

ACCIÓN DE TUTELA - Ampara el derecho a la consulta previa / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA - Se configura ya que la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia prohibió temporalmente 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 sin adelantar la consulta previa / CONSULTA PREVIA - Comprende obtener el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades diferenciadas, que permita la viabilidad de la actuación / COMUNIDADES NEGRAS - Sujetos de especial protección / COMUNIDADES ÉTNICAS - Uno de los objetivos de la consulta previa es lograr la protección de la integridad étnica de las comunidades

[A]nte la diversidad de derechos que resultan protegidos con la realización efectiva de la consulta previa, y ante la inexistencia de medios judiciales ordinarios que permitan su ejecución, se ha determinado que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para lograr su garantía y materialización. (...) se concluye que se debió surtir el procedimiento de consulta previa a la adopción de las medidas administrativas mediante las que se afectaron las áreas de tratamiento especial, ya que repercutieron directamente y de manera particular en las comunidades diferenciadas, en lo que atañe a su territorio. Con base en lo expuesto, la Sala encuentra que se probó la vulneración al derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad de la Vereda de Playa Blanca, con la expedición de la Resolución No. 0255 del 29 de junio de 2017, por la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia, pues a pesar que dicha prohibición se implementó de manera temporal, vulnera los derechos de los habitantes del sector de Playa Blanca, ya que se desconocieron los criterios que ha considerado la Corte Constitucional a efectos de establecer la procedencia de la consulta previa frente a una comunidad o minoría étnica, desconociendo que se debe contar con dichas comunidades antes de adoptar una decisión que pueda afectarlos, con el fin de garantizar aspectos tales como su cultura, tradiciones, costumbres, medios de subsistencia, entre otros. Como consecuencia de las precedentes razones, la Sala habrá de confirmar la sentencia de tutela de primera instancia proferida Tribunal Administrativo de Bolívar, de 4 de agosto de 2017, que amparó el derecho fundamental a la consulta previa.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 7 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 13 / CONVENIO 169 DE LA OIT / LEY 29 DE 1991 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 46 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTÍCULO 32 / DECRETO 1320 DE 1998 / DECRETO 1066 DEL 2015 /

NOTA DE RELATORÍA: Respecto a los derechos de las comunidades étnicas, ver: Corte Constitucional, sentencia de 5 de agosto de 2015, exp: T-485, M.P. Myriam Ávila Cortés (E). En cuanto a los pueblos tribales, ver: Corte Constitucional, sentencia de 14 de febrero de 2001, exp: C-169, M.P. Carlos Gaviria Díaz. En cuanto a que las comunidades negras encuadran dentro del concepto de pueblos tribales, ver: Corte Constitucional, sentencia de 4 de agosto de 2014, exp: T-576, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Acerca de las comunidades afrocolombianas, como sujetos de especial protección, ver: Corte Constitucional, sentencia de 4 de septiembre de 2014, exp: T-646, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sobre la consulta previa adquiere la connotación de derecho fundamental, ver: Corte Constitucional, sentencia de 03 de febrero de 1997, exp: SU-039, M.P. Antonio Barrera Carbonell y sentencia de 04 de agosto de 2014, exp: T-576, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En cuanto a la importancia e impacto que tiene la participación directa de las comunidades indígenas mediante consulta previa en

las decisiones que les puedan afectar, ver: Corte Constitucional, sentencia de 31 de octubre de 2014, exp: T-800, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y sentencia de 13 de mayo de 2003, exp: SU-383, M.P. Alvaro Tafur Galvis. En cuanto a la preservación de la identidad étnica y cultural, ver: Corte Constitucional, sentencia de 12 de noviembre de 2013, exp: T-795, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En cuanto a los criterios para identificar una vulneración directa de grupos étnicos, ver: Corte Constitucional, sentencia del 18 de marzo del 2009, exp: C-175, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Procedencia excepcional de la acción de tutela ante la existencia de un perjuicio irremediable, ver: Corte Constitucional, sentencia del 15 de mayo de 2017, exp: T-328, M.P. Iván Humberto Escruce Mayolo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá, D. C., ocho (8) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 13001-23-33-000-2017-00677-01(AC)

Actor: JOSÉ DAVID MIRANDA LÓPEZ

Demandado: MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE Y PARQUES NACIONALES NATURALES DE COLOMBIA

La Sala decide la impugnación presentada por el **Ministerio del Interior Dirección de Consulta Previa** en contra de la sentencia de 4 de agosto de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Número Uno, que rechazó la solicitud de amparo.

I. LA SOLICITUD DE TUTELA

El señor **José David Miranda López** reclama el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la consulta previa libre e informada, al derecho a la participación, al derecho a la autodeterminación de los pueblos, a la autonomía de las comunidades étnicas, al territorio, al derecho al trabajo, al mínimo vital, a la seguridad alimentaria en conexidad con el derecho a la vida, los cuales estima le fueron vulnerados por el **Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y Parques Nacionales Naturales de Colombia**, al haberse expedido la Resolución No. 0255 del 29 de junio de 2017, sin haber realizado el proceso de consulta previa.

El accionante fundamenta la solicitud de amparo en los siguientes hechos:

1. Sostiene que la Comunidad Negra de Playa Blanca ha venido habitando el territorio de Playa Blanca en la Isla de Barú – Cartagena de Indias, donde se estableció el CONSEJO COMUNITARIO DE NEGRITUDES DE LA VEREDA DE PLAYA BLANCA, el cual fue constituido mediante la Asamblea General realizada el 12 de agosto de 2012 y sus miembros se auto reconocen como afrocolombianos.
2. Señala que ésta comunidad ejerce una ocupación colectiva sobre el territorio, en el cual llevan a cabo todas sus actividades culturales y prácticas tradicionales de producción económica.
3. Refiere que la Corte Constitucional en la sentencia T-485 de 2015 se pronunció sobre la existencia de la Comunidad Afrodescendiente de Playa Blanca, y manifestó que cuenta con especial protección y goza de derechos territoriales.
4. Manifiesta que 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, por tanto ha cambiado sus prácticas económicas tradicionales, pasando de ser una comunidad de pescadores y agricultores a prestar servicios turísticos.
5. Indica que el 29 de junio de 2017, PARQUES NACIONALES NATURALES DE COLOMBIA (PNN) 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 ella los derechos fundamentales alegados, en razón a que dicha decisión debía haberse ejecutado con la realización anterior de la consulta previa con la comunidad.

II. PRETENSIONES

El accionante señala como pretensiones de la acción de tutela las siguientes:

“PRIMERO. Que se ampare los derechos fundamentales (sic) debido proceso (Art. 29 superior), a la consulta previa libre e informada, el derecho a la participación (arts. 1º,2º y 40 superior), derecho a la autodeterminación de los pueblos (art. 9º superior), autonomía de las comunidades étnicas, el derecho al territorio, el derecho al trabajo, a la seguridad alimentaria, al mínimo vital en conexidad con el derecho a la vida vulnerados a la Comunidad Negra del CONSEJO COMUNITARIO DE NEGRITUDES DE LA VEREDA DE PLAYA BLANCA, por parte del MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE Y PARQUES NACIONALES NATURALES DE COLOMBIA (PNN), por haberse expedido la Resolución No. 0255 del 29 de junio de 2017, de (sic) expedida por PNN “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” sin haberse realizado la respectiva consulta previa libre e informada con la comunidad negra de Playa Blanca.

SEGUNDO: Sírvase ORDENAR, de carácter urgente y con el ánimo de evitar un perjuicio irremediable, la nulidad de la Resolución No. 0255 del 29 de junio de 2017, expedida por PARQUES NACIONALES NATURALES DE COLOMBIA (PNN) y el MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, con el fin que se realice la consulta previa libre e informada con la comunidad negra del CONSEJO COMUNITARIO DE NEGRITUDES DE LA VEREDA DE PLAYA BLANCA.

TERCERO: Sírvase ORDENAR a PARQUES NACIONALES NATURALES DE COLOMBIA (PNN) y el MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE realizar con carácter urgente la consulta previa libre informada con la comunidad negra del CONSEJO COMUNITARIO DE NEGRITUDES DE LA VEREDA DE PLAYA BLANCA.

CUARTO. Para llevar a cabo la solicitada consulta previa libre e informada con la comunidad del CONSEJO COMUNITARIO DE NEGRITUDES DE LA VEREDA DE PLAYA BLANCA, sírvase ordenar a la Procuraduría delégala (sic) para Asuntos Étnicos, la Defensoría del Pueblo Regional Bolívar, la Personería Distrital de Cartagena y la Dirección de Comunidades Negras del Ministerio del Interior, acompañar, asistir y asesorar en todo este proceso consultivo a la comunidad negra del CONSEJO COMUNITARIO DE NEGRITUDES DE LA VEREDA DE PLAYA BLANCA, en aras que se respete el debido proceso y se garanticen todo (sic) los derechos fundamentales demandados en la presente acción de tutela”.

III. TRÁMITE DE LA TUTELA

Mediante auto de 25 de julio de 2017, el Magistrado Sustanciador del Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión N° Uno, admitió la acción de tutela incoada por el señor **José David Miranda López** en contra del **Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y Parques Nacionales Naturales de Colombia**, por tanto ordenó notificar esta decisión a las entidades accionadas, a fin de que se pronuncien sobre ella, así mismo ordenó vincular al Ministerio del Interior (Dirección de Consulta Previa) y le solicitó se remitiera certificación en la cual conste si la Vereda de Playa Blanca se encuentra inscrita y reconocida como comunidad negra ante esa entidad, desde cuándo, y si se ha adelantado algún proceso de consulta previa, relacionada con la suspensión del ingreso de visitantes y prestadores del servicio turístico por medio de transporte marítimo al Parque Natural los Corales del Rosario y de San Bernardo – Sector Playa Blanca.

IV. LA INTERVENCIÓN DE LAS AUTORIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS

IV. 1. Intervención del Ministerio del Interior - Dirección de Asuntos para Comunidades Negras Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras.

El Director de Asuntos para Comunidades Negras Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, solicita se desvincule de la acción de tutela a la entidad, por no estar legitimada en la causa por pasiva, en razón a que la vulneración alegada no es endilgable a dicha entidad, pues carece de competencia para garantizar el debido proceso, en el cumplimiento del derecho a la consulta previa de los sujetos colectivos de protección especial que se registran en el área de influencia de un proyecto, obra, actividad, medida legislativa o medida administrativa que sea objeto de consulta, ya que dicha función compete a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

Señala que esa Dirección tiene la competencia de llevar el Registro Único Nacional de los Consejos Comunitarios, organizaciones de base, y representantes de las comunidades negras afrocolombianas, raizales y palenqueras, por tanto se revisó la base de datos sobre el Consejo Comunitario de Negritudes de la Vereda de Playa Blanca y se encontró que no está inscrito ante el Ministerio del Interior, por lo cual no se cuenta con la información sobre su existencia y representación.

IV. 2. Intervención del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

La apoderada del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible solicita se desvincule a la entidad, a causa de que se configura la falta de legitimación material en la causa por pasiva, ya que su representada no es el superior jerárquico de Parques Nacionales Naturales de Colombia, ni hace parte de su estructura, de acuerdo al Decreto Ley 3572 de 2011, por lo que no es el llamado a responder ni tomar acciones tendientes a proteger los derechos fundamentales solicitados por los accionantes, dado que ese ministerio no ha proferido acto administrativo alguno, por cuanto la medida preventiva la efectuó la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia, la cual cuenta con autonomía administrativa y financiera, con jurisdicción en todo el territorio nacional.

IV. 3. Intervención del Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa.

La Directora de Consulta Previa del Ministerio del Interior solicita se declare improcedente la acción de tutela, en razón a que el actor cuenta con otros medios de defensa para hacer valer sus derechos, y el accionante no demuestra la presencia de un perjuicio irremediable, que haga procedente el amparo invocado.

Añade que la decisión administrativa tomada por Parques Nacionales Naturales de Colombia, no ocasionó una afectación directa a la diversidad étnica de los sujetos colectivos de protección social, por tanto no existe vulneración al derecho fundamental de la consulta previa.

Manifiesta que el hecho de auto reconocerse como comunidad étnica, no la eleva al rango de sujetos colectivos de protección especial, dado que deben presentar elementos específicos establecidos tanto en la ley como en jurisprudencia, por lo cual señala que una comunidad negra se identifica como una entidad antropológica, establecida por un grupo humano delimitado por factores comunes, socio-culturales, históricos, genealógicos y geográficos, que es reconocido como tal, es decir que tiene una identidad para sí y dentro de la población del país.

V. EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión N° Uno, mediante sentencia proferida el 4 de agosto de 2017, decidió tutelar el derecho fundamental

a la consulta previa, al considerar que la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia al expedir la Resolución No. 0255 del 29 de junio de 2017, vulneró los derechos fundamentales a la consulta previa, libre e informada, pues tomó una decisión administrativa que suspendió el ingreso de visitantes, 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, zona en la cual dicha comunidad ejerce habitualmente sus actividades cotidianas y laborales, sin haber realizado el correspondiente proceso de consulta previa con las comunidades que se podrían ver afectadas con la decisión.

Precisa que la calidad de comunidad de especial protección fue acreditada con la certificación expedida por la Secretaría del Interior del Distrito de Cartagena, la cual fue aportada por el accionante, sin embargo, debe tenerse en cuenta lo expuesto en la sentencia de la Corte Constitucional T-485 de 2015, en la que se efectúa un estudio sobre los grupos que se encuentran ubicados en la Isla de Barú, y en la que se menciona que dicha colectividad debe ser considerada como de especial protección constitucional, ya que esa condición no se genera con el reconocimiento de una autoridad administrativa sino con el hecho de demostrar los rasgos étnicos, culturales y sociales que identifican a la comunidad.

Resalta que fueron vulnerados los derechos fundamentales a la consulta previa 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, lo que hace necesario suspender los efectos de la resolución acusada, hasta tanto la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia realice el correspondiente proceso de consulta previa.

Finalizó precisando que las demás entidades accionadas 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, la cual debió socializar la decisión a través de un proceso administrativo de consulta previa.

VI. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

VI.1 Impugnación del Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa

La Directora de Consulta Previa del Ministerio del Interior solicitó se revoque el citado fallo de tutela de 4 de agosto de 2017, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión N° Uno, pues considera que el accionante no demuestra la existencia del perjuicio irremediable que haga procedente el amparo invocado, dado que no se han vulnerado los derechos fundamentales solicitados, teniendo en cuenta que la resolución expedida por la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia, es una medida preventiva, y, es un instrumento cuyo propósito es el de establecer medidas de manejo sobre aquellas actividades que perturban el orden público ecológico, al amenazar o transgredir los recursos naturales.

Aduce que el juez de primera instancia omitió valorar integralmente las circunstancias fácticas y jurídicas suministradas, de acuerdo al contenido de la resolución acusada, y no se otorgó un valor probatorio al mismo, lo cual generó un defecto fáctico en el fallo.

Por último, alega que el funcionario judicial desconoce las medidas preventivas de carácter ambiental como manifestación de la función administrativa, con miras a preservar el orden público, lo cual permite asegurar la explotación sostenible de Playa Blanca, ya que la expedición de la resolución es una medida preventiva, que salvaguarda, dentro del estado social de derecho, el ambiente sano y los recursos naturales para las comunidades negras como para la población en general.

VI.2 Impugnación de la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia.

El apoderado judicial de Parques Nacionales Naturales de Colombia, inconforme con lo decidido en la sentencia, manifestó que no fueron tenidos en cuenta los argumentos esbozados por él en la contestación de la acción de tutela, ni las pruebas aportadas con la misma, pues indica que mediante correo electrónico remitido el 1º de agosto de 2017, envió el escrito de contestación, sin embargo se esbozó en la providencia que la entidad no rindió el informe requerido.

Refirió que la entidad que representa es la autoridad ambiental nacional que se encarga de conservar y proteger las áreas que constituyen el Sistema de Parques Nacionales, por lo que su función principal es la de tomar medidas necesarias que

permitan la conservación y recuperación de los ecosistemas que hacen parte de las áreas protegidas, así mismo garantizar que se cumplan las finalidades que la Constitución y la ley le han sido atribuidas a dichas zonas.

Expuso que la entidad tuvo que tomar medidas urgentes y necesarias para la protección y recuperación del ecosistema marino del Sector de Playa Blanca – Isla Barú, en razón a las conclusiones de los diversos estudios ecológicos realizados, que establecen que el ingreso desmedido al lugar hace que se encuentre en estado crítico, pues se han modificado ciertas funciones ecológicas, afectando el ecosistema marino costero, los arrecifes de coral, los pastos marinos y las tortugas marinas.

Dicha decisión también se tomó de acuerdo a los estudios de la capacidad de carga, pues se determinó que la máxima es de 3.124 personas al día, sin embargo en la actualidad se registra un promedio de ingreso de más de 10.027, lo que afecta gravemente la conservación del área protegida y los ecosistemas marino y costeros.

Arguyó que influyó en su decisión el requerimiento de la Procuraduría General de la Nación, que solicitó tomar medidas urgentes orientadas a controlar y restringir el acceso desmesurado de turistas a la zona, por lo que indicó que, mediante acto administrativo se ordenara el cierre de Playa Blanca en la Isla de Barú, hasta tanto las personas naturales y/o jurídicas que prestan el servicio turístico a visitantes, con destino a esa área protegida, den estricto cumplimiento a las disposiciones contenidas en el Plan de Manejo Ambiental, en lo concerniente a la capacidad de carga, a las actividades de preservación y conservación, control de ingreso de visitantes, y adecuado manejo y disposición final de residuos líquidos y sólidos.

Indicó que el acto administrativo no configura una afectación directa, dado que la medida no perturba de manera exclusiva, ni manera prevalente a las comunidades étnicas, por sobre el resto de la población, ya que no tiene implicaciones directas frente a su identidad cultural, ni se altera o desconoce su estatus de grupo étnico; tampoco la medida afecta de manera directa usos tradicionales en el ámbito marino pues prohíbe de manera temporal a los visitantes una vía de acceso a un sector, dado que se puede acceder por vía terrestre, por lo que va dirigida a la población de turistas o visitantes, dado que no se restringe la locomoción o tránsito marino de la población residente y sólo cubre un sector marino del Parque

Nacional Natural Los Corales del Rosario y San Bernardo, por tanto se cuenta con la posibilidad de acceder a otras áreas habilitadas para la recreación.

Indica que no se violó el debido proceso ni el derecho a la consulta previa, pues en este caso, no se configuran los criterios de procedibilidad trazados por la Corte Constitucional para la exigencia de la consulta previa, además se surtieron todas las exigencias establecidas en la legislación para la expedición de este tipo de medidas, así mismo se incluyó la publicación del proyecto de resolución en la página web de la entidad de manera previa.

Tampoco se vulneraron los otros derechos aducidos por el accionante, pues la medida no vulnera dichos derechos y por el contrario busca recuperar las condiciones ambientales para la prestación y el disfrute adecuado y ambientalmente sostenible del turismo en el sector, máxime que allí se encuentran comprometidos valores ambientales de utilidad pública, de todos los colombianos y de la humanidad.

Igualmente expone que la medida es de carácter temporal y susceptible de levantamiento parcial o total una vez se adopten y ejecuten las medidas de ordenamiento, manejo y control por las distintas autoridades competentes, por tanto, no se ocasiona una afectación directa ni permanente a las comunidades étnicas del sector.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

VII.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada por el Ministerio del Interior - Dirección de Consulta Previa, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 4 de agosto de 2017, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 19 de noviembre de 1991¹.

VII.2. Problema Jurídico

¹ "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política".

De acuerdo con los hechos indicados en el escrito de tutela, a la Sala corresponde establecer si el **Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y Parques Nacionales Naturales de Colombia** desconoció los derechos fundamentales a la consulta previa, de las comunidades negras, en razón a la expedición de la Resolución No. 0255 del 29 de junio de 2017, por parte de Parques Nacionales Naturales de Colombia, la cual prohibió temporalmente 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.

Para resolver este problema, se abordarán los siguientes temas: (i) las comunidades negras como sujetos de especial protección, (ii) el derecho fundamental a la consulta previa; para posteriormente proceder a (iii) resolver el caso concreto.

VII.3. las comunidades negras como sujetos de especial protección.

El ordenamiento jurídico constitucional Colombiano cuenta con varias disposiciones enfocadas en proteger y garantizar los derechos de grupos indígenas y las comunidades negras, tal como se evidencia en el artículo 7° superior el cual enuncia que *“El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”*; por su parte el inciso segundo del artículo 13 establece el deber del Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y constituye medidas para favorecer grupos discriminados o marginados.

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, en Sentencia T-485/15 de 5 de agosto de 2015, concluye respecto a los derechos de las comunidades étnicas lo siguiente

“...En términos simples, la Constitución no solo acepta la composición plural de la sociedad, sino que impone un mandato concreto de protección a favor de las comunidades diferenciadas y, por lo mismo, minoritarias. La existencia de dichas comunidades, particularmente las minorías étnicas, al igual que sus prácticas tradicionales, no solo debe ser advertida como importante para el Estado y el orden jurídico, sino que debe ser decididamente protegida en tanto elemento que define a la organización política. En otras palabras, la formulación misma de la Nación desde la Constitución depende de la inclusión de los grupos étnicos y su protección como comunidades diferenciadas. La sociedad colombiana se define, desde el orden jurídico constitucional, a partir de su pluralidad y del respeto intrínseco de sus diversas identidades”.

Conforme a lo anterior, la protección y reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, prescrita en la constitución, a favor de las comunidades indígenas, afrodescendientes y Rom, integrantes de la sociedad pluriétnica y multicultural, se encuentran enfocados en proteger la identidad diferenciada de dichos pueblos étnicos, así como a hacer eficaces sus derechos fundamentales, en condiciones equitativas en comparación a las personas que pertenecen a la colectividad general.

VII.4. El derecho fundamental a la consulta previa

La consulta previa es un derecho fundamental, del cual son titulares los grupos étnicos del país, del cual hacen parte las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas, el cual se fundamenta en la salvaguarda de las garantías de participación democrática efectiva, que conlleva la toma de decisiones que afecten su integridad, costumbres, tradiciones, territorio, supervivencia física, entre otros aspectos.

Este derecho se ha establecido como una expresión de los principios constitucionales de pluralidad, participación, respeto a la diversidad étnica y cultural, y derecho al medio ambiente, por lo cual se han constituido, a través de la jurisprudencia, criterios para limitar la explotación y exploración de los recursos naturales que pertenecen al Estado pero que son indispensables para la subsistencia de dichas comunidades.

El mecanismo de la consulta previa fue consagrado en principio a través del Convenio 169 de la OIT, ratificado por el Estado colombiano y aprobado mediante la Ley 29 de 1991, contiene una serie de principios para el reconocimiento y protección de estas comunidades, entre ellos, el de la consulta previa.

El Convenio refiere que comprenden como comunidades indígenas, aquellas que desciendan *“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 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”*

Así mismo, el Convenio considera por pueblos tribales a aquellos “cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”; por tanto conviene precisar que las comunidades negras encuadran dentro del concepto de “pueblos tribales”², por cuanto se enmarcan en los elementos objetivos y subjetivos previstos en el Convenio para su aplicación.³

De igual forma, el Convenio reconoce y garantiza que los Estados adopten acciones destinadas a proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales, sin discriminación ni obstáculos, de los derechos humanos y libertades fundamentales, que se reconozca el deber de los Estados de consultar a los pueblos “interesados” cuando se prevean acciones legislativas o administrativas capaces de afectarlos directamente; se establecen medios para que puedan participar en la adopción de decisiones de políticas y programas que les atañan y se reconozca el derecho que tienen a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente; se determine el derecho de que gozan estos pueblos de protección de los recursos naturales existentes en las tierras que ocupen, lo que comprende el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos, entre otros.

En relación con los parámetros que se deben tener en cuenta para la procedencia de la consulta previa, el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, establece que las comunidades deben ser consultadas “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas **susceptibles de afectarlos directamente**”.

En los términos de este instrumento, se exige la consulta a los pueblos indígenas y tribales, participando **directa, informada, previa y libremente** en la adopción de las políticas, planes, decisiones o procesos que los afecten.

2 Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2001, T-576 de 2014, entre otras.

3 “Es así como, en síntesis, la norma internacional [Convenio 169] en comento hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios: (i) Un elemento “objetivo”, a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento “subjetivo”, esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión.

De la definición legal que consagra el artículo 2-5 de la Ley 70/93, se desprende que las comunidades negras cumplen con esta doble condición, y por ende se ubican bajo el supuesto normativo del Convenio mencionado.” Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2001.

La Corte Constitucional ha establecido una amplia doctrina constitucional sobre la naturaleza, contenido, características y alcances de este principio, por lo que amplió su aplicación a las comunidades afrocolombianas, como sujetos de especial protección.⁴

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia SU – 039 de 1997, determinó que la consulta previa adquiere la connotación de derecho fundamental, siendo necesario que dicha garantía, se ejecute a través de un trámite anterior a la adopción de cualquier medida que sea susceptible de afectar directamente a los pueblos étnicos.

Por lo anterior, en relación con el término “susceptibles”, la jurisprudencia constitucional ha concluido que la consulta previa no sólo debe emplearse *“exclusivamente frente a proyectos que específicamente afecten a pueblos tribales, sino a medidas que tengan la potencialidad de ser susceptibles de afectarlos”*.⁵ Así las cosas, se concluyó lo siguiente:

*“En este orden de ideas, es claro que los escenarios de afectación directa son múltiples y, en consecuencia, no existen unos criterios uniformes para el efecto. Por ende, deberá determinarse en cada caso si los efectos de la medida o proyecto inciden en la conformación de la identidad diferenciada de los pueblos étnicos. Para ello, el aspecto central a tener en cuenta es la significación que para el ethos de la comunidad tiene la materia debatida. Por ejemplo, asuntos como la explotación de recursos en el territorio en que habita la comunidad tradicional, o la regulación sobre el uso de la tierra, son generalmente materias que deben ser consultadas, habida cuenta la relación intrínseca entre la definición de la identidad étnica y el territorio.”*⁶

La sentencia de unificación SU-383 de 2003, indicó que en razón de la importancia e impacto que tiene la participación directa de las comunidades indígenas en las decisiones que les puedan afectar, la consulta previa debía concebirse como un **derecho fundamental de esas colectividades**, la cual busca **“preservar la identidad de las comunidades indígenas, tribales y afrodescendientes, siendo determinante asegurar la supervivencia, garantizando su autonomía en los ámbitos que les competen y asegurando que cualquier actividad adelantada por el Estado que pueda afectarlas directamente les sea consultada y no vaya en**

4 cfr. sentencias su 383 de 2003, t-769 de 2009, t-646 de 2014.

5Corte Constitucional. Sentencia T -197 del 2016, reiterando criterios de la sentencia T-576 del 2014.

6 Ídem.

desmedro de su **integridad social, cultural y económica**".⁷ (Negrillas y subrayas fuera del texto).

Lo anterior indica que la consulta previa como derecho fundamental de las comunidades indígenas comprende la protección de una diversidad de derechos fundamentales, con el fin de lograr su efectiva ejecución, como son:

- **El derecho a la participación democrática**, en razón a que mediante la consulta se reconoce la intervención directa de las comunidades indígenas y afro descendientes, como sujetos de especial protección, en las decisiones que los pueden afectar en relación con su territorio, creencias, o costumbres, entre otros, el cual abarca asuntos de distinto tipo, como las administrativas, legislativas, de política pública.

Este derecho se garantiza cuando, previo a la aplicación de la medida respectiva, se realiza el proceso comunicativo y participativo de la comunidad, por tanto, se desconoce este derecho cuando se aprueba la decisión y con posterioridad se da a conocer al grupo.

- **La Supervivencia mediante la preservación de la identidad étnica y cultural**, dado que uno de los objetivos de la consulta previa es lograr la protección de la integridad étnica de las comunidades, por lo que, su efectivo desarrollo permite la supervivencia de aquellas.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha advertido lo siguiente:

“Dentro de los preceptos asegurados como comunidad se encuentra el reconocimiento de la diversidad cultural lo que supone aceptar la alteridad y la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo, lo cual necesariamente implica su respeto y evitar medidas tendientes a variarlo, acabarlo o extinguirlo, pues ello conlleva su exterminio y contraría el derecho fundamental a la subsistencia que recae sobre sus pueblos, deducido del derecho a la vida, previsto en el artículo 11 del Texto Superior. Las plurales identidades culturales y, en particular, la de las comunidades indígenas, agrupa un modo de ser y de actuar, que se soporta en sus creencias, valores, conocimientos, actitudes que no pueden ser suprimidos o restringidos, pues con su desestabilización se podría alterar su medio y su deterioro severo puede llevar a su extinción. Por todo esto, le corresponde al Estado velar por su supervivencia y protección, acentuando su cuidado en la salvaguarda de su cosmovisión, autonomía, costumbres, tradiciones y particular

7 sentencia t-800 de 2014.

forma de ver el mundo, etc., evitando intromisiones o alteraciones, en tanto que al modificarse su idiosincrasia se puede acrecentar el riesgo de exterminio”⁸

- **El debido proceso**, en teniendo en cuenta que existen reglas y procedimientos que deben agotarse y que tienen por objeto garantizar que se cumpla la finalidad de la consulta.

Es necesario precisar en relación con el debido proceso y con el objeto de garantizar el derecho a la consulta previa de los grupos étnicos, la Presidencia de la República expidió la Resolución N° 01 de 2010, que estableció las responsabilidades y los procedimientos que son de obligatorio cumplimiento para las entidades y organismos del sector central y descentralizado del orden nacional y local.

Es importante indicar que, el artículo 46 del CPACA establece que cuando la consulta deba realizarse y se omite efectuar dicho trámite, se generará la nulidad de la decisión respectiva.

La Corte Constitucional ha indicado que si bien el Convenio 169 de la OIT no determinó un procedimiento específico para realizar la consulta, este tendrá que ser analizado por el juez según las condiciones de cada grupo que la solicita, precisamente por las características de cada una de las comunidades indígenas, pues el procedimiento a desarrollar debe tener en cuenta las costumbres, ya que debe acoplarse a las particularidades de estos, por lo que no existen parámetros únicos para desarrollar y agotar la consulta.

En esas condiciones, frente al postulado de la afectación directa, el Convenio 169 de la OIT ha determinado expresamente algunas situaciones que requieren de la consulta previa:

- i) Aquellas medidas que involucren la prospección o explotación de recursos naturales en las tierras de los pueblos indígenas (artículo 15 del Convenio)
- ii) Las medidas que impliquen trasladar o reubicar a esas colectividades de las tierras que ocupan (artículo 16 del Convenio).

⁸ sentencia t-795 de 2013.

iii) Las decisiones relativas a su capacidad para la enajenación de sus tierras (artículo 17 del Convenio).

iv) Las medidas relacionadas con la organización y el funcionamiento de programas especiales de formación profesional (artículo 22 del Convenio)

v) La determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno (artículo 27 numeral 1º del Convenio)

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

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

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

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

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

De igual forma, es importante resaltar que a través del Decreto 1320 de 1998, compilado en el Decreto 1066 del 2015, por medio del cual se expidió el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior, se estableció el trámite para el desarrollo de la consulta previa en el territorio donde se agrupan las comunidades étnicas, el cual fue complementado con lo señalado en la Directiva Presidencial No. 10 del 2013.

Por todo lo anterior, ante la diversidad de derechos que resultan protegidos con la realización efectiva de la consulta previa, y ante la inexistencia de medios judiciales ordinarios que permitan su ejecución, se ha determinado que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para lograr su garantía y materialización.

VII.5. Subsidiariedad de la acción de tutela.

El artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 consagra que la acción de tutela no procede “[...] **1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante**” (Resalta la Sala).

De acuerdo con la referida disposición, por regla general, la acción de tutela no procede contra actos administrativos, en razón a que la ley ha previsto otros mecanismos judiciales para cuestionar su contenido.

Sin embargo, la citada disposición también prevé que, a pesar de existir otros mecanismos judiciales de defensa, la solicitud de amparo resulta procedente como mecanismo transitorio cuando es necesario evitar un perjuicio irremediable⁹, evento en el cual las medidas de protección tendrán efectos temporales, hasta el momento en que la autoridad judicial competente decida en forma definitiva el conflicto planteado.

En lo relativo al perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha señalado que adquiere esta connotación el daño que atiende a los siguientes criterios:

*“(i) **inminente**, es decir, por estar próximo a ocurrir; (ii) **grave**, por dañar o menoscabar material o moralmente el haber jurídico de la persona en un grado relevante; (iii) **urgente**, que requiera medidas urgentes para conjurarlo; y (iv) que la acción de tutela sea **impostergable** a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad”*.¹⁰

A propósito de la inminencia, **es preciso tener en cuenta que se requiere que exista certeza de que el perjuicio esté próximo a suceder, para lo cual el juez**

9 La Corte Constitucional, en la sentencia T-328 del 15 de mayo de 2017, Magistrado Ponente: Iván Humberto Escruce Mayolo, señaló: “[...]La acción de tutela procede de manera excepcional para proteger los derechos fundamentales y, en particular, los derivados del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, en los siguientes casos: (i) cuando no existe otro medio de defensa judicial o, en caso de existir, el mismo no resulta idóneo ni eficaz para garantizar la protección de los derechos fundamentales del peticionario, evento en el que la tutela procede como mecanismo principal y definitivo de defensa, ante la imposibilidad material de solicitar una protección real y cierta por otra vía y (ii) cuando ésta se promueve como mecanismo transitorio, siempre y cuando el demandante demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, en cuyo caso la orden de protección tendrá efectos temporales, sólo hasta el momento en que la autoridad judicial competente decida en forma definitiva el conflicto planteado. [...]”

10 Sentencia T- 326 de 5 de junio de 2013, Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva; y en el mismo sentido las sentencias T-234 de 2015 y T- 328 de 2017, de la Corte Constitucional.

de tutela debe contar con suficientes elementos que así lo demuestren¹¹. Lo anterior determina la necesidad de adoptar medidas urgentes para superar el perjuicio como respuesta adecuada ante la inminencia del daño.

Además, el perjuicio que se requiere evitar debe ser grave, vale decir, que implique la afectación de un bien altamente significativo para la persona.

Igualmente, la situación fáctica planteada debe dar lugar a que sea impostergable la decisión de tomar medidas para evitar que se materialice un daño irreparable a los derechos fundamentales invocados.

En conclusión, cuanto exista otro medio de defensa judicial para proteger el derecho, deberá acudir a él, ante la imposibilidad de acudir a la acción de amparo como mecanismo principal para ello, a menos que se esté ante un perjuicio irremediable, caso en el cual se tramitará la acción de tutela como mecanismo transitorio.

VII.6. El caso concreto

El señor **José David Miranda López** promovió acción de tutela por considerar vulneradas sus derechos fundamentales al debido proceso, a la consulta previa libre e informada, al derecho a la participación, al derecho a la autodeterminación de los pueblos, a la autonomía de las comunidades étnicas, al territorio, al derecho al trabajo, al mínimo vital, a la seguridad alimentaria en conexidad con el derecho a la vida, en razón a que el **Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y Parques Nacionales Naturales de Colombia** expidió la Resolución No. 0255 del 29 de junio de 2017, sin haber realizado el proceso de consulta previa.

En respuesta a la solicitud de amparo, el Director de Asuntos para Comunidades Negras Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, solicitó se desvinculara de la acción de tutela a la entidad, por no estar legitimada en la causa por pasiva, en razón a que la vulneración alegada no es endilgable a dicha entidad, pues dicha función compete a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

11 En la sentencia T- 556 de 1996, la Corte Constitucional señaló que “[...] *La inminente materialización de un perjuicio irremediable es elemento sine qua non de la procedencia de la acción cuando existen vías jurisdiccionales distintas para la protección de los derechos [...]*”.

La misma Dirección señaló que se revisó la base de datos sobre el Consejo Comunitario de Negritudes de la Vereda de Playa Blanca y no se encontró que estuviera inscrito ante el Ministerio del Interior, por lo cual no se cuenta con la información sobre su existencia y representación.

De igual forma, la apoderada del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible solicitó se desvincule a la entidad, pues considera que se configura la falta de legitimación material en la causa por pasiva, ya que su representada no es el superior jerárquico de Parques Nacionales Naturales de Colombia, ni hace parte de su estructura, de acuerdo al Decreto Ley 3572 de 2011, por cuanto la medida preventiva la efectuó la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia, la cual cuenta con autonomía administrativa y financiera, con jurisdicción en todo el territorio nacional.

Ahora, la Directora de Consulta Previa del Ministerio del Interior solicitó se declare improcedente la acción de tutela, dado que el actor cuenta con otros medios de defensa para hacer valer sus derechos, y el accionante no demuestra la presencia de un perjuicio irremediable, que haga procedente el amparo invocado.

Añade que la decisión administrativa tomada por Parques Nacionales Naturales de Colombia, no ocasionó una afectación directa a la diversidad étnica de los sujetos colectivos de protección social, por tanto no existe vulneración al derecho fundamental de la consulta previa.

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión N° Uno, en sentencia proferida el 4 de agosto de 2017, decidió tutelar el derecho fundamental a la consulta previa, al considerar que la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia al expedir la Resolución No. 0255 del 29 de junio de 2017, vulneró los derechos fundamentales a la consulta previa, libre e informada, pues tomó una decisión administrativa que suspendió el ingreso de visitantes, 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, sin haber realizado el correspondiente proceso de consulta previa con las comunidades que se podrían ver afectadas con la decisión.

Precisa que la calidad de comunidad de especial protección fue acreditada con la certificación expedida por la Secretaría del Interior del Distrito de Cartagena, la

cual fue aportada por el accionante, sin embargo, debe tenerse en cuenta lo expuesto en la sentencia de la Corte Constitucional T-485 de 2015, se considera a dicha colectividad como de especial protección constitucional, ya que esa situación no se genera con el reconocimiento de una autoridad administrativa sino con el hecho de demostrar los rasgos étnicos, culturales y sociales que identifican a la comunidad.

Resalta que fueron vulnerados los derechos fundamentales a la consulta previa 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, lo que hace necesario suspender los efectos de la resolución acusada, hasta tanto la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia realice el correspondiente proceso de consulta previa.

Inconforme con dicha decisión la Directora de Consulta Previa del Ministerio del Interior impugnó el fallo de tutela de 4 de agosto de 2017, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, pues considera que no se han vulnerado los derechos fundamentales solicitados, teniendo en cuenta que la resolución expedida por Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia es una medida preventiva y es un instrumento cuyo propósito es el de establecer medidas de manejo sobre aquellas actividades que perturban el orden público ecológico, al amenazar o transgredir los recursos naturales.

Aduce que el juez de primera instancia omitió valorar integralmente las circunstancias fácticas y jurídicas suministradas, de acuerdo al contenido de la resolución acusada, y no se otorgó un valor probatorio al mismo, lo cual generó un defecto fáctico en el fallo, por último, alega que el funcionario judicial desconoce las medidas preventivas de carácter ambiental como manifestación de la función administrativa, con miras a preservar el orden público, lo cual permite asegurar la explotación sostenible de Playa Blanca.

Por su parte igualmente el apoderado judicial de Parques Nacionales Naturales de Colombia, impugnó la sentencia, indicando que la entidad tuvo que tomar medidas urgentes y necesarias para la protección y recuperación del ecosistema marino del Sector de Playa Blanca – Isla Barú, en razón a las conclusiones de los diversos estudios ecológicos realizados que establecen que el ingreso desmedido al lugar, hace que se encuentre en estado crítico, pues está afectado el ecosistema marino.

Manifiesta que el acto administrativo no afecta a las comunidades étnicas, ya que no tiene implicaciones directas frente a su identidad cultural, ni se altera o desconoce su estatus de grupo étnico; tampoco afecta los usos tradicionales en el ámbito marino, pues prohíbe de manera temporal a los visitantes una vía de acceso a un sector, sin embargo se puede acceder a dicho lugar por vía terrestre, y no se restringe la locomoción o tránsito marino de la población residente, ya que sólo cubre un sector marino del Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y San Bernardo, por tanto se cuenta con la posibilidad de acceder a otras áreas habilitadas para la recreación.

Argumenta que no se violó el debido proceso ni el derecho a la consulta previa, pues en este caso, no se configuran los criterios de procedibilidad trazados por la Corte Constitucional para la reclamación de la consulta previa, además se surtieron todas las exigencias establecidas en la legislación para la expedición de este tipo de medidas.

Refiere que no se vulneraron los otros derechos aducidos por el accionante, pues la medida por el contrario busca recuperar las condiciones ambientales para la prestación y el disfrute adecuado y ambientalmente sostenible del turismo en el sector, la cual es de carácter temporal y susceptible de levantamiento una vez se adopten y ejecuten las medidas de ordenamiento, manejo y control por las distintas autoridades competentes, por tanto, no se ocasiona una afectación directa ni permanente a las comunidades étnicas del sector.

En este orden, la Sala procederá a establecer, en primer lugar si se configuran los elementos para concluir que se afectó el derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad de la Vereda de Playa Blanca, como lo determinó el *a quo*.

Advierte la Sala que los habitantes de dicha colectividad se constituyeron como Comunidad de la Vereda de Playa Blanca, de conformidad con la Certificación de Registro del Acta de Elección de las Juntas de Consejos Comunitarios de Comunidades Negras, suscrito por el Secretario del Interior y Convivencia Ciudadana de la Alcaldía Mayor de Cartagena el 24 de febrero de 2017, de conformidad con la orden impartida por la Corte Constitucional en la sentencia T-485 de 2015, en la cual se ordenó a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, así como a la Alcaldía del Distrito de Cartagena de Indias que, se

tramitara y profiriera acto administrativo que reconociera al Consejo Comunitario de la Vereda Playa Blanca.

Adicional a lo anterior también encuentra que mediante la Resolución No. 0255 del 29 de junio de 2017, la **Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia**, prohibió 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.

Se verifica igualmente que previo a la expedición de la mencionada resolución no se efectuó la consulta previa requerida para dar trámite la decisión de prohibir temporalmente la entrada fluvial de embarcaciones a la zona de Playa Blanca, omitiendo su deber de obtener el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades diferenciadas, que permita la viabilidad de la actuación.

Súmese el que respecto de la decisión administrativa *sub judice* no se adelantó procedimiento de consulta previa pues, tanto el Ministerio del Interior, como la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia, consideraron que no era necesario desarrollar este procedimiento ya que alegan que no se ocasionaba una afectación directa a la diversidad étnica de los sujetos colectivos de protección social, dado que no tiene implicaciones frente a su identidad cultural, ni se altera o desconoce su estatus de grupo étnico, y tampoco afecta los usos tradicionales en el ámbito marino, por tanto, es una medida preventiva cuyo propósito es el de establecer medidas de manejo sobre aquellas actividades que perturban el orden público ecológico, pues amenazan los recursos naturales.

En la Sentencia SU-383 de 2003, la Corte Constitucional ha sostenido reiteradamente, respecto a la trascendencia que comporta para la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales su participación en las disposiciones que puedan afectarlos, que el mecanismo de la consulta previa constituye un derecho fundamental, al indicar lo siguiente:

“...pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar por ende su subsistencia como grupo social”.

Por lo anterior, se entra a analizar por la Sala si se violó, entonces, el derecho a la participación, multicultural, plural y democrática de las comunidades diferenciadas por cuanto éstas no fueron incluidas en la discusión y planeación de las decisiones adoptadas por el Gobierno Nacional en torno a la áreas protegidas.

Las comunidades étnicas son titulares de derechos fundamentales específicos, que deben ser salvaguardados en razón a que son considerados como sujetos de especial protección constitucional, ya que debe propugnar porque a las comunidades diferenciadas, se les preserve su diversidad étnica y cultural, contando con su aquiescencia en la toma de decisiones en las cuales se vean afectados.

En esas condiciones, la Consulta Previa no debe considerarse, al margen de las opiniones que presenten las comunidades que se puedan ver afectadas, como un procedimiento en el que se negocia alguna disposición ya establecida, sino que debe interpretarse como un mecanismo de consulta, participación y conciliación, cuya intención es el de lograr un acuerdo de voluntades que logre satisfacer las necesidades de la comunidad, en consideración a que podría tomar como discriminación la exclusión de manera arbitraria a las comunidades de participar en las instancias decisoras, en aquellas cuestiones que afectarán sus derechos o intereses de manera colectiva o individual.

De otra parte la consulta previa encuentra fundamento legal en el artículo 46 de la Ley 1437 de 2011, que prevé como causal autónoma de nulidad de los actos administrativos la omisión de dicho deber, cuando así lo constituya el ordenamiento jurídico¹².

Por las anteriores consideraciones se concluye que se debió surtir el procedimiento de consulta previa a la adopción de las medidas administrativas mediante las que se afectaron las áreas de tratamiento especial, ya que repercutieron directamente y de manera particular en las comunidades diferenciadas, en lo que atañe a su territorio.

Con base en lo expuesto, la Sala encuentra que se probó la vulneración al derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad de la Vereda de Playa

12 Ley 1437 de 2011. Artículo 46. Consulta obligatoria. 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.

Blanca, con la expedición de la Resolución No. 0255 del 29 de junio de 2017, por la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia, pues a pesar que dicha prohibición se implementó de manera temporal, vulnera los derechos de los habitantes del sector de Playa Blanca, ya que se desconocieron los criterios que ha considerado la Corte Constitucional a efectos de establecer la procedencia de la consulta previa frente a una comunidad o minoría étnica, desconociendo que se debe contar con dichas comunidades antes de adoptar una decisión que pueda afectarlos, con el fin de garantizar aspectos tales como su cultura, tradiciones, costumbres, medios de subsistencia, entre otros.

Como consecuencia de las precedentes razones, la Sala habrá de confirmar la sentencia de tutela de primera instancia proferida Tribunal Administrativo de Bolívar, de 4 de agosto de 2017, que amparó el derecho fundamental a la consulta previa.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

Primero: CONFIRMAR el fallo impugnado, esto es la sentencia proferida 4 de agosto de 2017, por el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión N^o Uno, que concedió la acción de tutela interpuesta por el señor **Jose David Miranda López**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Presidente

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS