidió concepto a algunas entidades estatales acerca del proyecto portuario que pretende desarrollar la Compañía de Puertos Asociados -COMPAS S.A.-, en la ciudad de Cartagena; *iii*) vinculó al Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, a la Gobernación del Bolívar, a la Secretaría de Planeación Distrital de Cartagena, a la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales

¹⁵ Cuaderno principal, folios 115 a 124.

y a la Defensoría Regional del Pueblo de Cartagena para que se pronunciara sobre los hechos que dieron lugar al recurso de amparo. Finalmente, iv) de conformidad con lo establecido en el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015, se decretó la suspensión de términos del expediente de la referencia.

En ese sentido, en el auto mencionado se dispuso lo siguiente:

- A la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- que remitiera el expediente -o en su defecto copias del mismo- contenido del trámite administrativo de licenciamiento ambiental del proyecto “*Ampliación y Operación del Terminal Marítimo COMPAS – Cartagena*” e informara sobre la ejecución del mismo y su estado actual, haciendo especial énfasis en los documentos sobre estudios de impacto ambiental y social de las comunidades pesqueras que trabajan alrededor de la zona de influencia.

- Al Ministerio de Transporte, Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- que enviara el expediente-o en su defecto copias del mismo- que conforma el trámite administrativo de solicitud de modificación de las condiciones del contrato de concesión portuaria núm. 001 de 1992 de la Compañía Puertos Asociados COMPAS S.A. Cartagena.

- A la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior para que allegara informe con los soportes respectivos, en el que indicara cuáles fueron las actuaciones que adelantó con posterioridad a la emisión de la sentencia de tutela de segunda instancia proferida en el presente asunto y el estado actual de la actuación, indicando las diligencias y trámites administrativos adelantados para el cumplimiento del fallo de 5 de marzo de 2018, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Bolívar le ordenó realizar una visita de verificación en la que estableciera el número exacto de asentamientos de los Consejos Comunitarios de Tierra Bomba, Punta Arena, Bocachica y Caño del Oro ubicados en el área de influencia del proyecto de ampliación del terminal marítimo de COMPAS S.A., determinando su localización, extensión, población y aspectos geográficos que resulten relevantes; así como los usos, costumbres, tradiciones, medios de subsistencia y demás elementos sociales, económicos y culturales relevantes de dichas comunidades negras, teniendo en cuenta para el efecto un concepto amplio de territorio, en el cual se atiendan los criterios de la Corte Constitucional, así como el contenido de la Directiva Presidencial núm. 010 del 7 de noviembre de 2013.

Además se solicitó que informara si evidenció presencia y afectación directa a las comunidades accionantes, con ocasión de la ampliación del terminal marítimo que amerite dar inicio al proceso de consulta previa y los criterios a tener en cuenta para emitir la certificación sobre la existencia de comunidades étnicas o pesqueras en el área de influencia del proyecto y los programas de protección dirigidos a esas comunidades.

- A la Alcaldía Distrital de Cartagena para que informara sobre la existencia de las posibles comunidades afectadas, los criterios utilizados para su identificación, así como los programas o tratamientos especiales otorgados a las asociaciones o comunidades de pescadores que se han visto presuntamente

afectadas por el proyecto de “*Ampliación y Operación del Terminal Marítimo COMPAS – Cartagena*” y finalmente, sobre los estudios de impacto social y cultural en el área de influencia del mencionado proyecto.

- Al Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas del Caribe - CIOH- para que aportara un informe en el que indique los estudios realizados para identificar las consecuencias del relleno de las áreas acuáticas en la zona de influencia del proyecto y las consecuencias sobre la vida marina y las labores cotidianas de la comunidad pesquera.

- Al Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICANH- y a la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional que emitieran concepto sobre el contexto histórico y cultural en el que se enmarca la situación narrada por el grupo actor, los efectos económicos y sociales que, en su concepto, podría generar la ejecución y puesta en marcha del proyecto portuario “*Ampliación y Operación del Terminal Marítimo COMPAS – Cartagena*”, así como lo relacionado con las tradiciones y costumbres de las comunidades de pescadores.

- Al Instituto de Investigaciones Marinas y Costeras “*José Benito Vives de Andrés*” –Invemar– para que emitiera concepto acerca del proyecto de “*Ampliación y Operación del Terminal Marítimo COMPAS – Cartagena*”, concretamente, si constituye o no área protegida, las posibles consecuencias ambientales que la obra de infraestructura puede generar en la zona de influencia y, finalmente si esos impactos ambientales son o no mitigables.

- Al apoderado judicial de los accionantes para que adjuntara el poder y soportes necesarios para la debida representación de todas las Asociaciones y Empresas Asociativas de Trabajo de Pescadores que integran el grupo actor a fin de acreditar la legitimación en la causa por activa de todos los intervinientes.

Respuestas y pruebas allegadas en sede de revisión

*Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible*¹⁶

69. La apoderada de la cartera ministerial mencionada en respuesta al requerimiento efectuado allegó a esta Corporación un documento en el cual expresó que no tiene legitimación en la causa por pasiva en el asunto *sub examine* por cuanto en atención a los objetivos y funciones señaladas en el Decreto Ley 3570 de 2011, no se encuentra contemplado lo relacionado con el otorgamiento y seguimiento de las licencias ambientales.

Pese a lo manifestado, indicó que de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2.2.3.2.4., del Decreto 1076 de 2015, es función del ministerio emitir concepto técnico “*sobre la conservación y el uso sostenible*” de humedales de importancia internacional, páramos o manglares, cuando proyectos, como el

¹⁶ Cuaderno 5, folios 2 a 17.

portuario de interés, pretendan intervenir éstos. En ese sentido, aseveró que la Dirección de Asuntos Marinos, Costeros y Recursos Acuáticos a través del oficio 8220-E2-2017-034145 de 8 de noviembre de 2017 emitió concepto técnico sobre ecosistemas de manglar en relación con el proyecto portuario que ocupa la atención de la acción de tutela.

70. Explicó que el Decreto Ley 3570 de 2011 reestructuró la cartera ministerial de ambiente, siendo entregadas las funciones de licenciamiento ambiental y seguimientos de las mismas a la Autoridad de Licencias Ambientales –ANLA, la cual fue creada mediante Decreto Ley 3573 de 2011, por lo que insistió en la falta de legitimación en la causa pasiva.

71. Por último, relató que el acto administrativo a través del cual se otorga una licencia ambiental es un acto condicional porque allí se imponen unas obligaciones al titular del proyecto, las cuales establecen las formas de prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad autorizada. La resolución que otorga la licencia ambiental establece el objetivo general de la misma, la localización del proyecto, las actividades y recursos naturales a utilizar y las condiciones, prohibiciones y requisitos de su uso.

*Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales*¹⁷

72. El Ministerio Público solicitó la desvinculación del presente trámite constitucional por cuanto no es la llamada a responder por los presuntos prejuicios que haya podido sufrir el grupo actor. En atención a una petición encaminada a llevar a cabo una audiencia pública ambiental y una vigilancia especial en torno al procedimiento iniciado por la ANLA, informó que la misma fue realizada en la ciudad de Cartagena.

*Secretaría de Planeación Distrital de Cartagena*¹⁸

73. El secretario de planeación distrital resaltó las actuaciones adelantadas por esa entidad frente a las obras que pretende ejecutar la Compañía COMPAS S.A. en la zona portuaria de Cartagena, de la siguiente manera:

En cuanto a las actuaciones realizadas, la entidad refirió que en oficio AMC-OFI-0088370 de 6 de septiembre de 2016, le expresó a la gerente del Grupo Interno de Trabajo Férreo y Portuario de la ANI que: “1. *El estudio de la expansión del área del proyecto portuario se llevó a cabo bajo el documento remitido por la ANI, el cual se denomina ‘Proyecto Ampliación Maniobrabilidad Portuaria - COMPAS Cartagena Colombia’.* La propuesta de ampliación fue realizado (sic) por COMPAS y GOMEZ CAJIAO. El documento consta de 125 hojas y de 5 anexos. B. *El día 4 de agosto de 2016, se realizó una reunión entre el equipo de la Secretaría de Planeación y el equipo de COMPAS. Esta reunión fue citada por parte de la Secretaría de*

¹⁷ Cuaderno 5, folio 57.

¹⁸ Cuaderno 5, folios 374 y 375.

Planeación de Cartagena de Indias por medio del oficio AMC-OFI-0063641 del 11 de julio de 2016.C. La Secretaría de Planeación encontró que la información expuesta el día 4 de agosto de 2016, plantea una intervención en la zona y una ampliación portuaria distinta a la encontrada en los documentos remitidos por la ANI (...) Después de haber mencionado algunos de los principales riesgos identificados en virtud del trámite de ampliación de esta concesión portuaria, la Secretaría de Planeación considera que las soluciones propuestas son insuficientes (...) este Despacho solicita respetuosamente a la ANI, requerir a COMPAS la presentación de la siguiente información: (i) medidas de mitigación de riesgos en el área del proyecto; y (ii) un estudio completo de movilidad en donde la solución a la congestión vehicular no radique únicamente en la administración local (...)”.

Posteriormente, mediante oficio AMC-OFI-0130859-2017 de 4 de diciembre de 2017, la Secretaría de Planeación comunicó a la ANI que en el ítem 9.3 de la Resolución No. 991 del 21 de julio de 2017, se observa que en “*las áreas a concesionar se incluyeron dos áreas; un área 1, de relleno costado sur carretable (22.702,27 m²) y un área 2 relleno costado norte carretable (24.070,97 m²), áreas e información que no fue incluida en la documentación que fue remitida por la ANI a la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias (...) lo que deja jurídicamente el pronunciamiento de la conveniencia del Distrito de Cartagena de Indias, solo y exclusivamente a:*

-Ampliación de la capacidad de atraque, para tener una disponibilidad final de 550 metros de longitud.

-La optimización de las posiciones de atraque, permitiendo operar motonaves de 300 metros de eslora, (ampliación y profundización de las zonas de atraque). -Utilización canal sur de acceso, adecuación de las áreas de maniobra.

(...) Así las cosas, solicitamos con todo respeto, una respuesta urgente en este sentido, ya que para el Distrito aún no se ha generado ningún concepto de conveniencia, en relación a los rellenos que fueron incluido en el acto administrativo citado, los cuales están sin un soporte legal de este despacho, y que puede atentar contra el Decreto 0977 de noviembre de 2001”.

En consideración a lo expuesto, aseveró que en la actualidad esa entidad no ha generado ningún concepto de conveniencia en relación a los rellenos que fueron incluidos en la Resolución No. 991 del 21 de julio de 2017, por medio de la cual la ANI autorizó la modificación de las condiciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 1992 de la COMPAÑÍA DE PUERTOS ASOCIADOS COMPAS S.A.

*Defensoría Regional del Pueblo de Cartagena*¹⁹

¹⁹ Cuaderno 5, folios 58 a 93 y 311.

74. La defensora para asuntos constitucionales y legales manifestó que no cuenta con legitimación en la causa para integrar la parte demandada en el asunto bajo estudio, por lo que solicitó la desvinculación del trámite de tutela. Sin embargo, precisó que conforme a lo dispuesto en el artículo 282 superior, sus funciones se han limitado a acompañar a las asociaciones de pescadores y a las comunidades étnicas en el marco de los procesos de concentración y consulta previa, razón por la cual relacionó las actuaciones adelantadas en el marco de sus competencias, en especial el tema relacionado con el seguimiento a las órdenes impartidas en el fallo de tutela de segunda instancia emanado del Tribunal Administrativo del Bolívar que amparó, entre otros, el derecho a la consulta previa del grupo actor.

De este modo, relató que una vez realizada la visita de verificación a fin de establecer el número exacto de asentamientos de los Consejos Comunitarios accionantes en el área de influencia del proyecto, el Ministerio del Interior reconoció la presencia de cuatro Consejos Comunitarios de la zona insular (Bochachica, Caño del Oro, Punta Arenas y Tierra Bomba), por lo que inició los procesos consultivos con esos grupos.

Finalmente, consideró que es de gran importancia que se lleven a cabo los procesos de concertación necesarios, así como activar los mecanismos de participación de las comunidades de pescadores con la finalidad de ajustar todos los procedimientos al marco legal y jurisprudencial que asiste a la protección del derecho a la participación, como lo ha sostenido la Corte Constitucional en la sentencia T-348 de 2012, en la que tratándose de un caso similar al presente, se ampararon los derechos fundamentales a la participación, alimentación, trabajo, libre escogencia de profesión u oficio y dignidad humana de los miembros de una asociación de pescadores de Cartagena.

75. La *Gobernación del Bolívar*, a pesar de ser notificada mediante oficio núm. OPTB-2597/18 de 2 de octubre de 2018, guardó silencio.

Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-²⁰

76. El apoderado judicial de la entidad mencionada en acatamiento a lo ordenado en el proveído de 6 de septiembre de 2018 informó que mediante Resolución núm. 0359 de 12 de marzo de 2018 otorgó licencia ambiental a la Compañía de Puertos Asociados -COMPAS S.A.-, para la inclusión de nuevas áreas al proyecto “*TERMINAL MARÍTIMO DE COMPAS S.A.*”, ubicado en el Distrito Turístico, Histórico y Cultural de Cartagena de Indias.

Agregó que por Resolución núm. 00984 de 3 de julio de 2018 la ANLA resolvió unos recursos de reposición interpuestos contra la decisión anterior, en el sentido de no revocar la licencia ambiental.

²⁰ Cuaderno 5, folios 94 a 96. La entidad allegó en medio magnético el expediente del trámite administrativo de licenciamiento ambiental (folios 309 y 310 CD).

En cuanto al estado actual del proceso, relató que en cumplimiento del fallo de tutela de segunda instancia expidió la Resolución núm. 1245 de 6 de agosto de 2018 en la que ordenó a COMPAS S.A., abstenerse de ejecutar las obras de ampliación del terminal marítimo hasta tanto se cumplan las órdenes impartidas por el Tribunal Administrativo del Bolívar en la sentencia de 5 de marzo de 2018.

En lo que tiene que ver con las áreas de influencia del proyecto explicó que en el acto administrativo de otorgamiento de licencia ambiental quedaron consignados unos criterios y beneficios de las comunidades pesqueras, en el siguiente sentido:

“SOBRE LAS ÁREAS DE INFLUENCIA.

Como criterios para la delimitación del área de influencia se tuvieron en cuenta la alteración en las actividades pesqueras artesanales (tránsito y pesca), variación de la calidad de aire por tránsito vehicular y variación en la magnitud de las actividades económicas. Mediante el radicado 2017053528-1-000 del 14 de julio de 2017, la Compañía de Puertos Asociados - COMPAS S.A., menciona que considerando lo planteado en los términos de referencia, el área de influencia (AI) se delimitó teniendo en cuenta como unidad mínima de análisis la cobertura de la tierra²¹.

(...)

Beneficios

En cuanto a los beneficios la Compañía de puertos asociados SA, propone “...la formulación y ejecución de un proyecto productivo que redunde en el fortalecimiento de la actividad (pesquera), vale aclarar que aunque no se consideran impactos asociados a la afectación de la actividad pesquera como tal, esta actividad se presenta como parte de la responsabilidad social de la Compañía con las comunidades de pescadores del área de influencia, en este caso La Asociación de Pescadores de Zapatero-ASOPEZ”. (Capítulo 10: evaluación económica ambiental, página 16) Según lo consignado por la Compañía de puertos asociados SA, la inversión del programa mencionado es de doscientos millones de pesos (\$200.000.000). Esta Autoridad considera viable cuantificar este programa como un beneficio, sin embargo, es necesario que para el próximo ICA se muestre el avance de este proyecto, para ello se debe reportar el avance de la implementación, el número de personas beneficiadas e indicadores que permitan cuantificar la externalidad positiva que se supone este programa impulsa²².”

Asimismo, allegó al expediente la siguiente documentación:

²¹ Ver página 65 de la Resolución 359 del 12 de marzo de 2018.

²² Ver página 110 de la Resolución 359 del 12 de marzo de 2018.

- CD que contiene una copia magnética del expediente LAM 6522, trámite administrativo del proyecto “*Ampliación y Operación del Terminal Marítimo COMPAS – Cartagena*” (cuaderno 5, folio 310).

- Auto 3976 de 10 de septiembre de 2014, por medio de la cual la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, avocó el conocimiento del expediente (LAM 6522) correspondiente al trámite de Plan de Manejo Ambiental para las siguientes actividades: 1) operación del Terminal Portuario ubicado en la isla del Diablo del Distrito Turístico, Histórico y Cultural de Cartagena; 2) Desarrollo de la cuarta alternativa de apertura de un canal de circulación en el sector sur oriental de la isla del Diablo, y 3) obras de relleno para la Alternativa N° 2 presentada en el Plan de Manejo, a nombre de la Compañía de Puertos Asociados, COMPAS S.A. para el proyecto portuario (cuaderno 5, folios 107 a 109).

- Resolución núm. 00364 de 6 de abril de 2017, mediante la cual la ANLA modificó el plan de manejo ambiental establecido en la Resolución 0470 de 6 de mayo de 1996 (CD folio 310).

- Resolución núm. 00715 de 23 de junio de 2017, en la que la ANLA resolvió de manera negativa un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución anterior (cuaderno 5, folios 110 a 117).

- Resolución núm. 00359 de 12 de marzo de 2018, expedida por la directora general de la ANLA, a través de la cual otorgó a la Compañía de Puertos Asociados S.A. -COMPAS S.A., licencia ambiental para la inclusión de nuevas áreas al proyecto “*TERMINAL MARÍTIMO COMPAS – CARTAGENA*” (CD folio 310).

- Resolución núm. 01245 de 6 de agosto de agosto de 2018, “[p]or la cual se establecen unas obligaciones en cumplimiento de una orden judicial”, en la que la ANLA ordenó la Compañía de Puertos Asociados -COMPAS S.A. abstenerse de ejecutar las obras de ampliación del Terminal Marítimo Portuario COMPAS S.A.- Cartagena, hasta tanto se cumplan las órdenes impartidas en la Sentencia del 5 de marzo de 2018 del Tribunal Administrativo de Bolívar (cuaderno 5, folios 118 a 120).

- Resolución núm. 984 de 3 de julio de 2018, en la cual la ANLA resolvió unos recursos de reposición interpuestos contra el acto administrativo que otorgó el licenciamiento ambiental a COMPAS S.A. (CD folio 310).

Agencia Nacional de Infraestructura – ANI²³

77. La entidad demandada, a través de sus representantes, contestó el requerimiento informando que de conformidad con el Decreto 1079 de 2015 es la competente para adelantar el trámite de modificación de los contratos de concesión portuaria, pero no para pronunciarse sobre las comunidades étnicas

²³ Cuaderno 5, folio 121 y CD folio 122.

que requieran o no ser consultadas ni sobre los usos del suelo, pues ello es competencia de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y la Secretaría de Planeación de Cartagena.

Reiteró los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la acción de tutela y precisó que el trámite de modificación del contrato de concesión portuaria núm. 001 de 1992 suscrito con la Compañía de Puertos Asociados COMPAS S.A. - Cartagena, fue adelantado con todas las garantías procesales y respetando el debido proceso de las partes, para lo cual adjunto en medio magnético todos los documentos que integran el trámite administrativo en mención.

*Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior*²⁴

78. En respuesta al auto 586 de 2018, el director de consulta previa allegó las actuaciones surtidas con posterioridad al fallo de segunda de instancia de 5 de marzo de 2018, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Bolívar amparó los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y a la consulta previa del grupo actor.

79. En síntesis, informó que la visita de verificación de presencia de grupos étnicos fue realizada del 15 al 18 de mayo de 2018, en la que luego de las investigaciones y reuniones pertinentes concluyó que: i) en las **zonas de asentamientos** no se registra la presencia de comunidades en el área de influencia del proyecto “*AMPLIACIÓN DEL TERMINAL MARÍTIMO DE COMPAS S.A.*”; ii) en cuanto a **los usos y costumbres** la entidad llegó a la misma conclusión, es decir, la no presencia de grupos consultables y iii) en lo que tiene que ver con **tránsito y movilidad** sí observó presencia de comunidades étnicas.

En ese sentido, determinó que existe presencia de las comunidades negras denominadas Consejos Comunitarios de Tierra Bomba, Punta Arena, Caño del Oro y Bocachica en el área de influencia del proyecto portuario, razón por la cual “*conforme a sus competencias se dará inicio al proceso de Consulta Previa, garantizando con ello el derecho fundamental a la Consulta Previa de las mencionadas comunidades; previa notificación y convocatoria de los accionantes y la empresa COMPAS S.A., ejecutor del proyecto*”.

80. Como soporte a lo expuesto, allegó las documentales que dan cuenta de la realización de la primera etapa del proceso consultivo denominada “*reunión de coordinación y preparación*”, así como las actas de las reuniones de preconsulta realizadas los días 3²⁵, 4²⁶, 5²⁷ y 6²⁸. El Ministerio del Interior también adjuntó a esta Corporación un documento denominado “*Informe de Visita de Verificación de Presencia de Grupos Étnicos*”. Del informe

²⁴ Cuaderno 5, folio 123 y CD folio 124.

²⁵ Reunión realizada en el Consejo comunitario de Punta Arena.

²⁶ Reunión realizada en el Consejo comunitario de Bocachica.

²⁷ Reunión realizada en el Consejo comunitario de Caño del Oro.

²⁸ Reunión realizada en el Consejo comunitario de Tierra Bomba.

presentado se pudo constatar respecto de los Consejos Comunitarios lo siguiente²⁹:

“RESULTADOS

*Una vez ingresadas las coordenadas recopiladas en el campo en el Sistema de Información Geográfico de la Dirección de consulta Previa y analizada la información recolectadas a través de los grupos focales y las entrevistas referentes a las zonas de asentamiento, usos y costumbres, y tránsito y desplazamiento de las comunidades Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Tierra Bomba, Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Punta Arena, Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Caño de Oro y Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Bocachica, se pudo establecer lo siguiente referente al proyecto ‘**AMPLIACIÓN DEL TERMINAL MARÍTIMO DE COMPAS S.A.**’*

*1) El presente aplica específicamente para las coordenadas y las características técnicas relacionadas y entregadas por Juan camilo Hoyos Ordóñez, Representante Legal de la Compañía de puestos y Transportes **COMPAS S.A.**, mediante el radicado externo EXTMI17-1202 del 16 de enero de 2017, información sobre la cual se expidió Acto Administrativo número 0097 del 24 de febrero de 2017, para el proyecto **ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL PARA EL TERMINAL MARÍTIMO COMPAS – CARTAGENA**’.*

*2) Se Estableció que el área del proyecto ‘**ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL PARA EL TERMINAL MARÍTIMO COMPAS – CARTAGENA**’, se encuentra localizado en la bahía de Cartagena, en la Costa Caribe de la República de Colombia, Departamento del Bolívar, la bahía de Cartagena está definida por las orillas internas, la isla de Tierra Bomba, Bocagrande y Bocachica por donde se comunica con el mar, en la bahía coinciden diferentes actividades productivas como puertos y muelles turísticas, zona franca portuaria, zona franca industrial y ámbitos de proyectos de expansión de dichas actividades, así como la actividad turística, lo que la constituye como un área de usos diversos.*

3) Se estableció que el lugar de asentamiento de la Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Tierra Bomba, Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Punta Arena, Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Caño de Oro y Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Bocachica (en adelante comunidades accionantes), es la isla de Tierra Bomba. La isla de Tierra Bomba, se localiza al sur de la ciudad de Cartagena de Indias y al norte de la Península de Barú y separa a la

²⁹ Cuaderno 5, CD folio 124.

bahía de Cartagena del mar caribe, por lo que administrativamente pertenece al departamento de Bolívar, la isla es un popular destino turístico.

(...)

5) Si bien durante las entrevistas con los miembros de la Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Tierra Bomba, Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Punta Arena, Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Caño de Oro y Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Bocachica, se estableció que la Bahía de Cartagena se realiza actividad pesquera por parte de los miembros de las comunidades en mención como uno de los medios de subsistencia, cabe resaltar que existen algunas restricciones para efectuar esta actividad en dicha zona. A continuación se mencionan las siguientes restricciones:

a) Oficio No. 2400-E2-50 del 19 de enero de 2006, suscrito por el Ministerio del medio Ambiente, indica: ‘en el área de influencia directa del canal de acceso a la bahía no hay práctica de pesca artesanal o industrial, no solamente porque las condiciones de calidad físico-química de las aguas no lo favorecen, sino por el ruido y los oleajes debido a las hélices de las naves...’.

b) Dentro de la normatividad pesquera, se encuentra la Resolución No. 683 del 7 de junio de 1977 expedida por el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente INDERENA ‘Por la cual se suspenden las faenas de pesca en la Bahía de Cartagena y se dictan otras disposiciones’, donde se indica ‘...por la presencia de metales pesados en organismos vivos, se prohíbe la pesca industrial en la Bahía de Cartagena...’.

Es decir, en el área de interés del proyecto ‘AMPLIACIÓN DEL TERMINAL MARÍTIMO DE COMPAS S.A.’ existe una prohibición legal para efectuar las labores de pesca, así como hay factores que las afectan negativamente como la contaminación de las aguas de la Bahía de Cartagena.

6) De acuerdo a la información de calderos de pesca artesanal del Instituto de Investigaciones Marinas y Costeras José Benito Vives de Andrés (INVEMAR)... se evidencia que la mayoría de los calderos de pesca se localizan al noroeste y suroeste de la isla de Tierra Bomba, es decir al lado opuesto del área del proyecto.

7) El ejercicio de cartografía social realizado con los miembros de cada una de las comunidades accionantes, permitió establecer el concepto amplio de territorio que cada una posee y que se refleja más allá de los lugares de asentamiento y hace del mar parte de su ámbito territorial.

8) *En los 4 días de recorrido al área del proyecto, de los pescadores entrevistados ninguno se identificó como miembro de ninguna de las cuatro comunidades accionantes Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Tierra Bomba, Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Punta Arena, Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Caño de Oro y Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Bocachica, dijeron pertenecer a asociaciones de pesca del barrio Chino y Zapatero; frente a lo que los miembros de las comunidades manifestaron que no es posible identificar lugares específicos y permanentes para realizar la actividad pesquera, puesto que los recorridos de las faenas dependen del estado del tiempo, la época del año (temporada seca o de lluvias), el arte de pesca, el tipo de embarcaciones, entre otros factores; por lo cual no se puede mencionar el área de interés del proyecto 'AMPLIACIÓN DEL TERMINAL MARÍTIMO DE COMPAS S.A.' como un área de pesca permanente o exclusiva de las comunidades.*

9) *En lo que se refiere al tránsito, las comunidades manifestaron que la obra de ampliación en 110 metros del muelle, ocasionara que no sea posible el tránsito por el área, debido a que es una ruta habitual para evitar los vientos y las mareas; sin embargo, se determinó que luego de las ampliación de muelle, el mismo quedaría a 1.2."Kilómetros de la costa en dirección a la casa presidencial, en donde existe una restricción de seguridad cerca de la costa, por lo que quedará un área de tránsito de aproximadamente 700 metros, para utilizar las maniobras de tránsito en el área (...)"*.

10) *Se estableció que el lugar de asentamiento de la Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Tierra Bomba, se localiza en su totalidad en la isla de Tierra Bomba-Corregimiento de Tierra Bomba, los miembros de la comunidad manifestaron que se desplazan a la ciudad de Cartagena por temas de adquisición de bienes y servicios como educación y salud, pero que la totalidad de la población vive de forma permanente en la isla de Tierra Bomba - Corregimiento de Tierra Bomba, por lo que se determina que no existen asentamientos de la comunidad en el área de influencia del proyecto 'AMPLIACIÓN DEL TERMINAL MARÍTIMO DE COMPAS S.A.'*

Se estableció que los usos y costumbres de la comunidad se desarrollan en la isla de Tierra Bomba y en el mar, en este último los que tiene que ver con las prácticas de pesca, las cuales se desarrollan en áreas no exclusivas, ni permanentes para la comunidad, dado que son de uso y acceso de la población en general; por otro lado, si se tiene en cuenta: la información de caladeros de pesca, las restricciones que hoy existen en el área de la bahía de Cartagena, el factor de contaminación y sedimentación del área de la bahía y el lugar de asentamiento de la comunidad, se determina que la misma posee todo el recurso marino a su

alrededor para desarrollar las prácticas de pesca (ver el mapa 6, calderos de pesca), de tal manera que el desarrollo del proyecto 'AMPLIACIÓN DEL TERMINAL MARÍTIMO DE COMPAS S.A.', no intervendrá ni afecta los usos y costumbres de la comunidad.

En lo que se refiere al tema de tránsito, la comunidad se desplaza de forma permanente y cotidiana a la ciudad de Cartagena, con el fin de adquirir bienes y servicios, acceder a la educación, a los lugares de trabajo, y los servicios de salud, comercializar los productos resultantes de la pesca, entre otros; dicho desplazamiento se realiza en medio del constante flujo de embarcaciones del sistema portuario en general, por rutas ya establecidas (entre las se encuentra la ruta adyacente al canal de COMPAS) y que tiene diferentes lugares de partida y atraque (entre ellos el mercado de Bazurto y Bocagrande), por lo que no se configuran zonas específicas y exclusivas de tránsito para la comunidad, si no compartidas con el resto de la población de la zona.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que el único medio de comunicación entre la isla de tierra Bomba y la ciudad de Cartagena por mar (en pequeñas embarcaciones) y por ende, paso obligado de las comunidades étnicas que tiene su lugar de asentamiento en la Isla de Tierra Bomba, es por ello, que se debe tener en cuenta las posibles afectaciones que la ampliación del muelle de COMPAS pueda ocasionar en el tránsito de las comunidades accionantes, esto a la luz de lo referido en la sentencia T-576 de 2014, que señala '(...) 'El ámbito de aplicación de las consultas debe determinarse frente a cada caso particular, considerando la manera en que la decisión de que se trate pueda constituirse en una hipótesis de afectación de los intereses de esas colectividades. Así lo confirma el artículo 7º del Convenio, que les impuso a los Estados signatarios el deber de asegurar que los pueblos interesados participen en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo que sean 'susceptibles de afectarles directamente' (...)'

(...)

CONCLUSIONES

(...)

Zonas de asentamientos: Se establece que **NO** se registra la presencia de las comunidades: (...)

Usos y costumbres: Se establece que **NO** se registra la presencia de las comunidades:

(...)

Tránsito y movilidad: *Se establece que SI se registra la presencia de las comunidades: Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Tierra Bomba, Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Punta Arena, Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Caño de Oro y Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Bocachica, en el área de influencia del proyecto ‘AMPLIACIÓN DEL TERMINAL MARÍTIMO DE COMPAS S.A.’.”*

Asimismo, allegó al expediente la siguiente documentación³⁰:

- Oficio OFI18-23650-DCP-2500 de 19 de junio de 2018, a través del cual la Dirección de Consulta Previa remitió al Tribunal Administrativo de Bolívar el informe de visita de verificación realizada entre el 15 al 18 de mayo de 2018.

- Oficio OFI18-26727-DCP-2500 de 11 de julio de 2018, mediante el cual la entidad convocó a reunión de coordinación y preparación para el 25 de julio siguiente.

- Cuatro oficios de 22 de agosto de 2018, por medio de los cuales la Dirección de Consulta Previa convocó a las comunidades pertenecientes a los consejos comunitarios de Punta Arena, Bocachica, Caño del Oro y Tierra Bomba a reunión de preconsulta para los días 3, 4, 5 y 6 de septiembre de 2018.

*Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas CIOH*³¹

81. El director de esa entidad señaló que dentro de las funciones asignadas por la ley no se encuentran estipuladas competencias a emitir conceptos ambientales o pesqueros por ser propios de otra autoridad.

Recordó que el Centro de Investigaciones Oceanográficas del Caribe – CIOH- de la Dirección General Marítima dentro del trámite administrativo adelantado ante la ANI emitió concepto técnico núm. 292016077388 de 5 de diciembre de 2016³², en relación con los asuntos de su competencia, esto es, frente a las

³⁰ Los oficios relacionados se encuentran adjuntos en el CD que obra a folio 124 del cuaderno 5.

³¹ Cuaderno 5, folios 126 a 131.

³² La Dirección General Marítima –DIMAR-, emitió concepto de conveniencia y legalidad favorable a la solicitud de modificación del contrato de concesión portuaria No. 001 de 1992. No obstante, señaló que la sociedad COMPAS S.A., Cartagena debía cumplir con lo siguiente:

“4. CONCLUSIONES

a) *Con base en la discrepancia expuesta en el numeral 1., la Autoridad Marítima recomienda:*

- *Concesionar como ‘Zona de Bien de Uso Público Terrestre Total’, la delimitada en el Anexo No. 2 de este concepto la cual tiene características técnicas de bajamar, cuenta con un área de ochenta y ocho mil treinta y tres coma veinticinco metros cuadrados (88.033,25 m2), y se encuentra definida por las coordenadas que se relacionan en el Anexo No. 3 de este concepto.*

- *Concesionar como ‘Zona de Uso Público Acuática’, la establecida en el Anexo No. 2 de este concepto, la cual corresponde a agua marítima, tiene un área de setenta y ocho mil cuarenta y uno coma ochenta y cuatro metros cuadrados (78.041,84 m2) y está demarcada por las coordenadas que se describen en el Anexo No. 4 de este concepto.*

- *Por lo anterior, el área total que equivale a la ‘Zona Adyacente’, para la Autoridad Marítima corresponde a sesenta y siete mil setenta y tres coma ochenta y ocho metros cuadrados (67.073,88 m2), la cual*

zonas de maniobra t fondeo, las condiciones oceanográficas de la zona marítima, los planes de ayuda a la navegación y de contingencia y demás asuntos de seguridad marítima.

82. Por último aseveró, que *“esta Dirección no ha recibido ningún tipo de requerimiento por parte de alguna Entidad con el fin de desarrollar estudios existentes en donde se identifiquen las consecuencias del relleno en áreas acuáticas aledañas a la zona de influencia del proyecto...”*.

*Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH*³³

83. La subdirectora científica del mencionado Instituto allegó a esta Corporación el concepto emitido acerca del caso bajo estudio que ocupa a la Sala. En el documento se explica el contexto histórico y cultural en el que se enmarca la situación narrada por el grupo actor, los efectos económicos y sociales que podría generar la ejecución y puesta en marcha del proyecto portuario, así como lo relacionado con las tradiciones y costumbres de las comunidades de pescadores.

De manera previa el Instituto Colombiano de Antropología e Historia - ICANH- puso de presente que tutelas y sentencias constitucionales son hoy el principal mecanismo de defensa para reivindicar derechos fundamentales a la vida, la salud, el agua, la seguridad alimentaria y el medio ambiente sano en una ciudad en donde la diferencia étnico-racial, la desigualdad y el espacio periurbano convergen en situaciones de conflicto por el acceso, uso y apropiación del borde costero, en barrios, playas, ciénagas y en otros espacios de las zonas periurbanas.

De acuerdo con el Instituto, históricamente Cartagena por su posición geográfica y potencial turístico, ha sido considerada como "joya de la corona española" y "perla del Atlántico"; no obstante, en la actualidad la realidad es otra, pues es una ciudad marcada por la desigualdad social y la pobreza, en la que una parte de la población vive bajo la línea de indigencia. La pobreza y las

corresponde a los dos polígonos cuyas coordenadas se relacionan en el Anexo No. 5 y su graficación se puede observar en el Anexo No. 2 de este concepto.

b) El proyecto debe contemplar el empleo de las áreas de fondeo establecidas por la Autoridad Marítima por cualquier eventualidad que se presente y así mismo describir éste procedimiento en la actualización del Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación Portuaria.

c) Se hace necesario que la Sociedad Compañía de Puertos Asociados S.A. – Compas Cartagena, presente los estudios de dinámica costera de la zona del proyecto y su área de influencia, (estudios hidrográficos, transporte de sedimentos, modelación numérica, entre otros), con el fin de establecer los posibles impactos que generarán los rellenos que tiene proyectados realizar Compas Cartagena.

d) La Sociedad Compañía de Puertos Asociados S.A. - Compas Cartagena deberá aclarar si va a realizar o no manipulación de mercancías peligrosas y especificarlo en la actualización del Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación.

e) Se debe presentar el plan de manejo de contingencias en cumplimiento con el convenio MARPOL.

f) Deberá aclarársele a la Sociedad Compañía de Puertos Asociados S.A. - Compas Cartagena que, en caso de otorgársele concesión sobre un área marítima, ésta no implica uso exclusivo, motivo por el cual deberá permitir tránsito de cualquier embarcación, buque o barcaza que navegue por el sector.

g) La Sociedad Compañía de Puertos Asociados S.A. - Compas Cartagena, deberá informar con antelación a ésta Dirección sobre trabajos de relimpia, relleno y consolidación de suelos que se vayan a realizar, con el fin de efectuar los trámites pertinentes”.

³³ Cuaderno 5, folios 295 a 300.

dificultades acarreadas por la desigualdad social afectan, ante todo, a la población negra y mulata.

Como antecedentes históricos relató que “[l]os planes de desarrollo urbano y turístico han estimulado la patrimonialización o puesta en valor de unidades arquitectónicas, desde mediados de la década pasada. Esto ha conllevado a la gentrificación o desplazamiento de residentes populares por la sobrevalorización del suelo y la modelación del espacio con una perspectiva turística (Deavila Pertuz 2015). Vale la pena mencionar algunos hitos significativos de este reordenamiento del paisaje de acuerdo con la lógica del turismo y su consecuente historia de desalojos: 1) la erradicación en 1939 de los barrios de negros y mulatos conocidos como Pekín, Boquetillo y Pueblo Nuevo, asentados al pie del cordón amurallado cuando en la ciudad apenas iniciaba la valorización de monumentos y construcciones amuralladas como atractivos para atraer visitantes; 2) el desalojo de los pescadores negros de Bocagrande y la relocalización de los pobladores en la isla de Tierra Bomba, a raíz de la construcción del hotel Caribe, en el mismo año de 1939; 3) la erradicación del tugurio de Chambacú en 1971 y 4) la reubicación del mercado público de Getsemaní, en 1978”.

Según el ICANH, la degradación de ciénagas y manglares, la invasión de playones, la gentrificación, las concesiones de playa y las licencias ambientales de ciertos proyectos se inscriben en ciclos de reorganización y expansión del espacio urbano. En las dinámicas de devaluación y revalorización en el borde costero de Cartagena son recurrentes las historias de despeje de zonas consideradas "insalubres", "inseguras" e "inestables" y, por ende, un "obstáculo al progreso de la ciudad" (para posteriormente ser revalorizadas dentro del modelo de ciudad turística). La segregación es entonces, el modelo espacial que le da identidad a la ciudad misma.

Relató que las fricciones que provocan las fuerzas y miedos reproducidos en el espacio social racializado se hacen evidentes en las reacciones locales de diversos colectivos barriales, gremiales, religiosos y étnico-territoriales frente a las estrategias de privatización de playas que representan el sustento y la vida de este mundo afrocartagenero y popular. Por la vía jurídica y judicial, la fuerza amenazante de las comunidades negras ha conseguido que varias empresas de servicios públicos, consorcios viales, actores hoteleros, sociedades portuarias, alcaldes e instituciones encargadas de regular el uso de las playas como bienes públicos, hayan suspendido carreteras y emisarios submarinos, y en la obligación de consultar sus impactos y medidas de manejo con las comunidades afectadas. En ese sentido, precisó el Instituto que la Corte Constitucional ha proferido varios pronunciamientos en los últimos ocho años³⁴ a favor de consejos comunitarios, asociaciones gremiales de pescadores y trabajadores informales de las playas más codiciadas por los empresarios del turismo y el desarrollo portuario de la ciudad de Cartagena.

³⁴ Sentencias T-745 de 2010, T-348 de 2012, T-376 de 2012, T-172 de 2013, T- 969 de 2014, T-485 de 2015 y T-197 de 2016.

La subdirectora científica del ICANH manifestó que el avance acelerado de proyectos portuarios y turísticos en las dos bocas que tiene la bahía de Cartagena y en todo el borde costero, contrasta con el insuficiente interés por los problemas sociales y ambientales de las comunidades, a lo que agregó que las consultas previas relacionadas con la proyección portuaria en los casos de las terminales Puerto Cayao y Puerto Bahía, construidas en los últimos 10 años hacia el sur de la bahía, se han enfocado en caracterizar, mitigar y compensar los impactos de ese desarrollo sobre la pesca artesanal. Aunque los pescadores han logrado adaptarse a la dinámica portuaria y turística de la bahía, los puntos de pesca están bastante deteriorados por el dragado de la bahía. La crisis del oficio ya se precipitó, al menos en la bahía, llevando a los pescadores a trabajar en otras actividades económicas que les permitan subsistir. En Tierra Bomba, Punta Arenas, Bocachica, Santa Ana y Arcara (en Barú), muchos ex-pescadores ahora se ganan la vida trabajando en turismo, albañilería y mototaxismo. Recientemente, el proyecto de ampliación del canal de acceso a la Bahía agudiza las difíciles condiciones de la pesca. El sedimento contaminado que las dragas extraen se ha ido depositando nueve millas mar adentro, sin tener en cuenta que allá están los mejores caladeros de pesca de pargo, que hoy también se están arruinando por haber depositado en ellos desechos sin consultar con las comunidades. Estas, suelen ser demandas constantes de las gentes.

Por otro lado, el Instituto manifestó que en razón a que en la isla de Tierra Bomba no hay sistema de acueducto, el líquido llega en un bongo o barcaza cada quince días y se deposita en albercas. Arreadores de agua en los centros poblados de la isla venden en 700 pesos el timbo de cinco galones de agua potable. Por otra parte, varios análisis físico-químicos en las aguas marinas, conexas a la isla de Tierrabomba, han sido hechos por Coriambiental bajo la supervisión de la Contraloría General de la Nación. El resultado que arrojaron es que las aguas de la bahía están contaminadas de metales pesados, tales como zinc, plomo, mercurio y estaño. La enfermedad de la bahía es consecuencia de las toneladas de desechos que empuja diariamente el Canal del Dique, brazo artificial del río Magdalena que cae directamente a la bahía; del enclave industrial petroquímico de Mamonal (que también vierte desechos), y de la actividad portuaria en expansión sobre el canal de Bocachica. Las comunidades le achacan a la contaminación de la bahía las epidemias de cólera -prácticamente crónicas en Tierra Bomba-, las infecciones cutáneas y hasta el varicocele.

En ese sentido, los habitantes de Tierrabomba han expresado su inconformidad, negándose a participar en las jornadas electorales, porque se consideran abandonados del Estado y engañados. Se resienten porque sucesivos gobiernos han concedido a grandes empresas permisos para construir y para modificar el suelo en el borde costero, como en este caso del proyecto de ampliación y operación del terminal marítimo que está en cabeza de la Compañía de Puertos Asociados (COMPAS). Entretanto, con la gente "no pasa nada": no consultan proyectos que ya vienen con aval desde Bogotá o desde la alcaldía del Distrito. La omisión de la gobernación de Bolívar, al no haber ejecutado 25.000 millones de pesos para mitigar y compensar a las

comunidades por los efectos de la erosión costera, llevó a que el 10 de marzo de 2014 se presentara una abstención del 100% en la isla, en la más clara señal de protesta que sus pobladores hayan podido hacerle al estado colombiano.

Sobre la base de lo expuesto, conceptúa que la heterogénea configuración en las modalidades de acceso, disponibilidad, apropiación, distribución y gestión de la ciudad, ha dado como resultado una compleja geografía en la cual las desigualdades sociales, étnicas, económicas y culturales se intersectan con las crecientes desigualdades y riesgos en materia ambiental. De este modo, poner en marcha el desarrollo urbano es hacer emerger una profunda conflictividad enraizada en situaciones en las que los diversos actores ocupan posiciones disímiles de poder, con un acceso diferenciado a los recursos.

*Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Colombia*³⁵

84. La institución de educación superior mencionada allegó a esta Corporación el concepto emitido acerca del expediente de la referencia. En él manifestó que la actividad pesquera en la Bahía de Cartagena ha sido un oficio artesanal de subsistencia³⁶, pero también una característica cultural de las comunidades que la habitan, siendo un espacio de transmisión de conocimiento de generación en generación, la pesca y las actividades que le están asociadas son parte fundamental de la cultura anfibia de estas comunidades.

Específicamente la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Colombia señaló que en las estructuras sociales que están incorporadas a los Consejos comunitarios de la zona se puede evidenciar la existencia actual de prácticas de pesca, de faenas de mar, de procesos básicos de transformación de animales capturados, de procesos de distribución al interior de la comunidad y de eventuales procesos de comercialización. No obstante, los procesos de adaptación al contexto comercial moderno del pescado han venido alejando cada vez más al pescador de Cartagena de las posibilidades de generar riquezas mayores puesto que los procesos de frío y de tratamiento de alimentos dentro de las normas de comercialización, están por fuera de sus capacidades productivas.

Para la Universidad Nacional “(...) Aunque el puerto de Cartagena y la circulación de barcos por la Bahía ha estado desde 1934 en los últimos 15 años muchos mega-proyectos de diferente índole han tenido la Bahía en su mira. Esto ha hecho que el territorio de estas comunidades se vea reducido considerablemente. Es importante aclarar que no se hace referencia al territorio terrestre, sino al territorio acuático: la movilidad y acceso a recursos de los pescadores EN EL MAR se ve altamente reducida por las obras e implementación de estos proyectos. // De hecho, varios proyectos

³⁵ Cuaderno 5, folios 140 a 145.

³⁶ Al respecto, señaló que las técnicas de pesca tradicionales utilizadas en la Bahía de Cartagena que se verían afectadas con la puesta en marcha del proyecto portuario “Ampliación y Operación del Terminal Marítimo COMPAS – Cartagena”, serían: atarraya, red de enmalle fijo, manta o trasmallo, boliche, línea de mano, nylon con anzuelo o pesca a cordel y buceo a pulmón.

públicos y privados se interesan en la Bahía de Cartagena: La implantación del Terminal Multipropósito de Puerto Bahía en la desembocadura del Canal del Dique (terminal para el manejo de importaciones y exportaciones de hidrocarburos: Petróleo), Equion Energía (Exploración y Exportación de Hidrocarburos: gas licuado), el proyecto hotelero Decamerón y la instalación de la base de la Armada Nacional en la isla de Tierra Bomba (Proyecto PINE: de interés nacional y estratégico), son algunos de los ejemplos de proyectos que se están ejecutando o planeando y que afectan la actividad pesquera. Hay que señalar que en la zona del Parque Natural de Islas del Rosario, los pescadores de los Consejos Comunitarios ubicados en la Bahía no realizan actividad pesquera por las restricciones de cuidado al medio ambiente”.

En ese sentido, indicó que la actividad actual del puerto de Cartagena afecta a los pescadores, pues estos últimos se sienten acosados por los grandes buques quienes les imponen que se alejen o que no transiten al mismo tiempo. Otra problemática que enfrentan los pescadores es que hay embarcaciones que hacen caso omiso a la señalización de las redes y las destruyen. Por lo tanto, cada vez son menores las áreas disponibles para pescar, por lo cual se genera sobre-pesca en estas mismas.

Así, señaló que frente a las presiones generadas por los mega-proyectos presentes en la Bahía, los pescadores se han organizado en asociaciones para reclamar sus derechos. Además, estas comunidades llevan quince años en unos procesos de reivindicación étnica y han constituido Consejos Comunitarios y, en algunos casos, están emprendiendo procesos de titulación colectiva apoyándose en la Ley 70 de 1993 la cual reconoce que las comunidades negras del país tienen una relación particular y comunitaria con el territorio y, en esta medida, se les debe reconocer la titulación colectiva.

En cuanto al caso específico de Tierra Bomba y Punta Arenas precisó que *“los pescadores de estas comunidades realizan sus faenas en los puntos identificados como: Bajo de San Medina, Bongo 1, Bongo 2, Sequete, Bajo la Piedra, Punta Canoa, Las Campanas, Isla Buque, Vitricas, Frijol, el Volcán y Banco de Tesoro, la mayoría de estas zonas se encuentran en mar abierto desde la desembocadura del río Magdalena hasta los límites del departamento de Bolívar con el departamento de Sucre. Las afectaciones dentro de la Bahía de Cartagena son: En primer lugar, los pescadores a pulmón de ambos corregimientos realizan sus prácticas en el polígono de Bocachica, por lo tanto, durante el dragado la pesca de langosta y caracol en esta zona no va a ser viable y es posible que después tampoco. En segundo lugar, uno de los lugares de pesca en mar abierto corresponde con la zona del Botadero de las obras, situación que les impedirá seguir pescando ahí”.*

Así mismo en el referido texto aseveró que la crisis de la pesca en la Bahía de Cartagena es general y son varios los factores que intervienen en ella. La puesta en marcha del proyecto portuario Ampliación y Operación del Terminal Marítimo COMPAS - Cartagena agudizaría las difíciles condiciones actuales de esta actividad. Las actividades de modernización afectarían de

manera importante la vida de los pescadores, mientras la ausencia de una política nacional de desarrollo integral y normativo para el desarrollo del sector pesquero artesanal se mantenga. Es necesario abordar de manera integral temas como el ordenamiento, el desarrollo territorial, los derechos diferenciales asociados a la actividad, los programas de formación en todos los eslabones de la cadena, la incorporación de los conocimientos ancestrales y tradicionales, el acceso y uso a los recursos tecnológicos para la actividad pesquera

En virtud a lo expuesto, conceptúa que la puesta en marcha del proyecto COMPAS - Cartagena afectaría a los Consejos Comunitarios, Empresas Asociativas Comunitarias y Comunidades Pesqueras Afrodescendientes de Punta Arena, Tierra Bomba, Bocachica y Caño de Loro. Las afectaciones principales estarían vinculadas con la actividad pesquera, eje central de la vida y subsistencia de dichas poblaciones y con la movilidad de las mismas. Por lo tanto, se vería afectada la identidad cultural, la existencia, integridad social y cultural, la autonomía, libertad de profesión y oficio y la seguridad alimentaria de esas comunidades.

Instituto de Investigaciones Marinas y Costeras “José Benito Vives de Andreís” - INVEMAR³⁷

³⁷ Cuaderno 5, folio 125.

85. El director general (e.) mencionó que el INVEMAR es una corporación civil, sin ánimo de lucro, de carácter público, vinculada al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, cuya misión primordial es hacer investigación básica y aplicada de los recursos naturales renovables y del medio ambiente en los litorales y ecosistemas marinos y oceánicos del país. No obstante, se excusó para presentar el concepto solicitado, en razón a que no cuenta con el personal ni el presupuesto suficiente (recursos logísticos) para asignar, además porque de que no cuenta con información acerca del proyecto portuario que adelanta la sociedad accionada.

*Wilman Herrera Imitiola, apoderado del grupo actor*³⁸

86. En oficio radicado el 25 de octubre de octubre de 2018 ante la Secretaría General de esta Corporación, el abogado defensor en respuesta al requerimiento efectuado en auto 586 de 2018, en el que fue solicitado el poder y soportes necesarios para la debida representación de todas las asociaciones y empresas asociativas de trabajo a fin de acreditarse la legitimación en la causa por activa de todos los intervinientes, expresó que requirió a algunos de los representantes de las comunidades pesqueras, pero por razones inexplicables no acudieron al llamado, a lo que agregó que como las comunidades *“por pertenecer a los poblados que representa los Consejos Comunitarios, me expresaron que su derecho de participación y de consulta previa, se ve representado a través de los Consejos Comunitarios, como efectivamente se está dando en el proceso de Consulta Previa que cursa con los 4 Consejos Comunitarios que se registran como accionantes”*.

Expresó su desacuerdo en lo referente a la actitud asumida por la ANLA al proferir la Resolución núm. 00359 de 12 de marzo de 2018 mediante la cual otorgó la licencia ambiental a la compañía portuaria COMPAS S.A., para desarrollar la ampliación del terminal marítimo, pese a existir un pronunciamiento por parte del Tribunal Administrativo de Bolívar que amparó el derecho a la consulta previa, lo que a su juicio no es de recibo por cuanto el proceso consultivo debe iniciarse desde su génesis, es decir, sin que exista un acto administrativo, a fin de que sean analizadas las implicaciones económicas, sociales y ambientes que el proyecto portuario puede generar en la comunidad.

De otro lado, afirmó que la postura asumida por la sociedad ejecutora del proyecto y la Dirección de Consulta Previa se ha basado en el principio de la buena fe y de manera apropiada, con la finalidad de llegar a un acuerdo entre las partes, para lo cual adjuntó los convenios de cooperación hasta la fecha suscritos con los Consejos Comunitarios que hacen parte del área de influencia directa del proyecto, lo cuales tienen como propósito garantizar la ruta metodológica, cubrir los gastos de logística y estudios de campo en el campo de la consulta previa ordenada mediante fallo judicial.

³⁸ Cuaderno 5, folios 317 a 321.

Reiteró que si bien con ocasión de lo decidido y ordenado por el Tribunal Administrativo del Bolívar, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, comprobó la afectación al tránsito marítimo de las comunidades accionantes, también considera que no solo ese aspecto se encuentra afectado sino también la pesca, el trabajo, el mínimo vital, la seguridad alimentaria de los pescadores, existencia, integridad cultural y social, autonomía, profesión u oficio como consecuencia de la puesta en marcha del proyecto portuario plurimencionado, razón por la cual solicita la protección de esos derecho en aplicación de la sentencia T-348 de 2012.

Finalmente, resaltó que la Compañía COMPAS S.A., con la licencia ambiental aprobada por la ANL, tendría la facultad de rellenar 4.2 hectáreas de la Bahía de Cartagena, lo que, en su sentir, no solo afectaría el tránsito marítimo sino la pesca, poniendo en peligro el ecosistema del sector y la seguridad alimentaria de las generaciones presentes y futuras que dependen es esa actividad.

*Ministerio de Comercio, Industria y Turismo*³⁹

87. La cartera ministerial en informe de 30 de octubre de 2018, dio respuesta al auto de pruebas proferido por esta Sala de Revisión el 6 de septiembre de la presente anualidad en el solicitó la desvinculación del presente trámite constitucional, en razón a que de conformidad con las funciones asignadas en el Decreto 210 de 2003 no tiene injerencia alguna respecto de las peticiones del grupo actor, pues la entidad competente para el otorgamiento de licencias ambientales es la ANLA

88. Vencido el término probatorio, la Secretaria General de la Corte Constitucional puso a disposición de las partes, por el término de tres (3) días, las documentales allegadas al proceso, en aras de garantizar el derecho de contradicción en materia probatoria. En ese sentido, a continuación, se relacionan las intervenciones de las entidades que se pronunciaron respecto de las pruebas decretadas y adjuntas con ocasión del Auto 586 de 6 de septiembre de 2018:

*Compañía de Puertos Asociados - COMPAS S.A.*⁴⁰

89. El apoderado de la Sociedad Portuaria expresó las razones por las cuales no se debía acceder a las pretensiones de la acción de tutela. De manera específica esgrimió como argumentos de defensa: i) la configuración de un hecho superado por carencia actual de objeto, en razón a que en la actualidad el proceso de consulta previa está siendo adelantado por la autoridad competente; ii) no existe afectación a la actividad pesquera; iii) la acción de tutela no cumple con el requisito de la inmediatez respecto al presunto desconocimiento del debido proceso administrativo en el trámite de modificación de la concesión portuaria adelantando por la ANI, toda vez que la audiencia pública se realizó el 9 de junio de 2016 y el recurso de amparo

³⁹ Cuaderno 5, folio 357.

⁴⁰ Cuaderno 5, folios 146 a 176.

fue interpuesto un año y medio después ni con la subsidiariedad, en tanto existen otros mecanismos de defensa judicial para velar por el derecho al debido proceso en la contratación estatal; y iv) no existe afectación al Plan de Ordenamiento Territorial (POT).

Solicitó desestimar el concepto emitido por la Universidad Nacional de Colombia, en la medida que el mismo se basa en estudio hechos hace varios años en zonas que no tiene nada que ver con el actual proyecto de expansión de COMPAS S.A. – Cartagena. Finalmente, manifestó que el trámite surtido ante la ANI fue adelantado en cumplimiento de la legislación que rige la materia, esto es, el artículo 2.2.3.3.5. del Decreto 1079 de 2015.

*Departamento Nacional de Planeación*⁴¹

90. La apoderada judicial del Departamento Nacional de Planeación reiteró los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la acción de tutela, en el sentido de que no tiene legitimación en la causa por pasiva dentro del caso sub examine.

En cuanto a las pruebas e intervenciones aportadas por las partes con ocasión del mandato proferido por la Corte el 6 de septiembre de 2018, no observa que dichos documentos involucren o relacionen alguna acción u omisión por parte de la entidad que representa. Agregó que dentro de las competencias asignadas al Departamento Nacional de Planeación no le corresponde participar dentro de ninguna de las etapas relacionadas con el proceso de consulta previa. En ese sentido, pidió a la Corte que exonere a la entidad de toda responsabilidad.

III. CONSIDERACIONES

Competencia

91. Esta Sala es competente para examinar los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Presentación del caso, planteamiento del problema jurídico y metodología de la decisión

92. De conformidad con los antecedentes expuestos, observa la Sala que los miembros de los Consejos Comunitarios de Punta Arena, Tierra Bomba, Bocachica y Caño del Oro, las Asociaciones de Pescadores Agro Pesquera, los Delfines del Caribe, Caño del Oro, Sol y Mar, el Chapín, los Chinos, Tutipesca, Bocachica, Arará, los Loritos, el Coral, Macanay, Langostinos, la Red, Jehová Poderoso, Jureles y Santa Ana, así como las Empresas Asociativas de Trabajo de Pescadores Mar Azul, la Vara de Aarón Poderosa E.A.T., y los Pulperos de Cartagena, por intermedio de apoderado judicial, promovieron acción de tutela contra la Autoridad Nacional de Licencias

⁴¹ Cuaderno 5, folios 269 y 270.

Ambientales -ANLA-, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, la Sociedad Portuaria Compañía de Puertos Asociados -COMPAS-S.A., la Alcaldía Distrital de Cartagena, el Concejo Distrital de Cartagena, la Corporación Autónoma Regional del Dique -CARDIQUE-, el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena -EPA-, el Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas -DIMAR-, la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo - Dirección General de Turismo- y el Departamento de Planeación - Subdirección Sectorial, al considerar que esas entidades vulneraron los derechos fundamentales a la consulta previa, debido proceso, integridad social y cultural, existencia, identidad cultural, autonomía, mínimo vital, libertad de profesión u oficio, participación, igualdad, trabajo y seguridad alimentaria al adelantar los trámites administrativos de licenciamiento ambiental y ampliación de concesión portuaria sin antes haber socializado con dichas comunidades el proyecto *“Ampliación y Operación del Terminal Marítimo COMPAS – Cartagena”*.

Lo anterior, sostienen por cuanto la ruta marítima por ellos utilizada de manera habitual el medio ambiente se ven afectados con la ampliación del muelle ubicado en la bahía interna de Cartagena, máxime si ese proyecto no fue consultado ni socializado con las comunidades étnicas y de pescadores, pues la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior certificó, sin hacer una visita de verificación, la no presencia de comunidades negras, afrodescendientes, raizales o palenqueras en el área donde se pretende realizar el proyecto, lo que permite que la sociedad portuaria rellene un área acuática, circunstancia que, a juicio del grupo actor, afecta el tránsito y movilidad de los residentes en la zona y la actividad de pesca que han realizado durante mucho tiempo como medio de subsistencia.

93. En tal virtud, el grupo actor pretende la suspensión del trámite administrativo de licencia ambiental para el proyecto *“Ampliación y Operación del Terminal Marítimo COMPAS – Cartagena”*, hasta tanto se garantice el proceso de consulta previa y, a su vez, se declare que la ANI vulneró el derecho fundamental al debido proceso al expedir la Resolución arriba mencionada porque, en criterio de los accionantes, fue proferida sin cumplir los requisitos que exige la ley, en especial el relacionado con el término de dos meses para realizar la audiencia pública de que trata el artículo 2.2.3.3.3.5., del Decreto 1079 de 2015.

94. A partir de los hechos que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela, de las decisiones adoptadas en las respectivas instancias judiciales y de las pruebas que reposan en el expediente, le corresponde a la Sala de Revisión determinar si (i) la presente acción de tutela es procedente para reclamar la protección del derecho a la consulta previa respecto de un proyecto portuario que se pretende ejecutar en la ciudad de Cartagena y (ii) si se encuentra satisfecho el requisito de la inmediatez, pero solo en lo que tiene que ver con la Resolución 991 el 21 de julio de 2017, pues la misma fue proferida aproximadamente año y medio antes de instaurarse la acción de tutela. En caso afirmativo, le corresponde resolver el siguiente interrogante:

(i) ¿Las entidades accionadas vulneraron los derechos a la consulta previa, participación, debido proceso, integridad social y cultural, existencia, identidad cultural, autonomía, mínimo vital, libertad de profesión u oficio, igualdad, trabajo y seguridad alimentaria al no consultarles ni garantizar un espacio de participación previo a la realización del proyecto de “*Ampliación y Operación del Terminal Marítimo COMPAS – Cartagena*”?

Para resolver el problema jurídico planteado, la Corte estudiará los siguientes ejes temáticos: (i) el principio constitucional de diversidad étnica y cultural; (ii) el derecho fundamental a la consulta previa y (iii) el concepto de afectación directa. Con base en ello (iv) analizará el caso concreto.

El principio constitucional de diversidad étnica y cultural

95. De los artículos 1.º, 7.º, 8.º, 9.º y 70 del texto superior se deriva el principio de diversidad étnica y cultural, como expresión del carácter democrático, participativo y pluralista del Estado colombiano, que reconoce la diversidad y acepta la multiplicidad de formas de vida y cosmovisiones. La Corte ha interpretado dicho mandato como la garantía de pervivencia y participación, en condiciones dignas e iguales de las distintas culturas que coexisten en el territorio de la nación.⁴²

96. La jurisprudencia ha entendido que, en virtud de este principio, los pueblos indígenas o tribales gozan de un tratamiento especial, conforme a los valores culturales y las particularidades propias de su condición⁴³, de ahí que existan disposiciones constitucionales que reconocen el derecho de propiedad de resguardos y tierras colectivas inalienables, imprescriptibles e inembargables⁴⁴; la jurisdicción especial para los pueblos indígenas⁴⁵; el derecho a gobernarse por sus propias autoridades según sus usos y costumbres⁴⁶; y un régimen especial de representación en el Congreso para las comunidades indígenas y los grupos étnicos⁴⁷, entre otras disposiciones.

97. En ese contexto, la aplicación del principio de la diversidad étnica y cultural de la Nación, no solo implica reconocer la existencia del grupo minoritario diferenciado, sino también el ejercicio efectivo de la autodeterminación de los pueblos indígenas o tribales, sus instituciones y autoridades de gobierno, y la posibilidad de guiarse por sus propias normas, costumbres, opciones de desarrollo, visión del mundo y proyectos de vida.⁴⁸

⁴² Ver sentencias T-601 y T-005 de 2016, T-196, T-188 y T-155 de 2015, T-857, T-646 y T-461 de 2014, T-371 de 2003 y T-1105 de 2008.

⁴³ A este asunto se refieren, entre otras, las sentencias T-857 de 2014, T-646 de 2014, T-371 de 2013, T-552 de 2012 y T-564 de 2011.

⁴⁴ Constitución, artículos 63 y 329.

⁴⁵ Constitución, artículo 246.

⁴⁶ Constitución, artículo 330.

⁴⁷ Constitución, artículos 171 y 176.

⁴⁸ Ver sentencias T-601 y T-005 de 2016, T-196, T-188 y T-155 de 2015, T-857, T-646 y T-461 de 2014, T-371 de 2003 y T-1105 de 2008.

98. En suma, la Constitución reconoce el principio de diversidad étnica y cultural de la Nación, en virtud del cual, las comunidades étnicas gozan de una protección especial de su cultura -costumbres, valores, tradiciones ancestrales-, cosmovisión, identidad social, religiosa y jurídica, autonomía, autodeterminación y territorio, correspondiéndole al Estado garantizarla a través de mecanismos adecuados que faciliten la participación libre e informada de los pueblos étnicos, pues lo contrario supondría una amenaza a la pervivencia de los mismos.

El derecho fundamental a la Consulta Previa

99. Este derecho encuentra su fundamento en el Convenio 169 de 1989⁴⁹ de la OIT que reconoce a los pueblos indígenas como comunidades étnicamente diferenciadas, con su propia cultura, forma de vida, organización social, costumbres, lengua y leyes, entre otras⁵⁰; que no deben ser discriminados⁵¹ y, por el contrario, establece la necesidad de que los Estados adopten medidas para salvaguardarlos tanto a la comunidad como a sus miembros, instituciones, bienes, trabajo, cultura y medio ambiente⁵²; para lo cual establece el mecanismo de la consulta y la participación informada, previa y libre en todas las decisiones que los afectan⁵³, como expresión del derecho a decidir sobre su destino.⁵⁴

100. Este instrumento dispuso que los gobiernos de los distintos Estados tienen la responsabilidad de desarrollar una acción coordinada y sistemática con el propósito de proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales, asegurando la concurrencia de las instituciones y mecanismos apropiados de participación, donde exista una articulación entre los procesos de desarrollo y la protección de formas de vida ancestrales.

101. Sobre la base de los instrumentos internacionales y la Carta Política, la Corte ha entendido que la consulta previa establece: (i) para los gobiernos la

⁴⁹ En Colombia el Convenio 169 fue incorporado al derecho interno mediante la ley 21 de 1991 “*Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989.*” Y forma parte del bloque de constitucionalidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 superior, según el cual “*Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*”. En igual sentido, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007, en los artículos 19 y 38 estableció que debe consultarse de manera previa, con los pueblos interesados, la adopción y aplicación de medidas administrativas o legislativas que puedan afectarlos.

⁵⁰ Convenio 169, Artículo 1.

⁵¹ Convenio 169, Artículos 3 .1, 4 .3 y 20.2.

⁵² Convenio 169, Artículo 4.

⁵³ Convenio 169, Artículo 6.

⁵⁴ Convenio 169, Artículo 7. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha protegido los derechos a la tierra, el territorio y los recursos naturales de los pueblos indígenas, desarrollando el alcance del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, la libre autodeterminación y la consulta previa, al resolver los casos de la comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010; del Pueblo Saramaka vs. Surinam, sentencia del 28 de noviembre de 2007; comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, sentencia de 29 de marzo de 2006 Yatama vs. Nicaragua, sentencia de 23 de junio de 2005; comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005; de la comunidad Moiwana vs. Suriname, sentencia de 15 de junio de 2005; de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001; Aloeboetoe y otros vs. Surinam, sentencia de 4 de diciembre de 1991.

obligación de consultar a los pueblos étnicamente diferenciados, en ejercicio de la buena fe y mediante procedimientos apropiados, las decisiones legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; y (ii) para las comunidades indígenas el derecho fundamental a que en ejercicio de su autonomía, participen libremente a través de sus autoridades o instituciones representativas, en la aprobación de las medidas propuestas.⁵⁵

102. En ese contexto, desde la década de los noventa, este Tribunal⁵⁶ identificó los objetivos que persigue la consulta previa con las comunidades indígenas, así: (i) conferir el conocimiento pleno sobre los proyectos y decisiones que les afectan directamente ; (ii) ilustrar sobre la afectación o menoscabo que puede traer la ejecución de la medida a su cultura y forma de vida singular; y (iii) brindar la oportunidad para que de manera libre valoren las ventajas y desventajas del proyecto de cara a sus necesidades, y sean escuchadas sus inquietudes y pretensiones, y puedan pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto.

103. Asimismo, por vía jurisprudencial esta Corporación en la sentencia SU-097 de 2017, sintetizó los principios bajo los cuales se rige la consulta previa⁵⁷, así:

“Criterios generales de aplicación de la consulta: (i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afro descendientes sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (v) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afro descendientes.

Reglas específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta: (vii) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (viii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (pre consulta o consulta de la consulta); (ix) debe adelantarse con los representantes legítimos del

⁵⁵ Consultar las sentencias T-005 de 2016, T-969 de 2014 y T-376 de 2012.

⁵⁶ Sentencia SU-039 de 1997.

⁵⁷ Sentencia T-969 de 2014.

pueblo o comunidad interesada; y, (x) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (xi) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social”⁵⁸.

De lo anterior, se concluye que la consulta previa es una garantía de reconocimiento de los pueblos indígenas o tribales como sujetos de derecho susceptibles de protección del Estado, siendo imprescindible asegurar su participación libre e informada en la adopción de las decisiones que afecten directamente su subsistencia, integridad y cultura. De ello deriva su carácter *ius fundamental*, al ser el mecanismo por medio del cual se asegura la protección y preservación de la integridad étnica y cultural de las comunidades como grupo diferenciado.⁵⁹

104. En suma, el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural implica la protección de la pervivencia identidad, cultura, cosmovisión y valores como grupo diferenciado⁶⁰, a través del ejercicio a la libre autodeterminación, en virtud del cual pueden establecer sus instituciones y autoridades, darse sus propias normas, tomar decisiones y optar por formas de desarrollo o proyectos de vida⁶¹; sin que ello implique que se trate de una garantía absoluta, ya que dicha prerrogativa debe ejercerse *“de conformidad con sus referentes propios y conforme con los límites que señalen la Constitución y la ley”⁶², pues el pluralismo y la diversidad no son ajenos a la unidad nacional⁶³, ni a los valores constitucionales superiores”⁶⁴.*

105. De otra parte, es preciso advertir que la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos a la participación y a la consulta, no pierda vigencia aun cuando la obra que afecta a la comunidad étnica ya se ha ejecutado o cuando las decisiones que perjudican a una comunidad están implementándose⁶⁵. En lo que se refiere a la primera, esta Corporación ha admitido la procedencia del amparo cuando las afectaciones aun producen efectos, haciendo necesaria la intervención del juez constitucional para proteger los derechos fundamentales y adoptar medidas de reparación en el contexto de un proceso postconsultivo⁶⁶. Concretamente, sobre las obras o proyectos que intervengan territorios indígenas, se señalaron las siguientes reglas:⁶⁷

⁵⁸ Sentencias T-693 de 2011 y T-129 de 2011.

⁵⁹ Sentencias T-005 de 2016, T-857 de 2014, C-366 de 2011, C-063 de 2010 y SU-039 de 1997.

⁶⁰ Cfr. Sentencia T-778 de 2005.

⁶¹ Sentencias T-800 de 2014, T-973 de 2009 y T-514 de 2003.

⁶² Sentencia T-973 de 2009.

⁶³ Sentencia T-254 de 1994.

⁶⁴ Sentencias T-005 de 2016, T-811 y T-601 de 2011.

⁶⁵ Ver sentencias T-462A de 2014, T-129 de 2011, T-652 de 1998, T-955 de 2003 y SU-383 de 2003.

⁶⁶ Sentencia T-005 de 2016.

⁶⁷ Respecto del contenido del derecho fundamental a la consulta previa y las reglas jurisprudenciales que serán enunciadas, se recomiendan especialmente los desarrollos efectuados por la Corte en las Sentencias C-461 de 2008 y C-175 de 2009. En virtud de ello la Sala procederá a transcribirlos y reiterarlos en lo que concierne especialmente a la consulta previa criterios plasmados igualmente en la línea jurisprudencial elaborada en esta providencia; de otra parte se anexan los nuevos ámbitos de protección estudiados.

(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.*

(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.*

(...)

*(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.*⁶⁸

(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.”

106. Lo anterior, expresa la trascendencia del derecho a la consulta previa, siendo menester advertir que no existe una única fórmula de hacerla efectiva, porque depende de las características de la comunidad afectada, así como de los componentes de la medida. En todo caso, implica la adopción de todas las atribuciones establecidas en cabeza de la administración pública, “*de manera que el proceso logre articular a todas las personas y permita un diálogo claro, sincero, completo y fructífero*”.⁶⁹

El concepto de la afectación directa

107. Con base en el Convenio 169 de la OIT y la Guía de Aplicación del citado Convenio, la Corte ha identificado dos niveles de afectación en el caso de las comunidades indígenas y tribales: (i) la definición de políticas y programas que les conciernen, respecto de lo cual existe un derecho general de participación; y (ii) la adopción de medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente, caso en el cual hay lugar a que se agote la consulta previa.⁷⁰

108. La Corte⁷¹ ha señalado que tratándose de medidas legislativas o administrativas con la virtualidad de afectar a las comunidades indígenas, es una obligación a cargo del Estado adelantar el procedimiento de la consulta previa, en un escenario particular y concreto de participación de los interesados, como expresión del deber estatal de proteger la diversidad étnica

⁶⁸ Capítulo (4) de esta sentencia relativo a la obligación del Estado y de las personas de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, así como de la obligatoriedad de la licencia ambiental y del Plan de Manejo Arqueológico (4.3).

⁶⁹ Cfr. Sentencia T-172 de 2013.

⁷⁰ Sentencias T-005 de 2016, T-857 de 2014 y T-800 de 2014.

⁷¹ Sentencia C-175 de 2009.

y cultural de la nación y, concretamente, la autonomía y libre determinación de los pueblos étnicamente diferenciados.⁷²

109. Siguiendo la línea expuesta, es necesario consultar a las comunidades indígenas y garantizar su participación efectiva, libre e informada, cuando se establece que la medida legislativa o administrativa genera un impacto sobre su “*autonomía, diversidad e idiosincrasia*”⁷³, en los siguientes eventos: (i) los señalados expresamente en la Constitución en los artículos 329 y 330, es decir, cuando se van a crear entidades territoriales indígenas y, la adopción de decisiones relacionadas con la explotación de recursos naturales que se encuentren en los territorios indígenas⁷⁴; (ii) cuando existe una *afectación directa* de otros aspectos inherentes a la subsistencia de la comunidad indígena como grupo reconocible⁷⁵; y (iii) en aquellos casos que la medida administrativa o legislativa altera el estatus de las comunidades porque impone restricciones o concede beneficios.⁷⁶

Caso concreto

Procedencia de la acción de tutela

110. La Carta Política en el artículo 86 instituyó la acción de tutela, como el dispositivo con el que cuentan las personas para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos, cuando resulten amenazados o vulnerados, por la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares, en los casos de ley. Sin embargo, el la procedencia del amparo está determinada por la inmediatez con la que se ejerce y la inexistencia de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La inmediatez

111. Por su naturaleza, la acción de tutela es una herramienta judicial que permite reclamar la protección inmediata de los derechos fundamentales, por lo que en principio quien acuda a este mecanismo debe hacerlo dentro de un término justo y razonable⁷⁷. No obstante, este Tribunal⁷⁸ ha morigerado la anterior regla en atención a las particularidades de cada caso, valorando por ejemplo: (i) si existe una justificación válida para la inactividad; (ii) si dicha omisión en el accionar vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío del amparo y la afectación de los derechos fundamentales⁷⁹; y (iv) si el

⁷² *Ibíd.*

⁷³ Sentencias T-857 de 2014 y T-698 de 2011.

⁷⁴ Sentencia T-857 de 2014,

⁷⁵ Sentencias T-005 de 2016, T-800 de 2014, SU-383 de 2013, C-882 de 2011, C-769 y C-175 de 2009 y C-030 de 2008.

⁷⁶ Sentencia C-030 de 2008.

⁷⁷ Sentencia T-016 de 2006.

⁷⁸ Sentencia T-743 de 2008.

⁷⁹ Sentencia SU-961 de 1999.

fundamento de la acción de tutela surgió luego de la vulneración de los derechos fundamentales, que no se encuentre muy distante de la fecha de interposición.⁸⁰

112. Adicionalmente, esta Corporación ha admitido casos en que transcurre un lapso considerable entre la afectación y la interposición de la acción, siempre que se demuestre que la afectación es permanente en el tiempo y se acredite que el reclamante se encuentra en una especial situación de vulnerabilidad -v. g. el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros-, tornando desproporcionada la exigencia de acudir al juez.⁸¹ En suma, el término para instaurar la tutela no es el transcurso de un tiempo determinado, sino que está determinado por la actualidad de la vulneración que se pretende remediar con el amparo.⁸²

113. En el presente caso, la Sala observa que sí existe inmediatez en el ejercicio de la acción de tutela, toda vez que el proyecto “*Ampliación y Operación del Terminal Marítimo COMPAS – Cartagena*” no se ha ejecutado, es más en la actualidad el mismo se encuentra suspendido por orden judicial que fue proferida dentro del presente trámite constitucional por parte del Tribunal Administrativo de Bolívar, se aúna a ello, que cuando el grupo actor presentó el recurso de amparo, el trámite de licenciamiento ambiental no había concluido, lo que quiere decir que las vulneraciones presuntamente cometidas, continúan en el tiempo.

114. No obstante, el fallador de segunda instancia rechazó por improcedente la acción de tutela respecto del cargo concerniente a la presunta vulneración del derecho fundamental al debido proceso ante el desconocimiento del término de 2 meses previsto en el artículo 2.2.3.3.3.5., del Decreto 1079 de 2015. Lo anterior, sostuvo, en razón a que el hecho que puso en riesgo el derecho deprecado data del 9 de junio de 2016, fecha en la que se celebró la audiencia pública y la solicitud de amparo fue presentada el 11 de enero de 2018, esto es, aproximadamente 20 meses después de la presunta vulneración.

115. Al respecto, esta Sala comparte la conclusión a la que llegó el *ad quem* porque la ANI mediante Resolución núm. 754 de 26 de mayo de 2016 convocó a audiencia pública para divulgar los términos y condiciones de la solicitud de modificación del contrato de concesión portuaria 001 de 1992 el día 9 de junio de 2016. Como la acción de tutela fue interpuesta el 18 de diciembre de 2017⁸³, se observa que ese punto no se cumple con el requisito de inmediatez, pues entre la fecha en que fue proferida la Resolución y la presentación de la tutela transcurrió un año y medio aproximadamente.

En esas condiciones, la Sala concluye que como la afectación planteada por la parte actora es actual el asunto *sub examine* cumple con el requisito de la

⁸⁰ Sentencias T-814 de 2004 y T-243 de 2008.

⁸¹ Ver sentencias T-005 de 2016 y T-172 de 2013.

⁸² Consultar, entre otras, las sentencias T-883 de 2009 y T-055 de 2008.

⁸³ Cuaderno 1, folio 1.

inmediatez.⁸⁴ No obstante, no corre la misma suerte el cargo concerniente a la presunta vulneración del derecho fundamental al debido proceso ante el desconocimiento del término de 2 meses previsto en el artículo 2.2.3.3.3.5. del Decreto 1079 de 2015, por tanto, la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Bolívar objeto de revisión será confirmada en ese punto.

116. Sin embargo, si en gracia de discusión se aceptara la procedencia de la acción de tutela en relación con este aspecto, observa la Sala que la ANI respetó los parámetros establecidos en el artículo 2.2.3.3.3.5 del Decreto 1079 de 2015 “*por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Transporte*”, en razón a lo siguiente:

El mencionado artículo estipula que para la modificación de los contratos de concesión se debe tener en cuenta el siguiente procedimiento:

1. Quien solicite la modificación del contrato de concesión deberá publicar en un diario de circulación nacional un aviso que indique el objeto y alcance de la modificación y el valor aproximado de las nuevas inversiones a realizar.

En el evento que la modificación incluya la solicitud sobre zonas de uso público adicionales se describirán estas de conformidad con lo dispuesto en los numerales y 1.1.1. y 2.3 del artículo 2.2.3.3.1.2 del presente decreto.

2. Dentro de los dos (2) meses siguientes a la publicación, cualquier persona que tenga interés legítimo podrá oponerse a la solicitud de modificación.

3. Vencido el término para formular oposiciones, la entidad convocará a Audiencia Pública a quienes por Ley deban citarse para divulgar los términos y condiciones de la modificación.

(...)”.

A su turno, la ANI en la Resolución núm. 754 de 2016, precisó:

“22. Que en cumplimiento de lo establecido en el numeral 1 del artículo 2.2.3.3.3.5 del Decreto 1079 de 2015, la compañía de puertos asociados s.a. – compas Cartagena, publicó los días 16 de marzo y 25 de mayo de 2016 en el periódico la República, dos avisos de prensa en los cuales indica el objeto y alcance de la modificación, el valor de las nuevas inversiones a realizar, la ubicación, extensión y linderos de la zona de uso público y de la zona adyacente de servicio objeto de modificación.

23. Que conforme lo establecido en el numeral 2 del artículo 2.2.3.3.3.5 del Decreto 1079 de 2015, se evidencia que dentro de los dos (2) meses siguientes a la publicación del segundo aviso de intención de la

⁸⁴ Refuerzan lo anterior las sentencias T-005 de 2016 y T-462A de 2014.

modificación contractual de fecha 25 de mayo de 2016, aún no se han presenta[do] oposiciones a la solicitud de modificación propuesta por la compañía de puertos asociados s.a. compas s.a. Cartagena.

(...)

26. Que mediante memorando No. 2016-705-006669-3 del 27 de mayo de 2016 la Gerencia de Asesoría Legal 1 de la Vicepresidencia Jurídica presentó concepto jurídico diagnóstico en relación con la solicitud de modificación contractual objeto del presente”⁸⁵.

117. Así las cosas, se concluye que el trámite adelantado por la ANI fue adecuado si se tiene en cuenta que la primera publicación se realizó el 16 de marzo de 2016 y la audiencia se llevó a cabo el 9 de junio de ese año, es decir, respetando el término de dos (2) meses establecido en la ley para presentar las respectivas oposiciones.

La subsidiariedad

118. En desarrollo del artículo 86 superior, acerca de la procedencia de la solicitud de amparo, el Decreto Estatutario 2591 de 1991, en el artículo 6° establece que la acción de tutela no procederá cuando existan otros recursos o medio de defensa judiciales, a menos que se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y, en todo caso, tendrán que evaluarse las circunstancias de cada caso porque existe la posibilidad de que las acciones ordinarias no sean lo suficientemente idóneas y eficaces para salvaguardar el derecho⁸⁶, o no sea expedito para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable⁸⁷.

Así las cosas, le corresponde al juez evaluar en cada caso la eficacia real de los recursos con que cuenta el accionante⁸⁸, para lo cual se deben valorar los

⁸⁵ (Cuaderno 1, folios 438 y 439). Al respecto, es preciso advertir que en el concepto jurídico diagnóstico, solicitud de modificación contractual 001 de 1992, el Gerente de Asesoría Legal de la ANI manifestó: “Dentro de la documentación aportada por el Concesionario con ocasión del trámite de modificación contractual que nos ocupa, se observa la presentación de dos avisos publicados en diarios de amplia circulación nacional, encontrando que en el primero de ellos se describe el alcance y el objeto de la modificación propuesta y en el segundo el valor aproximado de las inversiones a realizar, sin que en éste último, se modifique el objeto y alcance ya publicados.

Al verificarse el alcance de la modificación propuesta con la primera publicación, los terceros interesados o que se consideren con interés legítimo en el proyecto y el público en general, tuvieron la oportunidad de conocer la intención de modificación considerándose, con ello, satisfechos los principios de publicidad y la competencia, orientadores de la actividad portuaria.

Por tanto, se considera que el alcance y objeto de la modificación están contenidos en la primera publicación efectuada el 16 de marzo de 2016, y por ello se encuentra procedente citar a la audiencia pública de divulgación de términos de la modificación, sin perjuicio de lo cual, y teniendo en cuenta que la publicación referida al valor aproximado de las inversiones fue efectuada el 25 de mayo de 2016, para efectos de las eventuales oposiciones, las mismas podrán ser de recibo teniendo como límite los dos (2) meses siguientes a esta última publicación”. (CD adjuntado por la ANI, cuaderno de pruebas).

⁸⁶ Sentencias T-211 de 2009, T-336 de 2009, T-436 de 2009, T-785 de 2009, T-799 de 2009, T-123 de 2010, T-130 de 2010, T-136 de 2010, T-916 de 2012, T-024 de 2013, T-884 de 2013, T-066 de 2014, T-398 de 2014, T-458 de 2014, SU-377 de 2014.

⁸⁷ Sentencia SU-961 de 1999.

⁸⁸ Sentencias T-205 de 2012, T-890 de 2011, T-595 de 2011, T-177 de 2011, T-954 de 2011, T-074 de 2011, T-972 de 2006, T-1268 de 2005, T-069 de 2001 y T-871 de 1999, entre otras.

efectos de su utilización en el caso bajo estudio respecto a la protección que eventualmente pudiese otorgar el juez constitucional y con base en ello determinar la procedencia del amparo⁸⁹, que podría ser: (i) de manera transitoria con el propósito de evitar un perjuicio irremediable, que se configura “*cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen*”⁹⁰; o (ii) como mecanismo principal cuando, a pesar de existir otro medio de defensa judicial, el mismo no es idóneo, ni eficaz, para la defensa de los derechos fundamentales amenazados o conculcados⁹¹.

119. En el asunto *sub examine*, podría pensarse que la parte actora cuenta con otros medios de defensa judiciales, a través de las acciones correspondientes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo -los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho -, o también pueden reclamar la protección de los derechos colectivos en ejercicio de la acción popular⁹². Sin embargo, dada la naturaleza de las pretensiones, es decir, la solicitud de que se protejan los derechos a la consulta previa y participación, entre otros, los medios ordinarios que ofrece el ordenamiento jurídico no constituyen herramientas eficaces para asegurar la vigencia de las garantías fundamentales del grupo actor, razón por la cual le corresponde al juez constitucional adoptar las medidas necesarias y suficientes para su salvaguardia.⁹³

En ese sentido, esta Corporación en sentencia T-576 de 2014, ha señalado que “*ante controversias relativas al amparo del derecho a la consulta previa en las que se plantee la necesidad de que los accionantes agoten otros mecanismos ordinarios de defensa, el juez constitucional deba considerar i) el carácter de derecho fundamental que se le reconoce a la consulta previa, ii) que es él el funcionario responsable de asegurar el ejercicio eficaz de esa categoría de derechos y que iii) las condiciones especiales de vulnerabilidad que suelen enfrentar las comunidades indígenas y tribales justifica que sea esta vía excepcional el escenario idóneo para evitar la lesión de sus derechos.*”

Con base en lo expuesto, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para reclamar la protección de los derechos fundamentales invocados por la parte actora, porque está de por medio la protección de garantías de orden superior como la diversidad étnica y cultural, la autonomía de comunidades étnicas, el derecho a la participación, y un riesgo inminente a los derechos al trabajo y a

⁸⁹ Sentencia T-1316 de 2001.

⁹⁰ Sentencia T-634 de 2006.

⁹¹ Al respecto, en la sentencia T-235 de 2010, dijo: “*Para que la acción de tutela sea procedente como mecanismo principal, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o teniéndolos, éstos, no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados. A su turno, el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio de defensa iusfundamental, implica que, aun existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la acción de tutela*”⁹¹. En este caso, esa comprobación, ha dicho la Corte, da lugar a que la acción de tutela se conceda en forma transitoria, hasta tanto la jurisdicción competente resuelve el litigio en forma definitiva.”

⁹² Al respecto, consultar la sentencia T-361 de 2017 en la que se desarrolla el tema de la procedencia de la tutela para proteger derechos colectivos.

⁹³ Sentencias T-005 de 2016 y T-462A de 2014.

la libre escogencia de oficio de las comunidades de pescadores y la consulta previa; derechos que no son susceptibles de amparo en sede de lo contencioso administrativo, cuyas acciones tienen finalidades diferentes a la que se persigue a través del presente amparo⁹⁴.

120. Frente a la **legitimación en la causa por activa**, se tiene que la postulación se encuentra radicada en la persona a quien presuntamente se le están amenazando o vulnerando sus derechos fundamentales por la acción u omisión de autoridades públicas o particulares en los casos que señala la ley, sin embargo, esta puede ser promovida por otra persona según lo autoriza el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991⁹⁵, el cual habilita a un tercero para promover la protección de los derechos de quien no se encuentra en condiciones de adelantar su propia defensa, debiendo expresar la calidad en la cual interviene, sin que se genere duda de que se actúa legítimamente por otro.

En el presente caso se evidencia que el señor Wilman Herrera Imitiola actúa como apoderado judicial de los Consejos Comunitarios de las comunidades negras de Punta Arena, Tierra Bomba, Caño del Oro y Bocachica, así como en representación de las asociaciones de pescadores Agropesquera de la Isla de Punta Arena, los Chinos, los Loritos, Sol y Mar, los Langostinos, los Delfines y la Asociación de Pescadores de Caño del Oro (APECO), para lo cual allegó el respectivo poder, junto con los certificados de registro del acta de elección de las juntas de los Consejos Comunitarios de las comunidades negras y los certificados de existencia y representación de la Cámara de Comercio de Cartagena⁹⁶, quienes se encuentran legitimados para interponer la presente acción⁹⁷.

121. En cuanto a la **legitimación por pasiva**⁹⁸, la acción fue interpuesta en contra de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, la Sociedad Portuaria Compañía de Puertos Asociados -COMPAS- S.A., la Alcaldía Distrital de Cartagena, el Concejo Distrital de Cartagena, la Corporación Autónoma Regional del Dique -CARDIQUE-, el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena -EPA-, el Centro de Investigaciones Oceanográficas e

⁹⁴ Al respecto, ver sentencia T-197 de 2016.

⁹⁵ Decreto 2591 de 1991 “Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”

⁹⁶ Cuaderno 1, folios 59 a 100).

⁹⁷ La Corte advierte que el apoderado de la parte actora, fue requerido para que adjuntara el poder de todas las asociaciones de pescadores que representa en el presente trámite constitucional, empero en oficio radicado el 25 de octubre de octubre de 2018 ante la Secretaría General de esta Corporación, el abogado defensor en respuesta al requerimiento efectuado en auto 586 de 2018, expresó que requirió a algunos de los representantes de las comunidades pesqueras, pero por razones inexplicables no acudieron al llamado.

⁹⁸ “Igualmente, en el estudio de procedencia de la acción de tutela el juez debe verificar, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 86 superior y en los artículos 10 y 13 del Decreto 2591 de 1991, contra quienes se interpone la tutela, es decir, si se trata de una autoridad pública que con su actuación y omisión desconoce o amenaza derechos fundamentales; o si es un particular encargado de la prestación de un servicio público, o respecto de quien el solicitante se encuentra en estado de subordinación o indefensión.” Sentencia C 367 de 2014.

Hidrográficas -DIMAR-, la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo -Dirección General de Turismo- y el Departamento de Planeación - Subdirección Sectorial, autoridades públicas pueden ser sujetos pasivos de la acción de tutela.

Solución al problema jurídico

122. De acuerdo con las pruebas, conceptos e intervenciones incorporados en el expediente, la Sala observa que la Compañía de Puertos Asociados COMPAS S.A., esgrimió como argumentos de defensa, entre otros, la configuración de un hecho superado por carencia actual de objeto, en razón a que en ya se cumplieron las órdenes impartidas por el Tribunal Administrativo de Bolívar. La Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, luego de realizar las visitas de verificación en el área de influencia directa del proyecto “AMPLIACIÓN DEL TERMINAL MARÍTIMO DE COMPAS S.A.”, encontró la presencia de comunidades étnicas, por lo que en la actualidad el proceso consultivo está siendo adelantado.

En virtud de lo anterior, esta Corporación hará unas precisiones sobre el fenómeno de la carencia actual para determinar si en el presente caso se configura o no.

Carencia actual de objeto por hecho superado

123. El constituyente de 1991 estatuyó la acción de tutela como el mecanismo idóneo y adecuado para reclamar el amparo de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por autoridades públicas o particulares; de tal forma, el ciudadano puede acudir a la administración de justicia en busca de la protección efectiva de sus derechos, frente a lo cual corresponde al juez constitucional impartir una orden dirigida a conjurar la trasgresión o que cese la prolongación de sus efectos en el tiempo⁹⁹.

Sin embargo, en caso de que el juez de tutela advierta que las situaciones que dieron lugar a la petición de amparo han desaparecido al momento de decidir, se configura el fenómeno denominado carencia actual de objeto, el cual puede presentarse por hecho superado, daño consumado o hecho sobreviniente.

124. En el primero de estos eventos – hecho superado – los fundamentos de hecho que originaron la violación del derecho desaparecen, por lo cual se hace inocuo el pronunciamiento del juez constitucional. En esa medida, *“el objeto jurídico de la acción de tutela, cesa, desaparece o se supera por causa de la reparación del derecho vulnerado o amenazado, impidiendo que el juez de tutela entre a emitir una orden respecto de la situación fáctica que impulsó la interposición de la acción de tutela”*¹⁰⁰.

⁹⁹ Sentencias T-052 de 2011, T-725 de 2012, entre otras.

¹⁰⁰ Sentencias T-663 de 2010, T-052 de 2011, T-047 de 2016.

En efecto, este Tribunal ha considerado que ante tal situación no se debe declarar la improcedencia de la acción, como quiera que la Corte puede examinar el asunto a fin de determinar la efectiva ocurrencia de la vulneración de los derechos, con fundamento en la función de pedagogía constitucional que lleva inmersa toda sentencia de tutela. De esa forma, se ha considerado que el estudio de fondo debe adelantarse *“sobre todo si considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera. De otro lado, lo que sí resulta ineludible en estos casos, es que la providencia judicial incluya la demostración de la reparación del derecho antes del momento del fallo. Esto es, que se demuestre el hecho superado”*¹⁰¹.

En todo caso, al proceder con dicho análisis, no se deben impartir órdenes concretas para la solución del mismo atendiendo que serían ineficaces ya que durante el trámite de la acción constitucional se conjuró materialmente la amenaza o infracción de las garantías superiores del actor, sin perjuicio de lo cual puede revocarse la decisión de instancia¹⁰².

125. En suma, esta Corporación ha reiterado que a pesar a la constatación de la carencia actual de objeto el juez no se encuentra eximido de realizar el análisis de fondo del asunto, pues debe verificar si hubo infracción de los derechos fundamentales y, si en efecto, ocurrió el fenómeno jurídico de la carencia actual de objeto, pudiendo revocar la decisión que así lo declara (cuando se evidencie que la vulneración persiste) o incluso para prevenir a la autoridad o particular que infringió las garantías superiores a fin de que en el futuro no se repita.

126. En consideración a lo expuesto, esta Sala concluye que no es de recibo el argumento de la compañía portuaria accionada, por cuanto el proceso de consulta previa adelantado por la Dirección de Consulta Previa a las comunidades negras pertenecientes a los Consejos Comunitarios de Tierra Bomba, Punta Arena, Caño de Oro y Bocachica no ha concluido y en esa medida no puede entenderse que los fundamentos de hecho que originaron la violación del derecho a la consulta previa haya desaparecido, menos cuando la protección solicitada no solamente se enmarca en ese derecho, sino en el presunto desconocimiento de otras garantías como la participación y seguridad alimentaria, entre otros.

127. Según lo refirió el ICANH, en la ciudad de Cartagena la pobreza y las dificultades acarreadas por la desigualdad social afectan, ante todo, a la población negra y mulata. Las fricciones que provocan las fuerzas y miedos reproducidos en el espacio social racializado se hacen evidentes en las reacciones locales de diversos colectivos barriales, gremiales, religiosos y étnico-territoriales frente a las estrategias de privatización de playas que

¹⁰¹ Sentencias T-170 de 2009, T-467 de 2013, T-376 de 2015.

¹⁰² Sentencias T-085 de 2011, T-536 de 2013, T-523 de 2016.

representan el sustento y la vida de este mundo afrocartagenero y popular. En ese sentido, el avance acelerado de proyectos portuarios y turísticos en las dos bocas que tiene la bahía de Cartagena y en todo el borde costero, contrasta con el insuficiente interés por los problemas sociales y ambientales de las comunidades.

Lo anterior, evidencia la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran no solo las comunidades negras sino de pescadores de esa zona del país.

128. En el asunto *sub examine* la certificación núm. 0097 de 24 de febrero de 2017 expedida por la Dirección de Consulta Previa, puso de presente que en el área de influencia del plurimencionado proyecto no había presencia de comunidades Indígenas, Minorías y Rom y, en consecuencia, no era exigible adelantar el procedimiento de la consulta previa. Por lo que basado en ello y actuando de buena fe, la Compañía de Puertos Asociados COMPAS S.A., continuó con los trámites administrativos de licenciamiento ambiental y ampliación de concesión portuaria. Así las cosas, esa situación generó que la directora general de la ANLA mediante Resolución núm. 00359 de 12 de marzo de 2018, otorgara a la sociedad portuaria accionada la licencia ambiental, pese a que en la actualidad se está ejecutando el proceso de consulta previa.

Partiendo entonces de la existencia de comunidades negras en la zona donde se pretende ampliar el terminal portuario COMPAS S.A., es preciso resaltar que el grupo actor reclama la protección de sus derechos fundamentales porque de ejecutarse el proyecto se afectaría la ruta marítima utilizada habitualmente para desplazarse a la ciudad de Cartagena, así como la actividad de pesca artesanal.

129. La ligereza del Ministerio del Interior al certificar la no presencia de grupos étnicos en el área de influencia del proyecto, cuando históricamente las comunidades negras pertenecientes a los Consejos Comunitarios de Tierra Bomba, Punta Arena, Caño de Oro y Bocachica han transitado y desarrollado diversas actividades en ese lugar, sin duda alguna demuestra la vulneración de los derechos a la consulta previa y debido proceso administrativo del grupo actor.

130. En ese sentido, la Sala hace un llamado a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior para que, en lo sucesivo, a efecto de otorgar las certificaciones de no presencia de grupos étnicos, negros, raizales o Rom, no se limite únicamente a confrontar la información que reposa en la base de datos con la que cuenta la entidad; sino que de ser posible, efectúe una visita de campo al lugar de influencia del proyecto a realizarse, a efecto de verificar si hay o no presencia de dichos grupos en la zona. Lo anterior con el fin de evitar perjuicios y daños irremediables a las comunidades étnicas, así como condenas al estado colombiano quien debe responder a través de medidas de reparación.

De manera tal que la información que consigne en la constancia sea fidedigna, lo cual es garantía para el Estado y los privados que participan en los distintos proyectos de infraestructura a lo largo de país, pero también constituiría un mecanismo de protección para los grupos étnicos, que como en el caso bajo estudio, que se encontraban en el lugar del proyecto, pero no habían sido reconocidos.

131. En consideración a lo expuesto, la Corte mantendrá la protección del derecho a la consulta previa adoptada por el fallador de segunda instancia en el asunto de la referencia y, la orden dirigida a la Compañía de Puertos Asociados en el sentido de abstenerse de ejecutar las obras de ampliación del Terminal Marítimo Portuario hasta tanto se cumplan las órdenes judiciales impartidas.

132. De este modo, la Sala observa que si bien es cierto la ANLA mediante Resolución núm. 00359 de 12 de marzo de 2018, otorgó a la sociedad portuaria COMPAS S.A. la licencia ambiental respecto del proyecto plurimencionado, también lo es que por medio de la Resolución 1245 de 6 de agosto de agosto de 2018¹⁰³, esa entidad ordenó a la Compañía de Puertos Asociados -COMPAS S.A. abstenerse de ejecutar las obras de ampliación del Terminal Marítimo Portuario COMPAS S.A.- Cartagena, hasta tanto se cumplan las órdenes impartidas en la sentencia del 5 de marzo de 2018 del Tribunal Administrativo de Bolívar. Es decir, ese proceso se encuentra suspendido y supeditado a las decisiones y acuerdos que surjan como consecuencia del proceso consultivo, por lo que, de ser necesario la ANLA deberá proferir nuevos actos administrativos en los que incluya lo decidido en el proceso de consulta previa.

133. Por otro lado, se observa que el grupo actor también pretende la protección de los derechos fundamentales a la integridad social y cultural, existencia, identidad cultural, autonomía, mínimo vital, libertad de profesión u oficio, participación, igualdad, trabajo y seguridad alimentaria.

134. Al respecto, esta Corporación ha sostenido que el derecho a la participación se encuentra consagrado en la Constitución Política para todos los colombianos, como una manifestación del principio democrático del Estado Social de Derecho. Igualmente, se deriva de disposiciones como el artículo 2º Superior, según el cual, entre los fines esenciales del Estado, se encuentra el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, y el artículo 40 ibídem, que establece, para todo ciudadano, el derecho de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

135. Desde su inicios, este Tribunal ha manifestado la importancia del derecho a la participación, por ejemplo, en la sentencia C-328 de 1995¹⁰⁴, en la

¹⁰³ “Por la cual se establecen unas obligaciones en cumplimiento de una orden judicial”.

¹⁰⁴ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

que advirtió que el principio de participación ciudadana y comunitaria en la protección del ambiente y de los recursos naturales tiene sólidos fundamentos en la Constitución Política. Al respecto señaló:

“(...) 5. La participación ciudadana y comunitaria en la protección del ambiente y de los recursos naturales tiene sólidos fundamentos en la Constitución Política. El carácter democrático, participativo y pluralista del Estado (C.P. art. 1), el principio de participación de todos en las decisiones que los afectan (C.P. art. 2) y la soberanía popular (C.P. art. 3), establecen un modelo político muy definido que moldea las relaciones individuo-Estado, particularmente en aspectos tan sensibles y vitales para todos como es el tema ambiental.

6. El Constituyente elevó a la categoría de derecho colectivo el goce de un medio ambiente sano, y dispuso que la ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo (C.P. art. 79).

El mandato constitucional dirigido al Legislador, de garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectar el ambiente sano (C.P. art. 79), resultaría burlado si el Legislador, en vez de desarrollar su encargo, impide dicha participación. Ello sucedería, por ejemplo, si el Legislador, so pretexto de regular una actividad como la construcción de obras públicas, en la práctica, hiciera tan gravosa la posibilidad de intervenir en el procedimiento administrativo ambiental, que la participación de la comunidad se tornara ilusoria”.

136. Con una orientación similar, este Tribunal en sentencia T-574 de 1996, protegió los derechos fundamentales a la libertad de oficio y al medio ambiente de los miembros de una comunidad de pescadores de la playa de Salahonda en el municipio de Tumaco, población afectada con el derrame de petróleo en el sitio donde realizaban sus faenas de pesca. Ese accidente causó una alta mortandad en la fauna marítima de la zona. De este modo, Ecopetrol, ordenó realizar un monitoreo en el sector del vertimiento, por un plazo de cinco (5) años, con el fin de superar los efectos negativos por el acto contaminante. La decisión de tutelar las garantías de los actores se justificó en que éstos no pueden desarrollar las actividades que antes realizaban por el desastre ambiental.

137. Seguidamente, mediante providencia T-194 de 1999, la Corte resolvió una acción de tutela promovida por los integrantes de una comunidad de pescadores y de campesinos, quienes se encontraban agrupados en la Asociación de Productores para el Desarrollo Comunitario de la Ciénaga Grande de Lórica –ASPROCIG-. Los peticionarios de ese entonces reclamaban que la construcción de la hidroeléctrica Urrá I y la desecación de los recursos hídricos para aumentar la frontera agrícola habían menguado los peces. En esa ocasión, la parte actora evidenció el daño a los recursos bióticos que padece la cuenca alta del Río Sinú, y en consecuencia se ordenó medidas para mitigar ese impacto negativo.

En esa oportunidad, la Corte encontró que el Ministerio de Ambiente y la Gobernación de Córdoba incumplieron varios de los acuerdos contemplados en la consulta con la comunidad como, por ejemplo, la ejecución de planes de limpieza de caños con la contratación de los pescadores accionantes. Además, criticó que las entidades públicas referidas hubiesen anulado el derecho de participación de los actores, porque para el estudio y financiación de los programas propuestos por esa comunidad han exigido los requisitos fijados por planeación nacional, condiciones técnicas que escapan a las posibilidades de los pescadores. Ante esa situación, ordenó que financiaran la asesoría que requerían las comunidades afectadas con la obra para que cumplieran con ese requerimiento y se materializara el derecho a la participación.

138. Del mismo modo, la Corte en sentencia T-348 de 2012, consolidó la línea sobre participación ambiental en los megaproyectos. En dicha oportunidad, esta Corporación amparó los derechos fundamentales a la participación, alimentación, trabajo, libre escogencia de profesión u oficio y dignidad humana de los miembros de una asociación de pescadores de Cartagena, debido a que eran afectados por la construcción del anillo vial del malecón crespo que impedía el acceso a la playa en que ejercían su actividad. Esa decisión se fundamentó en la premisa de que el derecho de participación se ha concebido para los ámbitos electorales y los campos en que las decisiones de la administración tienen relevancia para la ciudadanía en materias económicas, sociales, rurales, familiares y ambientales.

139. Finalmente, este Tribunal Constitucional en sentencia T-606 de 2015, analizó una acción de tutela promovida por varios pescadores artesanales, debido a que la autoridad encargada de manejar el Parque Nacional Tairona había decomisado sus redes con fundamento en una prohibición de pesca en las aguas de esa zona. En esa oportunidad, la Corte consideró que era constitucional la restricción de dicha actividad en la playa Bahía Gayraca, en razón de que pretende salvaguardar el ecosistema con una medida necesaria y proporcionada. La prohibición de las labores de pesca no es arbitraria, toda vez que garantiza que las especies de la zona restringida accedan a la madurez sexual requerida para producirse. Sin embargo, señaló que las autoridades deben adelantar diferentes estrategias para garantizar una compensación a las comunidades ancestrales que satisfacían sus necesidades del ecosistema marítimo y de la actividad pesquera. Por último, destacó que esos mecanismos debían construirse con fundamento en la participación de los pescadores artesanales, ya que una de las manifestaciones de la participación corresponde con la intervención de las comunidades afectadas por las políticas ambientales. (Al respecto, también pueden ser consultadas las sentencias T-135 de 2013, T-660 de 2015 y T-361 de 2017).

140. En suma, puede concluirse que el derecho a la participación es fundamental en la relación de las autoridades estatales y los ciudadanos y en el intervenir de estos en la gestión pública.

141. En el presente asunto, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior a través del informe de Informe de Visita de Verificación de Presencia

de Grupos Étnicos, sostuvo que no había presencia de comunidades pesqueras en el área de influencia del proyecto, así:

5) Si bien durante las entrevistas con los miembros de la Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Tierra Bomba, Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Punta Arena, Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Caño de Oro y Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Bocachica, se estableció que la Bahía de Cartagena se realiza actividad pesquera por parte de los miembros de las comunidades en mención como uno de los medios de subsistencia, cabe resaltar que existen algunas restricciones para efectuar esta actividad en dicha zona.

(...)

Es decir, en el área de interés del proyecto 'AMPLIACIÓN DEL TERMINAL MARÍTIMO DE COMPAS S.A.' existe una prohibición legal para efectuar las labores de pesca, así como hay factores que las afectan negativamente como la contaminación de las aguas de la Bahía de Cartagena.

6) De acuerdo a la información de calderos de pesca artesanal del Instituto de Investigaciones Marinas y Costeras José Benito Vives de Andrés (INVEMAR)... se evidencia que la mayoría de los calderos de pesca se localizan al noroeste y suroeste de la isla de Tierra Bomba, es decir al lado opuesto del área del proyecto.

7) El ejercicio de cartografía social realizado con los miembros de cada una de las comunidades accionantes, permitió establecer el concepto amplio de territorio que cada una posee y que se refleja más allá de los lugares de asentamiento y hace del mar parte de su ámbito territorial.

8) En los 4 días de recorrido al área del proyecto, de los pescadores entrevistados ninguno se identificó como miembro de ninguna de las cuatro comunidades accionantes Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Tierra Bomba, Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Punta Arena, Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Caño de Oro y Comunidad Negra denominada Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Bocachica, dijeron pertenecer a asociaciones de pesca del barrio Chino y Zapatero; frente a lo que los miembros de las comunidades manifestaron que no es posible identificar lugares específicos y permanentes para realizar la actividad pesquera, puesto que los recorridos de las faenas dependen del estado del tiempo, la época del año (temporada seca o de lluvias), el arte de pesca, el tipo de embarcaciones, entre otros factores; por lo cual no se puede mencionar el área de interés del proyecto 'AMPLIACIÓN DEL TERMINAL MARÍTIMO

DE COMPAS S.A.’ como un área de pesca permanente o exclusiva de las comunidades.

Por su parte, el apoderado del grupo actor manifestó que requirió a algunos de los representantes de las comunidades pesqueras, pero por razones inexplicables no acudieron al llamado, razón por la cual no hay lugar a amparar el derecho a la participación de las asociaciones de pescadores Agropesquera, los Delfines del Caribe, Caño del Oro, Sol y Mar, el Chapín, los Chinos, Tutipesca, Bocachica, Arará, los Loritos, el Coral, Macanay, Langostinos, la Red, Jehová Poderoso, Jureles y Santa Ana, así como las Empresas Asociativas de Trabajo de Pescadores Mar Azul, la Vara de Aarón Poderosa E.A.T., y los Pulperos de Cartagena, en la medida que no demostraron ser afectados directos del proyecto portuario, más aún si algunas de éstas manifestaron *“que su derecho de participación y de consulta previa, se ve representado a través de los Consejos Comunitarios, como efectivamente se está dando en el proceso de Consulta Previa que cursa con los 4 Consejos Comunitarios que se registran como accionantes”*.

Sobre la base de lo expuesto, este Tribunal confirmará la sentencia de 5 de marzo de 2018 a través de la cual el Tribunal Administrativo de Bolívar i) amparó los derechos fundamentales a la consulta previa y debido proceso administrativo del grupo actor; ii) rechazó por improcedente el cargo concerniente a la presunta vulneración del derecho al debido proceso, ante el desconocimiento del término de dos meses previsto en el Decreto 1079 de 2017 por no cumplirse con el requisito de inmediatez y, iii) confirmó en lo demás la decisión del fallador de primera instancia que negó los derechos integridad social y cultural, existencia, identidad cultural, autonomía, mínimo vital, libertad de profesión u oficio, participación, igualdad, trabajo y seguridad alimentaria.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el asunto de la referencia.

Segundo. CONFIRMAR el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar de 5 de marzo de 2018, que revocó el fallo de primera instancia de 25 de enero de 2018, por medio del cual el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena negó la acción de tutela y, en su lugar, concedió el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y consulta previa de los Consejos Comunitarios de Tierra Bomba, Punta Arena, Bocachica y Caño del Oro.

Tercero: LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el Artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General