

088/2017

Cartagena de Indias D. T. y C. Cuatro (4) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control	TUTELA
Radicado	13-001-23-31-000-2017-00677-00
Demandante	JOSÉ DAVID MIRANDA LÓPEZ - CONSEJO COMUNITARIO DE NEGRITUDES DE PLAYA BLANCA
Demandados	1. Min. Ambiente y Desarrollo Sostenible. 2. Parques Nacionales Naturales de Colombia. 3. Ministerio del Interior (Dirección de Consulta Previa)
Tema	Consulta previa
Magistrado Ponente	Arturo Matson Carballo

I. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a dictar sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela instaurada directamente por el ciudadano José David Miranda López, quien manifiesta actuar en calidad de miembro y representante legal del Consejo Comunitario de Negritudes de la vereda de Playa Blanca, en contra del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Parques Nacionales Naturales de Colombia, Ministerio del Interior (Dirección de Consulta Previa), con el fin de proteger los derechos fundamentales al debido proceso, a la consulta previa libre e informada, el derecho a la participación, derecho a la autodeterminación de los pueblos, autonomía de las comunidades étnicas, al territorio, el derecho al trabajo, al mínimo vital, a la seguridad alimentaria con conexidad con el derecho a la vida, vulnerados a la Comunidad del Consejo Comunitario de Playa Blanca, por haberse expedido la Resolución No. 0255 del 29 de junio de 2017 expedida por Parques Nacionales Naturales de Colombia "Por medio de la cual se prohíbe de manera temporal el ingreso de visitantes y prestadores de servicios turísticos por medio de transporte marítimo al Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo -sector de Playa Blanca", por haberse expedido la misma sin haberse realizado el proceso de consulta previa.

II. ANTECEDENTES

2.1 LA DEMANDA



2.1.1 HECHOS

PRIMERO. Indica el actor que la Comunidad Negra de Playa Blanca, ancestralmente ha venido habitando el territorio de Playa Blanca en la Isla de Barú - Cartagena de Indias, donde se asienta su CONSEJO COMUNITARIO DE NEGRITUDES DE LA VEREDA DE PLAYA BLANCA constituido en Asamblea General realizada el día 12 de agosto de 2012 y que los miembros de esta comunidad se autoreconocen como afrocolombianos y miembros de este Consejo Comunitario.

SEGUNDO: Respecto al Territorio ancestralmente ocupado por esta comunidad y el ejercicio de las prácticas tradicionales que lleva a cabo los miembros del citado Consejo Comunitario de Playa Blanca, manifiesta que esta comunidad ejerce una ocupación colectiva sobre el mismo, y en el cual lleva a cabo todas sus actividades culturales y prácticas tradicionales de producción económica, ajustada a los parámetros establecidos en el núm. 6º del artículo 2º de la Ley 70 de 1993 el cual define este tipo de ocupación.

TERCERO: Que la Corte Constitucional en la Sentencia T-485 de 2015 se pronunció sobre la existencia de la Comunidad Afrodescendiente de Playa Blanca, y que la Comunidad Negra de Playa Blanca goza de derechos territoriales establecidos en la Ley 21 de 1991 por la cual se aprueba el Convenio 169 de la OIT; el Artículo Transitorio 55 de la Const. Pol.; la Ley 70 de 1993 y sus decretos reglamentarios, cuentan con especial protección tal como lo señala Corte Constitucional.

CUARTO: Que a lo largo de su existencia y ocupación del territorio, la Comunidad Negra de Playa Blanca se ha visto obligada a adaptarse a los cambios socioeconómicos del entorno que los rodea, debido a la industria turística que se desarrolla en la zona y que al igual que la comunidad afrodescendiente de la Boquilla¹, la comunidad de Playa Blanca se ha visto

¹ Sobre el particular, en Sentencia T- 376 de 2012 la Corte Constitucional describió la forma como las comunidades se han visto obligadas a cambiar sus prácticas económicas ancestrales, debido al desarrollo económico externo que viven dentro de sus territorio que afectan sustancialmente la costumbres de estas comunidades, la Corte en el caso del pueblo afrodescendiente de La Boquilla precisó: "70.4. A partir de lo expuesto, puede sostenerse que la comunidad de La Boquilla refleja una cultura, modos de producción y organización social propios, construidos en un proceso histórico que los ha definido como grupo culturalmente diverso. Esa cultura tradicionalmente ha girado en torno a la pesca; aunque los boquilleros en el transcurso de la historia han incursionado en otras actividades en atención a la modificación de su entorno, lo que a su vez ha incidido en su organización social. Los datos etnográficos presentados como contexto de análisis demuestran que la comunidad ha sufrido diversas adaptaciones en el tiempo. Siguiendo las consideraciones del Incoder, la transformación de grupos de esclavos en pescadores, integrados "al cimarrón" del lugar; la diversificación hacia la ganadería en una etapa de prosperidad económica asociada a la construcción del canal de Panamá; la división del trabajo entre hombres y mujeres, los primeros encargados de la pesca y las segundas de encontrar nuevas formas de distribución del





100

obligada a cambiar sus prácticas económicas tradicionales pasando de ser una comunidad de pescadores y agricultores a prestar servicios turísticos aprovechando el atractivo turístico de su territorio ancestralmente ocupado. Iniciaron con la venta de comidas típicas de la región hasta prestar el servicio de alojamiento y hospedajes legalmente constituidos.

QUINTO: Sobre el hecho que da origen la presente acción, se tiene que el pasado 29 de junio de la presente anualidad, PARQUES NACIONALES NATURALES DE COLOMBIA expidió la Resolución No. 0255 del 29 de junio de 2017 por medio de la cual se prohíbe de manera temporal el ingreso de visitantes y prestadores de servicios turísticos por medio de transporte marítimo al Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo -sector de Playa Blanca, vulnerándose con ello los derechos alegados en la presente tutela, pues dicha decisión no podía adoptarse sin antes haberse realizado un proceso de consulta previa con la comunidad.

2.1.2 PRETENSIONES

Tutelar los derechos fundamentales al debido proceso, a la consulta previa libre e informada, el derecho a la participación, derecho a la autodeterminación de los pueblos, autonomía de las comunidades étnicas, al territorio, el derecho al trabajo, al mínimo vital, a la seguridad alimentaria en conexidad con el derecho a la vida, vulnerados a la Comunidad del Consejo Comunitario de Playa Blanca, por haberse expedido la Resolución No. 0255 del 29 de junio de 2017 expedida por Parques Nacionales Naturales de Colombia "Por medio de la cual se prohíbe de manera temporal el ingreso de visitantes y prestadores de servicios turísticos por medio de transporte marítimo al Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo -sector de Playa Blanca"; debido a que la misma fue expedida sin haberse realizado el correspondiente proceso de consulta previa.

2.2 CONTESTACIÓN.

2.2.1 Ministerio del Interior – Dirección de Asuntos de Comunidades Negras.

producto: la incursión en el comercio a través de la venta de artesanías, y el incipiente ingreso de miembros de la comunidad a la prestación de servicios turísticos muestran cómo los boquilleros son una comunidad que, en virtud de su ubicación geográfica y de las difíciles condiciones materiales que han caracterizado la mayor parte de su historia, se adaptan continuamente al cambio social y a las exigencias del entorno."

Código: FCA - 008 Versión: 01 Fecha: 16-02-2015





El Director de asuntos para comunidades negras del Ministerio del Interior, dio contestación a la acción de tutela, manifestando que dicha dependencia debe ser desvinculada de la presente tutela, en atención a que los procesos de consulta previa compete es a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, siendo esta la dependencia encargada de este tipo de situaciones.

Indica que el Consejo Comunitario de la Vereda de Playa Blanca, no se encuentra inscrito en el Ministerio del Interior, como comunidad negra, afrodescendiente, raizales o palenquera.

2.2.2 Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Esta entidad manifiesta que no tiene responsabilidad alguna con el tema materia de la tutela, pues a su juicio la entidad que está llamada a responder es la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia, entidad que posee autonomía administrativa y financiera con jurisdicción en todo el territorio nacional, la cual no hace parte del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Procede a aportar un fallo de tutela del 19 de julio de 2017 proferido por el Tribunal Superior de Justicia de Cartagena, Sala Cuarta de Decisión Laboral, en donde manifiesta que se resolvió una tutela sobre el mismo tema.

2.2.3 Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa.

Puntualmente indica esta dependencia administrativa que en el caso planteado, la decisión administrativa tomada por Parque Nacionales Naturales de Colombia, no ocasiona una afectación directa de la diversidad étnica de los sujetos colectivos de protección especial.

Con relación al trámite consistente en adelantar proceso de consulta previa, indica la dependencia que este tipo de procesos no pueden ser adelantados de forma oficiosa por parte del Ministerio, por consiguiente no puede entrar a suspender ningún tipo de decisión administrativa tomada por Parques Nacionales Naturales, pues dicha función no le ha sido atribuida ni por la Constitución ni por la Ley.



Agrega que la presente acción de tutela es improcedente por existir la posibilidad de instaurar un proceso ordinario para hacer valer los derechos reclamados, sin que se cuente en el caso bajo estudio con el requisito de inmediatez.

3. Actuación Procesal.

La acción fue radicada en la oficina judicial el 21 de julio de 2017. (Folio 82)

La presente acción fue admitida mediante auto del 25 de julio de 2017, ordenándose notificar a las accionadas (Folio 84).

En el expediente se encuentran las correspondientes notificaciones a las accionadas (Folio 85 a 94).

4. CONSIDERACIONES

4.1 COMPETENCIA

Conforme lo establecen los artículos 86 de la Constitución Política y 37 del Decreto 2591 de 1991, el Tribunal Administrativo de Bolívar, es competente para conocer en primera instancia de la presente acción.

4.2 LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Tampoco existe duda para este despacho en cuanto a que existe legitimación en la causa por activa, toda vez que la acción de amparo constitucional fue instaurada por la representante legal del Consejo Comunitario de Negritudes de la vereda de Playa Blanca, y para demostrar ello aporta Certificación expedida por la Secretaria del Interior y Convivencia Ciudadana de la Alcaldía de Cartagena (Folio 38-41).

Ahora, en cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, considera la Sala que tampoco existe inconveniente, pues las entidades accionadas que han sido señaladas por la parte actora como aquellas que presuntamente están vulnerando los derechos fundamental objeto de la presente acción, tienen la facultad de comparecer como accionadas al presente trámite de tutela.





En relación con la legitimación por pasiva en el trámite de la acción de tutela el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 dispone:

"Artículo 13. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubieren actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior". (Negrillas de la sala)

No obstante la legitimación con la que cuentan las accionadas para comparecer al presente trámite de tutela, no es una limitante para que en el desarrollo de las consideraciones de esta sentencia, se puedan desestimar las pretensiones de la acción respecto de aquellas entidades que no se encuentre que han vulnerado derecho fundamental alguno.

4.3. Presupuestos Generales de procedencia.

Decantado lo anterior, pasaremos a continuación a analizar como primera medida si la acción de tutela instaurada directamente por el ciudadano José David Miranda López, quien manifiesta actuar en calidad de miembro y representante legal del Consejo Comunitario de Negritudes de la vereda de Playa Blanca, reúne los requisitos generales de procedencia.

Al respecto, esta corporación considera que la presente acción, sí reúne los requisitos generales de procedencia, y como esta aseveración no es gratuita ni carente de fundamentos, la Sala pasará a continuación a explicar por qué sostiene lo anterior.

En primer lugar, está suficientemente decantado que la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Fundamental, en concordancia con el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, es un mecanismo constitucional de protección inmediata de los derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares que presten servicios públicos, cuyas acciones u omisiones afecten grave y directamente el



interés particular respecto del cual el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Para el caso de las accionadas, es claro que estas son autoridades de derecho público, contra las cuales puede ser presentada la acción de tutela, en los casos en los que se considere que estas vienen presentando alguna violación a los derechos fundamentales de las personas.

En cuanto al carácter fundamental de los derechos alagados como vulnerados, que considera la accionante se le han vulnerado por las autoridades accionadas, no existe tampoco ninguna duda pues por disposición expresa del artículo 85 Constitucional estos son derechos fundamentales de aplicación inmediata.

De igual forma no existe tampoco ninguna duda, respecto de que es también un derecho fundamental de titularidad grupal en cabeza de las comunidades étnicas, como bien lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte constitucional, el de la Consulta Previa libre e informada.²

Y respecto de la fundamentalidad del Derecho al Territorio Ancestral de las comunidades étnicas, así como el derecho a la Identidad Étnica, Cultural y Social, la Corte Constitucional también se ha pronunciado reconociéndolos así: *"la Corte Constitucional ha reiterado el carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios, no sólo por lo que significa para la supervivencia de los pueblos indígenas y raizales el derecho de dominio sobre el territorio que habitan, sino porque él hace parte de las cosmogonías amerindias y es substrato material necesario para el desarrollo de sus formas culturales características."*

(...)

*"el derecho al territorio de los grupos étnicos representa la base material para su supervivencia y el desarrollo de sus culturas"*³

Por todos estos aspectos que se han mencionado en principio se puede concluir que la tutela presentada es procedente, porque vemos de una

² Corte Constitucional. Sentencia T-693 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³ Corte Constitucional. Sentencia T-652 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz



parte que va dirigida contra autoridades públicas y por otra que los derechos calificados como vulnerados por esta Sala, efectivamente tienen la categoría de fundamentales, pero para poder concluir de manera definitiva si la acción de tutela bajo examen es o no procedente, debemos también analizar lo atinente a la existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales, ya que no podemos perder de vista que la acción de tutela es un mecanismo de carácter subsidiario o residual, pues en los términos del artículo 86 constitucional en concordancia con el numeral 1º del art. 6º del Decreto 2591 de 1991, no procede cuando se tiene otro recurso o mecanismo de defensa de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, claro está a menos que la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso bajo estudio solicita la accionante que se ordene la realización del proceso de consulta previa a la comunidad de la vereda de Playa Blanca, en lo relacionado con la suspensión del ingreso de visitantes y prestadores de servicios turísticos por medio de transporte marítimo al Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo, orden que debería ser suspendida hasta tanto no se realice el citado proceso de consulta previa, pues considera que con la no realización de esta consulta previa, vulneran sus derechos fundamentales.

A pesar que en el caso bajo estudio se persigue dejar sin efectos un acto administrativo expedido por Parques Nacionales Naturales de Colombia, la Sala considera que en el caso bajo estudio, sí es procedente acceder al estudio de la posible vulneración de los derechos fundamentales alegados por la parte accionante, a través del mecanismo preferente de tutela, ya que la jurisprudencia constitucional ha sentado un camino de protección por intermedio de este mecanismo, ante la posible vulneración de derechos de comunidades étnicas de especial protección como lo son las comunidades negras, tal y como se presenta en el caso de marras.

En efecto al respecto ha dicho la Corte Constitucional lo siguiente:

"3.2. Concretamente la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha establecido las siguientes subreglas en torno a la procedencia de la tutela para garantizar el derecho a la consulta previa.





Se debe precisar que los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), instituyeron los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, los cuales pueden emplearse para cuestionar la validez de las decisiones adoptadas por las autoridades. Dicho proceso puede ser iniciado cuando los actos administrativos se expidan (i) desconociendo las normas en que deben fundarse, (ii) por un órgano que carece de competencia, (iii) de manera irregular, (iv) violando el derecho de audiencia y defensa, (v) mediante falsa motivación o (vi) con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (Artículo 137 inciso. 2º).

Las causales aludidas pueden ser catalogadas como clásicas, ya que son la reproducción literal de aquellas que existían en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984[4] (anterior Código Contencioso Administrativo) y se caracterizan por cuestionar cada uno de los elementos del acto administrativo (competencia, forma, procedimiento, motivación, finalidad y objeto).

Sin embargo, se debe resaltar que el Decreto 01 de 1984 al ser una norma pre constitucional y anterior a la expedición de la Ley 21 de 1991[5], no contempló como causal de nulidad de los actos expedidos por la administración, el desconocimiento del derecho a la participación de los pueblos que por sus costumbres, tradiciones y procesos de discriminación histórica poseen un estatus de especial protección constitucional (indígenas y tribales).

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con el objeto de armonizar la legislación nacional a las nuevas realidades constitucionales e internacionales, dispuso como causal autónoma de nulidad de los actos administrativos el desconocimiento al derecho a la consulta previa. En este sentido el artículo 46 de la ley 1437 de 2011 contempla lo siguiente: "cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar".





Teniendo en cuenta lo anterior, varios jueces y magistrados especialmente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con fundamento en la disposición en comento, han entendido que en todas las circunstancias en las cuales se presente una acción de tutela en contra de decisiones proferidas por la administración, y además se solicite la protección del derecho a la consulta previa, esta resulta improcedente debido a la existencia de los medios de control de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho.

Ahora bien, la Corte Constitucional en distintas oportunidades ha tenido la posibilidad de manifestar su reparo respecto a este razonamiento. En la sentencia T-576 de 2014 esta Corporación afirmó en relación con la idoneidad de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho para cuestionar las decisiones administrativas no consultadas, lo siguiente:

"Los medios de defensa ante la jurisdicción contenciosa no son idóneos. Esto debido a que solo pueden resolver aspectos relativos a la legalidad de la decisión administrativa, más no está en capacidad de resolver temas relacionados con la omisión del procedimiento de consulta previa. En ese sentido, la Corte ha puesto de presente en casos similares al que ahora ocupa a la Sala 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."

En este orden de ideas, la interposición de los medios de control contemplados en la ley 1437 de 2011 tienden a ser insuficientes para reparar desde el ámbito constitucional el derecho a la participación





de las comunidades afectadas, tal y como lo estableció esta Corporación en sentencia T-485 de 2015:

"La actuación requerida por parte de los funcionarios responsables **no encuentra respuesta concreta a partir de la revisión judicial del acto administrativo**, sino que exige, en caso que así se decida en esta sentencia, acciones materiales tendientes a efectuar el procedimiento de consulta, **las cuales no hacen parte de la decisión que adopte la jurisdicción contenciosa**. En otros términos, la resolución de los problemas jurídicos materia de esta sentencia se centra en definir si el proceso de consulta previa respecto de la comunidad negra de la Vereda Playa Blanca, es exigible o no. Esta clase de asuntos, en razón de su naturaleza, **escapan a la órbita de decisión del juez administrativo, en el marco de la revisión judicial de los actos proferidos por las autoridades demandadas**". (Negrilla y cursiva fuera de texto)

El hecho de que desde el punto de vista constitucional, los medios de control contenciosos administrativos no tengan la idoneidad necesaria para desplazar a la acción de tutela como mecanismo principal de protección del derecho a la consulta previa, no significa que estos no puedan emplearse concurrentemente con el amparo constitucional. En este sentido la sentencia SU-039 de 1997 afirmó:

"El hecho de que la perspectiva del juez contencioso administrativo sea distinta a la del juez constitucional explica que la acción de tutela y las acciones contenciosas sean compatibles, incluso, si el afectado no solicitó la suspensión provisional del acto administrativo que habría infringido sus derechos fundamentales, o si lo hizo, pero el juez contencioso adoptó una decisión adversa a sus intereses".

La anterior decisión cobra especial significación respecto a la procedencia de la acción de tutela contra decisiones que desconocen el derecho a la consulta previa, por cuanto la existencia de medidas cautelares en el marco de procesos contenciosos





administrativo desde antaño ha sido esgrimida para negar la protección por vía tutelar del derecho a la consulta previa.

Sobre este aspecto, según la jurisprudencia constitucional, el hecho de que la ley 1437 de 2011 haya flexibilizado los requisitos para obtener la prosperidad de una medida provisional en el marco de un proceso contencioso administrativo, no es per se un argumento suficiente que permita desvirtuar la procedencia de la acción de tutela. En este sentido la sentencia SU-355 de 2015 afirmó lo siguiente:

"El juez de tutela tiene la obligación de calificar, en cada caso particular, la idoneidad de los medios judiciales para enfrentar la violación de derechos fundamentales cuando ella tenga por causa la adopción o aplicación de actos administrativos. Para el efecto, deberá tener en cuenta los cambios que recientemente y según lo dejó dicho esta providencia, fueron incorporados en la Ley 1437 de 2011. Solo después de ese análisis podrá establecer la procedencia transitoria o definitiva de la acción de tutela, teniendo como único norte la efectiva vigencia de las normas de derecho fundamental.

En consecuencia, no obstante los importantes cambios legislativos que en materia de medidas cautelares introdujo la Ley 1437 de 2011 y en particular en lo que se refiere a la denominada suspensión provisional, la acción de tutela podría proceder, entre otros eventos, (i) cuando la aplicación de las normas del CPACA no proporcione una protección oportuna de los derechos fundamentales o (ii) cuando el contenido o interpretación de las disposiciones de dicho Código no provean un amparo integral de tales derechos".

En desarrollo de lo anterior, la sentencia T-576 de 2014 ya citada afirmó respecto a la interrelación de la acción de tutela con las medidas cautelares contempladas en el derecho administrativo lo siguiente: "la tutela y la medida de suspensión provisional protegen derechos de distinta naturaleza. Así, mientras la primera persigue la salvaguarda de derechos constitucionales fundamentales, la segunda busca impedir la ejecución de actos administrativos que





165

violan el ordenamiento jurídico y que, por ello, perjudican a alguna persona."

En este orden de ideas, es claro que la consagración expresa por parte de la ley 1437 de 2011 de una causal de nulidad autónoma por desconocimiento al derecho a la consulta previa, no puede ser entendida como un impedimento para la prosperidad de la tutela en un caso concreto. En igual medida, la flexibilización de los requisitos para acceder al decreto de medidas cautelares bajo el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tampoco puede entenderse como un limitante que impida el conocimiento del amparo.

3.3. Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha entendido que debido a las condiciones de vulnerabilidad y pobreza extrema en las que habitan las comunidades afro e indígenas de nuestro país, la procedencia de la acción de tutela adquiere un carácter prevalente para garantizar sus derechos constitucionales. Sobre el particular esta corporación ha manifestado lo siguiente:

"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 debe considerar 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".

Es común que la planeación y ejecución de proyectos de infraestructura o de explotación de recursos naturales afecten los derechos de las comunidades étnicas, puesto que además que son directamente afectadas por los mismos, carecen de instancias de participación efectiva. Así, la abierta asimetría de poder entre las comunidades étnicas y quienes adelantan dichos proyectos, sumada a la discriminación histórica contra los pueblos indígenas y tribales, ha llevado a la jurisprudencia a conferirles la condición de sujetos colectivos de especial protección constitucional.





En igual línea de pensamiento esta Corporación ha reconocido que las personas afrocolombianas y las comunidades a las que pertenecen son titulares de derechos fundamentales y gozan de un status especial de protección que aspira, "tanto a compensarlas por las difíciles circunstancias sociales, políticas y económicas que han enfrentado tras décadas de abandono institucional, como a salvaguardar su diversidad étnica y cultural, en armonía con el marco constitucional y los compromisos internacionales que el Estado colombiano ha adquirido en esa materia".

Así las cosas, es claro que los procesos consultivos son un escenario esencial para asegurar la pervivencia física y la protección de las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas y tribales, por lo cual la Corte desde sus primeras sentencias, ha reconocido la competencia del juez de tutela para proteger sus derechos fundamentales e impartir las órdenes que aseguren que estas sean informadas oportunamente sobre los proyectos que impacten sobre sus territorios o sus formas de vida y para que cuenten con la oportunidad de evaluar y de incidir en la reformulación de la decisión de que se trate.⁴

Recapitulando entonces se considera que la acción de tutela instaurada, reúne los requisitos generales de procedencia establecidos en el artículo 86 constitucional en concordancia con el numeral 1º del art. 6º del Decreto 2591 de 1991, primero porque la acción va dirigida contra autoridades públicas, segundo porque los derechos que la accionante considera le están siendo amenazados o vulnerados si tienen la categoría de derechos fundamentales, y tercero porque no existe evidencia de existencia de otro mecanismo judicial idóneo para la protección inmediata y efectiva del derecho de la accionante.

En cuanto al requisito de inmediatez, se tiene que la orden dada fue expedida mediante Resolución No.0255 del 29 de junio de 2017, siendo presentada la tutela el 21 de julio del mismo año, lo que le permite concluir a la Sala que la misma fue presentada dentro de un término prudencial, permitiéndole cumplir con el requisito de inmediatez.

⁴ Corte Constitucional sentencia T-197 de 2016. M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio





166

4.4. Problema jurídico.

Pero el hecho que la tutela sea procedente en cuanto al cumplimiento de los requisitos generales, no significa per se que le asista razón al actor en cuanto a la prosperidad de sus pretensiones, por lo cual es necesario que esta Sala proceda de inmediato a analizar el fondo del asunto y así poder dar respuesta al problema jurídico que surge del caso bajo examen, que consiste en determinar si: ¿Existe o no vulneración a los derechos fundamentales a la Consulta Previa libre e informada, Derecho al Debido Proceso, derecho a la participación, derecho a la autodeterminación de los pueblos, autonomía de las comunidades étnicas, al territorio, el derecho al trabajo, al mínimo vital, a la seguridad alimentaria con conexidad con el derecho a la vida, por parte de alguna de las accionadas, con ocasión a la decisión de suspensión del ingreso de visitantes y prestadores de servicios turísticos por el medio de transporte marítimo al Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y San Bernardo Sector Playa Blanca tomada mediante Resolución No.0255 del 29 de junio de 2017 expedida por la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales naturales de Colombia?

4.5 Tesis de la Sala.

La Sala declarará la vulneración de los derechos fundamentales a la Consulta Previa libre e informada, a favor de la Comunidad Negra de la Vereda de Playa Blanca, debido a que la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales naturales de Colombia, mediante Resolución No.0255 del 29 de junio de 2017 tomó una decisión administrativa que suspendió el ingreso de visitantes y turistas y prestadores de servicios turísticos por el medio de transporte marítimo al Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y San Bernardo Sector Playa Blanca, que es la zona en la que esta comunidad ejerce habitualmente sus actividades cotidianas y laborales; sin antes haber realizado el correspondiente proceso de consulta previa.

La orden de tutela se impartirá a la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia, para que dé inicio a los trámites necesarios para efectuar la consulta previa, que debe realizar en debida forma y extender a todas las comunidades que puedan resultar afectadas con la medida de suspensión de ingreso de visitantes y prestadores del





servicio turístico por vía marítima al Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo -sector de Playa Blanca.

De igual forma se suspenderán los efectos del acto administrativo contenido en la Resolución No.0255 del 29 de junio de 2017, proferida por la Unidad administrativa Parques Nacionales Naturales de Colombia, hasta tanto realicen el proceso de consulta previa a la Comunidad Negra de la Vereda de Playa Blanca, consulta previa que deberá realizarse a todas las comunidades que se encuentre el área de influencia de la suspensión.

4.6 Pruebas relevantes al caso.

- Certificación expedida por la Secretaria del Interior del Distrito de Cartagena, expedida el 24 de febrero de 2017, en el cual se indica cómo se encuentra conformada la junta del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Playa Blanca. (Folio 38 a 41)
- Acta de Asamblea general para la constitución y elección de la junta y representante legal del Consejo Comunitario de Negritudes de Playa Blanca. (Folio 45 a 48)
- Estatutos del Consejo Comunitario de Negritudes de Playa Blanca. (Folio 49 a 63)
- Fallo de tutela del 19 de julio de 2017 proferido por el Tribunal Superior de Justicia de Cartagena, Sala Cuarta de Decisión Laboral, en el proceso con radicado 13001-22-05-000-2017-00172-00, adelantado por: SERGIO MORELOS CORTES, ANDRES AVELINO POMARESPACHECO, VERONICA BOLIVAR MACHACON, CARLOS MORELOS CORTES, ELIZABETH OLIER GELES y GIOVANNA VALENCIA OLIER, contra PARQUES NACIONALES NATURALES DE COLOMBIA, en donde se solicitó la tutela de los derechos fundamentales al trabajo y al mínimo vital, con ocasión de la expedición de la Resolución No.0255 del 29 de junio de 2017, decidiéndose en el fallo negar por improcedente la acción de tutela. (Folio 113-118)

4.7 Marco Normativo y Jurisprudencial.

❖ Generalidades de la acción de tutela





La Acción de Tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Mediante ella toda persona puede reclamar ante los Jueces, en todo momento y lugar, por un procedimiento preferente y sumario, por sí mismo o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública.

Esta procederá contra toda acción u omisión de las autoridades públicas y de los particulares, que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de los derechos fundamentales. Sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Esta acción tiene dos particularidades esenciales, a saber:

- La subsidiariedad: por cuanto sólo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable.
- La inmediatez: porque trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.

❖ ALCANCE Y DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS-NEGRAS, PALENQUERAS Y RAIZALES DE SUS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES COMO GRUPO ÉTNICO

El Convenio 169⁵ sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT, en su artículo 1 establece las comunidades a las que se le aplicará dicho Convenio y define a los pueblos tribales e indígenas respectivamente como aquellos:

- *Cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos*

⁵ Adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra 1989; Aprobado en Colombia en virtud de la Ley 21 de 1991.





total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.

- *Descienden de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.*

A partir de la definición referida, la Corte Constitucional desarrolló el tema de la identidad cultural de los afrodescendientes de la siguiente forma:

"En lo relativo a esta definición particular, es de anotar que el término "tribal" difícilmente puede entenderse en el sentido restringido de una "tribu". Este concepto forma parte de la tipología propuesta por los teóricos de la Antropología Social, quienes dividieron las sociedades humanas en "bandas", "tribus", "cacicazgos" y "Estados", dependiendo de su estadio de complejización; haciendo a un lado el debate sobre la validez académica de estas categorías, lo cierto es que mal haría la Corte en aceptar, como parte del Derecho que tiene que aplicar, una determinada postura teórica. Por ese motivo, resulta más apropiado interpretar el término "tribal" en el sentido amplio en que lo han hecho entidades multilaterales como el Banco Mundial, el cual, en su Directiva Operacional No. 4.20 de Septiembre de 1991, sobre políticas institucionales respecto de proyectos que afecten a los pueblos indígenas, especificó que los términos "pueblos indígenas", "minorías étnicas indígenas" y "grupos tribales" se refieren, en general, a grupos sociales que comparten una identidad cultural distinta a la de la sociedad dominante"⁶.

En este sentido, y en su condición de grupo étnico, las comunidades afrocolombianas –negras, palenqueras y raizales- y los afrodescendientes considerados individualmente, son titulares de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en los diversos instrumentos nacionales e internacionales, y además por tal calidad, sujetos de especial protección constitucional, especial protección, que como ha señalado la

⁶ Sentencia C- 169 de 2001. M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.





Corte Constitucional en Sentencia T- 380 de 19937, atiende entre otras razones a:

"(i) la existencia de patrones históricos de discriminación que les impiden el pleno ejercicio de sus derechos y su cultura; (ii) la presión ejercida sobre sus territorios, su forma de ver el mundo, su organización social, sus modos de producción y su concepción sobre el desarrollo, originada en la explotación de los recursos naturales y la formulación de proyectos de desarrollo de diversa naturaleza en sus territorios ancestrales; (iii) el grave impacto que el conflicto armado ha generado en su modo de vida, reflejado en desplazamiento forzado y afectaciones de especial gravedad a sus territorios ancestrales, usados como corredores estratégicos o escenarios directos del conflicto; y (iv) la marginación económica, política, geográfica y social que, por regla general, enfrentan como grupos minoritarios."

Sobre el reconocimiento estatal de los grupos étnicos es pertinente señalar lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1320 de 1998, "por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio":

"Artículo 3º. Identificación de comunidades indígenas y negras. Cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda realizar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por comunidades indígenas o negras susceptibles de ser afectadas con el proyecto, **le corresponde al Ministerio del Interior certificar la presencia de dichas comunidades, el pueblo al que pertenecen, su representación y ubicación geográfica.** El Instituto Colombiano para la Reforma Agraria-Incora, certificará sobre la existencia de territorio legalmente constituido.

Las anteriores entidades, expedirán dicha certificación dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud que para el efecto haga el interesado en el proyecto obra o actividad, la cual contendrá:

A Identificación del interesado:

7 M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Código: FCA - 008 Versión: 01 Fecha: 16-02-2015





- a) Fecha de la solicitud;
- b) Breve descripción del proyecto, obra o actividad;
- c) Identificación del área de influencia directa del proyecto, obra o actividad, acompañada de un mapa que precise su localización con coordenadas geográficas o con sistemas Gauss." (Resaltado fuera de texto)

Así mismo, en el artículo 4º del Decreto 2613 de 2013 "por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa", se dispuso:

"Artículo 4º. Certificación de presencia de comunidades étnicas. La Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior ejercerá la competencia exclusiva de certificación de presencia de comunidades étnicas para efectos de celebración de consultas previas.

El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder) suministrará oportunamente a la Dirección de Consulta Previa la información actualizada relativa a los resguardos legalmente constituidos y en proceso de constitución, de comunidades indígenas y de títulos colectivos de comunidades negras.

No obstante, el Incoder conservará la potestad de certificación en asuntos ajenos al ámbito de la consulta previa.

La Dirección de Consulta Previa podrá solicitar a cualquier autoridad pública información necesaria para la expedición de la certificación de presencia de comunidades étnicas. Los requerimientos deberán responderse de manera expedita."

Establecido en las precitadas consideraciones el marco general tanto nacional como internacional de reconocimiento de derechos de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-, estudiará esta Corporación como quiera que es el objeto del amparo constitucional impetrado-, la garantía fundamental a la consulta previa, a la que en razón de su especial condición tienen derecho en determinados casos los grupos étnicos.





❖ **Consulta previa.**

De la realidad cultural y social del país, se tiene que el mismo cuenta con una gran diversidad de grupos étnicos, a la mano de importantes avances en el reconocimiento de los derechos de los mismos, y es precisamente en este contexto democrático y reivindicatorio de reconocimiento, donde se erige la consulta previa como una "garantía especial a favor de comunidades minoritarias que busca salvaguardar las personas, instituciones, bienes, trabajo, culturas y medio ambiente de estos pueblos, así como reconocer y proteger sus valores y prácticas sociales, culturales, religiosas, espirituales e institucionales."⁸

En este sentido, la Consulta Previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales del mundo, reconocido como se acotó con antelación, mediante el Convenio OIT 169 de 1989 e incorporado mediante Ley 21 de 1991⁹ a la legislación nacional, derecho que se concretiza en un proceso de diálogo y concertación intercultural que busca garantizar la participación real, oportuna y legítima de los grupos étnicos en la toma de decisiones, proyectos o actividades que los afecten, con el fin de proteger su integridad étnica y cultural.

Sobre el carácter de derecho fundamental de la Consulta Previa, la Corte Constitucional en el fallo de unificación SU-039 de 1997, ratificó dicha naturaleza precisando:

"Con fundamento en los arts. 40-2, 330 parágrafo de la Constitución y las normas del Convenio 169 antes citadas, estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos

⁸ Departamento Nacional de Planeación, "APUNTES SOBRE LA CONSULTA PREVIA CON GRUPOS ÉTNICOS".

⁹ "Artículo 6°. 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

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





naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas" || "A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que **la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social.** De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades". (Negrita de la Sala)

La Directiva Presidencial 01 de 2010 con el propósito de dar cumplimiento a la Constitución Política, los compromisos internacionales adquiridos por Colombia en materia de Consulta Previa y la ley, reseña los mecanismos para la aplicación de la Ley 21 de 1991, señala las acciones que requieren la garantía del derecho a la Consulta Previa y establece los mecanismos mediante los cuales procede el proceso de Consulta Previa.

Señala en su segundo numeral las acciones que requieren la garantía del derecho a la Consulta Previa, preceptuando:

"2. Acciones que requieren la garantía del derecho a la Consulta Previa.

La consulta procede antes de la ejecución o puesta en marcha de cualquier proyecto que pueda afectar a los Grupos Étnicos Nacionales, o los derechos de los que son titulares de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional





de Derechos Civiles y Políticos, o los instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación.

En este sentido se relacionan las siguientes acciones que deben consultarse con los mencionados Grupos:

a) **Cuando se expidan medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directa y específicamente a los Grupos Étnicos Nacionales**, y que requieran en el ámbito de su aplicación la formulación de enfoque diferencial.

b) Programas de prospección o explotación de los recursos naturales en sus territorios.

(...)" (Negrita de la Sala)

De otra parte, el Decreto 2613 de 2013, "por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa", en su capítulo II regula la coordinación y preparación de la pre consulta de la siguiente manera:

"Artículo 9°. Reunión de coordinación. Una vez certificada la presencia de comunidades étnicas en la zona de influencia del POA, y previo a iniciar el contacto con ellas, la Dirección de Consulta Previa podrá realizar una reunión de coordinación entre las distintas entidades públicas y organizaciones involucradas con el fin de determinar el plan de trabajo y de optimizar los recursos para la realización de la consulta.

Si se trata de un proyecto PINE, la coordinación la dirigirá el gerente del comité técnico del sector correspondiente.

Artículo 10. Convocatorias. La Dirección de Consulta Previa es la autoridad encargada de realizar las convocatorias y de dirigir las reuniones de consulta previa.

La Dirección de Consulta Previa dirigirá las reuniones del proceso de consulta, garantizará la participación de todos los sujetos involucrados





y buscará, en lo posible, la suscripción de acuerdos entre las autoridades, los responsables del POA y las comunidades étnicas.

Si durante el desarrollo de la consulta surgen temas que requieren tratamiento especializado de una autoridad no convocada por la Dirección de Consulta Previa, esta podrá citarla para que intervenga en las discusiones.

No obstante, si los temas a que se refiere el inciso anterior son ajenos al objeto de la consulta, la Dirección podrá remitirlos a las autoridades competentes para que estas presten el apoyo correspondiente.

Artículo 11. Intervención de la autoridad ambiental competente en la consulta previa. La autoridad ambiental competente deberá participar en aquellas reuniones del proceso de consulta previa en que se prevea la identificación de impactos y medidas de manejo de aquellos proyectos para los que se deba expedir licencia ambiental."

Finalmente, fue expedida la Directiva Presidencial 10 de 2013 en la que se determinó la "Guía para la realización de Consulta Previa con Comunidad Étnicas" para el desarrollo de proyectos, obras o actividades en áreas en donde se registre presencia de comunidades étnicas, y se fijaron como etapas las siguientes:

1. Certificación presencia comunidades
2. Coordinación y preparación
3. Preconsulta
4. Consulta previa
5. Seguimiento de acuerdos

Con relación a la entidad encargada de la coordinación y desarrollo de los procesos de consulta previa, así como la expedición de las constancias de las comunidades que se pueden ver afectadas por la intervención a través de proyectos, se encuentra en cabeza del Ministerio del Interior, responsabilidad que tiene el sustento normativo en las siguientes normas:



- o DECRETO 1320 de julio 13 de 1998, Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio:

"ARTICULO 3o. IDENTIFICACION DE COMUNIDADES INDIGENAS Y NEGRAS. Cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda realizar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por comunidades indígenas o negras susceptibles de ser afectadas con el proyecto, le corresponde al Ministerio del Interior certificar la presencia de dichas comunidades, el pueblo al que pertenecen, su representación y ubicación geográfica. El Instituto Colombiano para la Reforma Agraria - Incora, certificará sobre la existencia de territorio legalmente constituido. Las anteriores entidades, expedirán dicha certificación dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud que para el efecto haga el interesado en el proyecto obra o actividad, la cual contendrá: A Identificación del interesado: a) Fecha de la solicitud; b) Breve descripción del proyecto, obra o actividad; c) Identificación del área de influencia directa del proyecto, obra o actividad, acompañada de un mapa que precise su localización con coordenadas geográficas o con sistemas Gauss."

- o DECRETO NÚMERO 2613 DE 2013; Por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa:

"Artículo 4. Certificación de presencia de comunidades étnicas. La Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior ejercerá la competencia exclusiva de certificación de presencia de comunidades étnicas para efectos de celebración de consultas previas. El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural - INCODER- suministrará oportunamente a la Dirección de Consulta Previa la información actualizada relativa a los resguardos legalmente constituidos, y en proceso de constitución, de comunidades indígenas y de títulos colectivos de comunidades negras. No obstante, el INCODER conservará la potestad de certificación en asuntos ajenos al ámbito de la consulta previa. La Dirección de Consulta Previa podrá solicitar a cualquier autoridad pública información necesaria para la expedición de la certificación de presencia de comunidades étnicas. Los requerimientos deberán responderse de manera expedita.



(...)

Artículo 9. Reunión de coordinación. Una vez certificada la presencia de comunidades étnicas en la zona de influencia del POA, y previo a iniciar el contacto con ellas, la Dirección de Consulta Previa podrá realizar una reunión de coordinación entre las distintas entidades públicas y organizaciones involucradas con el fin de determinar el plan de trabajo y de optimizar los recursos para la realización de la consulta. Si se trata de un proyecto PINE, la coordinación la dirigirá el gerente del comité técnico del sector correspondiente. Artículo 10. Convocatorias. La Dirección de Consulta Previa es la autoridad encargada de realizar las convocatorias y de dirigir las reuniones de consulta previa. La Dirección de Consulta Previa dirigirá las reuniones del proceso de consulta, garantizará la participación de todos los sujetos involucrados y buscará, en lo posible, la suscripción de acuerdos entre las autoridades, los responsables del POA y las comunidades étnicas. DECRETO NÚMERO 2613 de HOJA No. Continuación del decreto Por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa. Si durante el desarrollo de la consulta surgen temas que requieren tratamiento especializado de una autoridad no convocada por la Dirección de Consulta Previa, esta podrá citarla para que intervenga en las discusiones. No obstante, si los temas a que se refiere el inciso anterior son ajenos al objeto de la consulta, la Dirección podrá remitirlos a las autoridades competentes para que estas presten el apoyo correspondiente."

- o DECRETO NÚMERO 1066 DE 2015 (26 de mayo de 2015) Página 1 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior".

"Artículo 1.1.1.1. Cabeza del sector. El Ministerio del Interior tendrá como objetivo, dentro del marco de sus competencias y de la ley, formular, adoptar, dirigir, coordinar y ejecutar la política pública, planes, programas y proyectos en materia de derechos humanos, derecho internacional humanitario, integración de la Nación con las entidades territoriales, seguridad y convivencia ciudadana, asuntos étnicos, población LGBTI, población vulnerable, democracia, participación ciudadana, acción comunal, la libertad de cultos y el derecho individual a profesar una religión o credo, consulta previa, derecho de autor y derechos conexos, los cuales





se DECRETO NÚMERO DE 2015 Continuación del Decreto "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior" Página 3 desarrollarán a través de la institucionalidad que comprende el Sector Administrativo. Igualmente, el Ministerio del Interior coordinará las relaciones entre la Rama Ejecutiva y la Rama Legislativa, para el desarrollo de la Agenda Legislativa del Gobierno Nacional."

❖ **Debido Proceso.**

El derecho fundamental al debido proceso administrativo, va intrínsecamente ligado a los derechos de defensa y contradicción, ya que en el desarrollo de las actuaciones administrativas, se deben respetar las garantías mínimas a los administrados, a quienes se les deben respetar todos sus derechos, en especial a ser oídos dentro de los procesos, y sobre todo a ejercer su defensa y presentar los recursos legales correspondientes cuando estos sean procedentes, para ello deben ser notificados correctamente de todas las decisiones que se adopten dentro de los procesos administrativos sancionatorios.

Al respecto del debido proceso administrativo, la Corte Constitucional en fallo reciente ha dicho lo siguiente:

"La Corte Constitucional ha manifestado que el debido proceso comprende: "a) El derecho a la jurisdicción, que a su vez implica los derechos al libre e igualitario acceso ante los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo. b) El derecho al juez natural, identificado este con el funcionario que tiene la capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley. c) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando se requiera, a la igualdad ante la ley procesal, el derecho a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso. d) El derecho a un proceso público, desarrollado





dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables. e) El derecho a la independencia del juez, que solo tiene efectivo reconocimiento cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo. f) El derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, de acuerdo con los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.

(...)

La Corte señaló que el debido proceso administrativo ha sido definido jurisprudencialmente como: "(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal". Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca "(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados.

(...)

Las garantías establecidas en virtud del debido proceso administrativo, de acuerdo a la jurisprudencia sentada por este alto Tribunal, son las siguientes: "(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a



impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso."¹⁰

❖ **Sobre la condición especial de Comunidad Negra de especial protección de la Vereda Playa Blanca.**

Al respecto de la condición de población negra de la Comunidad ubicada en la Vereda de Playa Blanca, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia T-485 de 2015, estableció:

"Ahora bien, aunque es claro para la Sala que en el área de la isla de Barú existen asentamientos de comunidades negras que han perdurado por varios siglos, también debe tenerse en cuenta que esta circunstancia no es incompatible con la existencia de conflictos al interior de las diferentes comunidades, sin que ellos afecten la identidad diferenciada de cada uno de los grupos en disputa. En el caso analizado, representantes de los consejos comunitarios de Ararca y Santa Ana no reconocen a los integrantes del Consejo Comunitario de la Vereda Playa Blanca como una comunidad afrodescendiente. Esta sola circunstancia, a juicio de la Corte, no invalida el reclamo constitucional de los accionantes, puesto que la preeminencia del criterio de auto reconocimiento exige que la reafirmación cultural de los grupos étnicos no pueda ser decidida de forma externa, bien sea por autoridades públicas, particulares o incluso por otras comunidades étnicas. En ese sentido, es plenamente factible la concurrencia de comunidades en una misma área, que incluso actúen de manera competitiva, sin que ello involucre la preferencia por un grupo en específico con exclusión de los demás.

Así, lo que demuestra los estudios etnológicos e históricos antes señalados es que la presencia de comunidades negras en la isla de Barú, a la cual pertenece el área de Playa Blanca, ha sido continua y permanente por un periodo extenso. Esto hace que el reclamo de identidad diferenciada de los accionantes como comunidad negra se muestre razonable y, como se ha explicado en esta sentencia, prime la eficacia del criterio de auto reconocimiento como pueblo étnico. Aunque no se cuentan con estudios etnológicos particulares y específicos en el área de Playa Blanca, lo cierto es que la zona en su conjunto tiene un predominio de ocupación y uso por parte de comunidades afrodescendientes, lo que otorga respaldo a la pretensión de identidad diferenciada mencionada. En cualquier caso, también debe resaltarse que, como se explicó en el fundamento jurídico 18.4, la comprobación etnológica es apenas un criterio a tener en cuenta, junto con otros, acerca de la conformación de la identidad diferenciada. En el asunto objeto de examen, existe prueba acerca de la presencia de comunidades negras en la zona objeto de disputa. Esta circunstancia

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia T-051 de 2016.





confiere razonabilidad al reclamo de auto reconocimiento por parte de los integrantes del Consejo Comunitario de Playa Blanca.

27. La Corte encuentra, además, que los integrantes del Consejo Comunitario de Playa Blanca, así como aquellas personas que además de hacer parte de esa comunidad están agrupadas en Asotuplab, hicieron parte, aunque apenas de forma marginal, de las reuniones adelantadas en el marco de la consulta previa realizadas con los consejos comunitarios de Ararca, Santa Ana y Barú. Según las pruebas allegadas al expediente y reseñadas en el numeral 9.1 de los antecedentes de esta sentencia, se corrobora que integrantes de estas agremiaciones manifestaron sus puntos de vista en el proceso consultivo.

A pesar que esta circunstancia no lleva a concluir que se surtió adecuadamente el proceso de consulta con dicha comunidad, por las razones que serán explicadas al resolver el segundo problema jurídico, sí permite afirmar que la existencia de la comunidad de Playa Blanca había sido advertida por las autoridades encargadas de la consulta previa, así como de la sociedad comercial que gestiona el proyecto turístico. Por ende, carece de sentido afirmar la inexistencia de dicha comunidad, a efectos de negar la obligación de efectuar la consulta, cuando algunos de sus miembros intervinieron en el proceso consultivo y, en consecuencia, su presencia era verificable.

28. A este respecto, debe reafirmarse que la identificación de una comunidad étnica no depende necesariamente de un reconocimiento estatal formal, sino que es una situación por entero fáctica, basada en el cumplimiento de criterios objetivos y subjetivos, en los términos explicados en este fallo. Así, la Sala se opone a las conclusiones planteadas por los jueces de instancia, en el sentido que el derecho a la consulta previa no es predicable en el caso analizado, en tanto la comunidad negra de Playa Blanca no cumplía con las condiciones previstas en el artículo 2° de la Ley 70/93, ni tampoco constaba un acto administrativo que reconociera formalmente su consejo comunitario.

(...)

En el caso analizado, lo que se evidencia es que la comunidad étnica de Playa Blanca adelanta la prestación de servicios turísticos, precisamente porque ese es el sector de la economía que es más representativo del área, habida cuenta que es un importante destino recreativo en el Caribe colombiano. Los miembros de este pueblo étnico son, como todos los demás colombianos, titulares del derecho a escoger profesión y oficio, así como de la libertad de trabajo. En ese orden de ideas, sostener que dicha comunidad no puede buscar alternativas de subsistencia en las actividades más acordes con la naturaleza de la región en que se ubican, en este caso la industria turística, como condición para que sigan siendo considerados como pueblo





174

étnico de identidad cultural diversa, significa denegar injustificadamente el ejercicio de los derechos que la Constitución consagra.

En consecuencia, se insiste en que resultaría errado sostener que sólo algunas actividades económicas que desde la sociedad mayoritaria se consideran como diferenciadas, son las únicas que admisiblemente pueden ejercer los miembros de las comunidades étnicas. Así por ejemplo, es claro que algunas comunidades negras existentes en la zona han ejercido otro tipo de actividades, como la pesca, la preparación de alimentos o la venta de artesanías. Sin embargo, sería contrario a la vigencia de los derechos fundamentales de los integrantes de dichas comunidades que, desde la sociedad mayoritaria, se les obligue a que en caso que opten por ejercer otros oficios, entonces queden excluidos de su condición étnica diferenciada. Esto más aún cuando en la zona en que se ubican, como se ha señalado, es usualmente visitada por turistas y, por ende, tiene pleno sentido que las comunidades opten por formas de subsistencia que mejor se adapten a esa realidad.

En suma, la identificación de determinados rasgos y actividades productivas que, desde la sociedad mayoritaria se advierten como deseables dentro de una comunidad étnica, es una interferencia irrazonable al derecho de auto reconocimiento de esas comunidades y, a su vez, un desconocimiento abierto de la posibilidad que sus miembros ejerzan libertades constitucionalmente protegidas, como la libertad de trabajo y de escogencia de profesión y oficio. No es admisible, en ese sentido, que el reconocimiento de los derechos de la comunidad diferenciada dependa que mantengan su carácter exótico o que cumplan con las condiciones, definidas externamente, acerca de qué debe ser una comunidad étnica bajo la óptica de los deseos e intereses de la sociedad mayoritaria.

De allí que la diferenciación que sostienen algunas de las entidades accionadas es inexistente. Los integrantes de la comunidad negra de Playa Blanca están plenamente habilitados por el orden jurídico para ejercer actividades comerciales e, incluso, conformar agremiaciones que defiendan sus derechos e intereses, sin que ello afecte su caracterización como pueblo étnico. A este respecto, debe también aclararse por parte de la Corte que esta conclusión en modo alguno puede entenderse como el reconocimiento a la organización Asotuplab como una comunidad étnica. En contrario, lo que se evidencia que algunos de los integrantes del pueblo afrodescendiente de Playa Blanca decidieron, bajo el amparo del libre ejercicio del derecho de asociación previsto en el artículo 38 C.P., constituir una asociación para la defensa de sus intereses gremiales, lo cual en nada afecta o disminuye su reconocimiento como comunidad diferenciada. Por ende, la comunidad sujeto de protección constitucional en esta sentencia es aquella que conforma el pueblo afrodescendiente de la Vereda Playa Blanca, al margen de la pertenencia de algunos de sus integrantes a Asotuplab.





(...)

Aplicado este criterio en el caso analizado, encuentra la Sala que adelantar un proyecto hotelero en el área de Playa Blanca tiene un impacto cierto y verificable en el ejercicio de las actividades de subsistencia que adelantan las comunidades negras que ocupan dicha zona. Esto demuestra que, antes que impedir el reconocimiento como comunidad diferenciada, dichas labores turísticas reafirman la condición étnica del colectivo al que pertenecen los accionantes.

En efecto, la operación comercial que pretende desarrollar el proyecto hotelero Playa Blanca Barú tiene dos efectos principales: ocupar parte del entorno en que se ubica la comunidad negra de Playa Blanca e incidir en la forma en que se prestan los servicios turísticos en la zona, actividad que coincide con las labores de subsistencia que adelantan los miembros de dicho pueblo étnico. Sin duda, el proyecto hotelero tiene una incidencia definitiva en las prácticas de la comunidad negra de Playa Blanca, pues no solo afecta el territorio en que ésta se ubica, sino que específicamente interfiere en las formas económicas de subsistencia que adelantan los miembros del pueblo afro.

30. En suma, se tiene que el carácter prevalente del auto reconocimiento de la comunidad como de naturaleza afrodescendiente, es plenamente aplicable en este caso, habida consideración que el mismo no se muestra irrazonable o desproporcionado. Esto debido a que se verifica el mencionado elemento subjetivo de reconocimiento, así como los criterios objetivos de que trata el Convenio 169 de la OIT.¹¹ Así, en fundamento jurídico anterior se explicó cómo está acreditada la presencia histórica de comunidades negras en la región y, particularmente, en la isla de Barú, en donde se ubica Playa Blanca. De otro lado, existe una conexión territorial entre la comunidad a la que pertenecen los accionantes y el área de Playa Blanca, en donde habitan y ejercen actividades de prestación de servicios turísticos. Además, esta comunidad se ha reconocido como culturalmente diversa y gobernada por unas costumbres y tradiciones específicas, al punto que decidieron conforma un consejo comunitario, en los términos de la Ley 70 de 1993.

A este respecto debe destacarse que el Tribunal de instancia, en ambos expediente acumulados, no descartó que la comunidad a la que pertenecen los accionantes pudiese ser considerada como parte del pueblo afrodescendiente. Antes bien, el factor determinante para negar la

¹¹ Sobre este particular, la sentencia T-576/14 identificó como criterios objetivos de identificación de las comunidades étnicas, determinados a partir del Convenio 169 de la OIT, "(i) la continuidad histórica, (ii) la conexión territorial y (iii) el hecho de que conserven sus instituciones sociales, culturales, económicas y políticas o una parte de ellas. En el caso de los pueblos tribales, es relevante (i) que reúnan ciertas condiciones culturales, sociales y económicas que les distingan de otros sectores de la colectividad nacional y (ii) que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres, tradiciones o por una legislación especial."





protección del derecho fundamental a la consulta previa fue la ausencia de un reconocimiento oficial por parte del Estado del Consejo Comunitario de la Vereda Playa Blanca. Esta condición, como se ha explicado en distintos fundamentos jurídicos de esta decisión, no conforma una condición necesaria, sino apenas indicativa, para la identificación de las comunidades diferenciadas. El juez de tutela, en ese sentido, omitió el análisis de fondo sobre la existencia de un pueblo étnico en la zona, fundándose exclusivamente en un criterio formal, que ha sido desestimado por la jurisprudencia constitucional sintetizada en apartados anteriores.

31. Por ende, la Sala concluye que las entidades y autoridades accionadas desconocieron el principio constitucional de protección y reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, al negarle la condición de comunidad tradicional a los integrantes del pueblo étnico que integra el Consejo Comunitario de la Vereda Playa Blanca. Ello debido a las razones siguientes:

31.1. Dentro del trámite de consulta previa con otras comunidades tuvo oportunidad de evidenciarse la existencia de esa comunidad, particularmente a partir de las intervenciones de la agremiación Asotuplab, a la cual pertenecen varios de los miembros de la comunidad diferenciada. Sin embargo, ni las autoridades públicas, ni la sociedad comercial gestora del proyecto hotelero adoptaron ninguna medida tendiente a garantizar los derechos de participación de esa comunidad. En cambio, utilizándose exclusivamente el requerimiento formal del certificado de reconocimiento por parte de las autoridades del Estado, se limitó el proceso de consulta solo a las comunidades de Ararca, Barú y Santa Ana, excluyéndose al colectivo al que pertenecen los accionantes, a pesar de que se trata de los pobladores de la zona afectada por el proyecto turístico Playa Blanca Barú.

31.2. La comunidad negra de Playa Blanca se auto reconoció como culturalmente diferenciada (criterio subjetivo) y a su vez es posible identificar varios elementos históricos y fácticos que hacen que dicho reconocimiento no se muestre irrazonable (criterio objetivo). A su vez, el argumento central que ha sido argüido para negar ese reconocimiento es que miembros de esa comunidad ejercen actividades comerciales, agremiándose en Asotuplab. Como se explicó, el ejercicio del comercio y particularmente de economías de subsistencia, que en el caso analizado se traduce en la prestación de servicios turísticos, no incide en la condición étnica diversa. De lo contrario, las comunidades tradicionales tendrían que privarse de medios materiales para la preservación de su mínimo vital, creándose con ello un campo de exclusión de los derechos fundamentales, incompatible con el principio de la dignidad humana.

(...)

Aplicado este criterio en el caso analizado, encuentra la Sala que adelantar un proyecto hotelero en el área de Playa Blanca tiene un impacto cierto y verificable en el ejercicio de las actividades de subsistencia que adelantan





las comunidades negras que ocupan dicha zona. Esto demuestra que, antes que impedir el reconocimiento como comunidad diferenciada, dichas labores turísticas reafirman la condición étnica del colectivo al que pertenecen los accionantes.

En efecto, la operación comercial que pretende desarrollar el proyecto hotelero Playa Blanca Barú tiene dos efectos principales: ocupar parte del entorno en que se ubica la comunidad negra de Playa Blanca e incidir en la forma en que se prestan los servicios turísticos en la zona, actividad que coincide con las labores de subsistencia que adelantan los miembros de dicho pueblo étnico. Sin duda, el proyecto hotelero tiene una incidencia definitiva en las prácticas de la comunidad negra de Playa Blanca, pues no solo afecta el territorio en que ésta se ubica, sino que específicamente interfiere en las formas económicas de subsistencia que adelantan los miembros del pueblo afro.

30. En suma, se tiene que el carácter prevalente del auto reconocimiento de la comunidad como de naturaleza afrodescendiente, es plenamente aplicable en este caso, habida consideración que el mismo no se muestra irrazonable o desproporcionado. Esto debido a que se verifica el mencionado elemento subjetivo de reconocimiento, así como los criterios objetivos de que trata el Convenio 169 de la OIT.¹² Así, en fundamento jurídico anterior se explicó cómo está acreditada la presencia histórica de comunidades negras en la región y, particularmente, en la isla de Barú, en donde se ubica Playa Blanca. De otro lado, existe una conexión territorial entre la comunidad a la que pertenecen los accionantes y el área de Playa Blanca, en donde habitan y ejercen actividades de prestación de servicios turísticos. Además, esta comunidad se ha reconocido como culturalmente diversa y gobernada por unas costumbres y tradiciones específicas, al punto que decidieron conforma un consejo comunitario, en los términos de la Ley 70 de 1993.

A este respecto debe destacarse que el Tribunal de instancia, en ambos expediente acumulados, no descartó que la comunidad a la que pertenecen los accionantes pudiese ser considerada como parte del pueblo afrodescendiente. Antes bien, el factor determinante para negar la protección del derecho fundamental a la consulta previa fue la ausencia de un reconocimiento oficial por parte del Estado del Consejo Comunitario de la Vereda Playa Blanca. Esta condición, como se ha explicado en distintos fundamentos jurídicos de esta decisión, no conforma una condición necesaria, sino apenas indicativa, para la identificación de las comunidades

¹² Sobre este particular, la sentencia T-576/14 identificó como criterios objetivos de identificación de las comunidades étnicas, determinados a partir del Convenio 169 de la OIT, "(i) la continuidad histórica, (ii) la conexión territorial y (iii) el hecho de que conserven sus instituciones sociales, culturales, económicas y políticas o una parte de ellas. En el caso de los pueblos tribales, es relevante (i) que reúnan ciertas condiciones culturales, sociales y económicas que les distingan de otros sectores de la colectividad nacional y (ii) que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres, tradiciones o por una legislación especial."





176

diferenciadas. El juez de tutela, en ese sentido, omitió el análisis de fondo sobre la existencia de un pueblo étnico en la zona, fundándose exclusivamente en un criterio formal, que ha sido desestimado por la jurisprudencia constitucional sintetizada en apartados anteriores.

31. Por ende, la Sala concluye que las entidades y autoridades accionadas desconocieron el principio constitucional de protección y reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, al negarle la condición de comunidad tradicional a los integrantes del pueblo étnico que integra el Consejo Comunitario de la Vereda Playa Blanca. Ello debido a las razones siguientes:

31.1. Dentro del trámite de consulta previa con otras comunidades tuvo oportunidad de evidenciarse la existencia de esa comunidad, particularmente a partir de las intervenciones de la agremiación Asotuplab, a la cual pertenecen varios de los miembros de la comunidad diferenciada. Sin embargo, ni las autoridades públicas, ni la sociedad comercial gestora del proyecto hotelero adoptaron ninguna medida tendiente a garantizar los derechos de participación de esa comunidad. En cambio, utilizándose exclusivamente el requerimiento formal del certificado de reconocimiento por parte de las autoridades del Estado, se limitó el proceso de consulta solo a las comunidades de Ararca, Barú y Santa Ana, excluyéndose al colectivo al que pertenecen los accionantes, a pesar de que se trata de los pobladores de la zona afectada por el proyecto turístico Playa Blanca Barú.

31.2. La comunidad negra de Playa Blanca se auto reconoció como culturalmente diferenciada (criterio subjetivo) y a su vez es posible identificar varios elementos históricos y fácticos que hacen que dicho reconocimiento no se muestre irrazonable (criterio objetivo). A su vez, el argumento central que ha sido argüido para negar ese reconocimiento es que miembros de esa comunidad ejercen actividades comerciales, agremiándose en Asotuplab. Como se explicó, el ejercicio del comercio y particularmente de economías de subsistencia, que en el caso analizado se traduce en la prestación de servicios turísticos, no incide en la condición étnica diversa. De lo contrario, las comunidades tradicionales tendrían que privarse de medios materiales para la preservación de su mínimo vital, creándose con ello un campo de exclusión de los derechos fundamentales, incompatible con el principio de la dignidad humana.

(...)

34. En el caso analizado, la Corte encuentra que la comunidad afrodescendiente de Playa Blanca es un grupo étnicamente diferenciado, que se definió como tal a través de la constitución de un Consejo Comunitario en los términos de la Ley 70 de 1993. Además, ese mismo grupo ejerce actividades económicas de subsistencia, centradas en la prestación de servicios turísticos en el área, de los cuales deriva su mínimo vital. Estas dos condiciones no son recíprocamente excluyentes, sin que la actividad





comercial sustituya o subvierta el carácter étnico diferenciado de la comunidad afro.

Los antecedentes del caso y el análisis anterior demuestran que la comunidad negra de Playa Blanca fue víctima de vulneración en sus derechos fundamentales en dos vías distintas. En primer lugar, se desconoció el principio de protección y reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, cuando se negó el reconocimiento formal como comunidad étnica por parte de la Alcaldía de Cartagena, a pesar que se cumplían las condiciones para ello. En segundo término, a pesar que se tenía conocimiento de la existencia de esa comunidad, las entidades accionadas se negaron a adelantar el proceso de consulta previa, vulnerándose con ello el derecho correlativo.

35. En consecuencia, la Corte revocará las decisiones de instancia, concederá la protección de los derechos a la consulta previa, la participación y la protección del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. Para ello, se adoptarán las siguientes órdenes:

35.1. Se ordenará a la Alcaldía de Cartagena y a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior que procedan a emitir acto administrativo en el cual se reconozca al Consejo Comunitario de la Vereda Playa Blanca como comunidad afrodescendiente ubicada en el área de Playa Blanca de la Isla de Barú. Sin embargo, en cuanto se trata de una comunidad étnica que ocupa un área que constituye espacio público, tal reconocimiento no implicará la titulación colectiva de territorio.

35.2. Se ordenará al Ministerio del Interior, a la Alcaldía de Cartagena, a FONADE y a la sociedad comercial Playa Blanca Barú S.A.S. que adelanten el proceso de consulta previa con la Consejo Comunitario de la Vereda Playa Blanca, así constituido. Para ello, deberán cumplirse con las condiciones previstas en esta sentencia, y particularmente aquellas descritas en los fundamentos jurídicos 16 y 17 de esta decisión. Esto respecto a la planeación y ejecución del proyecto hotelero y turístico Playa Blanca Barú.

36. Por último y advertidas algunas circunstancias que han puesto de presente las partes en el presente proceso, la Sala considera oportuno enfatizar que las órdenes de protección de derechos fundamentales en el presente caso se restringen al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, así como a la garantía del derecho a la consulta previa. Así, lo decidido en esta sentencia no es incompatible con el ejercicio de las acciones legales correspondientes, en el caso que se demuestre que personas que ocupan o visitan el área de Playa Blanca incurran en contravenciones de policía, infracciones urbanísticas, ambientales o incluso violaciones a la ley penal. Por ende, las autoridades públicas están plenamente habilitadas para ejercer las acciones a que haya lugar, cuando se demuestre de forma fehaciente que se ha infringido el orden jurídico en el área de Playa Blanca. Estas acciones, no obstante, no podrán involucrar





el desalojo de los integrantes de la comunidad negra de Playa Blanca, habida cuenta que la relación con el territorio es una de las características definitorias de la identidad diferenciada de las comunidades étnicas, conforme se explicó en el fundamento jurídico 18.3 de esta sentencia."

Por consiguiente esta Sala considera que con este pronunciamiento de la Corte Constitucional, queda sin piso el argumento expresado en su contestación a esta acción por la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior, en el sentido de que el Consejo Comunitario de la Vereda de Playa Blanca, no se encuentra inscrito en el Ministerio del Interior, como comunidad negra, afrodescendiente, raizales o palenquera.-

4.8 ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS FRENTE AL MARCO JURÍDICO.

Dentro del presente asunto a pesar de haberse notificado de la admisión de la presente tutela a la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia, y de haberle requerido el aporte al expediente de la Resolución No.0255 del 29 de junio de 2017, dicha entidad no rindió el informe requerido y por consiguiente no aportó la mencionada resolución, sin embargo luego de realizar una búsqueda de la misma a través de internet, esta pudo ser ubicada¹³ y en ¹⁴, bajando el archivo de ésta para incorporarlo al expediente y en donde se pudo revisar el contenido de dicho acto administrativo, el cual estableció en su parte resolutive lo siguiente:

"ARTÍCULO 1o. Prohibir de manera temporal el ingreso de visitantes y prestadores de servicios turísticos por medio de transporte marítimo al Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo, en el sector de Playa Blanca - Isla de Barú - a partir del 7 de julio de 2017.

Esta prohibición es de carácter temporal, hasta tanto se adopten y ejecuten las medidas de ordenamiento, manejo y control por parte de las distintas autoridades competentes en la unidad de playa del sector de Playa Blanca, y se verifiquen las condiciones que desde el punto de vista ambiental y operativo permitan justificar su levantamiento total o parcial.

¹³ www.redjurista.com/AppFolders/arboles/Static/2017/07/50286/r_pnnc_0255_2017.htm

¹⁴ <https://storage.googleapis.com/pnn-web/uploads/2017/07/resolucion-0255.pdf>





La verificación de que trata el inciso anterior deberá obrar en concepto técnico expedido por la Subdirección de Gestión y Manejo de Áreas Protegidas de Parques Nacionales Naturales de Colombia.

ARTÍCULO 2o. El Jefe del Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo coordinará con el apoyo de la Oficina de Gestión del Riesgo y la Dirección Territorial Caribe de Parques Nacionales Naturales, las acciones necesarias con el Cuerpo de Guardacostas de la Armada Nacional, la Dimar, –Capitanía de Puerto de Cartagena–, la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias, así como las demás entidades competentes en procura de garantizar el cumplimiento de la medida adoptada en el presente acto administrativo.

ARTÍCULO 3o. Comunicar del presente acto administrativo a la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias, a la Dirección General Marítima (Dimar), al Cuerpo de Guardacostas de la Armada Nacional y a la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique (Cardique), para que concurren en el marco de sus funciones en el cumplimiento de la presente resolución.

ARTÍCULO 4o. A partir de la ejecutoria de la presente resolución se deberá adelantar por parte de la Oficina de Comunicaciones de Parques Nacionales una campaña de comunicación con las diferentes autoridades, operadores turísticos y visitantes, respecto del contenido y finalidad del presente acto administrativo.

ARTÍCULO 5o. Publíquese en el Diario Oficial, en la Gaceta Oficial Ambiental de Parques Nacionales Naturales de Colombia, así como en la página web de Parques Nacionales Naturales de Colombia.

ARTÍCULO 6o. La presente resolución regirá a partir del treinta (30) de junio de 2017."

De igual forma se pudo corroborar a través de la página web de la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia, una comunicación relacionada con la expedición de la Resolución No. 255 del 29 de junio de 2017, en donde se indicó textualmente lo siguiente:

"De acuerdo con la Resolución 255 del 29 de junio de 2017 a partir del 7 de julio se prohíbe de manera temporal el ingreso de visitantes y prestadores de servicios turísticos por medio de transporte marítimo al Parque – Sector de Playa Blanca – Barú.

Descripción del Área:

El Área Protegida se encuentra ubicado en la costa Caribe de Colombia, comprende una amplia zona marina frente a las costas de los departamentos de Bolívar y Sucre, ocupando un área aproximada de





178

120.000 hectáreas en la jurisdicción del Distrito Turístico y Cultural (D.T. y C.) de Cartagena de Indias. El Parque inicia a 23 Km al sur de la ciudad de Cartagena de Indias en el sector de Punta Gigante en el corregimiento de Barú. Y en la zona sur, se encuentra en el bajo Sotavento en el sector del Archipiélago de San Bernardo a 35 km al noreste de la ciudad de Santiago de Tolú.

El Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo se constituye en un valioso conjunto submarino de ecosistemas de la más alta productividad y biodiversidad, que forman la plataforma coralina más extensa del Caribe continental colombiano (unos 420 km²). Allí se encuentran las formaciones arrecifales continentales más importantes del país, muestras singulares de bosques costeros de manglar, extensos pastos marinos que bordean las islas, diversidad de invertebrados y multitud de peces arrecifales multicolores.

La identidad e importancia de esta área protegida a nivel local, regional, nacional y mundial se basa en sus funciones ecosistémicas, procesos ecológicos esenciales, teniendo en cuenta que su complejo estructural amortigua perturbaciones naturales, funciona como barrera coralina que mitiga el impacto de la erosión costera, es el hábitat de peces e invertebrados de valor comercial, posee hermosos y atractivos paisajes que propicia el ecoturismo permitiendo el desarrollo socio-cultural de las comunidades asentadas en el área de influencia, posibilita la educación y sensibilización ambiental, provee la oportunidad para investigaciones en ciencias del mar.¹⁵

Se pudo corroborar entonces que la anterior resolución fue expedida por la Directora General de Parques Nacionales Naturales de Colombia, en donde es evidente que prohíbe de manera temporal el ingreso de visitantes y prestadores de servicios turísticos por medio de transporte marítimo al Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo, en el sector de Playa Blanca - Isla de Barú - a partir del 7 de julio de 2017, sin que se evidencie en los considerandos de dicha resolución que para adoptar esa decisión se hubiese realizado algún proceso de consulta previa con las comunidades que se podrían ver afectadas con la misma.

El actor manifiesta que con la medida adoptada se afecta a la comunidad de la vereda de Playa Blanca, pues esta comunidad devenga su sustento principalmente del turismo que se desarrolla en la zona, resultando a su juicio violatorio de derechos fundamentales el hecho de no haber tenido

¹⁵ <http://www.parquesnacionales.gov.co/portales/ecoturismo/region-caribe/parque-nacional-natural-corales-del-rosario-y-de-san-bernardo/>





en cuenta a la comunidad al momento de tomar la decisión administrativa que los afectó directamente.

Sobre la calidad de comunidad de especial protección para los integrantes de la Vereda Playa Blanca, dicha condición fue acreditada con la certificación aportada por el accionante y que fue expedida por la Secretaria del Interior del Distrito de Cartagena (Folio 38 a 41), sin embargo esta Sala no puede pasar por alto la decisión contenida en la sentencia de tutela T-485 de 2015 expedida por la Corte Constitucional, providencia en la cual la Corte realiza un amplio estudio sobre las comunidades de especial protección que se encuentran ubicadas en la Isla de Barú, comunidades dentro de las cuales se encuentra la de la Vereda Playa Blanca, indicándose en dicho fallo que esta comunidad sí debe ser considerada como de especial protección constitucional, ya que esta condición no se genera con el reconocimiento por parte de una autoridad administrativa, sino que dicho reconocimiento se genera con el solo hecho de demostrar los rasgos étnicos, culturales y sociales que identifican a la comunidad como aquellas que merecen una especial protección por parte del Estado.

La Corte Constitucional de igual forma ha establecido de manera reiterada y consolidada como una sub regla a tener en cuenta, que por el hecho de que no se halle incluida una comunidad dentro de la certificación que expida el Ministerio del interior, como existente en el área de influencia de un proyecto, deba desconocer su existencia y posibilidad de afectación.

En efecto esa alta corporación dijo:

"No cabe desconocer la existencia de comunidades étnicas en la zona de influencia de un proyecto, con el único argumento de que su presencia no ha sido certificada por la entidad respectiva. En consecuencia, cuando se haya certificado la no presencia de comunidades étnicas en la zona de influencia de un proyecto pero otros mecanismos de prueba permiten constatar su existencia, el responsable del proyecto deberá tenerlas en cuenta en los respectivos estudios y dar aviso al Ministerio del Interior, para efectos de garantizar su derecho a la consulta previa. (Sentencias T-693 de 2012, T-993 de 2012 y T-172 de 2013)."¹⁶ (Negritas fuera de texto)

¹⁶ Corte Constitucional sentencia T-197 de 2016 op cit





Respecto de la ubicación geográfica de la Comunidad de la Vereda Playa Blanca, en la sentencia proferida por la Corte Constitucional T-485 de 2015, quedó claro que dicha comunidad tiene influencia directa en la Isla de Barú, incluido el sector Playa Blanca, la cual hace parte del Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo, lugar en el cual la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia, prohibió el ingreso de visitantes y prestadores del servicio turístico por medio de transporte marítimo.

Pues bien, analizando la Sala el material probatorio aportado al expediente, puede concluir que la Comunidad de la Vereda Playa Blanca, sí existe y además dicha comunidad se encuentra dentro del área de influencia que se vio afectada con la expedición de la Resolución No. 0255 del 29 de junio de 2017 expedida por Parques Nacionales Naturales de Colombia "Por medio de la cual se prohíbe de manera temporal el ingreso de visitantes y prestadores de servicios turísticos por medio de transporte marítimo al Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo -sector de Playa Blanca".

En este punto, le es dable a esta corporación concluir que se presentan tres aspectos fundamentales para que se dé la necesidad de la realización de la consulta previa, estos son: (i) La existencia de una comunidad de especial protección, (ii) la existencia de una orden administrativa de impacto, y (iii) la ubicación de la comunidad de especial protección en el área de influencia de una decisión administrativa de restricción, aspectos que al parecer no fueron tenidos en cuenta por parte de la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia.

Así las cosas estima esta Sala que en el caso bajo estudio se ha presentado la vulneración del Derecho Fundamental a la Consulta Previa de la Comunidad étnica de la Vereda Playa Blanca, respecto a la prohibición ingreso de visitantes y prestadores de servicios turísticos por medio de transporte marítimo al Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo -sector de Playa Blanca, ya que a la comunidad se le debió vincular en el proceso administrativo realizado para la expedición de la Resolución No.0255 del 29 de junio de 2017, negándoles con la omisión la posibilidad de escuchar su posición frente a la decisión administrativa de





prohibición, y poder con ello desarrollar alternativas de solución frente a eventuales inconvenientes.

Para esta Corporación, la vulneración de los Derechos Fundamentales a la Consulta Previa, se le vulnera no solo a la Comunidad de la Vereda de Playa Blanca, sino también a todas aquellas comunidades que se encuentren en el área de influencia de la decisión administrativa, por consiguiente se procederá a suspender los efectos de la Resolución No.0255 del 29 de junio de 2017, hasta tanto la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia, realice el correspondiente proceso de consulta previa a todas las comunidades de especial protección que se encuentren en el área de influencia de la misma.

Con respecto de las demás entidades accionadas, la Sala estima que las mismas no han vulnerado derecho fundamental alguno, pues la obligación legal de protección del derecho a la consulta previa, radica en cabeza de la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia, entidad que expidió la Resolución No.0255 del 29 de junio de 2017, sin tener en cuenta que con ello se afectaban comunidades que deben ser especialmente protegidas por el Estado, y con las cuales debió socializar la decisión a través de un proceso administrativo de consulta previa.

LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala 001 de decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Tutelar el derecho fundamental a la Consulta Previa, que le está siendo vulnerados a la Comunidad de la Vereda de Playa Blanca por parte de la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia, entidad que expidió la Resolución No.0255 del 29 de junio de 2017; *"Por medio de la cual se prohíbe de manera temporal el ingreso de visitantes y prestadores de servicios turísticos por medio de transporte marítimo al Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo -sector de Playa Blanca"*.





180

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, suspender los efectos de la Resolución No.0255 del 29 de junio de 2017, hasta tanto la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia, realice un proceso de consulta previa con la Comunidad de la Vereda de Playa Blanca, y con todas las comunidades de especial protección que se encuentren en el área de influencia de la decisión administrativa adoptada en la resolución suspendida.

TERCERO: Declarar la falta de legitimación material en la causa por pasiva respecto de las demás entidades accionadas.

CUARTO: Si no fuera impugnado el presente fallo remítase el respectivo expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

QUINTO: Comuníquese por el medio más expedito a las partes la presente decisión.

SEXTO: ORDENAR a la Defensoría del Pueblo apoyar, acompañar y vigilar el pleno cumplimiento del presente fallo, con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos aquí protegidos. Oficiese por la Secretaría General de esta corporación a la Defensoría para que coordine y cree la comisión pertinente para tal fin.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

Arturo Matson Carballo
ARTURO MATSON CARBALLO

AUSENTE CON PERMISO

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
AUSENTE CON PERMISO

Roberto Mario Chavarro Colpas

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

