

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Magistrado ponente

STC1460-2018

Radicación n.º 13001-22-21-000-2017-00240-02

(Aprobado en sesión de siete de febrero de dos mil dieciocho)

Bogotá, D. C., siete (7) de febrero de dos mil dieciocho
(2018)

Procede la Corte a resolver la impugnación formulada contra el fallo proferido el veintisiete de noviembre de dos mil diecisiete por la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Cartagena, dentro de la acción de tutela que el Consejo Comunitario de Tierra Bomba y otros¹, promueven contra la Agencia Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, el Ministerio del Interior, la Dirección Nacional de Consulta Previa y la Dirección General Marítima, trámite al que se ordenó vincular a la Alcaldía de Cartagena, la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique, la Secretaría del Interior del Distrito

¹ Consejo Comunitario de Punta Arena, Asociación Agropesquera de la Isla de Puntarenas, Los Delfines del Caribe de Puntarena - Empresa Asociativa del Trabajo, Asociación de Pescadores Los Marinos Plus de Puntarena, Cooperativa de Pescadores de Pasacaballos – Coopescas, la Asociación de Pescadores Artesanales El Chapin, Agropez, Asociación de Pescadores Independientes de Pasacaballos, Asociación de Pescadores Artesanales Los Chinos de Tierra Bomba, la Empresa Asociativa de Trabajo de Pescadores de Tierra Bomba Mar Azul, Asopela – Asociación de Pescadores Los Tutipesca de Tierra Bomba, Asociación de Pescadores Independientes de Pasacaballos, Empresa Asociativa de Trabajo Pescadores de Tierra Bomba la Vera de Aaron Poderosa y la Empresa Asociativa del Trabajo de Pescadores de Tierra Bomba los Pulperos.

mencionado y la Financiera Nacional de Desarrollo S.A. FND.

I. ANTECEDENTES

A. La pretensión

Los accionantes, como miembros de las comunidades negras de Punta Arena, Ararca, Pasacaballos, Santa Ana y Tierra Bomba, solicitan la protección de sus derechos fundamentales a la consulta previa, el debido proceso, la identidad cultural y el mínimo vital, los cuales consideran vulneradas por las autoridades accionadas, quienes sin su consentimiento previo adelantaron las labores de dragado de profundización y ampliación del puerto de Cartagena.

Pretenden, en consecuencia, que se suspenda la ejecución del proyecto mencionado, hasta que se agote con sus comunidades el trámite de consulta previa a fin de que se adopten medidas que mitiguen los daños que tales labores les han causado.

B. Los hechos

1. Mediante oficio radicado el 21 de octubre de 2013 el Invias solicitó al Ministerio del Interior que certificara la existencia de comunidades étnicas en el área donde se desarrollaría el proyecto denominado «*OPTIMIZACIÓN DE LAS ACTUALES CARACTERÍSTICAS DEL CANAL DE ACCESO EXISTENTE A LA BAHÍA DE CARTAGENA, EN LOS SECTORES DE BOCHACHICA Y*

MANZANILLO», suministrando para el efecto las coordenadas en donde se realizarían las labores de dragado para la ampliación y profundización del terreno. [Folio 181, c. 1]

2. En vista de lo anterior, a través de resolución 1733 de 19 de noviembre de 2013, la Dirección de Consulta Previa certificó que en las coordenadas indicadas se registra la presencia del «Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Caño de Loro y Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Bocachica», razón por la que le indicó que en caso de que se lleve a cabo la ejecución del proyecto, necesario era que se agotara el procedimiento de consulta previa establecido en el artículo 330 de la Constitución Política.

Igualmente advirtió, que si «*el ejecutor del proyecto, obra o actividad llegare a identificar afectaciones directas a una más comunidades étnicas, antes, durante o después de la ejecución del proyecto, obra o actividad, deberá informar de inmediato a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y solicitar que se inicie el proceso de consulta*».

3. En vista de lo anterior, Financiera de Desarrollo Nacional S.A. – FDN² adelantó ante la Dirección de Consulta Previa la solicitud necesaria para que se adelantara el trámite respectivo con las comunidades mencionadas.

4. Agotadas las etapas pertinentes, el 29 de mayo de 2014 se llevó a cabo reunión de protocolización de los

² Mediante convenio interadministrativo 3398 de 25 de noviembre de 2013 el Invias le asignó la gerencia técnica, ambiental, administrativa y financiera del proyecto.

acuerdos a los que llegaron FDN y los Consejos Comunitarios de Caño de Loro y Bocachica, reunión a la que se hizo presente los representantes legales de la comunidad, los de la sociedad encargada de la ejecución del proyecto y los representantes del Ministerio del Interior, la Alcaldía de Cartagena, Invias y el Personero de la ciudad.

6. En vista de lo anterior, mediante resolución 868 de 1 de agosto de 2014 la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA autorizó el «*Dragado de profundización del canal de acceso a la Bahía de Cartagena*», labores que se realizarían en los sectores denominados *Bocachica y Manzanillo*.

7. Durante el 11 y el 17 de diciembre de 2014 el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH, visitó las comunidades de Pasacaballos, Ararca, Tierra Bomba, Santa Ana y Punta Arenas para constatar la ejecución de prácticas de tránsito, usos y costumbres de los consejos comunitarios de dichas comunidades en el área certificada para el proyecto antes mencionado y concluyó la influencia negativa de las labores de dragado, en la actividad pesquera que los afrodescendientes desarrollaban.

8. Ante la negativa en el agotamiento del trámite de consulta previa, los accionantes, como integrantes de las comunidades mencionadas, acuden a la acción de tutela con el fin de que se ordene la suspensión de la licencia a través de la cual se permitió la ampliación del canal, toda vez que de acuerdo con el estudio realizado por el Instituto

Colombiano de Antropología e Historia, el dragado afecta gravemente la actividad pesquera que da sustento económico a su población.

En esa medida consideran que previo a la ejecución del proyecto, tal como ocurrió con las comunidades de Caño de Loro y Bocachica, se debe agotar el procedimiento de consulta previa para lograr un acuerdo que satisfaga las incomodidades que la ampliación les genera.

C. El trámite de la primera instancia

1. En auto de 15 de noviembre de 2017 la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Cartagena, avocó el conocimiento del asunto, y ordenó la notificación de las autoridades accionadas y de aquellas vinculadas al presente trámite.

2. Invias advirtió la improcedencia del amparo invocado por los accionantes, pues considera que si los mismos se sentían afectados con el contenido de la resolución 1733 de 19 de noviembre de 2013, a través de la cual se estableció cuáles eran las comunidades afrocolombianas que resultaban directamente afectadas por el proyecto de ampliación, debieron haber presentado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra dicho acto administrativo. Indicó que no se cumple el presupuesto de inmediatez, toda vez que desde que culminaron las obras, 11 de noviembre de 2015, han transcurrido más de seis meses.

La Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique informó que la licencia del proyecto de ampliación del puerto de Cartagena no fue otorgado por ellos, sino por la Autoridad de Licencias Ambientales, siendo dicha entidad la encargada de dar el informe correspondiente respecto a los permisos, autorizaciones, y concesiones para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales allí involucrados.

La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales refirió que no es la llamada a agotar el procedimiento de consulta previa pretendido por los reclamantes, toda vez que dicha función esta en cabeza del Ministerio del Interior, a través de la Dirección de Consulta Previa, y ante la solicitud que al respecto haga el Invias, por ser la encargada del proyecto. Explicó que la licencia de ampliación se otorgó porque el Invias acreditó el cumplimiento de las exigencias legales respectivas, específicamente el agotamiento previo de la consulta con las comunidades que de acuerdo con el certificado expedido por el Ministerio del Interior resultarían afectadas, en las que no se incluían las hoy reclamantes.

La Dirección General Marítima informó que con ocasión del proyecto hoy cuestionado se agotó el trámite de consulta previa con las comunidades de Caño de Loro y Bocachica, pues fueron las entidades que el Ministerio del Interior, de acuerdo con la resolución 1733 de 19 de noviembre de 2013, certificó que se encontraban en el área de influencia de proyecto. Explicó que *«muy a pesar de estar registrados en la Alcaldía de Cartagena los consejos comunitarios de Tierra Bomba y*

Puntarenas, Pasacaballos, Santa Ana, Ararca, el Ministerio del Interior Dirección de consulta Previa NO reconoce la presencia de estos grupos étnicos, en el área de influencia del proyecto de optimización de las actuales características del canal de acceso existente a la bahía de Cartagena en los sectores de Bocachica y Manzanillo» por lo que afirmó, que «las omisiones del Ministerio del Interior de Consulta Previa de no reconocer la existencia de las comunidades negras de Puntarena y Tierra Bomba dentro del Área de influencia del Proyecto constituye la vulneración de los derechos fundateles» reclamados por los accionantes.

La Financiera de Desarrollo Nacional indicó que a pesar de que la resolución del Ministerio del Interior les informó la obligación que tenían de iniciar un nuevo proceso de consulta previa en caso de que advirtieran la existencia de otras comunidades afectadas, lo cierto es que de acuerdo con los informes rendidos por el Ica y la ANLA, una vez finalizado el trabajo de excavación, no se registró ningún tipo de queja, por lo que en el caso no es posible acceder a las pretensiones invocadas por los quejosos.

El Ministerio del Interior solicitó que se declare la improcedencia del resguardo constitucional, en tanto las entidades accionantes no acreditan las condiciones necesarias para que se les considere titulares del derecho a la consulta previa.

La Secretaría del Interior y Convivencia Ciudadana de Cartagena informó que no es la autoridad encargada de ejecutar los trámites pertinentes para que se agote la consulta previa requerida por los accionantes, sin embargo

explicó que las Comunidades Negras de Tierra Bomba, Punta Arenas, Pasacaballos, Santa Ana y Punta Ararca se encuentran registradas como comunidades afrodescendientes en el libro que para el efecto allí se lleva.

3. En fallo de 27 de noviembre de 2017 la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras declaró la falta de legitimidad de la Empresa Asociativa de Pescadores de Tierra Bomba la Vera de Aaron Poderosa, Empresa Asociativa de Trabajo de Pescadores de Tierra Bomba Los Pulperos, Asociación Agropesquera de la Isla Punta Arena, Coopesca, Asociación de Pescadores Artesanales el Chapín y la Empresa Asociativa de Trabajo Los Delfines, toda vez que sus representantes legales no suscribieron el poder que se otorgó a quien formuló el amparo.

Empero, lo concedió respecto de los demás accionantes, pues estableció que las mismas se encontraban dentro del área de influencia de la profundización y ampliación del puerto de Cartagena.

En ese sentido ordenó a la Ministerio del Interior que dé inicio al proceso de consulta previa con el Consejo Comunitario de Tierra Bomba y Punta Arena, lo que debe hacer en asocio con la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, la Dimar, el Fondo de Desarrollo Nacional y el Invias de manera concertada.

4. La Financiera de Desarrollo Nacional impugnó la determinación anterior advirtiendo que la delimitación del

área de influencia del proyecto se hace desde antes de que se otorgue la licencia respectiva, razón por la cual, una vez establecido e informado por parte del Ministerio del Interior cuáles eran las comunidades que resultarían afectadas, se procedió a agotar la consulta, la que claramente no se cumplió con las hoy accionantes, de atender que el ente ministerial no hizo alusión a aquellas. Indicó que no existe ningún tipo de soporte o evidencia que permita concluir la afectación alegada por los reclamantes.

Invias hizo lo propio refiriendo que no es posible otorgar la protección del derecho a consulta previa respecto de excavaciones futuras, en tanto aún no se cuenta ni se sabe a cuántos procesos de dragado debe someterse el puerto de Cartagena, indicó que las corrientes marinas son indescifrables, por lo que en la actualidad no es posible saber en qué lugar se presentarían los sedimentos o acumulación de tierras o material marino. Indicó que no fue la encargada de la ejecución del proyecto, por lo que carece de legitimación para intervenir en el trámite de consulta previa requerido.

El Ministerio del Interior adujo que de acuerdo con lo establecido en la sentencia T-348 de 2012 las asociaciones de pescadores no son titulares del derecho a la consulta previa, por lo que no es posible acceder al amparo reclamado por las empresas accionantes.

II. CONSIDERACIONES

1. La jurisprudencia ha reconocido que las comunidades afrocolombianas son grupos culturalmente diferenciados que cuentan con derechos grupales especiales y que pueden clasificarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Convenio 169 de la OIT, como un «*pueblo tribal*», para efectos de la aplicación de dicho Acuerdo.

En ese sentido, son titulares de unas garantías especiales ligadas al principio de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, reconocidos por la Constitución y el mencionado Convenio, entre ellos, los de propiedad colectiva sobre sus territorios, la participación, educación, salud, un medio ambiente sano, la biodiversidad y a determinar el modelo de desarrollo que desean seguir, entre otros.

De manera, que tal garantía de los dichos grupos comprende tres aspectos importantes: **(i)** a la participación, que hace referencia a que los integrantes de la comunidad puedan hacer parte en los asuntos que los involucren directamente, como por ejemplo el mecanismo contemplado en la Ley 70 de 1993, que exige una consulta previa a éstos en determinados eventos; **(ii)** el derecho a participar en la toma de decisiones políticas, y **(iii)** la garantía de autogobierno.

Respecto del primero, debe decirse que el elemento fundamental adscrito a la protección de este derecho lo constituye la determinación de qué es una «*afectación*»

directa» sobre las atribuciones de una comunidad. Concepto del que se ha encargado de desarrollar la jurisprudencia constitucional, para indicar que «hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas»³, o afrodescendientes.

De igual forma, también se aclaró que dicha garantía de participación se desarrolla en tres facetas: «(i) la simple participación, asociada a la intervención de las comunidades en los órganos decisorios de carácter nacional, así como en la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen; (ii) la consulta previa frente a cualquier medida que los afecte directamente; y (iii) el consentimiento previo, libre e informado cuando esa medida (norma, programa, proyecto, plan o política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial.»

De manera, que no existe una única forma de hacer efectiva esta atribución, ya que ello depende de las características de la comunidad que afecte, así como de los componentes de la medida. Sin embargo, la complejidad de esa prerrogativa sí implica la adopción de todas las atribuciones establecidas en cabeza de la administración pública, de manera que el proceso logre articular a todas las personas y permita un diálogo claro, sincero, completo y fructífero, entre ésta y la comunidad étnica.

La consulta previa no se circunscribe al caso de la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas (artículo 330 CP) ni al de la delimitación de las

³T-376 de 2012

entidades territoriales indígenas o a terrenos adjudicados a las comunidades afrodescendientes (artículo 329 CP), que fueron los expresamente previstos por la Constitución, sino que de acuerdo al Convenio 169 de OIT ratificado por nuestro país mediante la Ley 21 de 1991, se extiende a toda medida susceptible de afectar directamente a las comunidades étnicas, es decir a todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidad étnicas, sin importar la escala de perjuicio.

Como tampoco se puede admitir que tal procedimiento, se agote, con meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines, sino que es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para éste del territorio y sus recursos; así como las alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas, para lograr determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención, representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma. (CSJ STP, 14 jun. 2012, rad. 60870)

En tal sentido la jurisprudencia ha señalado que:

'... con miras a preservar la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, tal como lo prevé el artículo 7º de la Carta Política los procesos de consulta previa, previstos en el Convenio 169 de la OIT, tendrán que comprender todas las medidas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas y tribales directamente, en particular los relacionados con '<<el hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera>>', con el fin de salvaguardar plenamente sus derechos, así 'las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia - artículos 13 y 14 Ley 21 de 1991' » (CSJ STP, 14 jun. 2012, rad. 60870).

2. Ahora bien frente a la procedencia de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales de participación de los pueblos afrocolombianos, se ha dicho por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que: *«los integrantes de los grupos étnicos y sus organizaciones, en cuanto portadores de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, no cuentan con mecanismos especiales para la protección de su derecho fundamental a subsistir como tales. (T-955 de 17 de octubre de 2003).*

En un fallo más reciente estableció que:

« [L]a procedibilidad de las tutelas promovidas por minorías étnicas y, en general, por grupos y sujetos en situación de vulnerabilidad debe examinarse con criterios ponderados. Tal flexibilización tiene su justificación en la necesidad de derribar los obstáculos y las limitaciones que han impedido que estas poblaciones accedan a los mecanismos judiciales que el legislador diseñó para la protección de sus derechos en las

mismas condiciones en que pueden hacerlo otros sectores de la población. En aras de compensar esas dificultades y de hacer efectivo el deber de especial protección que las autoridades y, en especial, los jueces de tutela, tienen frente a los grupos y sujetos de especial protección constitucional, la Corte ha admitido, por ejemplo, que las tutelas que buscan el amparo de los derechos fundamentales de una comunidad étnica sean instauradas por cualquiera de sus integrantes, o incluso, por las organizaciones que agrupan a los miembros de la comunidad de que se trate.»
(Subraya la Sala)

En el caso, la acción se interpuso por distintas asociaciones de pescadores, las cuales están conformadas por integrantes de uno de éstos grupos y sujetos especiales protección.

En efecto, dentro del trámite se acreditó que ellos hacen parte de las comunidades negras de Tierra Bomba, Punta Arenas, Pasacaballos, Santa Ana y Punta Ararca, cuya conformación y reconocimiento se encuentra acreditada en el expediente por las certificaciones que anexó la Secretaría del Interior y Convivencia Ciudadana de Cartagena, por lo que no cabe duda que es procedente estudiar la queja constitucional, bajo el entendido que tratándose del derecho de participación de una comunidad afrodescendiente y que para proteger la misma no cuentan con otro mecanismo eficaz para propender por sus garantías constitucionales y a que tal grupo merece una protección especial.

Sin que en este caso sean de recibo los argumentos que el Ministerio del Interior expuso tanto en la contestación como en la impugnación, relacionados con la impertinencia de que una asociación pesqueras invoque la protección del derecho fundamental a la consulta previa, pues si bien en la sentencia T-348 de 2012 se determinó la improcedencia de tal prerrogativa respecto de la entidad allí accionante, esto obedeció a que no se acreditó que las personas naturales asociadas a dicha entidad pertenecieran a un grupo étnico debidamente reconocido, situación que en el caso que hoy nos ocupa no se presenta, pues además de las certificaciones emitidas por la Alcaldía de Cartagena, obra en el expediente estudio emitido por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia en el que se incluyen además de las entidades aquí accionantes, un grupo adicional de asociaciones pesqueras que hacen parte de las comunidades afrodescendientes que se encuentran dentro del área de influencia del proceso de dragado, como más adelante se explicará.

3. Ahora bien, atendidos los argumentos que fundan la solicitud de protección y la actuación de las autoridades accionada, se encuentra que se están vulnerando los derechos fundamentales, no sólo de los Consejos Comunitarios de Punta Arenas y Tierra Bomba, sino además de los de Pasacaballos, Santa Ana y Punta Ararca, a los cuales hacen parte las asociaciones de pescadores acá accionantes, por lo que se torna entonces necesaria la concesión del amparo constitucional aquí invocado.

En el presente caso, la defensa de la mayoría de las entidades accionadas se funda en afirmar que se cumplió el procedimiento establecido por la ley para obtener la licencia ambiental necesaria para la ejecución del proyecto denominado «*optimización de las actuales características del canal de acceso a la bahía de Cartagena en los Sectores de Bocachica y Manzanillo*», incluyendo el trámite de consulta previa con las comunidades que resultarían afectadas, las cuales, de acuerdo con la información suministrada por el Ministerio del Interior, se reducían única y exclusivamente a los Consejos Comunitarios de Bocachica y Caño de Loro.

Sin embargo, verificada la certificación que el ente ministerial emitió el 19 de noviembre de 2013, si bien es posible desprender la veracidad de tal argumento, también se advierte que dicha institución estableció la necesidad de agotarse un nuevo procedimiento de consulta en caso de que antes, durante o después de la ejecución del dragado se estableciera la presencia de nuevos grupos étnicos afectados con la excavación.

Al respecto, en el numeral cuarto de la resolución mencionada, fue clara la Dirección de Consulta Previa en indicar:

«Si el ejecutor del proyecto, obra o actividad llegare a identificar afectaciones directas a una o más comunidades étnicas, antes, durante o después de la ejecución del proyecto, obra o actividad, deberá informar de inmediato a la Dirección de consulta Previa del Ministerio del Interior y Solicitar que esta inicie el proceso de consulta»

Condición que en el caso fue incumplida por las autoridades accionadas, específicamente por la Financiera de Desarrollo Nacional S.A., entidad que de acuerdo con lo establecido en el convenio interadministrativo 3398 de 25 de noviembre de 2013 fue a quien el Invias le asignó la ejecución del proyecto.

Lo anterior de atender que las perturbaciones que hoy denuncian los accionantes fueron detectadas desde el momento en que se inició la ejecución del proyecto, pues, así lo certificó el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, en el trámite del proceso de seguimiento de las afectaciones que causó el proyecto de optimización del puerto de Cartagena.

Dicha labor, de acuerdo con lo establecido en el documento obrante a folio 46 del cuaderno principal, cuyo contenido no fue objetado por ninguno de los accionados, fue ejercida entre el 11 y 17 de diciembre de 2014, e implicaba realizar un trabajo de campo en las *«comunidades de Pasacaballos, Ararca, Tierra Bomba, Santa Ana y Punta Arenas de la Bahía de Cartagena»* y tenía como fin *«constatar la ejecución de prácticas de tránsito, usos y costumbres de los Consejos Comunitarios de dichas comunidades en el área certificada para el proyecto “optimización de las actuales características del canal de acceso a la Bahía de Cartagena en los sectores de Bocachica y Manzanillo»*, laborío que se desarrolló no sólo con la presencia de funcionario del instituto mencionado, sino además con la de

representantes del Ministerio del Interior y de las comunidades afectadas.

Como resultado de dicho trabajo, el instituto emitió las siguientes conclusiones:

(...) La actividad pesquera, además de ser una actividad económica y social, constituye una parte importante de la cultura de los integrantes de todos los consejos comunitarios citados; (...) los pescadores de estos mismos consejos transitan y realizan faenas pesqueras en el área certificada»

(...)

« [L]a afectación que tienen y tendrán las obras del proyecto mencionado varía de un consejo al otro: unas comunidades son afectadas durante la ejecución de la obra, otras serán afectadas por el tráfico de buques que habrá una vez el proyecto esté terminado»

En ese sentido, y luego de precisar que la pesca artesanal ejercida por los integrantes de las comunidades mencionadas constituyen parte fundamental de su identidad cultural, pues ha sido una práctica que ha pasado de generación en generación, procedió el instituto a certificar las repercusiones que la ampliación generaba en cada una de las comunidades visitadas.

Frente a la comunidad de Tierra Bomba y Punta Arenas explicó:

«Los pescadores de estas comunidades realizan sus faenas en los puntos identificados como bajo de San Medina, Bongo 1, Bongo 2, Sequete, Bajo la Piedra, Punta Canoa, Las Campanas y Tesoro. Aunque sea poca la actividad pesquera dentro de la

Bahía de Cartagena hay varios aspectos del proyecto que les afectan. En primer lugar, pescadores a pulmón de ambos corregimientos realizan sus prácticas en el polígono de bocachica, por lo tanto, durante el dragado la pesca de langosta y caracol en esta zona no va a hacer (sic) viable y es posible que después tampoco. En segundo lugar, uno de los lugares de pesca en mar abierto corresponde con la zona de botadero de las obras, situación que les impedirá seguir pescando ahí.

Por otro lado, los dos corregimientos se encuentran cerca a la zona de dragado del polígono de Manzanillo, zona por la cual circulan los buques Post – Panamax (de máximo 14000 TEU), los habitantes de ambas comunidades manifiestan preocupación frente al hecho de que el oleaje producido por estos barcos aumenta la erosión existente en la isla.

Respecto a la comunidad de Pasacaballos explicó:

Los pescadores de este Consejo Comunitario pescan en el Canal del Dique, en Ciénaga Honda, la ciénaga del Coquito y cerca del polígono de Bocachica. Aunque durante las obras de dragado sus áreas de pesca no se verá afectadas, una vez termine el proyecto, el tránsito de los barcos coincidirá con las mismas.

Ahora bien, frente a las comunidades de Ararca y santa Ana refirió:

«Los pescadores de estos dos consejos comunitarios pescan dentro de la Bahía de Cartagena, en la ciénaga de coquito, en el Canal del Dique, en la Bahía de Barbacoas. Estas son las dos comunidades que quedan más afectadas de las zonas de dragado y, por tanto, quienes son menos afectadas en el momento de las obras. Sin embargo, los pescadores de estos dos consejos comunitarios son quienes más pescan dentro de la Bahía de Cartagena, pues no tienen ni las herramientas, ni las embarcaciones adecuadas para realizar faenas en mar abierto.

Por lo tanto, van a ser los más afectados si los espacios de pesca dentro de la Bahía continúan reduciéndose una vez el canal de acceso a la Bahía se haya optimizado. Se debe, por tanto, permitir la circulación y pesca dentro de la Bahía de Cartagena».

Quiere decir lo anterior, que contrario a lo afirmado por las accionantes, en el expediente obra sufriente material probatorio que da cuenta de la afectación a la que se han visto sometidas las comunidades afrocolombianas aquí señaladas, pues el proceso de ampliación del puerto de Cartagena ha generado el aumento de tránsito marítimo que inevitablemente genera un impacto negativo en el ejercicio de la pesca artesanal, actividad que por ellos ha sido reconocida e identificada como una práctica ancestral y de la cual derivan su sustento económico diario.

Frente a lo cual, es del caso precisar que la legislación colombiana ha sido cuidadosa en adoptar medidas tendientes a la protección de las prácticas ancestrales y evitar su extinción, al respecto la ley 70 de 1993, señala:

«ARTICULO 19. Las prácticas tradicionales que se ejerzan sobre las aguas, las playas o riberas, los frutos secundarios del bosque o sobre la fauna y flora terrestre y acuática para fines alimenticios o la utilización de recursos naturales renovables para construcción o reparación de viviendas, cercados, canoas y otros elementos domésticos para uso de los integrantes de la respectiva comunidad negra se consideran usos por ministerio de la ley y en consecuencia no requieren permiso.

Estos usos deberán ejercerse de tal manera que se garantice la persistencia de los recursos, tanto en cantidad como en calidad.

El ejercicio de la caza, pesca o recolección de productos, para la subsistencia, tendrá prelación sobre cualquier aprovechamiento comercial, semi-industrial, industrial o deportivo.»

4. Ahora bien, pese a que no es punto de inconformidad, necesario es que la Sala se pronuncie respecto de la falta de legitimación que advirtió el Tribunal de Cartagena frente algunas de las entidades accionantes, la que se fundó en la falta de suscripción de poder que se aportó junto con el escrito de tutela.

Al respecto, si bien la falencia advertida se cometió, lo cierto es que dado el material probatorio obrante en la actuación, en el presente asunto está probado que dichas asociaciones están conformadas por personas integrantes de las comunidades afrodescendientes a las que aquí se ha hecho referencia, a tal punto que el Instituto Colombiano de Antropología e Historia dentro de su informe no solo incluyó a las 14 asociaciones que acudieron a este trámite, sino además enlistó a 20 asociaciones pesqueras que siendo integrantes de dichas comunidades ejercen su labor en la zona de influencia del proyecto hoy cuestionado.

Quiere decir lo anterior, que pese a que la representación de dichas entidades no se ejerció en debida forma, al estar plenamente probado en el expediente que aquellas están siendo gravemente afectadas por las labores de dragado, necesario es que la protección constitucional se extienda a los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras de Ararca, Punta Arenas, Tierra Bomba,

Pasacaballos y Santa Ana, de las que son integrantes los asociados de las agrupaciones pesqueras que aquí fungen como accionantes.

Sin que este de más advertir que la anterior determinación no lesiona el principio de la «*no reformatio in pejus*», pues ha sido reiterada la jurisprudencia que ha señalado que en tratándose de acciones constituciones como la que aquí se estudia el mencionado principio no puede aplicarse, en la medida en que es deber del juez de segunda instancia enderezar la decisión que revisa en sede de impugnación, cuando la misma no logre la efectiva protección de los derechos que se encuentren vulnerados.

Al respecto ha manifestado esta Sala que el juez *a quem* no se encuentra limitado por el principio en comento, ya que «*tiene el deber de adoptar una decisión que se ajuste con los lineamientos superiores, aunque con su pronunciamiento se agrave la situación de quien apeló*»⁴.

5. De ahí, que al advertirse el incumplimiento por parte de la Financiera Nacional de Desarrollo S.A. y del Invias del cumplimiento de la condición incluida en la resolución 1733 de 19 de noviembre de 2013, necesario se tornaba la concesión del amparo impetrado, no obstante, teniendo en cuenta que el trámite de inicio de la consulta previa esta en cabeza de dichas entidades, se modificará el fallo a efectos de que se amplié la cobertura de la protección otorgada, tal como se advirtió en el numeral anterior, y se

⁴ Fallo de 9 de septiembre de 2013, exp. 00148-01.

enderece la orden a efectos de que esta se dirija en contra de las autoridades llamadas a agotar el procedimiento de consulta.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **MODIFICA** el fallo de fecha y procedencia anotadas, el cual, para mayor claridad, quedará así:

PRIMERO: CONCEDER el amparo del derecho fundamental de los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras de Tierra Bomba, Punta Arenas, Ararca, Pasacaballos y Santa Ana, de las que son integrantes las comunidades aquí accionantes.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de la FINANCIERA DE DESARROLLO NACIONAL S.A. y al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – Invias que en el término improrrogable de un mes, contado a partir de la notificación de esta decisión, inicie las labores necesarias para que ante el Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa, se agote el trámite de consulta previa con las comunidades Negras de Tierra Bomba, Punta Arenas, Ararca, Pasacaballos y Santa Ana, con el fin de superar las consecuencias lesivas que el proyecto denominado OPTIMIZACIÓN DE LAS ACTUALES CARACTERÍSTICAS DEL CANAL DE ACCESO A LA BAHÍA DE CARTAGENA EN

LOS SECTORES DE BOCACHICA Y MANZANILLO, generó en sus actividades ancestrales.

TERCERO. En el trámite de consulta previa deberá intervenir la Secretaría del Interior de la Alcaldía de Cartagena, la Dirección General Marítima – Dimar, la Personería Distrital de Cartagena de Indias, la Defensoría del Pueblo – Regional Bolívar, la Procuraduría de Ambiente Agraria y la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique – Cardique, tal como ocurrió en la consulta previa que se agotó con las comunidades de Cano de Loro y Bocachica.

Comuníquese telegráficamente lo aquí resuelto a las partes; y, en oportunidad, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

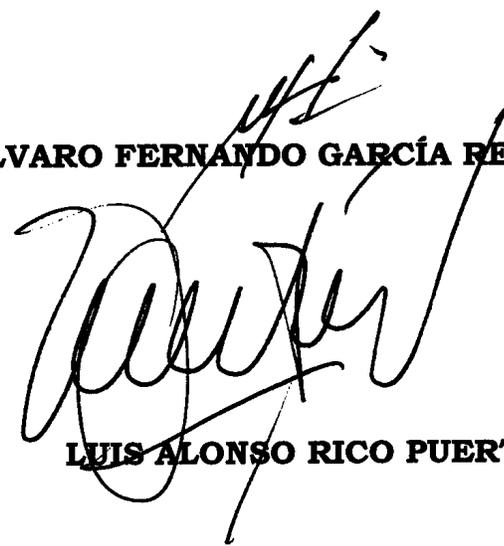


AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Presidente de Sala



MARGARITA CABELLO BLANCO



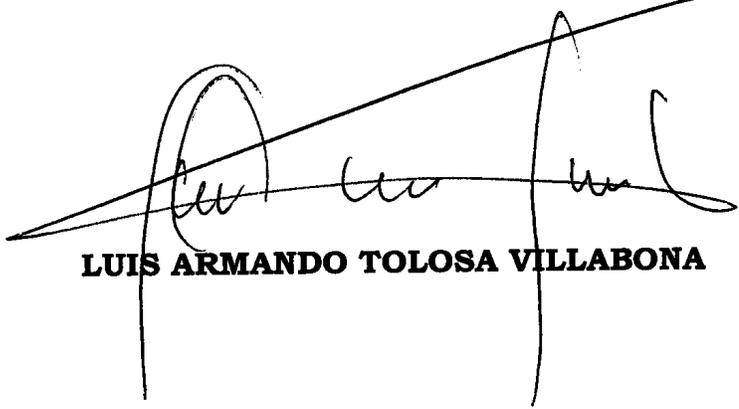
ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

LUIS ALONSO RICO PUERTA



ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA