

T-226-16

Sentencia T-226/16

JUEZ CONSTITUCIONAL-Deberes/JUEZ CONSTITUCIONAL-Facultades

SENTENCIA DE TUTELA-Órdenes tienen que cumplirse sin excepción

CUMPLIMIENTO FALLO DE TUTELA E INCIDENTE DE DESACATO-Competencia del juez de primera instancia

CUMPLIMIENTO FALLO DE TUTELA E INCIDENTE DE DESACATO-Diferencias

La facultad de requerir y la de adoptar “todas las medidas” que propugnen por la materialización del amparo prodigado son gestiones de impulso procesal propias del trámite de verificación del cumplimiento del fallo de tutela. La imposición de la sanción por desacato se produce, en cambio, por la vía del trámite incidental concebido para el efecto. Tal es, de hecho, la principal diferencia que existe entre uno y otro instrumento. Mientras el primero se enfoca en la adopción de medidas que persuadan el acatamiento del fallo, el segundo, el incidente de desacato, se concentra en el juzgamiento disciplinario del servidor público o del particular incumplido, cuestión que, eventualmente, puede conducir también a que la sentencia sea satisfecha.

JUEZ DE TUTELA-Competencia restringida para modificar órdenes

CONVENIO 169 DE LA OIT Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Fundamento del derecho a la consulta previa

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo caracteriza a la consulta previa como el mecanismo a través del cual se garantiza que los pueblos indígenas y tribales participen de forma efectiva en la adopción de las decisiones que los afectan directamente. El compromiso que vincula a los Estados signatarios del Convenio a desarrollar, “con la participación de los pueblos interesados”, una acción coordinada y sistemática orientada a proteger sus derechos y a garantizar el respeto de su integridad y a adoptar las medidas que se requieran para salvaguardar a sus integrantes, a sus instituciones, sus bienes, su trabajo, cultura y medio ambiente se satisface, principalmente,

por vía de la consulta previa.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS Y GRUPOS ETNICOS-Contenido y alcance

CONSULTA PREVIA-Derecho fundamental del cual son titulares las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS-Requisitos jurisprudenciales para su realización

SOLICITUD DE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA DE TUTELA E INCIDENTE DE DESACATO-Son medios idóneos y eficaces para exigir el cumplimiento de las sentencias de tutela

SOLICITUD DE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA DE TUTELA-Improcedencia por no cumplirse con el requisito de subsidiariedad por cuanto el trámite de verificación del cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012 corresponde a la primera instancia

Referencia: expediente T- 5010277

Acción de tutela instaurada por Benjamín Luna Gómez, miembro de la comunidad del Consejo Comunitario de La Boquilla, contra el Ministerio del Interior, la Dirección General Marítima de la Capitanía de Puerto de Cartagena (Dimar), la Alcaldía de Cartagena de Indias e Inversiones Talaramé SAS.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada María Victoria Calle Correa y por los magistrados Luis Guillermo Guerrero y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados en el asunto de la referencia por la Sala

Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, el nueve (9) de febrero de dos mil quince (2015), en primera instancia, y por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el ocho (8) de abril de dos mil quince (2015), en segunda instancia.

I. ANTECEDENTES

1. Benjamín Luna Gómez[1], quien actúa en condición de miembro nativo de la comunidad afrodescendiente del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de La Boquilla, formuló acción de tutela para obtener el amparo de los derechos fundamentales que le fueron vulnerados a la referida comunidad por cuenta de la expedición de la Resolución N° 518 del seis de octubre de 2014, mediante la cual la Dimar concesionó, a favor de la Sociedad Inversiones Talarama y Cia., un área de 8.194 m2 correspondiente a playa marítima del sector de Cielo Mar, en territorio de La Boquilla. La acción fue promovida con base en los fundamentos fácticos y jurídicos que la Sala resumirá a continuación, siguiendo el relato del peticionario.

Hechos

1.1. Relató el accionante que, a través de la Sentencia T-376 de 2012, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional amparó el derecho a la consulta previa de la comunidad negra de La Boquilla, el cual había sido vulnerado por la Dimar al entregarle a la sociedad Inversiones Talarama, en concesión, un área de playa de 8194 m2 en el sector de Cielo Mar. La sentencia dejó sin efectos la Resolución 0497 del 24 de noviembre de 2009, que había entregado la concesión, con el fin de que se rehiciera el trámite, respetando el derecho a la consulta previa.

1.2. El 19 de diciembre de 2012, y ante el cumplimiento de las órdenes adoptadas en la Sentencia T-376 de 2012, el accionante, quien entonces era el Presidente y representante legal del Consejo Comunitario de la Boquilla, informó a la Corte sobre un eventual desacato y requirió su intervención para el adecuado cumplimiento del fallo de revisión de tutela. La Corte negó la solicitud a través del Auto 067 de abril de 2013 que, además, ordenó remitirla al Tribunal Administrativo de Bolívar, para que fuera esta autoridad judicial la que adelantara las actuaciones conducentes al cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012 e iniciara el incidente de desacato correspondiente.

1.3. Acatando lo decidido por la Corte, el señor Luna promovió un incidente de desacato respecto de la Sentencia T-376 de 2012, que fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 23 de abril de 2013. El Tribunal declaró en desacato al entonces alcalde mayor de Cartagena de Indias, Carlos Otero Gerdtz y lo sancionó con multa de tres salarios mínimos legales mensuales vigentes y tres días de arresto.

1.4. A pesar de la sanción, hasta la fecha de la interposición de la tutela (26 de enero de 2015), no se habían cumplido las órdenes impartidas por la Sentencia T-376 de 2012. La alcaldía de Cartagena no había restituido el área concesionada por la Resolución 0497 de 2009 ni había implementado las medidas destinadas a asegurar que la comunidad de La Boquilla fuera incorporada en los planes de desarrollo de la sociedad y en las políticas públicas.[2] En cuanto al proceso de consulta previa, las entidades involucradas en la Sentencia T-376 de 2012 fueron convocadas a las siguientes reuniones:

-Reunión de acercamiento para el proceso de consulta previa, realizada el 8 de diciembre de 2012 con la presencia del representante legal de la Sociedad Talaramé, el Director Administrativo y Financiero del Hotel Las Américas, la Coordinadora Jurídica del Hotel Las Américas, la teniente de fragata y asesora jurídica de la Dimar, el Teniente responsable del Área de Litorales del CP5, el Capitán de Puerto, el alcalde local de Cartagena, dos asesores jurídicos del alcalde, la Personera Delegada Distrital, el personero auxiliar distrital, el Coordinador Jurídico, una abogada y una socióloga de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

-Convocatoria del 27 de febrero de 2013, realizada por la Directora (e) de Consulta Previa del Ministerio del Interior, para reunión de preconsulta con la comunidad del Consejo Comunitario de La Boquilla. Se cita al representante legal del Consejo, sin citar a su asamblea ni a los demás miembros de la Junta Directiva.

-Convocatoria del 8 de enero de 2014, realizada por el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, para la segunda reunión de preconsulta, con fundamento en la Directiva Presidencial N° 10 de 2013. De nuevo, solo se cita al representante legal del Consejo.

-Convocatoria del 30 de enero de 2014, realizada por el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, para la tercera reunión de preconsulta.

-Convocatoria del 1º de abril de 2014, realizada por el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, para la reunión de conclusión del proceso consultivo, identificación de impactos y construcción del test de proporcionalidad con la comunidad del Consejo Comunitario de la Boquilla.

1.5. En su condición de presidente y representante legal del consejo comunitario de La Boquilla, el accionante se negó a asistir a las referidas reuniones. Esto, debido a la falta de garantías, al incumplimiento del fallo de revisión de tutela y al desconocimiento de los derechos que hoy ostenta la comunidad sobre su territorio ancestral, gracias al título colectivo que les concedió el Incoder, a través de la Resolución N° 467 de 2012. Del incumplimiento de la sentencia, dijo, dan cuenta las actuaciones que tuvo que adelantar en el marco del incidente de desacato; el hecho de que la asamblea del consejo comunitario no hubiera sido convocada a participar en el proceso de consulta y el desconocimiento de las normas internacionales y la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

1.6. Expuso el peticionario que, en contravía de la Sentencia T-376 de 2012, del auto que denegó su nulidad[3] y de la resolución del Incoder que reconoció los derechos de la comunidad de La Boquilla sobre su territorio colectivo, la Dimar expidió la Resolución 518 del seis de octubre de 2014, mediante la cual le otorgó una nueva concesión a la Sociedad Inversiones Talarama, propietaria del Hotel Las Américas, sobre un área de 8.194 m2 correspondiente a playa marítima del sector de Cielo Mar, en territorio de La Boquilla. Tal decisión vulnera los derechos a la consulta previa libre e informada, a la autodeterminación, al debido proceso, al territorio colectivo y a la propiedad colectiva de la comunidad de La Boquilla y priva a sus integrantes de ejercer su actividad etnoturística de alquiler de carpas y comercio turístico en el sector de Cielo Mar.

1.7. Finalmente, el señor Luna informó que la grave situación generada por la nueva concesión que la Dimar le entregó al Hotel Las Américas fue puesta en conocimiento de la magistrada ponente de la Sentencia T-376 de 2012, María Victoria Calle, a través de oficio del 13 de noviembre de 2014. El magistrado del Tribunal Administrativo de Bolívar, José Fernández Osorio, fue igualmente enterado de lo que estaba ocurriendo.

La solicitud de amparo

2. De conformidad con lo expuesto, el accionante solicitó amparar los derechos al debido

proceso, de acceso a la administración de justicia, a la consulta previa, a la participación, a la autodeterminación, a la autonomía y al territorio ancestral de la comunidad del Consejo Comunitario de La Boquilla, y dictar las medidas que se estimen necesarias para hacer cesar su vulneración. En particular, pidió declarar la nulidad de la Resolución 518 de 2014, que concesionó 8.194 m² de playa de La Boquilla, y ordenar que el consejo comunitario sea consultado sobre cualquier decisión administrativa[4] que pueda afectar su territorio ancestral, teniendo en cuenta que tiene un derecho de prelación sobre los bienes de uso público, de acuerdo con lo que, al respecto, se indica en el título colectivo que le fue concedido.

Adicionalmente, solicitó que se ordene a las accionadas resarcir los posibles daños y perjuicios causados a la comunidad de La Boquilla y, en especial, a quienes ejercen actividades etnoturísticas en el área donde opera la concesión; adoptar una medida cautelar destinada a impedir que la alcaldía de Cartagena desaloje a quienes realizan tales actividades y poner en conocimiento de la Corte Constitucional, de la Procuraduría General de la Nación, de la Defensoría del Pueblo, del Incoder y del Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar la solicitud de amparo, para que se pronuncien al respecto.

Trámite procesal y respuesta de los accionados

3. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de Bolívar admitió la tutela por auto del veintisiete (27) de enero de dos mil quince (2015), que ordenó notificar a los accionados y vinculó a la actuación, como litisconsorcio necesario, al Consejo Comunitario de La Boquilla, a los representantes de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, al Director de la Oficina de Comunidades Negras del Ministerio del Interior, al Incoder, a la Defensoría del Pueblo y al Tribunal Administrativo de Bolívar.

En la misma ocasión, la Sala a quo solicitó al Tribunal Administrativo de Bolívar remitir una copia del escrito de incidente de desacato y de las decisiones proferidas al interior de esa actuación[5] y ordenó oficiar al actor para solicitarle que informara si agotó la vía gubernativa y/o presentó demanda ante la jurisdicción contenciosa, en contra de la Resolución 518 de 2014. Por último, se negó a imponer la medida provisional solicitada, considerando que no había pruebas de que la comunidad de La Boquilla estuviera expuesta

a algún proceso de desalojo.

Respuesta de Inversiones Talaramé SAS[6]

El proceso, dijo, duró 18 meses, durante los cuales el Ministerio convocó a dos reuniones de acercamiento y a tres de la etapa preconsultiva. En las actas de las reuniones quedó constancia de que el señor Benjamín Luna, representante legal del Consejo Comunitario de La Boquilla, se negó a asistir porque consideró que la decisión de no destruir los quioscos que se construyeron en la playa, en desarrollo del contrato de concesión, comportaba un incumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012.

La sociedad, sin embargo, hizo entrega de los quioscos una vez fue notificada de la Sentencia T-376 de 2012. Lo que ocurrió fue que el alcalde de Cartagena resolvió destinarlos a la operación de un CAI y de un puesto de salvavidas, para mejorar la seguridad en el sector y garantizar el cumplimiento del fallo de la Corte. La circunstancia alegada por el señor Luna no era, por lo tanto, imputable a Inversiones Talaramé SAS.

4.1. A continuación, el interviniente sostuvo que la Directiva Presidencial N° 10 de 2013, que es la guía actual para la realización de la consulta previa, divide en cinco etapas el proceso de consulta: i) certificación de presencia de comunidades; ii) coordinación y preparación; iii) preconsulta; iv) consulta previa y v) seguimiento de acuerdos.

En el caso objeto de estudio, la primera etapa se dio por cumplida teniendo en cuenta que la Corte reconoció a la comunidad de La Boquilla y ordenó consultarla sobre la concesión de la playa. El Ministerio adoptó, entonces, las medidas pertinentes para agotar la segunda etapa del proceso consultivo.

Con ese fin, citó al representante legal de la comunidad a las reuniones de preconsulta. Sin embargo, este no asistió ni presentó tampoco una excusa justificada de su inasistencia. El señor Luna, indicó el interviniente, manifestó reiteradamente su falta de interés en participar en el proceso, sobre la base de un supuesto incumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012.

Como la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior verificó que, por el contrario, existían todas las garantías para seguir adelante con la consulta, siguió con el

procedimiento previsto en la Directiva Presidencial N° 10 de 2013. En relación con la convocatoria de los representantes legales de las comunidades étnicas al proceso de consulta previa, la directiva prevé lo siguiente:

“De no recibir respuesta de algunos de los representantes de las comunidades étnicas, la DCP realizará el intento de notificación 3 veces en preconsulta y 2 veces en consulta, cada ocho (8) días para probar que efectivamente se intentó realizar la convocatoria y que alguna de ellas o todas se negaron a asistir.

Luego de realizar los intentos de convocatoria y si los representantes de las comunidades involucradas fueron efectivamente notificados más de una vez y no justificaron incapacidad de asistir o nunca se manifestaron, la DCP podrá dar por concluido el proceso consultivo. Para ello, la DCP convocará a una reunión con el Ministerio Público, invitará al ICANH y las entidades competentes en el ámbito del proyecto donde se advertirán sus posibles impactos para facilitar a la autoridad competente la construcción del test de proporcionalidad que soportará su decisión final”.

4.2. El proceso de consulta se adelantó, entonces, con la presencia de diversas autoridades locales y de los órganos de control, y finalizó con la identificación de los impactos y las medidas de manejo, basados en los conceptos de la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca (AUNAP), del Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) y en el acompañamiento activo que realizaron la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo.[9]

En ese marco, y de conformidad con la Sentencia T-376 de 2012, el Decreto 2313 de 2013 y la Directiva Presidencia N° 13, la Dirección General Marítima (Dimar) elaboró un test de proporcionalidad y profirió la Resolución 518 del seis de octubre de 2014, que le otorgó la concesión de playa a Inversiones Talaramé. Tras la ejecutoria de la concesión, la compañía acreditó ante la Capitanía del Puerto de Cartagena el cumplimiento de las obligaciones del caso.[10]

4.3. Indicó el interviniente que la concesión genera varias obligaciones a cargo de Inversiones Talaramé, entre las que se cuentan las de no ocupar áreas superiores a las autorizadas; respetar el espacio público de la playa; permitir las inspecciones que realicen la Dimar, la alcaldía distrital y cualquier autoridad nacional o regional y respetar todo uso

cultural que la comunidad de La Boquilla realice tradicionalmente en el sector de Cielo Mar, “siempre y cuando la misma respete los derechos del resto de los ciudadanos”. [11] Una vez opere la concesión, la sociedad quedará obligada, también, a

- i) Apoyar, con el acompañamiento del ICANH, un proyecto productivo de microempresa para las asociaciones de pescadores del consejo comunitario La Boquilla, realizando un aporte de capital semilla de 15 millones de pesos;
- ii) Apoyar a 60 personas del consejo comunitario con un programa de capacitación integral sobre atención y excelencia en el servicio al cliente, finanzas personales, “liderazgo efectivo para tu vida” y motivación para la excelencia cuyo costo total es de 15 millones de pesos y será dictado por Acceso, Centro de Formación para el Trabajo;
- iii) Brindar acompañamiento jurídico y técnico a tres asociaciones de pescadores que pertenezcan al consejo comunitario y que estén en trámite de legalizarse ante la AUNAP; aceptar la visita periódica, durante seis meses, de funcionarios del ICANH que verificarán que se respete la actividad de pesca artesanal de la comunidad;
- iv) Tomar medidas preventivas para evitar que en las zonas de playas, terrenos de bajamar y terrenos aledaños a las áreas otorgadas en concesión se depositen basuras, desechos o cualquier otro producto contaminante o potencialmente contaminante;
- v) No efectuar obras de protección como rompeolas, tajamares, espolones, muros de contención u otras clases de construcción adicional o complementaria en el área concesionada y
- vi) Dar estricto cumplimiento a la Resolución N° 0683 del 28 de agosto de 2006, proferida por Cardique, y al concepto técnico CT-42 DILEM-ALIT-613 del 17 de noviembre de 2009.

4.4. La Capitanía del Puerto de Cartagena hizo entrega del terreno concesionado mediante acta del 29 de octubre de 2014. Pese a eso, Inversiones Talaramé no ha podido ejercer en forma pacífica la concesión, pues sus trabajadores y los clientes del hotel han sido blanco de “constantes e injustos ataques, agresiones y oposiciones arbitrarias por parte de un grupo de personas que dicen ser nativos de La Boquilla”, quienes han impedido la

instalación del mobiliario.

Tales actos perturbatorios comenzaron el 23 de diciembre de 2014, sin que exista ánimo conciliatorio por parte de las referidas personas, que han afectado la tranquilidad y seguridad de los turistas y de los transeúntes de la zona.

4.5. En armonía con lo relatado, la Sociedad Inversiones Talaramé presentó tres argumentos de oposición a la tutela. En su criterio, la solicitud de amparo es improcedente porque no satisface los requisitos de legitimación por activa y subsidiariedad y porque, de todas maneras, no se ha vulnerado ningún derecho fundamental.

En cuanto al incumplimiento del requisito de legitimación por activa, indicó que el señor Luna no ha acreditado su calidad de afectado ni de integrante de la comunidad presuntamente afectada por la concesión. Respecto del incumplimiento del requisito de subsidiariedad, que el actor debió cuestionar la resolución que expidió la Dimar a través de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Como no acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable que justificara examinar su pretensión por esta vía, la tutela debía declararse improcedente.

Por último, el interviniente alegó que, en este caso, no se ha vulnerado ningún derecho fundamental, pues el proceso de consulta previa se llevó a cabo debidamente, los carperos volvieron a ubicarse en la zona y la concesión garantiza el uso de la ciénaga, la playa y la zona de manglar a la comunidad. En todo caso, la controversia en torno al debido proceso y a la consulta previa ya fue resuelta por la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, a través de la Sentencia T-376 de 2012, “cuyos efectos fueron agotados de conformidad a los hechos y pruebas descritos en la presente respuesta”.[12]

5. Geidys María Velázquez Puerta intervino en el trámite de primera instancia, en calidad de representante legal del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra del Gobierno Rural de La Boquilla, para solicitar que la tutela formulada por el señor Benjamín Luna fuera fallada de manera favorable.

La señora Velázquez explicó que, con ocasión de la Sentencia T-376 de 2012, el ocho de diciembre de ese año se llevó a cabo una reunión de acercamiento al proceso de consulta previa a la que asistieron representantes de la DIMAR, de Inversiones Talaramé, del Hotel

Las Américas, de la alcaldía de Cartagena y de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, pero no de la comunidad de La Boquilla. De hecho, a la reunión solo fue convocado el señor Benjamín Luna Gómez.

El 27 de febrero de 2013, se llevó a cabo la primera reunión de preconsulta en el Colegio Ineteb de La Boquilla, a la que, de nuevo, asistieron representantes de la Dimar, de Inversiones Talaramé, del ministerio, de la alcaldía y de la personería de Cartagena, pero no la comunidad. El señor Luna había anunciado a través de correo electrónico que no asistiría.

Similar situación se presentó frente a las demás convocatorias que la Dirección de Consulta Previa efectuó el 13 de febrero de 2013, el ocho de enero, el 30 de enero y el primero de abril de 2014. En esta última se dio por concluido el proceso consultivo, se identificaron los impactos y se aplicó el test de proporcionalidad, en ausencia de los integrantes de la comunidad. Tal circunstancia vulnera, de nuevo, el derecho a la consulta previa de la comunidad de La Boquilla y, en particular, desconoce los principios de información, buena fe, consentimiento, representatividad y enfoque cultural que caracterizan ese derecho fundamental.

La interviniente pidió considerar que La Boquilla es un territorio titulado colectivamente -lo cual le brinda a la comunidad un derecho de prelación de uso, goce y aprovechamiento sobre las playas, áreas de manglar y de la ciénaga de la virgen- y que en el área objeto de concesión se ubica un gremio de carperos que ejerce una actividad tradicional.

Respuesta de la alcaldía mayor de Cartagena de Indias[14]

6. La alcaldía mayor de Cartagena de Indias se pronunció sobre la acción de tutela a través de escrito del cuatro de febrero de 2015. El documento, suscrito por una de sus asesoras jurídicas, solicita declarar improcedente la tutela, considerando que incumple el requisito de subsidiariedad, porque lo pretendido puede debatirse ante la jurisdicción contencioso administrativa. Adicionalmente, pidió tener en cuenta que la alcaldía de Cartagena no ha vulnerado ningún derecho fundamental del accionante. Las pretensiones de la tutela deben ser atendidas por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, la Dimar y por Inversiones Talaramé.

7. La Dirección General Marítima, Capitanía del Puerto de Cartagena, contestó que solicitó dar inicio al trámite de consulta previa una vez fue notificada de la Sentencia T-376 de 2012. Con ese fin, citó a una primera reunión en la que participaron el alcalde de la Localidad 2 de La Virgen y Turística, un representante del Defensor del Pueblo y el Gerente del Hotel Las Américas. En esa ocasión, se decidió que la Dimar realizara una inspección técnica sobre el lugar objeto de concesión y que conceptuara sobre la calidad de los bienes de uso público, sobre los bienes objeto de restitución y sobre la pertinencia del emboyado instalado por el Hotel Las Américas, pues la comunidad de La Boquilla manifestó que este impedía sus actividades de pesca.

Tras realizar la inspección, la Dimar le solicitó al representante legal de Inversiones Talarama entregar los bienes de uso público dados en concesión y le advirtió que debía permitir a los integrantes de la comunidad de La Boquilla transitar y usar la playa, ejercer sus actividades de pesca y las demás actividades que realizaran tradicionalmente en el sector de Cielo Mar. Más tarde, negó la solicitud de suspensión de los efectos de la Sentencia T-376 de 2012 que formuló la compañía y le otorgó un plazo de 30 días para que entregara los bienes concesionados.

7.1. Indicó la Dimar que la Directiva Presidencial N° 10 y el Decreto 2163 de 2013 establecieron, respectivamente, la guía y los protocolos para adelantar los procesos de consulta previa. Bajo ese marco se iniciaron las reuniones de preconsulta, a las que no asistió el accionante, aunque fue notificado. Al ser contactado telefónicamente, el señor Luna Gómez manifestó que la comunidad de La Boquilla no asistiría a las reuniones hasta que no se cumpliera lo ordenado en la Sentencia T-376, específicamente, hasta que no se demolieran los quioscos instalados en la playa. Como la alcaldía de Cartagena indicó que se habían dado todas las garantías para asegurar el cumplimiento del fallo e Inversiones Talarama entregó los bienes de uso público, el proceso siguió adelante.

Las tres reuniones de preconsulta se realizaron, entonces, sin la asistencia de la comunidad (11 de marzo y 13 de diciembre de 2013 y 22 de enero de 2014). El Ministerio del Interior convocó a una última sesión para dar por concluido el trámite y la Dimar elaboró el test de proporcionalidad contemplado en la Sentencia T-376 de 2012. Finalmente, mediante

resolución del seis de octubre de 2014, le otorgó una concesión a la sociedad Inversiones Talaramé en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Cartagena.

7.2. De conformidad con lo expuesto, la Dimar solicitó declarar improcedente la tutela, considerando que el accionante puede formular sus pretensiones ante la jurisdicción contenciosa y que, de todas maneras, el trámite de concesión objeto de estudio surtió cada una de las etapas legales y administrativas.

Ese trámite, expuso, respetó el debido proceso, el derecho de defensa y el principio de publicidad, pues la comunidad conoció el desarrollo de los proyectos una vez puse publicaron y fijaron los edictos del caso. También respetó la propiedad colectiva de la comunidad de La Boquilla, pues la concesión abarca unos bienes de uso público de la Nación, no el territorio colectivo que el Incoder le adjudicó a la comunidad a través de Resolución 467 de 2012.

Por último, señaló la entidad que respetó las órdenes dictadas por la Sentencia T-376 de 2012 en relación con que, de entregarse una nueva concesión, debería respetar límites constitucionales y elaborar un test de proporcionalidad o razonabilidad en los términos previstos en dicha providencia. El test fue elaborado siguiendo esos lineamientos y valorando el concepto que rindió el ICANH acerca del uso ancestral del territorio objeto de la tutela.

Intervención de la Defensoría del Pueblo[16]

Precisado esto, la Defensoría planteó sus consideraciones acerca del trámite surtido a ese respecto. La información recopilada hasta la fecha, dijo, permite señalar que en este caso “pudieron no haberse agotado en su integridad los trámites administrativos de la Directiva Presidencial 10, lo que podría haber dado lugar a la vulneración del debido proceso deprecada por el tutelante”.

Lo anterior porque la Directiva Presidencial estipula, en relación con el proceso de convocatoria, que de no recibir respuesta de los representantes de las comunidades étnicas la Dirección de Consulta Previa deberá intentar la notificación tres veces en consulta y dos veces en consulta previa, cada ocho días. En este caso, de acuerdo con la información oficial remitida por la Dimar que recoge las actuaciones del Ministerio del Interior y que

opera como presupuesto procedimental para la concesión de la playa “solo se citó a preconsulta y nunca se citó a consulta, lo cual debió haber ocurrido por lo menos dos veces, tal como se establece en la Directiva Presidencial”.

La Defensoría concluyó, en esos términos, que el hecho de que no se hubieran efectuado las citaciones al proceso de consulta impedía a la Dirección de Consulta Previa convocar la reunión de conclusión del proceso consultivo con el Ministerio Público, el ICANH y las entidades competentes.

El fallo de primera instancia

9. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de Bolívar denegó la tutela formulada por el señor Luna Gómez mediante providencia del nueve (9) de febrero de dos mil quince (2015). Para la Sala, es al magistrado José Fernández Osorio, del Tribunal Administrativo de Bolívar, a quien le corresponde determinar si el trámite previo a la expedición de la Resolución 518 de octubre de 2014 se ajustó o no a lo ordenado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-376 de 2012.

El fallo recordó que, por disposición del Decreto 2591 de 1991, son los jueces de tutela de primera instancia los competentes para adoptar las medidas orientadas a lograr el cumplimiento de los fallos de esa naturaleza. El decreto los faculta, incluso, para impartir medidas complementarias y adicionales a las previstas en la sentencia, siempre que no modifiquen su sentido concreto y resulten plausibles y justas para lograr su efectivo cumplimiento.

En ese contexto, y considerando que la propia Corte dio cuenta, en el Auto 067 de 2013, que no existían razones objetivas para concluir que el juez de primera instancia careciera de herramientas para asegurar el cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012, la Sala a quo decidió que era este quien debía resolver la controversia objeto de estudio, para evitar, de ese modo, un desgaste infructuoso de la administración de justicia. Por esos motivos, ordenó remitir la acción de tutela y la documentación anexa al Tribunal Administrativo de Bolívar, para que adoptara las medidas apropiadas para lograr el pleno cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012 y proteger los derechos de los accionantes.

Adicionalmente, dispuso que la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación

deberían vigilar de forma exhaustiva el incidente de desacato que esa autoridad judicial estaba adelantando con ese objeto y que la alcaldía Distrital de Cartagena, la Dimar y la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior deberían “colaborar en extremo con el Tribunal Administrativo para que el fallo de la Corte sea útil y eficaz”.[17]

Intervención de la Procuraduría General de la Nación[18]

10. La Procuraduría General de la Nación se pronunció sobre la acción de tutela a través de correo electrónico remitido por su apoderada judicial el mismo día en que se profirió la sentencia de primera instancia. La abogada manifestó que “no es la Procuraduría General de la Nación la causante del daño o perjuicio a los derechos fundamentales que la parte actora estima vulnerados”. Alegando, así, la falta de legitimación por pasiva de su representada, pidió negar la solicitud de amparo frente a ella.

En todo caso, advirtió que “no se ha recibido por parte de mi representada solicitud de intervención o acompañamiento en el trámite que refiere el peticionario; no obstante y con ocasión de la presente acción constitucional, el asunto fue remitido a la Procuraduría delegada para asuntos disciplinarios, a fin de que intervenga en el asunto”.

Respuesta del Ministerio del Interior

11. El 11 de febrero de 2015, esto es, dos días después de la fecha en que se profirió el fallo de primera instancia, el Ministerio del Interior remitió a la Sala a quo, por correo electrónico, escrito de contestación a la tutela formulada por Benjamin Luna Gómez. El documento, suscrito por el Director de Consulta Previa, Álvaro Echeverry Londoño, relaciona las actuaciones realizadas en desarrollo del proceso consultivo, advierte sobre los “intentos infructuosos que durante más de 14 meses y 5 reuniones” se realizaron para consultar a la comunidad de La Boquilla y precisa la manera en que se realizó el test de proporcionalidad con base en el cual se dio por terminado el proceso. Por último, el representante del ministerio planteó sus argumentos de oposición a la tutela.

11.1. En cuanto a las actuaciones realizadas en desarrollo del proceso consultivo, el ministerio mencionó una primera reunión del ocho de diciembre de 2012 a la que asistieron la Dimar, Inversiones Talarama, la alcaldía de Cartagena, Cardique y el Ministerio Público. El accionante no asistió, tras advertir, a través de correo electrónico, que la convocatoria no

podía realizarse hasta tanto no se cumpliera la Sentencia T-376 de 2012 por parte de la Dimar, “ya que a la fecha sigue la ocupación de la playa por parte del Hotel Las Américas”.

Similar situación ocurrió frente a cada convocatoria a las reuniones de preconsulta[19]. Ante cada citación, el señor Luna enviaba un correo electrónico manifestando que la comunidad negra de La Boquilla no asistiría mientras no se adoptaran las medidas necesarias para cumplir con lo ordenado en la Sentencia T-376 de 2012.[20]

11.2. A continuación, el ministerio se refirió a las condiciones en las que había aplicado el test de proporcionalidad mediante el cual le puso fin al proceso consultivo. Para comenzar, advirtió que el Gobierno nacional, “como garante de los derechos de los pueblos étnicos, dispuso una instrucción presidencial conocida como Directiva 10 de 2013, en la cual se encuentra una medida absolutamente garantista para determinar los impactos y fijar las medidas de manejo de las comunidades étnicas, cuando se configure la renuencia para asistir o continuar con un proceso de consulta previa, sin justa causa, por parte de las comunidades”.

Esa medida, relata el escrito, consistiría en facultar a la Dirección de Consulta Previa para dar por terminado el proceso consultivo, cuando los representantes de las comunidades involucradas fueron “efectivamente notificados más de una vez y no justificaron su incapacidad de asistir o nunca se manifestaron”. En estos eventos, la Dirección debe citar al ICANH, al Ministerio Público y a las entidades competentes en el ámbito del proyecto objeto de consulta para que valoren sus impactos y realicen un test de proporcionalidad.

La Dirección ejerció tal facultad en el caso concreto, “luego de convocar a más de cinco reuniones para el desarrollo del proceso consultivo”. Así, llevó cabo el referido test, construyendo una matriz de impactos y fijación de medidas de manejo que se elaboró con la información técnica del ICANH y de la Autoridad Nacional de Pesca, siguiendo los presupuestos jurídicos fijados en la Sentencia T-376 de 2012.

11.3. El Ministerio finalizó su intervención alegando que en este caso no se ha vulnerado ningún derecho fundamental, pues el derecho a la consulta previa fue amparado judicialmente y garantizado administrativamente por la Dirección de Consulta Previa, y cuestionando que el accionante hubiera condicionado el ejercicio de los derechos de la

comunidad al derribamiento de dos quioscos en la playa, es decir, a una condición “abiertamente ilegal”, ajena al ejercicio de la consulta previa.

En el mismo sentido, censuró que el accionante indique, en este trámite, que a las consultas debió citarse al consejo comunitario de La Boquilla en pleno. Dado que el ministerio respeta la autonomía de las comunidades étnicas, realiza las convocatorias a través de su representante legal, “quien a voces del Convenio 169 de la OIT encarna la autoridad representativa de cada pueblo”.

La entidad concluyó advirtiendo que el proceso consultivo se encuentra en etapa de seguimiento de acuerdos e indicando que, en todo caso, el accionante incurrió en temeridad, pues los hechos que fundamentan esta acción de tutela y la que resolvió la Sentencia T-376 de 2012 guardan completa identidad en sus hechos y pretensiones.

Intervención del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder)

12. El escrito de intervención del Incoder fue allegado al despacho judicial de primera instancia el 12 de febrero de 2015. En el documento, la entidad se pronuncia, específicamente, sobre el alcance del título colectivo concedido a la comunidad de La Boquilla mediante Resolución 467 de marzo de 2012. Al respecto, sostuvo lo siguiente:

- El acto administrativo que adjudicó los terrenos baldíos rurales ocupados colectivamente por las comunidades negras integradas en el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra del Gobierno Rural de La Boquilla es un reconocimiento que hace el Estado de la ocupación ancestral en las zonas de Crespo y la Ciénaga de la Virgen. La Resolución 467 busca garantizar los derechos de prelación y preferencia para el uso y aprovechamiento de las aguas, las playas, los manglares y la ciénaga de la Virgen y reconocer los actos de ocupación que en su ejercicio se han dado por parte de la comunidad.

- La adjudicación del título colectivo es producto de diversas visitas técnicas, estudios socioeconómicos, jurídicos, de tenencia de tierras, procesos de censo, levantamiento de predios a ser excluidos e incluidos, el mapa del consejo comunitario, el estudio sociocultural y etnohistórico, formas tradicionales de producción pesquera, acuícola y ecoturística. Todo esto soporta el expediente de titulación, que estableció que las áreas

de manglar, ciénaga, playa y mar han sido ocupadas y aprovechadas por la comunidad de manera continua e ininterrumpida.

- El título no comprende los bienes de uso público como las playas y las zonas de manglar, pero garantiza el derecho de prelación que legalmente tienen las comunidades, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 19 y 21 de la Ley 70 de 1993.[21] Así lo señala la resolución de adjudicación del título en su artículo 2º y en sus consideraciones.

- En ese orden de ideas, la falta de consulta previa afecta el derecho protegido constitucionalmente, la actuación administrativa que otorgó la concesión y el derecho de prelación y preferencia para el uso y aprovechamiento de las playas que se deriva del título colectivo. Así lo precisó la Sentencia T-376 cuando indicó que la entrega de concesiones sobre bienes de uso público no puede llevar a desnaturalizar, mediante la creación de un privilegio individual, la atención que requieren los grupos vulnerables y su participación en las decisiones sobre el desarrollo de la ciudad.

La impugnación

13. José Fernández Osorio, magistrado del Tribunal Administrativo de Bolívar, impugnó el fallo de primera instancia, puntualmente, en tanto ordenó remitir a su despacho la acción de tutela objeto de estudio y la documentación anexa, con el fin de que adelantara las actuaciones necesarias para lograr el pleno cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012.

Explicó el magistrado que el Tribunal Administrativo no tiene competencia para pronunciarse sobre la Resolución 518 de 2014, mediante la cual la Dimar le otorgó a Inversiones Talarame una nueva concesión respecto de un área de 8194 m² de playa. Su competencia como juez de primera instancia, señaló, se restringe al cumplimiento de las órdenes de la Sentencia T-376 de 2012 que aluden a la Resolución 497 de 2009 y a su consulta con la comunidad negra de La Boquilla.

El escrito de impugnación da cuenta de las actuaciones que el Tribunal adelantó con el propósito de materializar el amparo concedido por el fallo de revisión. El magistrado Fernández Osorio precisó que el 23 de abril de 2013 declaró en desacato al entonces alcalde del Distrito de Cartagena, Carlos Otero Gerds, y que luego, mediante auto del siete de abril de 2014, vinculó al trámite a Dionisio Vélez Trujillo, actual alcalde, solicitándole un

informe sobre las actuaciones adelantadas para cumplir la Sentencia T-376 de 2012.

Después, cuando el señor Luna Gómez informó que la Dimar había otorgado una nueva concesión a Inversiones Talaramé, le advirtió que un pronunciamiento respecto de ese acto administrativo excedería los límites de la competencia del Tribunal dentro del trámite incidental, dado que ni la Corte Constitucional ni ninguna otra autoridad judicial se habían pronunciado sobre su legalidad o su constitucionalidad.

En criterio del magistrado Fernández Osorio, es imperativo que un órgano judicial determine si la expedición de la nueva resolución de concesión por parte de la Dimar vulnera los derechos fundamentales de la comunidad de La Boquilla. Lo que no puede ocurrir, a su juicio, es que se amplíe el sentido de la Sentencia T-376 de 2012 para redirigir el trámite del incidente de desacato respecto de órdenes que no fueron previstas en esa providencia, como lo ordenó la Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

El magistrado insistió en que el juez que conoce del incidente de desacato no puede ir más allá de lo ordenado en la sentencia de tutela. Si la Sala a quo consideró que se vulneraron nuevamente los derechos fundamentales de la comunidad accionante, concluyó, debió declarar tal vulneración y expedir órdenes concretas para el restablecimiento de esos derechos, en lugar de ordenarle al Tribunal Administrativo actuar más allá de los límites de competencia del incidente de desacato.

El fallo de segunda instancia

14. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura confirmó la decisión de primera instancia mediante sentencia del ocho (8) de abril de dos mil quince (2015). En su concepto, la entrega de una nueva concesión a Inversiones Talaramé, a través un nuevo acto administrativo, no es un hecho ajeno a la tutela que resolvió la Corte Constitucional a través de la Sentencia T-376 de 2012. La posibilidad de que la Dimar entregara una nueva concesión, por el contrario, fue contemplada en la parte resolutoria del fallo.

En efecto, tras dejar sin efectos la Resolución 497 de 2009 para que se rehiciera su trámite, respetando el derecho fundamental a la consulta previa, la Sentencia T-376 de 2012 dispuso que la Dimar debería convocar a una reunión para concertar las condiciones del

proceso consultivo. A continuación, enunció los límites constitucionales que debería respetar una nueva concesión por parte de la Dimar sobre el sector de playa de Cielo Mar y, finalmente, le solicitó a la alcaldía de Cartagena implementar medidas destinadas a asegurar la incorporación de la comunidad en las políticas públicas y los planes de desarrollo de la ciudad.

La Sala ad quem advirtió que, en ese contexto, el papel del juez del desacato no podía reducirse al ejercicio de su poder disciplinario o sancionador. Su función, en aras del cumplimiento del fallo, involucra la materialización, restablecimiento y goce del derecho protegido. Esto no implica salirse de los parámetros de la orden dictada en el fallo. De lo que se trata es de lograr su satisfacción, lo cual, en el caso objeto de estudio, no se agota con la mera expedición de un acto administrativo.

En todo caso, la Sala llamó la atención sobre el hecho de que la Resolución 518 de 2014, ahora cuestionada por el accionante, hubiera anunciado expresamente que toma en cuenta “los parámetros fijados en la Sentencia T-376 de 2012 y el Test de proporcionalidad elaborado por la Dirección General Marítima, los cuales forman parte integral de esta resolución”. Tal circunstancia confirma que el referido acto administrativo es producto de la orden de tutela adoptada en la Sentencia T-376 de 2012. Bajo tal óptica, la pretensión del señor Benjamín Luna Gómez debe ser dirimida en el marco del incidente de desacato del fallo de la Corte.[22]

Actuaciones adelantadas en sede de revisión constitucional

15. Andrés Felipe Ordóñez Caicedo, representante legal de Inversiones Talarama SAS, intervino en el trámite de revisión constitucional en dos ocasiones, para solicitar que se confirmaran las sentencias de instancia. Primero, mediante escrito radicado en la Secretaría General de esta corporación el 18 de septiembre de 2015, hizo un nuevo recuento de las medidas adelantadas en cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012.

Al respecto, reiteró que la decisión de aplicar la Directiva Presidencial 10 de 2013 se dio tras 14 meses de infructuosos intentos por lograr que el accionante asistiera a las reuniones preconsultivas. Así mismo, advirtió que el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior informó en detalle sobre tal trámite a “la doctora María Victoria Calle Correa, magistrada ponente de la Sentencia T-376 de 2012, mediante Oficio 14-000007193-

DCP-2500, radicado el día cinco de marzo de 2014”. Por eso, el 10 de junio siguiente, se llevó a cabo la cuarta reunión de consulta, en la que se construyó el test de proporcionalidad a partir de los conceptos técnicos elaborados por la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca y por el ICANH.[23] Sobre esa base, se expidió la Resolución 518 de octubre de 2014, que entregó la nueva concesión a Inversiones Talarame.

El interviniente planteó entonces las razones por las que, en su criterio, los fallos de instancia debían confirmarse. El escrito menciona que el escenario jurídico para cuestionar el cumplimiento de una sentencia es el incidente de desacato, que debe ser adelantado por el juez de instancia, como lo reconoció la propia Corte al indicar que el cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012 debía ser examinado por el Tribunal Administrativo de Bolívar. De todas formas, el magistrado José Fernández Osorio involucró la Resolución 518 de 2014 dentro del trámite incidental de verificación del cumplimiento[24]. En ese contexto, la tutela resultaba improcedente.[25]

16. El abogado volvió a intervenir ante la Corte el siete de octubre siguiente, para informar que en cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012 y del contenido y alcance de la concesión otorgada a Inversiones Talarame, “hoy existe un clima de tranquilidad y convivencia con los miembros de la comunidad negra de La Boquilla”.

El escrito indica que la administración del Hotel Las Américas instruyó a su compañía de seguridad “con el fin de que los guardas de seguridad que prestan servicios de seguridad a los turistas y Hotel en el sector de la playa de cielo mar, no interroguen a ningún transeúnte y menos a los miembros de la comunidad sobre el propósito de transitar por ese sector de la playa. Que deben permitir su libre tránsito y libre acceso”. Así mismo, se les instruyó con el propósito de que permitieran la realización de actividades culturales en el sector.

El hotel, señaló finalmente, “ha incorporado a su planta de personal aproximadamente el 10% de miembros de esta comunidad cuyos listado de actividades y nombres anexamos a esta comunicación”. [26]

17. Mediante providencia del 27 de octubre de 2015, la Sala decretó las pruebas que consideró necesarias para verificar si, en atención a lo referido por el representante legal de Inversiones Talarame, el Tribunal Administrativo de Bolívar había involucrado la Resolución 518 de 2014 dentro del trámite de cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2014.

En consecuencia, ordenó oficiar a la referida autoridad judicial para que informara sobre el estado actual del trámite de cumplimiento del fallo y para que remitiera copia de las decisiones que hubiera adoptado en ese marco después del 19 de noviembre de 2014. En esa misma oportunidad, ordenó suspender los términos procesales, hasta que las pruebas fueran recibidas y valoradas.

18. El 17 de noviembre de 2015, el accionante, Benjamín Luna Gómez, remitió un escrito a la Corte insistiendo en que el numeral segundo de la parte resolutive de la Sentencia T-376 de 2012 se sigue incumpliendo, porque los dos quioscos y su mobiliario siguen en condición de propiedad privada, reservándose para uso exclusivo del Hotel Las Américas. Tal circunstancia supone una alteración del espacio público de la playa, que se opone a los estándares que debían respetarse, según lo ordenado por la Corte, en caso de que se decidiera entregar una nueva concesión sobre el sector de Cielo Mar.

19. El magistrado del Tribunal Administrativo de Bolívar, José Fernández Osorio, informó a la Sala que, en aras de garantizar el cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012, ha requerido a los funcionarios de la administración distrital respecto de la satisfacción de las órdenes cuya resolución no se ha acreditado. Además, informó que el trámite incluyó la valoración de un nuevo acto administrativo, “esto es, la Resolución 518 de octubre de 2014, en cumplimiento de la orden emitida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como juez de tutela de segunda instancia”.

El magistrado explicó que su despacho ha destacado el papel de los criterios establecidos en la Sentencia T-376 de 2012 para el desarrollo de un nuevo proceso consultivo, “fijándolos como un molde al cual debe ceñirse cualquier actuación en ese campo y como parámetro evaluativo en relación con la protección y defensa de los derechos fundamentales involucrados”. Con el escrito, allegó copia de las siguientes providencias:

- Auto interlocutorio 023 del tres de marzo de 2015, que dispuso vincular al funcionario que se desempeñara en esa fecha como alcalde de La Virgen y Turística; requirió al alcalde mayor de Cartagena para que diera cumplimiento a las órdenes de la sentencia de tutela que le incumbían y realizó algunas consideraciones sobre la posibilidad de estudiar la Resolución 518 de octubre de 2014, sobre la cual se abstuvo de pronunciarse.
- Auto interlocutorio 196 del 17 de junio de 2015, que ordenó el estudio de la Resolución

518 del 6 de octubre de 2014 y la vinculación de los sujetos relacionados con ella, en aras de cumplir el fallo de tutela proferido, el 8 de abril de 2015 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

- Auto de sustanciación 178 del 27 de julio de 2015, mediante el cual se les dio publicidad a los informes y documentos recaudos y se dispuso, en aras de aplicar el principio de celeridad, la celebración de una audiencia pública citando a todos los interesados para establecer la relación entre la resolución 518 del seis de octubre de 2014 y el cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012.

- Auto de sustanciación 193 del 5 de agosto de 2015, mediante el cual se dispuso oficiar al Ministerio del Interior para establecer claramente la representación del Consejo Comunitario de La Boquilla.

- Acta de diligencia del 12 de agosto de 2015, que suspende la diligencia en espera de que se solucionen los trámites administrativos relacionados con la representación legal del Consejo Comunitario de La Boquilla, para garantizar los derechos constitucionales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

21. La Sala Novena es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de acuerdo con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento del auto del dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015), expedido por la Sala de Selección Número Siete (7) de esta Corporación.

Presentación del caso, formulación de los problemas jurídicos y metodología de la decisión que adoptará la Sala:

Presentación del asunto objeto de revisión

22. Como se expuso previamente, el accionante, Benjamín Luna Gómez, pretende el amparo de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados a la comunidad negra de

la Unidad Comunera de Gobierno Rural de La Boquilla a raíz de la expedición de la Resolución 518 de 2014, mediante la cual la Dirección Marítima de Cartagena concesionó 8194 m² de playa del sector de Cielo Mar a la compañía Inversiones Talaramé SAS.

En criterio del señor Luna, la decisión de la Dimar vulnera los derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia, a la consulta previa, a la participación, a la autodeterminación, a la autonomía y al territorio ancestral de la comunidad negra de La Boquilla, puntualmente, en tanto contradice las órdenes impartidas en la Sentencia T-376 de 2012, proferida por la Sala Primera de Revisión de Tutelas de la Corte.

23. La Sentencia T-376 de 2012 protegió el derecho de la comunidad negra de La Boquilla a ser consultada sobre la decisión de concesionar 8.194 m² de playa que se ubican en su corregimiento. La providencia dejó sin efectos la Resolución 497 de 2009, que le otorgó la concesión a Inversiones Talaramé, para que su trámite se rehiciera agotando el proceso de consulta respectivo. El peticionario señaló que tal decisión no se ha cumplido, pese a que la comunidad inició incidente de desacato y a que informó a la Corte Constitucional sobre el incumplimiento del fallo. La acción de tutela busca, en ese contexto, que la Resolución 518 de 2014 sea revocada, para que se agote el respectivo proceso de consulta previa.

24. Inversiones Talaramé, la Dimar y el Ministerio del Interior se opusieron a la solicitud de amparo, sobre el supuesto de que el presunto incumplimiento de la obligación de consultar la Resolución 518 de 2014 debía debatirse ante la jurisdicción contenciosa. De todas maneras, alegaron que la nueva concesión se concedió tras surtir las etapas administrativas y legales del caso.

Las accionadas explicaron que el proceso consultivo ordenado por la Sentencia T-376 de 2012 se dio por terminado en aplicación de la Directiva Presidencial N° 10 de 2013, que permite cerrar los procesos de consulta previa mediante un test de proporcionalidad, cuando la comunidad convocada se ausente injustificadamente de tres reuniones de preconsulta y dos de consulta. Como eso fue, justamente, lo que ocurrió en este caso, la identificación de los impactos que la concesión genera sobre la comunidad de La Boquilla se llevó a cabo a la luz del procedimiento fijado en la referida Directiva.

25. El Consejo Comunitario, la Defensoría del Pueblo y el Incoder, en cambio, respaldaron

las pretensiones del peticionario. El consejo comunitario, que intervino en este trámite a través de su actual representante legal, Geidys María Velázquez Puerta, censuró que el proceso de consulta se hubiera llevado a cabo en ausencia de la comunidad de La Boquilla, en contravía de los principios de información, buena fe, consentimiento, representatividad y enfoque cultural que caracterizan ese derecho fundamental.

La Defensoría del Pueblo, por su parte, advirtió que no se configuró la hipótesis que permitía cerrar el proceso de consulta a través de un test de proporcionalidad. La Directiva Presidencial prevé tal alternativa cuando la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior ha intentado notificar a la comunidad convocada tres veces en consulta y dos veces en consulta previa, cada ocho días, sin recibir respuesta, explicó la entidad. En este caso, la comunidad de La Boquilla fue citada a preconsulta, pero no a las reuniones de consulta. En ese contexto, el proceso consultivo no podía darse por terminado.

El Incoder, finalmente, planteó que conceder la concesión sin agotar el proceso consultivo amenaza los derechos fundamentales de la comunidad accionante, que cuenta con un derecho de prelación y preferencia para el uso y aprovechamiento de las playas, de conformidad con lo establecido en el título colectivo que le fue adjudicado a través de la Resolución 467 de 2012.

26. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de Bolívar denegó la solicitud de amparo, considerando que era al Tribunal Administrativo de Bolívar, en su condición de juez de primera instancia dentro del proceso que antecedió la Sentencia T-376 de 2012, al que le correspondía determinar si el trámite previo a la expedición de la Resolución 518 de octubre de 2014 se ajustó o no a lo ordenado por la Corte.

El Tribunal Administrativo de Bolívar impugnó esa decisión, pero la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura la confirmó. Para la Sala ad quem, la entrega de una nueva concesión a Inversiones Talarama, a través un nuevo acto administrativo, no era un hecho ajeno a la Sentencia T-376 de 2012, pues esta se refirió a la posibilidad de que la Dimar entregara una nueva concesión y precisó los límites constitucionales que deberían respetarse en ese evento. La pretensión formulada por el señor Luna Gómez debía dirimirse, por eso, en el marco del incidente de desacato del fallo de revisión de la Corte.

Formulación de los problemas jurídicos

27. El relato que acaba de efectuarse enfrenta a la Sala con una primera problemática, relacionada con el hecho de que la Dimar haya concesionado 8194 m2 de playa del sector de Cielo Mar a la compañía Inversiones Talaramé SAS, con fundamento en un test de proporcionalidad que, en los términos de la Directiva Presidencial 10 de 2013, reemplaza al proceso de consulta previa cuando la comunidad étnica convocada se ausentó de forma injustificada de las reuniones de preconsulta y consulta.

La tarea de la Sala, en ese contexto, consistiría en determinar si la Dimar podía dar por surtido el trámite de consulta y otorgar la concesión cuestionada con apoyo en tal test de proporcionalidad, o si, por el contrario, tal decisión vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la consulta previa y al territorio ancestral de la comunidad negra organizada en el Consejo Comunitario de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de La Boquilla, como lo planteó el accionante.

Tal circunstancia plantea un dilema constitucional distinto, relativo a la procedibilidad formal de la tutela instaurada por el señor Luna Gómez. Tal fue, precisamente, el debate que abordaron los jueces constitucionales de instancia.

29. Como acaba de exponerse, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior denegaron la acción de tutela porque, en su concepto, lo pretendido por el accionante debía discutirse en el marco del incidente de desacato que tramita el Tribunal Administrativo de Bolívar.

Los fallos objeto de revisión destacaron las amplias facultades que el Decreto 2591 de 1991 les concede a los jueces de tutela de primera instancia en aras del cumplimiento de las decisiones judiciales de esa naturaleza y precisaron las razones por las que, en su concepto, la solicitud del accionante tenía que ver con la decisión adoptada por la Sala Primera de Revisión de Tutelas de esta corporación, a través de la Sentencia T-376 de 2012. La solicitud formulada por el señor Luna Gómez fue denegada sobre ese supuesto.

De ahí que, antes de valorar el dilema constitucional relativo al hecho de que el proceso de consulta previa con base en el cual la Dimar le concesionó 8.194 m2 de playa marítima del sector de Cielo Mar se hubiera adelantado sin la presencia de la comunidad de La Boquilla,

siguiendo las pautas de la Directiva Presidencial 10 de 2013, la Sala deba determinar si la acción de tutela formulada por el señor Luna Gómez es formalmente procedente, o si, en los términos planteados por los jueces de instancia, no satisface el requisito de subsidiariedad, en tanto lo pretendido atañe al trámite del cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012.

Metodología de la decisión que se adoptará en este caso

30. Como, en los términos referidos, la Sala deberá ocuparse primero de verificar la procedibilidad formal de la solicitud de amparo, comenzará su exposición examinando las facultades conferidas a los jueces de tutela en aras del cumplimiento de sus sentencias e identificando las medidas que, a la luz de la jurisprudencia constitucional, pueden adoptar con ese fin en el marco del trámite de cumplimiento y del incidente de desacato.

A continuación, reiterará la jurisprudencia relativa al contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa, indagando, especialmente, por las disposiciones del Convenio 169 de la OIT que exigen que las consultas se lleven a cabo mediante procedimientos apropiados, a través de las instituciones representativas de las comunidades, de buena fe, de una manera apropiada a las circunstancias y con la finalidad de llegar a un acuerdo o de lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. El estudio del caso concreto se abordará en ese contexto.

Facultades del juez constitucional frente a la materialización de sus decisiones. El trámite de cumplimiento y el incidente de desacato de las sentencias de tutela.

31. La responsabilidad que les incumbe a los jueces de tutela frente a la adopción de medidas que impulsen la realización de los derechos fundamentales amparados en sus fallos se deriva del compromiso que vincula a todas las autoridades públicas con la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Esa tarea, erigida a la categoría de “fin esencial del Estado” por el artículo dos de la Carta, supone, entre otras cosas, que las determinaciones judiciales sean oportuna y eficazmente satisfechas. Así lo ha establecido esta corporación, al explicar que el derecho a la administración de justicia no involucra solamente la posibilidad de formular determinada controversia jurídica ni que la misma sea resuelta. La materialización de ese derecho fundamental implica, además, que la decisión del operador jurídico se acate

plenamente[28].

32. El cumplimiento de las órdenes impartidas en las sentencias de tutela ostenta una relevancia particular, derivada de la entidad de los bienes jurídicos involucrados en un proceso de esa naturaleza. Eso explica, también, los poderes con los que fueron investidos los jueces constitucionales en aras de la eficacia de las decisiones consignadas en sus providencias.

Las amplias facultades que el Decreto 2591 de 1991 les confirió a esos funcionarios se justifican, precisamente, en tanto aspiran a asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales protegidos a través de las sentencias de tutela. Para cumplir con la función que en ese sentido les atribuyó la Constitución, los jueces constitucionales deben cumplir tres tareas: identificar las situaciones de violación o amenaza de derechos fundamentales; conceder el amparo invocado, si es del caso, y adoptar, entonces, las medidas que conduzcan a que la protección dispensada se materialice.

33. La concreción de esta última labor exige que las órdenes que se impartan como consecuencia de la concesión del amparo tenga un grado de especificidad que facilite su ejecución. Para lograrlo, deben sujetarse a los parámetros contemplados en el artículo 23 del Decreto 2591 de 1991.[29]

La norma precisa que las órdenes consignadas en los fallos de tutela estimatorios deben asegurar que quien formuló la acción goce plenamente de los derechos fundamentales que le fueron vulnerados y que, si es posible, retorne a la situación en la que se encontraba antes del momento de su lesión. Si la infracción denunciada se presentó a raíz de una omisión, el fallo debe asegurar que la conducta omitida se realice. Si, en cambio, la tutela se promovió ante la amenaza de un derecho fundamental, el juez debe ordenar que cese e impartir las medidas necesarias para evitar que el derecho comprometido vuelva a ser violado, perturbado o restringido.

34. Desde ese punto, el juez de tutela debe centrar su atención en la ejecución de lo ordenado en la sentencia. Y lo debe hacer valiéndose de los dos mecanismos procesales que el Decreto 2591 ideó para ello: el trámite de cumplimiento y el incidente de desacato.

Ambas figuras comparten el propósito común de asegurar que la entidad pública o el particular responsable de la infracción inusfundamental verificada satisfagan las órdenes que se le impartieron en aras del restablecimiento de los derechos fundamentales vulnerados. Su incidencia en la realización del derecho a la administración de justicia de los ciudadanos beneficiados por un fallo de tutela tiene que ver, precisamente, con el hecho de que doten a los jueces constitucionales de las herramientas necesarias para lograr que sus órdenes sean oportuna y plenamente cumplidas. En el marco de la discusión que plantea la acción de tutela objeto de estudio haría falta establecer, ahora, cuáles son esas herramientas.

35. Para comprender las facultades que ostentan los jueces de tutela al asumir la verificación del cumplimiento de sus sentencias y al tramitar un incidente de desacato hace falta remitirse, primero, al artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, que reconoce la competencia de los operadores judiciales para actuar con posterioridad a la adopción del fallo estimatorio, hasta lograr el restablecimiento del derecho protegido o la eliminación de las circunstancias que lo amenazaban. Tal propósito puede alcanzarse a través de distintas vías. El artículo 27 alude, específicamente, a la posibilidad de que el juez requiera a la autoridad o al particular responsable de acatar las órdenes de protección impartidas para que actúe de conformidad.

Puede ocurrir, sin embargo, que el requerimiento no conduzca a que se acate la sentencia. En ese evento, el juez queda habilitado para adoptar “todas las medidas” que conduzcan al cumplimiento. Si, incluso entonces, el incumplimiento persiste, el juez podrá imponer sanciones por desacato, lo cual no lo sustrae de su obligación de adoptar las medidas que corresponda para perseguir el cumplimiento efectivo del fallo.[30]

36. La facultad de requerir y la de adoptar “todas las medidas” que propugnen por la materialización del amparo prodigado son gestiones de impulso procesal propias del trámite de verificación del cumplimiento del fallo de tutela. La imposición de la sanción por desacato se produce, en cambio, por la vía del trámite incidental concebido para el efecto. Tal es, de hecho, la principal diferencia que existe entre uno y otro instrumento. Mientras el primero se enfoca en la adopción de medidas que persuadan el acatamiento del fallo, el segundo, el incidente de desacato, se concentra en el juzgamiento disciplinario del servidor público o del particular incumplido, cuestión que, eventualmente, puede conducir también a que la sentencia sea satisfecha.

La razón de ser de ambos mecanismos es, en últimas, lograr que la orden de tutela se ejecute. De ahí que puedan tramitarse simultánea o sucesivamente. Lo importante, ha dicho la jurisprudencia, es que el juez de tutela logre sortear las dificultades prácticas y formales que impiden que el ciudadano disfrute de su derecho en las condiciones contempladas en la decisión que lo protegió[31].

Las potestades que ostenta el juez de tutela al asumir la verificación del cumplimiento de sus sentencias y al tramitar el incidente de desacato han sido analizadas por la Corte bajo ese supuesto. Las providencias que se han ocupado del tema han identificado las diferencias que existen entre uno y otro mecanismo, sin perder de vista que ambos buscan asegurar que la salvaguarda del derecho fundamental protegido se materialice. Siguiendo ese mismo esquema, la Sala enunciará los elementos que distinguen al incidente de desacato del trámite de cumplimiento. Luego precisará con qué facultades cuenta el juez en el marco de cada uno de ellos.

37. Tres aspectos diferencian al trámite de verificación del cumplimiento del incidente de desacato de las sentencias de tutela[32]. El primero de ellos tiene que ver con el hecho de que el primero sea obligatorio, dado el compromiso que, tras proferir un fallo estimatorio, adquiere el juez constitucional respecto del pronto y pleno cumplimiento de su decisión. El desacato, en cambio, es incidental, lo que supone que el juez deba acudir a él subsidiariamente, cuando, en los términos de la situación específica de que se trate, las medidas adoptadas en ejercicio de la verificación del cumplimiento no hayan sido suficientes para hacer cumplir la orden de protección de los derechos fundamentales.

La segunda diferencia remite a la naturaleza de la responsabilidad exigida en uno y otro escenario. Respecto del cumplimiento, la responsabilidad es objetiva. La responsabilidad exigida para imponer una sanción por desacato es subjetiva, lo cual implica demostrar la negligencia de la autoridad o del particular concernido, esto es, que entre su comportamiento y el incumplimiento del fallo existe un nexo causal sustentado en la culpa o en el dolo[33].

La Corte ha establecido, en tercer lugar, que ambas figuras se diferencian en función de la persona que está a cargo de impulsarlas, pues, mientras el desacato se inicia a petición del interesado, el cumplimiento debe iniciarse de oficio, o cuando el interesado o el Ministerio

Público lo soliciten. Sin embargo, lo advertido en ese sentido debe leerse en el contexto de los mandatos constitucionales que comprometen al juez con la efectiva salvaguarda de los derechos fundamentales.

Desde esa perspectiva, el trámite del incidente desacato no puede supeditarse a que la persona a cuyo favor se profirió la orden de amparo formule una petición al respecto. Si ninguna de las medidas de impulso procesal ha permitido avanzar en el cumplimiento del fallo, por circunstancias atribuibles a la conducta del obligado, el juez debe, de oficio, iniciar el incidente, para presionar por esa vía la satisfacción de las órdenes impartidas y proteger los derechos fundamentales comprometidos en cada caso.

38. A los poderes con que cuenta el juez constitucional al tramitar la verificación del cumplimiento y el incidente de desacato se ha referido la Corte en varias oportunidades, especialmente al abordar, en sede de revisión, el estudio de tutelas que controvierten decisiones adoptadas en ese escenario. La corporación ha concluido que esas tutelas son formalmente procedentes cuando se dirigen contra la decisión que le pone fin al incidente de desacato, es decir, contra aquella que se abstuvo de imponer la sanción o contra la que la ratificó, en grado de consulta, si además se satisfacen las demás condiciones que permiten dar por cumplido el requisito de subsidiariedad de las tutelas que se promueven contra cualquier otra providencia judicial[34].

La primera de esas reglas se justifica, precisamente, en atención a la diversidad de instrumentos procesales de los que pueden servirse las partes y el juez del caso para asegurar que dichos trámites se adelanten con respeto de las garantías propias del debido proceso[35]. El hecho de que el interesado pueda controvertir las decisiones anteriores a aquella que supone la finalización del incidente de desacato justifica que la posibilidad de dirigir el amparo constitucional contra las primeras se restrinja.[36]

La jurisprudencia constitucional ha reconocido, así, el amplio margen de acción que el trámite de cumplimiento y el incidente de desacato les conceden a los jueces, tanto para materializar las órdenes de protección impartidas en la decisión de amparo como para garantizar los derechos fundamentales de quienes intervienen en el trámite incidental. El alcance de los poderes con que cuentan en esa materia ha sido delimitado atendiendo a la especial responsabilidad que los vincula con la satisfacción de ambos propósitos.

En ejercicio de esos poderes, la autoridad judicial puede valerse de las herramientas que ya se han mencionado en esta providencia. Para efectos expositivos, se clasificarán en dos grupos. Del primero harían parte todas aquellas medidas que propenden por el cumplimiento del fallo en su sentido original y, del segundo, las que suponen una alteración de aspectos accidentales de la sentencia.

i) Medidas que no involucran la alteración del fallo de tutela.

40. El Decreto 2591 de 1991 compromete al juez de tutela con el pronto acatamiento de sus sentencias estimatorias. En aras de la materialización de ese propósito, lo habilita para requerir al responsable del cumplimiento, cuando hayan transcurrido 48 horas sin que las órdenes de amparo se hayan satisfecho.[37] Si el requerimiento no conduce al cumplimiento del fallo, el juez adquiere competencia para adoptar, directamente, “todas las medidas” para el restablecimiento del derecho o la eliminación de las conductas que lo amenazan.

Eso involucra la facultad de realizar nuevos requerimientos, de practicar pruebas y, en fin, de tomar los correctivos que en su criterio puedan impulsar la materialización de lo ordenado[38]. También comprende, como se ha dicho, la obligación de iniciar el incidente de desacato, cuando las medidas de impulso procesal no hayan propiciado el cumplimiento[39].

41. En el ámbito del incidente de desacato, la labor del juez constitucional consiste en verificar: i) a quién se dirigió la orden; ii) en qué término debía ejecutarla; iii) y el alcance de la misma, para, entonces, determinar iv) si la orden fue cumplida o si hubo un incumplimiento total o parcial y v) las razones que motivaron el incumplimiento. Resueltos esos interrogantes, deberá examinar la responsabilidad subjetiva del obligado[40], para, finalmente, imponer las sanciones del caso, si verifica un ánimo de evadir la orden impartida en el fallo de tutela.

No puede perderse de vista, sin embargo, que la finalidad del incidente va más allá de la imposición de una sanción al particular o a la autoridad responsable del incumplimiento. El acatamiento del fallo no puede resignarse, por eso, al efecto persuasivo que la inminente imposición de la sanción pueda generarle al obligado. Mientras el trámite incidental avanza, el juez sigue habilitado para adoptar las medidas de impulso procesal que conduzcan a acelerar el pleno acatamiento de las órdenes de amparo.

ii) La facultad de modificar las órdenes consignadas en la sentencia.

42. La facultad de establecer los efectos de la decisión de amparo y la competencia para adoptar las medidas que permitan hacerla efectiva incluye, también, la posibilidad de modificar las órdenes de protección consignadas en la sentencia. Los poderes que el Decreto 2591 de 1991 les concede a los jueces constitucionales en ese sentido se enfrentan, sin embargo, a un límite concreto, que está dado por el principio de cosa juzgada.

La jurisprudencia constitucional ha sido enfática al respecto. Dado que el fenómeno de la cosa juzgada opera, de forma absoluta, frente a la decisión de conceder o no la tutela, lo que el juez haya resuelto en ese sentido debe permanecer incólume. No es posible, bajo ninguna circunstancia, que se reabra el debate que dirimió la sentencia.

43. El remedio constitucional previsto para concretar el amparo sí puede, en contraste, alterarse en circunstancias excepcionales. El juez puede ajustar la orden original o dictar órdenes adicionales que contribuyan a materializar la protección concedida, si lo hace bajo unos parámetros estrictos, que la jurisprudencia ha sintetizado de la siguiente manera:

“(1) La facultad puede ejercerse cuando debido a las condiciones de hecho es necesario modificar la orden, en sus aspectos accidentales, bien porque: a) la orden original nunca garantizó el goce efectivo del derecho fundamental tutelado, o lo hizo en un comienzo pero luego devino inane; b) porque implica afectar de forma grave, directa, cierta, manifiesta e inminente el interés público o c) porque es evidente que lo ordenado siempre será imposible de cumplir.

(2) La facultad debe ejercerse de acuerdo a la siguiente finalidad: las medidas deben estar encaminadas a lograr el cumplimiento de la decisión y el sentido original y esencial de la orden impartida en el fallo con el objeto de asegurar el goce efectivo del derecho fundamental tutelado.

(3) Al juez le es dado alterar la orden en sus aspectos accidentales, esto es, en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar, siempre y cuando ello sea necesario para alcanzar dicha finalidad.

(4) La nueva orden que se profiera debe buscar la menor reducción posible de la protección concedida y compensar dicha reducción de manera inmediata y eficaz.”[41]

Los ajustes de los que puedan ser objeto las órdenes de amparo impartidas en un fallo de tutela estimatorio deben propender, entonces, por la satisfacción del propósito intrínseco al deber que les incumbe a los jueces de tutela respecto del cumplimiento de sus decisiones: la efectividad de los derechos, principios y valores constitucionales.

Lo mismo ocurre con las medidas de impulso procesal que les corresponde adoptar al vigilar el cumplimiento de su decisión y con el trámite del incidente de desacato. El uso que el juez haga de tales instrumentos procesales debe orientarse a la consecución de ese objetivo. Los límites de esos poderes, a su turno, están dados por el respeto del debido proceso y del principio de cosa juzgada constitucional, que respecto de la decisión de amparo, es absoluta. La discusión de fondo que cerró el fallo de tutela no puede reabrirse, ni cuestionarse en el marco del cumplimiento. Tampoco pueden alterarse, de forma sustancial, el contenido de las órdenes proferidas.

44. Establecido así cuáles son los alcances y los límites de las herramientas de las que pueden valerse los jueces de tutela para lograr la concreción de la protección que conceden sus providencias, la Sala concluirá este acápite precisando, solamente, que es el juez de primera instancia el funcionario competente para adoptar las medidas descritas. Es a él, en efecto, a quien le incumbe hacer cumplir las órdenes de amparo impartidas en las sentencias de tutela, incluso si se trata de decisiones de segunda instancia o de las que profiere esta corporación en sede de revisión.

Esa, sin embargo, es solo la regla general. La jurisprudencia constitucional ha previsto también la posibilidad de que sea la propia Corte la que asuma la verificación del cumplimiento de sus sentencias, si el juez de primera instancia no adoptó las medidas necesarias para presionar la ejecución de la parte resolutive del fallo de tutela, o si las adoptó, pero estas resultaron insuficientes o ineficaces para alcanzar tal objetivo.

La competencia de esta corporación frente a la vigilancia del cumplimiento de sus providencias se activa, también, cuando la autoridad desobediente es una alta Corte, o cuando el fallo cuyo acatamiento se persigue impartió órdenes complejas cuya puesta en marcha demanda un seguimiento permanente o la adopción de determinaciones posteriores

a las inicialmente previstas.[42] En cualquiera de esos casos, la intervención de la Corte se supedita a que esta resulte indispensable para salvaguardar la supremacía e integridad del ordenamiento constitucional y para proteger efectivamente los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

El derecho fundamental a la consulta previa. Reglas jurisprudenciales aplicables al desarrollo de los procesos consultivos.[43]

45. El estatus de derecho fundamental que la jurisprudencia de la Corte Constitucional le ha atribuido a la consulta previa tiene como punto de partida el reconocimiento que se ha hecho, tanto en el escenario internacional, como en el ámbito interno, del valor de las minorías étnicas como portadoras de unas formas de vida y de unos saberes diversos que merecen ser protegidos y conservados. La idea de que ese valor se salvaguarda permitiendo que las comunidades étnicamente diferenciadas decidan autónomamente sobre sus propios asuntos explica la importancia del papel que cumple la consulta previa dentro del marco jurídico que rige las relaciones entre esos colectivos y el Estado.

46. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo caracteriza a la consulta previa como el mecanismo a través del cual se garantiza que los pueblos indígenas y tribales participen de forma efectiva en la adopción de las decisiones que los afectan directamente. El compromiso que vincula a los Estados signatarios del Convenio a desarrollar, “con la participación de los pueblos interesados”, una acción coordinada y sistemática orientada a proteger sus derechos y a garantizar el respeto de su integridad y a adoptar las medidas que se requieran para salvaguardar a sus integrantes, a sus instituciones, sus bienes, su trabajo, cultura y medio ambiente se satisface, principalmente, por vía de la consulta previa.

47. Para cumplir con esos propósitos, los procesos consultivos deben seguir los parámetros contemplados en el Convenio. Su artículo 6º exige, por ejemplo, que la consulta se lleve a cabo con las instituciones representativas de las comunidades concernidas y a través de procedimientos apropiados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Con ese mandato en perspectiva, y en el contexto de las disposiciones constitucionales que caracterizan a Colombia como un Estado étnica y culturalmente diverso, participativo y pluralista, la Corte ha precisado cuál es el ámbito de

aplicación de la consulta previa, quiénes son sus titulares y cuáles son las reglas que rigen su trámite.

A continuación, la Sala se referirá a cada uno de esos elementos, considerando lo que sobre el particular establecen el Convenio 169 de la OIT, la jurisprudencia constitucional y las pautas de interpretación fijadas en la doctrina autorizada sobre la materia. Dada la naturaleza del debate que plantea el asunto objeto de revisión, la Sala indagará, especialmente, por las reglas que rigen el trámite de las consultas.

El ámbito de aplicación de la consulta previa.

50. Las medidas que no encuadran en esas hipótesis deben examinarse bajo la óptica de la regla general de afectación directa. Esto, a su vez, exige valorar las especificidades de cada caso, pues es posible que el impacto que determinada medida cause en cierta comunidad sea mayor o menor del que le generaría a otra. La tarea del juez constitucional frente a una discusión de esas características es, por eso, especialmente compleja. El Convenio 169 y los criterios de decisión fijados por esta corporación al abordar ese tipo de controversias le brindan un marco de orientación para realizar ese ejercicio.

51. La jurisprudencia constitucional sobre el ámbito de aplicación de la consulta previa ha surtido varias etapas. La primera valoró la exigibilidad de la consulta, solamente, frente a medidas que implicaban una afectación de los territorios ancestrales de las comunidades indígenas, considerando que el artículo 330 de la Carta alude a la necesidad de propiciar la participación de los representantes de esas comunidades en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios[50]. En una segunda etapa, la Corte admitió que la ejecución de obras de infraestructura, la entrega de concesiones mineras, la construcción de puertos y cualquier otro proyecto de desarrollo que afectara directamente a una comunidad étnica debía ser objeto de consulta previa[51], aun si no implicaba la explotación de recursos naturales en sus territorios.

52. La Sentencia SU-383 de 2003[52] explicó, posteriormente, que la referencia explícita que hace el artículo 330 de la Constitución respecto de la obligatoriedad de la consulta frente a la explotación de recursos naturales no descarta “el derecho de estos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles”[53]. Desde entonces, la Corte ha venido avanzando en la definición de los

estándares bajo los cuales es posible establecer si determinada medida puede enmarcarse en la hipótesis de afectación directa a la que alude el Convenio 169.

La Sentencia T-661 de 2015[54] los sintetizó, recientemente, al estudiar un asunto relativo a la disputa que existía entre tres clanes del pueblo Wayúu por la titularidad de unas tierras ubicadas en el Departamento de la Guajira. La Sala Primera de Revisión estableció que, a partir de los criterios previstos en los fallos de tutela y de unificación de esta corporación, de sus sentencias de constitucionalidad y de los pronunciamientos del Relator de la Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, el concepto de afectación directa alude a la intervención que una medida -plan, política o proyecto- genera sobre cualquiera de los derechos de las comunidades étnica y culturalmente diversas.

La afectación directa se presentaría cuando la incidencia que la medida tiene sobre estas comunidades es distinta de la que genera frente al resto de la población, cuando se orienta a desarrollar el Convenio 169 y cuando le atribuye cargas o le impone beneficios a una comunidad de una manera que supone la modificación de su situación o de su posición jurídica.

Los titulares de la consulta previa

53. La tarea de determinar si cierta comunidad puede ser considerada titular del derecho a la consulta previa también presenta importantes desafíos, asociados al dinamismo de los procesos de construcción identitaria y a la manera en que pueden ser moldeados por distintos fenómenos institucionales, sociales, políticos y culturales. Los debates que se presenten sobre el particular deben resolverse, de nuevo, bajo el marco de los criterios establecidos en el Convenio 169 de la OIT y de las pautas que esta corporación ha establecido al interpretarlos en casos concretos.

54. El Convenio exige valorar si la comunidad que se identifica como titular del derecho a la consulta tiene rasgos culturales y sociales compartidos u otra característica que la distinga de la sociedad mayoritaria. También, si tiene conciencia sobre su pertenencia a un grupo humano étnicamente diverso. En esos términos está planteada la declaración de cobertura del Convenio. El instrumento internacional se aplica a los pueblos indígenas y tribales que reúnan unos elementos objetivos de identificación[55] y el elemento subjetivo de auto reconocimiento[56].

Además, la Corte ha llamado la atención sobre la importancia de considerar que la presencia de factores raciales, espaciales o formales es relevante, pero no esencial para la atribución de derechos étnicos. Bajo ese supuesto, ha advertido que ni los registros censales, ni las certificaciones estatales, ni los títulos colectivos de propiedad tienen valor constitutivo respecto de la existencia de una comunidad étnica.

55. Los dilemas sobre la titularidad de derechos étnicos han sido resueltos a partir de esos criterios. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha previsto, también, unas pautas para solucionar casos difíciles, entendidos como aquellos en los que la disputa identitaria que supone la atribución de esa titularidad no ha podido definirse por vía de la aplicación de los criterios objetivos de identificación contemplados en el Convenio 169 de la OIT.

Esto puede ocurrir por dos razones: o porque la comunidad accionante está inmersa en un proceso de configuración o reconfiguración de su identidad, o porque los elementos distintivos a los que asocia su carácter diferenciado han sido disputados por otras comunidades o por el Estado. Enfrentado a un debate de esa naturaleza, el juez constitucional debe valorar las razones en las que la comunidad sustenta su auto identificación, indagar por su trayectoria social y por la manera en que esta pueda reflejar un proceso de construcción o reconstrucción identitaria amparado por el Convenio 169 y por la Constitución[57].

Criterios de aplicación de las consultas

56. Los procesos consultivos aspiran a asegurar que las comunidades étnicas que puedan verse afectadas por determinado programa, proyecto, norma, plan o política pública participen libre y efectivamente en su adopción. Tal propósito se logra cuando la consulta se efectúa en las condiciones contempladas en el Convenio 169 de la OIT: de forma previa, mediante procedimientos apropiados, a través de las instituciones representativas de las comunidades interesadas, de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o de lograr el consentimiento sobre la medida propuesta.

57. El primero de esos requisitos implica que el procedimiento consultivo se lleve a cabo con antelación a la ejecución o adopción de la medida administrativa o legislativa que genere la afectación directa. Realizar la consulta en ese momento permite que las comunidades interesadas examinen, sobre la base de información transparente acerca de

los impactos positivos o negativos que podrían derivarse de la implementación de la medida, las alternativas para prevenirlos, mitigarlos o compensarlos. Lo relevante, en los términos del Convenio 169, es que las comunidades y los responsables del proyecto puedan valorar esas consecuencias antes de que se materialicen, en un escenario de mutuo entendimiento.[58] El carácter previo de la consulta garantiza la incidencia material de los acuerdos alcanzados en ese espacio[59].

58. La exigencia relativa a que la consulta se adelante a través de procedimientos apropiados se satisface cuando las comunidades interesadas pueden participar de forma activa y efectiva y cuando el proceso se orienta a obtener su consentimiento[60]. No existe, por eso, un modelo único para tramitar las consultas. La metodología del trámite consultivo debe ser acordada por las partes del proceso, considerando el alcance de la medida objeto de consulta, sus posibles impactos y las especificidades culturales de la comunidad que podría verse afectada por su implementación.

La jurisprudencia constitucional ha insistido en que tales aspectos deben discutirse en el escenario del trámite de preconsulta[61]. Eso, a su vez, descarta que la ejecución de los procesos consultivos pueda condicionarse, ex ante, al cumplimiento de límites temporales o de exigencias distintas a las expresamente contempladas por el Convenio 169. Circunscribir el trámite del proceso a al agotamiento de etapas o exigencias predeterminadas desnaturalizaría el carácter flexible que el instrumento internacional le imprimió a la consulta y generaría una restricción injustificada del derecho de los pueblos indígenas y tribales a participar efectivamente en las decisiones que los afectan[62].

La cantidad de reuniones que habrán de realizarse, el momento en el que deberán llevarse a cabo, su periodicidad y los demás aspectos que puedan incidir en el trámite consultivo deben determinarse, como se ha dicho, atendiendo al contexto específico de la comunidad concernida y a los impactos y el alcance de la medida objeto de consulta. Tales condiciones, que por regla general se pactan en la pre consulta, pueden en todo caso modificarse, en la medida en que contribuyan a facilitar el diálogo intercultural al que aspira el Convenio 169[63].

59. Que la consulta se lleve a cabo a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas o tribales garantiza, a su turno, la legitimidad de los acuerdos que se

alcancen en ese marco. De ahí el compromiso que vincula a los gobiernos signatarios con la identificación y verificación de la representatividad de las organizaciones e instituciones con las que pretenden llevar a cabo cada proceso. El Convenio 169 no impone tampoco un modelo específico de institución representativa. El hecho de que estas surjan como resultado de los procesos que tienen lugar al interior de cada comunidad obliga a los gobiernos a facilitar las condiciones para que sean estas las que determinen, en ejercicio de su autonomía, a las personas u organizaciones que las representaran en esos procesos. Cada comunidad es, por lo tanto, la llamada a establecer quiénes actuaran como sus interlocutores en cada proceso de consulta.

60. La consulta previa debe realizarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias. Esto impone desarrollarla en un clima de confianza mutua, que respete las tradiciones culturales y sociales de los pueblos interesados, que propicie negociaciones genuinas y constructivas y que asegure el cumplimiento de los acuerdos pactados. Tales condiciones remiten, de nuevo, al carácter flexible de los procedimientos consultivos. En los términos de la Sentencia T-769 de 2009[64] la consulta resulta satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional cuando propicia “espacios de participación que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar.”

61. El último requisito que condiciona el desarrollo de los procesos consultivos es el que alude a la necesidad de que estos generen las condiciones para alcanzar un acuerdo y para lograr que las comunidades brinden su consentimiento a las medidas propuestas. La Corte ha establecido que, en todo caso, la consulta debe propender por la obtención de ese consentimiento. Si la medida objeto de consulta conlleva una afectación intensa de los derechos fundamentales de las comunidades, el consentimiento debe obtenerse necesariamente. El almacenamiento y eliminación de materiales peligrosos en las tierras de los pueblos indígenas y tribales, la ejecución de proyectos que afecten sus tierras o territorios y otros recursos y el traslado o reubicación de las comunidades fuera de las tierras que ocupan son algunas de las medidas que se ubican en ese escenario.

El caso concreto

62. El debate constitucional que planteó el accionante, Benjamín Luna Gómez, alude a la

posible infracción de los derechos fundamentales a la consulta previa, a la participación, al debido proceso, al territorio ancestral y a la autodeterminación de la comunidad negra de La Boquilla. En su criterio, la infracción iusfundamental se habría configurado a raíz de la expedición de la Resolución 518 de 2014, que le concesionó 8194 m2 de playa del sector de Cielo Mar a la compañía Inversiones Talaramé SAS, pese a que el proceso de consulta previa que la Sentencia T-376 de 2012 ordenó llevar a cabo no se ha efectuado.

63. La Sentencia T-376 de 2012 había dejado sin efectos otra resolución que, en 2009, le había concesionado el mismo sector de playa a Inversiones Talaramé, sin consultar al respecto a la comunidad de La Boquilla. Tras verificar que la concesión le impuso cargas a la comunidad e incidió en la eficacia de sus derechos fundamentales de una forma diferencial, comparada con los efectos que generó frente al resto de la población[65], el fallo ordenó rehacer su trámite agotando el respectivo proceso de consulta previa. En consecuencia, la Dimar debería proponer a las partes una reunión para concertar las condiciones del proceso. Si, en todo caso, decidía entregar una nueva concesión sobre Cielo Mar, tendría que definir sus alcances y sus límites de forma precisa, preservar todo uso tradicional que la comunidad efectuara en el sector y garantizar su derecho al tránsito. El fallo advirtió, además, sobre la imposibilidad de alterar la calidad de espacio público de la playa.

64. La Dimar volvió a concesionar los 8194 m2 de playa en octubre de 2014, una vez el Ministerio del Interior declaró concluido el proceso de consulta previa que ordenó la Corte. El peticionario considera, sin embargo, que la orden de consultar a la comunidad de La Boquilla sobre la concesión no se satisfizo, pues el proceso de consulta se adelantó sin su presencia.

Inversiones Talaramé SAS, la Dimar y la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior explicaron que el proceso de consulta se llevó a cabo sin la presencia de la comunidad de La Boquilla porque esta se ausentó reiterada e injustificadamente de las reuniones convocadas. Ante tal circunstancia, el Ministerio del Interior decidió dar por terminado el proceso en aplicación de la Directiva Presidencial N° 10 de 2013, que permite cerrar los procesos de consulta realizando un test de proporcionalidad que considere los impactos del proyecto, si la comunidad interesada se ausenta injustificadamente de tres reuniones de preconsulta y dos de consulta, como en efecto ocurrió en este caso.

La Dimar precisó que realizó el correspondiente test de proporcionalidad, considerando los conceptos que el Instituto de Antropología e Historia y la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca rindieron acerca del impacto de la concesión y las medidas de manejo que se requerirían en ese contexto. La nueva concesión, precisó, se otorgó considerando lo dispuesto en el test.[66]

65. En ese orden de ideas, la Sala se propuso establecer si el trámite que antecedió la expedición de la Resolución 518 de 2014 respetó el derecho a la consulta previa de la comunidad negra organizada en el Consejo Comunitario de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de La Boquilla, o si, por el contrario, la decisión de cerrar el proceso sobre la base de la aplicación del test de proporcionalidad contemplado en la Directiva Presidencial 10 de 2013 vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, a la consulta previa y al territorio ancestral, como lo planteó el señor Luna Gómez, cuyas pretensiones fueron respaldadas por la actual representante legal del Consejo Comunitario[67], por la Defensoría del Pueblo[68] y por el Incoder[69].

66. No obstante, como se advirtió antes, la solución de ese interrogante exige definir una cuestión previa, relativa a la viabilidad de que la discusión propuesta por el accionante sea resuelta en este escenario, aunque en los términos planteados por los jueces de instancia, lo pretendido atañe al trámite de verificación del cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012 que cursa en el Tribunal Administrativo de Bolívar. Para definir ese asunto, la Sala abordará, a continuación, el estudio de la procedibilidad formal de la tutela.

La procedibilidad formal de la acción de tutela

66. El estudio de la procedibilidad formal de las acciones de tutela exige verificar, como primera medida, la legitimación de quien reclama la protección de los derechos fundamentales eventualmente vulnerados. En este caso, la solicitud de amparo fue formulada por Benjamín Luna Gómez, a nombre de la comunidad negra de La Boquilla. El señor Luna Gómez se identificó como miembro nativo de la comunidad, y explicó que fue representante legal y presidente de su consejo comunitario. En tal condición, participó en el trámite de revisión constitucional que dio lugar a la Sentencia T-376 de 2012.

67. El hecho de que el peticionario pertenezca a la comunidad de La Boquilla demuestra su legitimación para interponer la acción de tutela objeto de examen, a la luz de los

precedentes jurisprudenciales que, de manera pacífica, han admitido la posibilidad de que las tutelas que persiguen la protección de derechos fundamentales cuya titularidad recae en sujetos colectivos, como las comunidades negras, sean formuladas directamente por estas o por intermedio de sus autoridades tradicionales, de sus representantes, de sus integrantes o a través de las organizaciones que las agrupan, de las que se dedican a la defensa de sus derechos o del Defensor del Pueblo[70].

Dado que, en tanto integrante de la comunidad de La Boquilla, el señor Luna Gómez se encuentra legitimado para formular la tutela, la Sala entiende satisfecho ese primer requisito de procedibilidad formal.[71]

68. Ahora bien, los tribunales de instancia denegaron la protección solicitada sobre el supuesto de que era el Tribunal Administrativo de Bolívar, como juez de primera instancia dentro del trámite constitucional que antecedió la Sentencia T-376 de 2012, el competente para determinar si la expedición de la Resolución 518 de 2014 vulneró los derechos fundamentales a la consulta previa, al debido proceso y al territorio ancestral de la comunidad de La Boquilla.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura llegó a tal conclusión tras constatar que la infracción iusfundamental denunciada por el señor Luna Gómez se deriva del posible incumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012. Como la Resolución 518 de 2014 se profirió con ocasión de lo dispuesto por la Corte, denegó el amparo y ordenó remitir la tutela al Tribunal Administrativo de Bolívar, para que realizara las gestiones encaminadas a asegurar el cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012, en ejercicio de las facultades que el Decreto 2591 de 1991 le confirió para el efecto.

El Tribunal, sin embargo, cuestionó que su competencia respecto del cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012 involucrara la posibilidad de pronunciarse sobre un acto administrativo que no fue estudiado por la Corte. Por eso, impugnó la decisión de primer grado. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura la confirmó, teniendo en cuenta que la Resolución 518 de 2014 se expidió en cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012, tanto así, que advirtió que seguía sus parámetros. La Sala ad quem concluyó que tal circunstancia habilitaba al Tribunal para examinar la resolución cuestionada por el señor Luna Gómez y para adoptar las medidas que condujeran al

restablecimiento de los derechos fundamentales protegidos por la Corte, en caso de que tal propósito no se hubiera alcanzado.

69. Los argumentos planteados en las decisiones objeto de revisión se ubican en el ámbito del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, que supedita su procedencia formal a que el peticionario no disponga de otro mecanismo judicial idóneo y efectivo para lograr la protección que pretende. Ambas providencias concluyeron que el trámite de verificación del cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012 reunía esas condiciones de idoneidad y eficacia, dadas las amplias facultades que el Decreto 2591 de 1991 les confiere a los jueces constitucionales en aras de la plena y oportuna materialización de sus decisiones.

En ese contexto, el análisis de la procedibilidad formal de la tutela impone determinar si la Resolución 518 de 2014 puede ser valorada en el escenario de la solicitud de cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012, aun cuando, en los términos planteados por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el fallo de revisión no se refiere puntualmente a ella. Si la respuesta a esa pregunta es afirmativa, la Sala deberá determinar si el trámite de verificación de cumplimiento resulta idóneo y eficaz para conferir la protección que el accionante pretende.

La Resolución 518 de 2014 puede ser valorada en el trámite de verificación de cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012

70. La Sala coincide con lo que resolvieron los tribunales de instancia frente al primer interrogante. El Tribunal Administrativo de Bolívar puede valorar la Resolución 518 de 2014 en el marco del trámite de cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012 porque la providencia se refirió explícitamente a la posibilidad de que la Dimar entregara una nueva concesión sobre Cielo Mar, porque tal circunstancia se materializó, precisamente, a través del acto administrativo que cuestiona el señor Luna Gómez y porque la resolución contiene insumos relevantes para determinar si la protección que la Sala Primera de Revisión aspiró a brindar se concretó efectivamente.

71. Respecto de lo primero, basta con remitirse a la parte resolutive de la Sentencia T-376 de 2012 y, en particular, a su numeral segundo, que dejó sin efectos la Resolución 0497 de 2009 con el puntual propósito de que su trámite se rehiciera “respetando el derecho fundamental a la consulta previa” de la comunidad de La Boquilla.

La providencia tomó dos determinaciones para alcanzar tal objetivo: ordenó convocar a una reunión para la concertación de las condiciones del trámite consultivo[72] y supeditó la eventual decisión de entregar otra concesión sobre el sector de playa de Cielo Mar al respeto de los límites constitucionales mencionados previamente[73]. Su parte motiva explicó, además, que la imposición de esos límites buscaba que el proceso de consulta previa asegurara “la participación de todos los interesados, pero muy especialmente de las comunidades étnicas que mantienen un contacto culturalmente significativo con el lugar, como ocurre con la Comunidad Negra de la Boquilla”[74].

72. El restablecimiento de derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad negra de La Boquilla estaría dado, bajo esos precisos términos, tanto por la realización de un proceso consultivo que garantizara su participación efectiva como por el respeto de los límites constitucionales a los que la Sentencia T-376 de 2012 condicionó la eventual entrega de una nueva concesión sobre Cielo Mar. La decisión que la Dimar habría de adoptar en ese sentido se ubicaba, bajo esos supuestos, dentro de la órbita de las competencias que el Decreto 2591 de 1991 les atribuyó a los jueces de tutela en aras de la concreción de la protección concedida por sus providencias.

73. Ahora bien, ¿La Resolución 518 de 2014 desarrolló las órdenes impartidas en la Sentencia T-376 de 2012 de un modo que habilitara al Tribunal Administrativo de Bolívar para revisar su contenido? La solución de ese interrogante exige remitirse a la resolución, cuya parte motiva indicó lo siguiente:

“Que la Corte Constitucional en Sentencia T-376 del 18 de mayo de 2012, con ponencia de la magistrada María Victoria Calle Correa, en su artículo primero decidió conceder el derecho a la consulta previa a la comunidad negra de La Boquilla y en el artículo segundo ordenó dejar sin efectos la resolución N° 0497 de 2009, por medio de la cual se otorgó una concesión a la Sociedad Inversiones Talarama y Cia. S.C.A., en jurisdicción de la Capitanía de Puerto en Cartagena, con el fin de que se rehaga el trámite, respetando el derecho fundamental a la consulta previa.

Además dispuso que en caso de que nuevamente se decida entregar una concesión por parte de la Dimar sobre el sector de playa de Cielo Mar, esta deberá respetar los siguientes límites constitucionales y elaborar un test de proporcionalidad o razonabilidad:

- i) Que se definan de forma precisa el alcance y los límites de la concesión
- ii) Que no se altere la calidad del espacio público de la playa, transgrediendo la prohibición de que las playas se conviertan en propiedad privada
- iv) Que se asegure el derecho al tránsito a favor de la colectividad.

(...) Que la dirección de consulta previa del Ministerio del Interior manifestó que había cumplido fielmente con el mandato judicial contenido en la Sentencia T-376 de 2012, por lo que iba a proceder a dar por terminado el proceso de consulta previa, teniendo en cuenta que el representante legal de la comunidad de La Boquilla se había negado a participar en las reuniones de preconsulta, exigiéndole al Ministerio del Interior el derribamiento de dos quioscos existentes en la playa, aspecto que desborda sus competencias por cuanto las facultades de la Dirección de Consulta Previa se concretan en promover, dirigir y garantizar la participación efectiva y real de las comunidades étnicas en los procesos de consulta previa.

Que la Dirección General Marítima elaboró el test de proporcionalidad en cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012 de la Corte Constitucional en concordancia con el Decreto 2313 de 2013 y la Directiva Presidencial N° 10 de 2013, el cual forma parte integral del presente acto administrativo (...)”[75]

Tales fueron los supuestos que condujeron a que la Dimar volviera a concesionar los 8194 m2 del sector de playa de Cielo Mar que había concesionado en 2009. Los términos de la nueva concesión fueron precisados por la Resolución 518 de 2014 de la forma que pasa a exponerse:

“Artículo 1: Otorgar en concesión a la sociedad Inversiones Talarama & Cia. S.C.A. un área de ocho mil ciento noventa y cuatro metros cuadrados (8194 m2) correspondientes a playa marítima, de conformidad con el numeral 7 del concepto técnico número CT. 42-A-DILEM-ALIT-613 del 17 de noviembre de 2009, emitido por la División de Litorales y Áreas Marinas de la Dirección General Marítima hoy Subdirección de Desarrollo Marítimo -SUBDEMAR- teniendo en cuenta los parámetros fijados en la Sentencia T-376 de 2012 y el test de proporcionalidad elaborado por la Dirección General Marítima, los cuales forman parte integral de la presente resolución.

Artículo 2: Los cuatro elementos esenciales definidos por la Corte Constitucional en la Sentencia T-376 de 2012 y el test de proporcionalidad para otorgar la presente concesión se precisan y se desarrollan a continuación como obligaciones en cabeza de la sociedad Inversiones Talaramé & Cia. S.C.A.:

1. Establecer de forma precisa el alcance y los límites de la concesión: El área total de la concesión es 8,194 m². La capacidad de instalar muebles con uso exclusivo para los huéspedes del hotel, respetando la calidad del espacio público de la playa.

1.1. Obligaciones: -No ocupar áreas superiores a las autorizadas. -Respetar el espacio público de la playa.

2. La prohibición de que las playas se conviertan en propiedad privada: La Dimar, la alcaldía menor o cualquier ente competente realizarán de manera periódica inspecciones a las zonas concesionadas y determinará el cumplimiento de esta medida, se rendirá informe cada dos meses durante un periodo de seis meses.

2.1. Obligaciones: -Permitir y colaborar las inspecciones que realicen la Dimar y la Alcaldía Distrital. -Permitir y colaborar las inspecciones que realicen cualquier autoridad nacional o regional.

3. Que se asegure el derecho al tránsito a favor de la colectividad: Inversiones Talaramé & Cia. S.C.A., Hotel Las Américas, de acuerdo con la Circular 15201102500 de la Capitanía del Puerto de Cartagena, garantizará y respetará el tránsito peatonal de la colectividad. Sin perjuicio de las restricciones que al respecto exista para el tránsito vehicular en la playa.

3.1. Obligaciones: -Coordinar con la capitanía del Puerto la zonificación de la playa. -Garantizar y respetar el tránsito peatonal de la comunidad. -Queda prohibido el tránsito vehicular en la zona.

4. Que se preserve todo uso tradicional de la comunidad de La Boquilla, efectúe sobre el sector de Cielo Mar: Se garantiza que la comunidad de La Boquilla pueda libremente pescar respetando la seguridad e integridad física de los turistas y otros miembros de la comunidad. Con relación a sus actividades culturales, la empresa se compromete a respetar todo uso cultural que la comunidad de La Boquilla realice tradicionalmente en el sector de

Cielo Mar, siempre y cuando la misma respete los derechos del resto de ciudadanos (...).

4.1. Obligaciones.: -Garantizar que la comunidad de La Boquilla pueda libremente pescar respetando la seguridad e integridad física de los turistas y otros miembros de la comunidad. -Respetar todo uso cultural que la comunidad de La Boquilla realice tradicionalmente en el sector de Cielo Mar siempre y cuando la misma respete los derechos del resto de los ciudadanos. -Apoyar con el acompañamiento del ICANH un proyecto productivo de microempresa para las asociaciones de pescadores del Consejo Comunitario de La Boquilla, esto con la finalidad de que sean autosuficientes en su actividad. - Entregar un capital semilla a la población de pescadores de La Boquilla. El monto total del apoyo para el proyecto productivo de microempresa para pescadores es de 15 millones de pesos (...). -Apoyar a 60 personas del Consejo Comunitario de La Boquilla con un programa de capacitación integral sobre i) atención al cliente, ii) finanzas personales, iii) liderazgo efectivo para tu vida; iv) motivación para la excelencia (...). -Acompañamiento técnico y jurídico del proceso de formalización de tres de las asociaciones de pescadores que pertenezcan al consejo comunitario de La Boquilla, que estén en trámite de legalizarse con la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca. -Aceptar la visita periódica cada dos meses del ICANH durante un periodo de seis meses para verificar el respeto de la actividad de pesca artesanal de la comunidad del consejo comunitario de La Boquilla. (...)"[76]

74. La resolución, como se ve, mencionó expresamente la Sentencia T-376 de 2012 y reconoció que fue proferida en cumplimiento del numeral dos de su parte resolutive. Sobre esa base, expuso los parámetros bajo los cuales se aplicaron los límites constitucionales a los que el fallo condicionó la entrega de una nueva concesión y refirió las circunstancias que condujeron a que se diera por terminado el proceso de consulta previa. También mencionó los supuestos bajo los cuales se adelantó el test de proporcionalidad que, en virtud de lo dispuesto en la Directiva Presidencial N° 10 de 2013, sustituyó el proceso de consulta.

Todos esos aspectos tocan, de una u otra manera, con la efectividad de la protección constitucional que otorgó la Sentencia T-376 de 2012. Bajo esos supuestos, para la Sala resulta claro que la verificación del cumplimiento de la decisión permitía y, de hecho, exigía revisar la Resolución 518 de 2014. No para verificar su constitucionalidad o su legalidad, lo que, en efecto, es de la órbita exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa. El estudio de la Resolución 518 de 2014 por parte del juez del cumplimiento de la Sentencia

T-376 de 2012 se justifica, solamente, en tanto permita constatar si el amparo que prodigó se materializó, esto es, si se restableció el derecho fundamental que, por cuenta de la expedición inconsulta de la Resolución 497 de 2009, le fue vulnerado a la comunidad negra de La Boquilla.

El Tribunal Administrativo de Bolívar debía, en ese contexto, abordar el análisis de la resolución que ahora cuestiona el señor Luna Gómez. Pero, ¿era el trámite de cumplimiento el escenario judicial idóneo y efectivo para brindar la protección que este pretende? La Sala analizará dicha cuestión en el siguiente acápite.

El trámite de verificación del cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012 es el escenario judicial idóneo y eficaz para resolver las pretensiones del peticionario. La acción de tutela es improcedente.

75. El carácter subsidiario y residual que el artículo 86 de la Carta Política le atribuyó a la acción de tutela limita su procedibilidad formal a dos hipótesis concretas: una en la que el interesado no cuenta con otro mecanismo judicial para obtener la protección de sus derechos fundamentales y otra en la que los medios de defensa disponibles no resultan idóneos ni efectivos para obtener el amparo pretendido. En el primer caso, la tutela opera como instrumento de protección definitivo. En el segundo, como mecanismo transitorio, destinado a evitar la consumación del perjuicio irremediable al que podría verse expuesto el accionante mientras sus pretensiones son resueltas por la autoridad judicial competente.

76. El señor Luna Gómez formuló la tutela con el objeto de obtener el amparo definitivo de los derechos fundamentales que la Dimar le habría vulnerado a la comunidad negra de La Boquilla tras expedir la Resolución 518 de 2014. Su solicitud, como se ha visto, busca que se declare nulo dicho acto administrativo, teniendo en cuenta que se expidió en contravía de la protección constitucional otorgada por la Sentencia T-376 de 2012 y, en particular, de la orden de someter la entrega de una concesión sobre el sector de Cielo Mar, donde la comunidad realiza sus actividades tradicionales, a un proceso de consulta previa.

Las pretensiones del peticionario fueron respaldadas por la actual representante legal del Consejo Comunitario de la comunidad negra de La Boquilla, Geidys María Velázquez, para quien la decisión de reemplazar el proceso consultivo ordenado por la Corte con un test de proporcionalidad, en aplicación de la Directiva Presidencial N° 10 de 2013, desconoció los

principios de información, buena fe, consentimiento, representatividad y enfoque cultural que caracterizan el ejercicio del derecho fundamental a la consulta previa.

77. La tutela, no obstante, fue declarada improcedente porque perseguía el acatamiento de la Sentencia T-376 de 2012. Para los tribunales constitucionales de instancia, el hecho de que el accionante le hubiera atribuido la infracción del derecho a la consulta previa de la comunidad de La Boquilla al desconocimiento, por parte de la Dimar, de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional, justificaba que la controversia fuera dirimida en el escenario del trámite de verificación del cumplimiento del fallo de revisión, a cuyo cargo estaba el Tribunal Administrativo de Bolívar.

Eso explica que, en principio, el examen de la procedibilidad de la acción de tutela se haya centrado en establecer si la Resolución 518 de 2014 podía ser valorada en el marco de ese trámite de cumplimiento. La Sala verificó antes que es posible y que, de hecho, el análisis del acto administrativo es indispensable para establecer el grado de cumplimiento de la sentencia. Lo que no está claro es si esa sola circunstancia, la posibilidad de que la resolución sea examinada por el juez del cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012, hace de ese trámite un mecanismo judicial idóneo y eficaz para brindar la protección que el accionante pretende.

78. Para resolver lo pertinente es preciso preguntarse, primero, si las pretensiones del accionante realmente apuntan a que se dé cumplimiento a las órdenes impartidas por la Sala Primera de Revisión de Tutelas o si plantean una discusión diferente que ubique la controversia por fuera de la competencia del juez del cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012. De lo que se trata, en otros términos, es de determinar si la circunstancia a la que el peticionario le atribuyó la infracción de los derechos fundamentales de la comunidad negra de La Boquilla se enmarca, necesariamente, en el ámbito del debate constitucional abordado y resuelto por dicha providencia.

79. El recuento fáctico que efectuó el señor Luna Gómez confirma que, en realidad, la tutela busca que se acate el fallo de revisión y, en particular, que la decisión de otorgar una concesión sobre el sector de Cielo Mar sea efectivamente consultada con la comunidad de La Boquilla. Eso explica que su relato haya iniciado mencionando la decisión de la Corte y narrando las gestiones que adelantó, desde diciembre de 2012, con el objeto de obtener su

cumplimiento.

El señor Luna explicó que en ese entonces era presidente y representante legal del Consejo Comunitario de la Boquilla. En tal condición intervino ante la Sala Primera de Revisión, para solicitarle que asumiera el trámite del cumplimiento de la sentencia. Como la Sala negó su solicitud, y ordenó remitirla al Tribunal Administrativo de Bolívar, promovió un incidente de desacato ante dicha autoridad judicial. El incidente fue resuelto en abril de 2013. En esa ocasión, el Tribunal declaró en desacato al entonces alcalde mayor de Cartagena de Indias y le impuso la multa y la sanción de arresto correspondiente. Esto, sin embargo, no condujo tampoco a que se cumpliera la sentencia.

La Dimar concedió la nueva concesión en noviembre de 2014. El accionante informó sobre el particular a la ponente del fallo de revisión y al Tribunal Administrativo de Bolívar. Como, para enero de 2015, no se había restituido el área de playa concesionada por la Resolución 0497 de 2009, no se había asegurado la incorporación de la comunidad de La Boquilla en los planes de desarrollo y en las políticas públicas de Cartagena ni se había llevado a cabo el proceso de consulta previa, el señor Luna promovió la tutela que ahora convoca la atención de la Corte[77].

80. La tutela, pues, aspira a que se cumpla la Sentencia T-376 de 2012. Que se dirija contra la Resolución 518 de 2014 no implica nada distinto, pues fue justamente ese acto administrativo el que otorgó una nueva concesión sobre Cielo Mar, sobre la base de un test de proporcionalidad que, en criterio de la Dimar y del Ministerio del Interior, podía reemplazar el proceso de consulta ordenado por la Corte.

Si dicha decisión se ajustó a las órdenes impartidas por la Sentencia T-376 de 2012 y si condujo o no al restablecimiento del derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad de La Boquilla son cuestiones que, en principio, deberían ser dirimidas por la autoridad judicial encargada de velar por el cumplimiento de la sentencia, en ejercicio de los amplios poderes que el Decreto 2591 de 1991 le confirió para el efecto. La intervención de otro juez constitucional en la definición del alcance de la protección que concedió la Sala Primera de Revisión podría, en cambio, resultar contraproducente, en tanto conduciría a revivir una controversia que ya definió la administración de justicia, y cuya solución goza ya de los efectos de la cosa juzgada[78].

81. El hecho de que el debate planteado por el peticionario aluda, en esos términos, al cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012, confirma que el trámite de verificación del cumplimiento de dicha providencia habría podido operar en este caso como un medio alternativo de defensa. Pero ¿resultaba idóneo y efectivo para conceder la protección que el accionante pretende? Desde el punto de vista normativo, lo era. Tal fue, de hecho, la conclusión a la que llegaron los tribunales constitucionales de instancia. Ambos concluyeron que la controversia que formuló el señor Luna debió ser resuelta en el escenario del trámite de cumplimiento porque, en ese escenario, el Tribunal Administrativo de Bolívar podría adoptar las medidas adicionales o complementarias que, sin modificar el sentido concreto de la Sentencia T-376 de 2012, condujeran a concretar la protección constitucional brindada por ella.

Tal conclusión es correcta. Sin embargo, involucra un análisis apenas formal de la idoneidad y eficacia del mecanismo alternativo de defensa. El examen de la subsidiariedad de la tutela exigía valorar otros elementos. En concreto, aquellos que podrían incidir en la idoneidad y eficacia del medio judicial principal –el trámite de cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012– en el escenario específico de la situación que motivó al señor Luna Gómez a interponer una nueva tutela.

82. Recuérdesse, al respecto, que la nueva acción constitucional fue promovida unos meses después de que la Dimar expidió la Resolución 518 de 2014, en vista de que ni el Tribunal Administrativo de Bolívar ni la Sala Primera de Revisión de Tutelas de esta corporación se pronunciaron sobre la entrega de una nueva concesión sobre el sector y debido a que, en todo caso, no se habían acatado todavía las órdenes impartidas por la Sentencia T-376 de 2012. El hecho de que el Tribunal Administrativo de Bolívar se hubiera opuesto, en principio, a la posibilidad de valorar el acto administrativo que concesionó el sector de playa de Cielo Mar en el marco del trámite de cumplimiento era otro aspecto relevante a la hora de valorar la idoneidad y la eficacia de ese medio de defensa.

Tal circunstancia explica que ambos fallos de instancia hubieran sido enfáticos acerca de la posibilidad de que el Tribunal valorara, para efectos de determinar el estado de cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012, el contenido de la Resolución 518 de 2014.

83. En este escenario, el estudio del requisito de subsidiariedad exige considerar dos

aspectos diferentes. El primero de ellos tiene que ver con que, con ocasión de las decisiones de tutela de instancia, el Tribunal Administrativo de Bolívar hubiera admitido que su competencia frente al cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012 involucraba, también, la posibilidad de pronunciarse sobre la Resolución 518 de 2014.

Así lo advirtió mediante auto del 17 de junio de 2015, que, en consecuencia, ordenó correr traslado a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, a la Dimar y a Inversiones Talarama para que ejercieran su derecho de defensa y aportaran las pruebas que quisieran hacer valer “especialmente en lo relacionado con la Resolución 518 de 2014 y su relación con los criterios expuestos en la Sentencia T-376 de 2012, así como su correspondiente participación en todo lo que se relacione con la expedición y ejecución de dicho acto administrativo”[79]. El 27 de julio siguiente, el Tribunal ordenó poner los informes recaudados en conocimiento del representante legal del Consejo Comunitario de La Boquilla, y citó a las partes a una audiencia para que expusieran su posición sobre el estado de cumplimiento de la sentencia antes de adoptar una decisión al respecto[80].

La audiencia se instaló el 12 de agosto de 2015, pero fue suspendida porque, para esa fecha, el Consejo Comunitario de La Boquilla estaba en el proceso de elección de su nuevo representante legal. El tribunal anunció, entonces, que se abstendría de adelantar actuaciones hasta tanto el Ministerio del Interior le notificara sobre la elección del nuevo representante[81]. Sin embargo, transcurrieron cinco meses sin que la elección se hubiera realizado. Ante tal circunstancia, el Tribunal decidió seguir adelante con el trámite de cumplimiento.

83. Así lo decidió a través del auto del 14 de enero de 2016, que, además, estudió el estado de satisfacción de la Sentencia T-376 de 2012 en el escenario concreto de las decisiones adoptadas en la Resolución 518 de 2014. Tal es, precisamente, el segundo aspecto que debe ser valorado en aras de verificar la idoneidad y la eficacia del trámite de cumplimiento como mecanismo principal de defensa en el caso concreto.

El auto 002 de 2016 realiza varias precisiones con ese objeto. La primera alude a la imposibilidad de lograr que la comunidad de La Boquilla compareciera al proceso por vía de su representante legal. Ante tal circunstancia, el Tribunal anunció que estudiaría el estado de cumplimiento del fallo de revisión sobre la base de los informes que el Ministerio del

Interior, la Dimar e Inversiones Talarama allegaron al expediente[82]. A continuación, formuló los problemas jurídicos que, en su criterio, suscitaba la solicitud de cumplimiento. El tribunal se propuso identificar los requisitos a los que la Sentencia T-376 de 2012 sujetó la orden de realizar el proceso consultivo, para confrontarlos con “la Resolución 518 de 2014 y su proceso formativo”.

Hecho el análisis correspondiente, resolvió no declarar en desacato a las autoridades involucradas en el cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012. Las razones de la decisión fueron sintetizadas en los siguientes términos:

“De lo visto

anteriormente el despacho tiene que, si bien el nuevo proceso consultivo no se desarrolló de forma pacífica, el mismo se ajusta a la jurisprudencia constitucional en tanto el Consejo Comunitario de La Boquilla se auto impuso una limitación para participar en la etapa pre consultiva; limitación que, como se estudió, no estaba fundamentada en lo dicho por la sentencia de tutela cuyo cumplimiento se persigue; a pesar de ello, se puede comprobar que las entidades involucradas utilizaron un mecanismo idóneo, como lo es la realización del test de proporcionalidad contenido en la Directiva N° 10 de 2013 para garantizar la mitigación de los impactos y la reducción de la afectación directa de las comunidades involucradas que, en últimas, resulta ser el fundamento de la consulta previa. Adicionalmente, se verificó que se respetaron los límites específicos determinados en la sentencia y se generaron medidas para comprobar su acatamiento, lo que corresponde necesariamente a un análisis posterior donde deberán analizarse los resultados de dicho seguimiento”.

En ese orden de ideas, el Tribunal resolvió no declarar en desacato a las autoridades responsables del cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012. En todo caso, les ordenó remitir el test de proporcionalidad y los informes y las actas de seguimiento a los compromisos consignados en la Resolución 518 de 2014, para efectuar, con base en ellos, “un seguimiento integral” al cumplimiento del fallo.

84. Que el Tribunal haya evaluado el estado de cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012 en el contexto específico de las decisiones adoptadas por vía de la Resolución 518 de 2014 confirma que las pretensiones del señor Luna Gómez podían ser examinadas en ese ámbito

y que, de hecho, era ese el escenario judicial idóneo y efectivo para hacerlo. El auto 002 de 2016 revela, incluso, que el Tribunal ya llevó a cabo esa tarea, en ejercicio de las facultades con que fue investido para indagar por el acatamiento de la Sentencia T-376 de 2012.

85. La decisión del Tribunal fue, entonces, adversa a las pretensiones del accionante. ¿Descartaba eso la idoneidad y la eficacia del mecanismo principal de defensa? Para la Sala, no. Lo que demuestra, por el contrario, es que la discusión relativa a si la Dimar, la alcaldía de Cartagena y los demás involucrados en el cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012 han satisfecho a cabalidad lo dispuesto por la Corte debía plantearse y debe, aún, seguirse discutiendo en ese escenario. La autonomía predicable de la decisión que adoptó el Tribunal Administrativo de Bolívar como juez del cumplimiento del fallo de revisión y el hecho de que tal trámite no haya concluido todavía impiden que la Sala emita cualquier juicio al respecto.

86. Lo que sí habría que recordar es que el amplio margen de acción que el Decreto 2591 de 1991 les concede a los jueces constitucionales para que aseguren la materialización de sus sentencias se ve reflejado, también, en la diversidad de herramientas de las que pueden valerse los destinatarios de esas decisiones para presionar el restablecimiento efectivo de sus derechos. Con ese objeto pueden aportar pruebas, controvertir las allegadas por las autoridades obligadas al cumplimiento, solicitar la intervención de los organismos de control y de todas aquellas entidades y personas involucradas en la protección de los derechos fundamentales de que se trate. También pueden exigir del operador judicial la adopción de las medidas que conduzcan a dar celeridad a la verificación del cumplimiento.

87. El hecho de que la decisión cuya concreción persigue el señor Luna Gómez sea de aquellas que profiere esta corporación en sede de revisión le otorga una posibilidad adicional: la de reclamar la intervención excepcional de la Corte en la vigilancia del cumplimiento de su sentencia. Esto, como se advirtió previamente, solo es posible en las precisas hipótesis contempladas por la jurisprudencia constitucional sobre la materia: cuando el juez de primera instancia no adoptó las medidas necesarias para presionar la ejecución del fallo de revisión o cuando las que adoptó no fueron suficientes o eficaces para lograr tal objetivo. Es necesario, además, que la intervención de la Corte resulte

indispensable para asegurar la supremacía y la integridad del ordenamiento constitucional y para lograr el pleno restablecimiento de los derechos fundamentales amparados en cada caso.

88. La Sala Primera de Revisión ya había estudiado antes la posibilidad de asumir la verificación del cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012. Sin embargo, lo hizo en un contexto totalmente distinto al que plantea la tutela que ahora se analiza. En esa ocasión, la Sala consideró que no existían razones objetivas para concluir que el Tribunal Administrativo de Bolívar careciera de herramientas para asegurar el restablecimiento del derecho a la consulta previa de la comunidad de La Boquilla. Tampoco percibió que el incidente de desacato que para entonces ya se había iniciado pudiera resultar infructuoso. Sobre esa base, remitió la solicitud de cumplimiento a esa autoridad judicial, para que iniciara las actuaciones pertinentes para lograr el cumplimiento integral de las órdenes contenidas en la sentencia T-376 de 2012[84].

89. Lo decidido en esa ocasión no impide que la comunidad negra de La Boquilla pueda volver a solicitarle a la Corte su intervención, si, en su criterio, se configura alguna de las circunstancias excepcionales planteadas previamente. Sobre ese supuesto, y considerando que el trámite de verificación de cumplimiento sigue su curso ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, la Sala Novena entiende que el peticionario cuenta, todavía, con un mecanismo idóneo y efectivo para formular las inquietudes que planteó en este escenario.

Por eso, confirmará las decisiones de instancia, que denegaron el amparo solicitado ante la posibilidad de que el accionante persiga el cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012 en el escenario previsto para ello. De todas maneras, la Sala le advertirá al señor Luna Gómez sobre la posibilidad de volver a solicitarle a la Sala Primera de Revisión que asuma la vigilancia del cumplimiento de dicha providencia, si considera que el Tribunal Administrativo de Bolívar no ha adoptado las medidas necesarias para presionar su concreción o que las medidas que ha adoptado no han conducido al restablecimiento del derecho fundamental amparado por el fallo.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- Levantar la suspensión de términos decretada para fallar el presente asunto.

SEGUNDO.- Confirmar la sentencia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el ocho (8) de abril de dos mil quince (2015), que a su vez confirmó la sentencia del nueve (9) de febrero de dos mil quince (2015), mediante la cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar denegó el amparo solicitado por el señor Benjamín Luna Gómez en condición de miembro nativo de la comunidad negra del Consejo Comunitario de La Boquilla.

TERCERO.- Advertir al accionante, Benjamín Luna Gómez, que, si en los términos previstos por la jurisprudencia de esta corporación, considera que el Tribunal Administrativo de Bolívar no ha adoptado las medidas necesarias para presionar la ejecución de la parte resolutive de la Sentencia T-376 de 2012 o que las medidas que ha adoptado hasta el momento no han conducido al restablecimiento del derecho fundamental amparado, puede volver a solicitarle a la Sala Primera de Revisión de Tutelas que asuma la vigilancia del cumplimiento de dicha providencia, para que esta, en atención a las actuales circunstancias del caso, estudie la posibilidad de asumir su competencia excepcional para el efecto.

CUARTO.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con salvamento de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA T-226/16

De acuerdo con la decisión mayoritaria, el peticionario podía solicitar el cumplimiento del fallo, y el seguimiento ante la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, pues su inconformidad tiene que ver con lo decidido en la providencia T-376 de 2012. No comparto la decisión por cuatro razones. Primero, la acción de tutela bajo estudio se refiere a un problema distinto al analizado en la sentencia T-376 de 2012. Segundo, en la sentencia citada (T-376 de 2012) no existe una orden específica que, en el marco del trámite de cumplimiento, permita abordar y resolver el conflicto propuesto por los accionantes. Tercero, la posibilidad excepcional de que la Corte Constitucional asuma la verificación del cumplimiento de sus decisiones no es un mecanismo de defensa judicial, en el marco del análisis de subsidiariedad. Cuarto, la Corte somete a la comunidad de La Boquilla a un trámite irrazonable.

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS-AI declarar la improcedencia y remitir a la comunidad a nuevas peticiones de cumplimiento, le impone una carga innecesaria, desproporcionada y eventualmente ineficaz (Salvamento de voto)

Referencia: expediente T-5010277

Acción de tutela instaurada por Benjamín Luna Gómez, miembro de la comunidad del Consejo Comunitario de La Boquilla, contra el Ministerio del Interior, la Dirección General Marítima de la Capitanía de Puerto de Cartagena (Dimar), la Alcaldía de Cartagena de Indias

e Inversiones Talarame SAS.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala Novena de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, salvo mi voto frente a la decisión adoptada en la sentencia T-226 de 2016, en el sentido de declarar la improcedencia de la solicitud de amparo de la comunidad negra de La Boquilla.

1. De manera muy resumida, la comunidad indica que la decisión del Ministerio del Interior de dar por terminada la consulta previa ordenada por la Corte Constitucional en sentencia T-376 de 2012, con base en la aplicación de un acto administrativo (Directiva Presidencial No. 010 de 2013) del mismo órgano, y la posterior entrega de una porción de playa a Inversiones Talamare SAS, por parte de la Dirección Marítima de Cartagena (Dimar), constituye un desconocimiento de sus derechos fundamentales.

2. De acuerdo con la decisión mayoritaria, el peticionario podía solicitar el cumplimiento del fallo, y el seguimiento ante la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, pues su inconformidad tiene que ver con lo decidido en la providencia T-376 de 2012.

3. No comparto la decisión por cuatro razones. Primero, la acción de tutela bajo estudio se refiere a un problema distinto al analizado en la sentencia T-376 de 2012. Segundo, en la sentencia citada (T-376 de 2012) no existe una orden específica que, en el marco del trámite de cumplimiento, permita abordar y resolver el conflicto propuesto por los accionantes. Tercero, la posibilidad excepcional de que la Corte Constitucional asuma la verificación del cumplimiento de sus decisiones no es un mecanismo de defensa judicial, en el marco del análisis de subsidiariedad. Cuarto, la Corte somete a la comunidad de La Boquilla a un trámite irrazonable.

3.1. En la sentencia T-376 de 2012 la Corte Constitucional consideró que la Dimar y otros órganos estatales desconocieron el derecho a la consulta previa de la Comunidad de La Boquilla, al concesionar un sector de playa adyacente a su territorio colectivo, sin agotar el trámite consultivo.

Después de ello, los órganos estatales iniciaron las gestiones para realizar la consulta, a través de reuniones a las que la comunidad decidió dejar de asistir, por considerar que no existían garantías suficientes para desarrollar un diálogo en condiciones de igualdad y bajo el principio de buena fe. El Estado entonces dio aplicación de la Directiva 010 de 2012 dando por terminado el trámite de consulta y la Dimar dictó un nuevo acto administrativo, otorgando una nueva concesión sobre el mismo sector de playa.

Los problemas jurídicos se configuran a partir de los hechos relevantes de cada caso, y la manera en que estos producen tensiones entre distintos principios constitucionales. En el caso concreto existían dos hechos materiales, nuevos y diferentes, que configuraban conflictos constitucionales diversos a los que resolvió la Corte en la sentencia T-376 de 2012. Primero, la aplicación de una directiva presidencial, como fundamento para dar por terminado un trámite de consulta. Segundo, la existencia de un nuevo acto administrativo de la Dimar.

Sin entrar a analizar el significado constitucional de estos actos (algo que correspondía desarrollar a la Sala Novena de Revisión), me parece que ambos demuestran, inequívocamente, la existencia de un nuevo problema jurídico, asociado a la forma en que el Ministerio dio por terminada la consulta y la Dimar se basó en esa actuación para proferir un nuevo acto administrativo, concesionando el sector de playa mencionado. Además, me permiten explicar el segundo punto por el cual disiento de la decisión adoptada por la Sala Novena.

3.2. La sentencia T-376 de 2012 amparó el derecho a la consulta previa de la comunidad negra de La Boquilla y ordenó la realización de la misma (la consulta) antes de adoptar cualquier decisión relacionada con una eventual concesión de sectores de playa adyacentes a su territorio, o vecinos del mismo, y adoptó un conjunto de medidas destinadas a que las autoridades propiciaran su integración al momento de definir el modelo de desarrollo urbano de la ciudad.

La sentencia no dejó establecida ninguna medida para definir qué debe hacerse si, en contra de lo que la comunidad estima, el Estado da por terminado el trámite; ni cómo enfrentar nuevos actos administrativos basados en la primera decisión. Y en verdad la providencia no podía incorporar ninguna orden de esa naturaleza porque tales actuaciones

no existían aún, según expliqué en el numeral anterior.

El juez encargado de asegurar el cumplimiento de una decisión de tutela (incluidas las de la Corte Constitucional) puede adoptar un amplio conjunto de medidas para asegurar ese propósito, pero no modificar la parte resolutive de una sentencia. En el caso concreto, este funcionario se encuentra limitado intensamente por las órdenes dictadas en la sentencia T-376 de 2012, razón por la cual no comparto la idea de que esta sea la instancia eficaz y adecuada para la solución del problema jurídico que enfrentaba la Sala Novena en esta oportunidad. Ello me lleva al tercer punto de desacuerdo.

4. La Sala Novena, en la sentencia T-226 de 2016 (objeto de este salvamento), plantea que el actor no agotó los recursos judiciales disponibles, razón por la cual la tutela es improcedente. Es decir, que no cumplió el requisito de subsidiariedad.

Sin embargo, es claro que los interesados (la comunidad de La Boquilla) ya solicitaron al juez de primera instancia verificar el cumplimiento de la sentencia T-376 de 2012, y también han presentado peticiones a la Sala Primera de Revisión para que asuma la competencia de verificar el cumplimiento de esa sentencia, tal como se indica en la sentencia T-226 de 2016, de la cual me aparto.

Así las cosas, los tutelantes sí intentaron la opción mencionada por la Sala Primera en esta oportunidad. Pero, más allá de ello, y de la posibilidad de que el actor eleve nuevas peticiones de cumplimiento, no comparto la afirmación según la cual los accionantes deben elevar solicitudes a las salas de revisión de esta Corporación para acreditar el cumplimiento del principio de subsidiariedad, dado que la Corte tiene establecido que esta es una posibilidad excepcional.

5. Todo lo expuesto me permite llegar a la razón final de mi desacuerdo. La Sala Novena de Revisión, al declarar improcedente la acción de tutela elevada por la comunidad de La Boquilla en esta oportunidad, y remitirla a nuevas peticiones de cumplimiento, le impone una carga procesal innecesaria, desproporcionada y eventualmente ineficaz.

Innecesaria, porque la Sala Primera tenía competencia para pronunciarse definitivamente acerca de los hechos planteados. Desproporcionada porque la comunidad tutelante es sujeto de especial protección constitucional, y porque ya ha elevado ese tipo de solicitudes

con anterioridad. Potencialmente ineficaz, porque los peticionarios ya lo han intentado y por las limitaciones propias del juez encargado de verificar el cumplimiento, en el marco de las órdenes dictadas en la sentencia que se pretende materializar.

Fecha ut supra

María Victoria Calle Correa

Magistrada

[1] En adelante, el accionante, el peticionario o el demandante.

[2] Ante tales circunstancias, el accionante se vio en la necesidad de llevar a cabo una serie de actuaciones procesales, en el marco del incidente de desacato, que identificó de manera pormenorizada en el escrito de tutela.

[3] La solicitud de nulidad fue denegada a través del Auto 260 de 2014.

[4] Como concesiones, licencias ambientales, permisos de construcción, plan de manejo ambiental, etc.

[5] El original del incidente de desacato fue remitido a la Sala a quo por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en calidad de préstamo, mediante oficio del dos de febrero de 2015.

[6] Folios 126 a 131 del cuaderno principal.

[7] Antes Inversiones Talarama y Compañía S.A.

[8] El representante legal de la empresa respondió a la acción de tutela a través de un escrito del cuatro (4) de febrero de 2015.

[9] El interviniente precisó que la AUNAP, en particular, realizó una visita de inspección a la zona objeto de la concesión y entrevistó a los pescadores que ejercen allí su labor, para alimentar la matriz de impactos. El ICANH también realizó la correspondiente visita a terreno.

[10] Inversiones Talaramé SAS elevó a escritura pública la concesión con las manifestaciones expresas exigidas por la resolución. Adicionalmente, constituyó una póliza a favor de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Dimar, por un valor equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para responder por las obligaciones contraídas y publicar la concesión en el Diario Oficial.

[11] Folio 128 del cuaderno principal.

[12] Folio 130 del cuaderno principal.

[13] Folios 223 a 226 del cuaderno principal.

[14] Folios 227 a 230 del cuaderno principal.

[15] Folios 231 a 240 del cuaderno principal.

[17] Folio 299 del cuaderno principal.

[18] Folios 318 a 324 del cuaderno principal.

[19] Según el ministerio, las reuniones se llevaron a cabo el 13 de diciembre de 2013, el 22 de enero y el 5 de febrero de 2014.

[20] El accionante cuestionaba, en particular, que no se hubieran restituido los quioscos ubicados en la playa concesionada y que el alcalde de Cartagena no hubiera incluido a la comunidad de La Boquilla en los planes de desarrollo e inversión.

[21] El artículo 19 de la Ley 70 de 1993 indica que 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. El 21, a su turno, señala que los integrantes de las comunidades negras, titulares del derecho de propiedad colectiva, continuarán conservando, manteniendo o propiciando la regeneración de la vegetación protectora de aguas y garantizando mediante un uso adecuado la

persistencia de ecosistemas especialmente frágiles, como los manglares y humedales, y protegiendo y conservando las especies de fauna y flora silvestre amenazadas o en peligro de extinción.

[22] La magistrada Julia Emma Garzón salvó su voto frente a la decisión de la Sala Disciplinaria. En su concepto, el fallo impugnado debió revocarse para declarar, en su lugar, la improcedencia de la acción de tutela, considerando que el accionante podía cuestionar la Resolución 518 de 2014 a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

[23] La primera entidad concluyó que “la concesión otorgada a Inversiones Talarama no afecta las actividades ancestrales de los pescadores artesanales, por el tipo de concesión otorgada, por el tipo de actividad ejercida por la concesión otorgada que, en resumidas cuentas, tiene que ver con la actividad turística y no con la actividad pesquera”. El ICANH, por su parte, indicó que se debían tomar medidas para garantizar el libre tránsito de la población por la playa, cumpliendo los acuerdos locales de disfrute colectivo.

[24] Expuso el interviniente que la decisión fue adoptada mediante providencia del 17 de junio de 2015, que textualmente indica lo siguiente: “En ese sentido, y dado que en la orden de la Corte Constitucional se prevén unas hipótesis para una posible nueva concesión, se tendrá por descontado que todos los actos administrativos involucrados o referidos a la problemática en estudio hacen parte del conocimiento del presente trámite incidental, bajo el entendido de que la competencia la determina el cumplimiento y la garantía de los derechos fundamentales en cuestión, los cuales gozan de unidad, y no los diversos actos jurídicos que en torno a ellos puedan enervarse”.

[25] El abogado concluyó su intervención cuestionando la renuencia del accionante a asistir a las reuniones de preconsulta, sobre el supuesto de que no se removieron los quioscos de la playa, sin considerar que estos fueron restituidos en aplicación de la cláusula de reversión intrínseca a todo contrato de concesión.

[26] Se anexa listado de 38 personas, pertenecientes, según se indica, al corregimiento de La Boquilla, que fueron vinculadas al hotel en cargos de auxiliar de lencería, auxiliar de cocina, operario de piscina y playa, aseador, jardinero, supervisor de jardinero, mesero, conductor, supernumerario de A&B, stewards, camarero, recreacionista, housman, supernumerario de entretenimiento y operario de piscina y playa.

[27] Folio 138 del cuaderno de revisión.

[28] Sobre el tema pueden revisarse, por ejemplo, las sentencias T-171 de 2009 (M.P. Humberto Sierra Porto) y C-367 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo).

[29] Decreto 2591 de 1991, Artículo 23: Protección del derecho tutelado. Cuando la solicitud se dirija contra una acción de la autoridad el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible. Cuando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, el fallo ordenara realizarlo o desarrollar la acción adecuada, para lo cual se otorgará un plazo prudencial perentorio. Si la autoridad no expide el acto administrativo de alcance particular y lo remite al juez en el término de 48 horas, éste podrá disponer lo necesario para que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos. Si se hubiere tratado de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza, se ordenara su inmediata cesación, así como evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación o restricción. En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto.

[30] Decreto 2591 de 1991, Artículo 27: Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora. Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenara abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso. En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

[31] “Por encima de las dificultades prácticas y trabas formales, el juez está llamado a tomar las medidas que se requieran para que, en realidad, la persona afectada pueda disfrutar de su derecho. Una sentencia de tutela no puede quedar escrita, tiene que

materializarse en conductas positivas o negativas a favor de las personas cuyo derecho fue amparado”. (Sentencia T-086 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda).

[32] En este punto, la Sala apoya su exposición en la síntesis consignada, sobre el tema, en la Sentencia T-254 de 2014 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), que a su vez remite a las sentencias T-458, T-744 y SU-1158 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy). Sobre el mismo tema puede revisarse, también, la Sentencia C-367 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo), que declaró exequible el inciso primero del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, en el entendido de que el incidente de desacato de las sentencias de tutela debe resolverse en el término establecido en el artículo 86 de la Constitución Política.

[33] Cfr. Sentencia T-171 de 2009: “En este orden de ideas, siempre será necesario demostrar que el incumplimiento de la orden fue producto de la existencia de responsabilidad subjetiva por parte del accionado, es decir, debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, quedando eliminada la presunción de la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento. En este punto cabe recordar que, la mera adecuación de la conducta del accionado con base en la simple y elemental relación de causalidad material conlleva a la utilización del concepto de responsabilidad objetiva, la cual está prohibida por la Constitución y la Ley en materia sancionatoria. Esto quiere decir que entre el comportamiento del demandado y el resultado siempre debe mediar un nexo causal sustentado en la culpa o el dolo”.

[34] Esto último supone que los argumentos de la tutela sean consistentes con los alegados en el incidente de desacato, que no se aleguen asuntos que debieron plantearse en el trámite cuestionado y que no se soliciten pruebas que no fueron originalmente solicitadas ni debían practicarse de oficio. Cfr. Sentencia T-1113 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

[35] El hecho de que el trámite incidental de desacato involucre un procedimiento disciplinario compromete al juez con el respeto del debido proceso de la persona o de la autoridad contra quien se ejerce. Esto, a su vez, implica que el presunto incumplido deba ser notificado sobre la iniciación del trámite; que se practiquen las pruebas necesarias para adoptar la decisión que corresponda; que se notifique la providencia que le ponga fin al trámite incidental y, que si tal decisión es sancionatoria, se remita el expediente en consulta ante el superior. El investigado está cobijado por las garantías que el derecho

sancionador consagra a favor del disciplinado y, en particular, por la que impide presumir su responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento. (Sentencia T-254 de 2014, (M.P. Luis Ernesto Vargas).

[36] Sentencia T-123 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas)

[37] Si el responsable es servidor público, el requerimiento debe dirigirse a su superior, para que haga cumplir la sentencia y lo investigue disciplinariamente. Si pasan otras 48 horas sin que el amparo concedido se haya satisfecho, el juez ordenará abrir proceso contra el superior.

[38] Sobre el tema, señala la Sentencia SU-1158 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy): “En consecuencia, el juez competente debe estar permanentemente alerta para que la orden de tutela sea cumplida y, aún de oficio, debe emplear todos los mecanismos necesarios para que el derecho fundamental no sea violado o no se amenace su violación. Para tal fin, el juez encargado de hacer cumplir la orden de tutela, debe aplicar no solamente el artículo 27 del decreto 2591 de 1991, sino el artículo 23 del decreto 2591 de 1991 que lo faculta para establecer todos los efectos para el caso concreto, evitar toda nueva violación y amenaza, perturbación o restricción y disponer todo “lo necesario para que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos”. La Sentencia T-632 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy), a su turno, indica: “Entre dichas medidas se encuentran, por ejemplo, la facultad de decretar y practicar pruebas y de ajustar las órdenes dictadas para lograr la efectiva protección del derecho tutelado. Ciertamente, dado que el juez de primera instancia mantiene las facultades y obligaciones constitucionales que le son otorgadas en la etapa del juzgamiento, está facultado –incluso obligado– para ejercer su actividad probatoria a fin de establecer si se ha dado cumplimiento a la orden impartida y para asegurar la efectiva protección a los derechos fundamentales de los peticionarios”.

[39] El trámite de desacato es, en efecto, uno más de los mecanismos judiciales de los que puede disponer el juez para promover la satisfacción de su sentencia. El juez puede, por lo tanto, darle apertura al incidente cuando considere que, en los términos del Decreto 2591 de 1991, resulta necesario y apropiado para lograr que las órdenes que impartió se cumplan. Es posible que tal propósito se alcance a través de un incidente de desacato, pero puede, también, que el cumplimiento no se logre por esa vía. Ante tal escenario, el juez

debe activar las demás medidas que considere pertinentes para el efecto.

[41] Sentencia T-086 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda.

[42] En los términos del Auto 244 de 2010 (M.P. Humberto Sierra) la Corte puede asumir la verificación del cumplimiento de sus decisiones “cuando el juez a quien le compete pronunciarse sobre el cumplimiento de la sentencia ha ejercido su competencia y la desobediencia persiste, o cuando la autoridad desobediente es una Alta Corte, pues las mismas no tienen superior jerárquico que pueda conocer de la consulta sobre la sanción por desacato. (...) Cuando se presenta un manifiesto incumplimiento de las órdenes de tutela sin que los jueces competentes hayan podido adoptar las medidas que hagan efectiva la orden de protección, o dichas medidas han sido insuficientes o ineficaces, o cuando en presencia de un estado de cosas inconstitucional, que afecta a un conjunto amplio de personas, se han emitido órdenes complejas, para cuya efectividad es necesario un permanente seguimiento y la adopción de nuevas determinaciones, de acuerdo con las circunstancias de una situación que se prolonga en el tiempo”.

[43] La exposición que realizará la Sala en este punto se apoya en la línea que, sobre el mismo tema, consignan las sentencias T-756 de 2014 (M.P. Luis Ernesto Vargas) y T-550 de 2015 (M.P. Myriam Ávila).

[44] Convenio 169, Artículo 15

[45] Convenio 169, Artículo 16.

[46] Convenio 169, Artículo 17.

[47] Convenio 169. Artículo 22.

[48] Convenio 169, Artículo 27.

[49] Convenio 169. Artículo 28.

[50] Tal fue el enfoque de las sentencias T-380 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes), T-405 de 1993 (M.P. Hernando Herrera Vergara) y SU-039 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell). Las providencias protegieron los derechos fundamentales que les fueron vulnerados a la

comunidad indígena Embera Katío de Chajeradó, a las comunidades indígenas del medio Amazonas y a la comunidad indígena U'wa por cuenta de la ejecución de un proyecto de explotación maderera, de la instalación de una base militar y de las actividades de exploración petrolera que se estaban llevando a cabo en terrenos que se ubicaban en sus resguardos. Las tres resaltaron la importante relación de las comunidades indígenas con los territorios que habitan y las implicaciones que conlleva para su supervivencia la contaminación de esos ecosistemas.

[51] La Sentencia T-652 de 1998 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) protegió el derecho del pueblo Embera Katío del alto Sinú, a ser consultado sobre la construcción del proyecto hidroeléctrico Urrá I en una zona cercana a sus territorios tradicionales. El fallo determinó que el hecho de no haber sometido a consulta el otorgamiento de la licencia ambiental para la construcción de la represa había generado daños irreversibles a la comunidad indígena accionante, representados en los cambios culturales, sociales y económicos a los que se verían expuestos por cuenta de la imposibilidad de examinar y pronunciarse oportunamente sobre los impactos del proyecto.

[52] M.P. Álvaro Tafur.

[53] La sentencia examinó la tutela que promovieron varias comunidades indígenas del Amazonas con el objeto de que se protegiera su derecho a ser consultadas sobre la implementación del “Programa de Erradicación de cultivos Ilícitos” en la Amazonía.

[54] M.P. María Victoria Calle.

[55] En su artículo 1º, el Convenio establece que se aplica a a) los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan 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 y a b) los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

[56] Convenio 169, artículo 1º: “La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

[57] La Sentencia T-792 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas) propone algunos criterios para determinar la viabilidad de atribuir derechos asociados a la identidad étnica diferenciada cuando existan dudas razonables al respecto, porque la comunidad que proclama esa diversidad no reúne criterios objetivos de reconocimiento o los reúne, pero su manifestación al respecto es controvertida. En los términos del fallo, el amparo de la diversidad étnica y cultural, en estos casos, procede cuando: i) los miembros de la comunidad tienen conciencia de su identidad diversa y pueden dar razones que sustentan esta auto identificación; ii) la comunidad está adelantando un proceso de reconstrucción étnica, que aspira a recuperar o reapropiarse de los elementos que conforman los criterios objetivos de identificación de las comunidades indígenas o tribales; iii) el proceso se realiza de buena fe, y sin la intención de apropiarse indebidamente de los recursos del Estado o de abusar de los derechos de los pueblos indígenas y tribales y iv) la protección de otros principios constitucionales involucrados o la aplicación de las reglas del derecho de la sociedad mayoritaria, no reviste una mayor importancia que la protección del proceso de reconstrucción étnica en el caso concreto. Sobre el mismo tema, puede revisarse la Sentencia T-294 de 2014 (M.P. María Victoria Calle).

[58] Siguiendo las pautas del Convenio 169, la Corte ha determinado, frente a casos concretos, que las consultas deben llevarse a cabo “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o exploración” de recursos y antes de dar inicio al trámite de una ley que afecte directamente a las comunidades étnicamente diversas. La Sentencia SU-039 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) precisó, sobre ese supuesto, que las actuaciones que se adopten con posterioridad a la materialización de la medida objeto de consulta para suplir el trámite consultivo carecen de valor y significación.

[59] En los términos de la Sentencia C-175 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas), el carácter previo de la consulta materializa el principio de buena fe, en tanto garantiza que los acuerdos alcanzados en el marco de los espacios participativos tengan una incidencia real en la ejecución de la medida que se sometió a consulta. La Sentencia T-979 de 2014 (M.P. Gloria Stella Ortiz), por su parte, relaciona la exigencia de que la consulta sea previa con el

principio de prevención de las afectaciones. Según el fallo, los acuerdos deben dirigirse a prevenir, en la mayor medida posible, los impactos no deseados por las comunidades.

[60] “Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas”. Sentencia T-661 de 2015 (M.P. María Victoria Calle)

[61] El proceso pre consultivo se orienta, específicamente, a definir los parámetros bajo los cuales deberá llevarse a cabo el proceso de consulta previa. La Corte ha establecido que, en atención a la diversidad de este tipo de procesos y a la flexibilidad que frente a su desarrollo concede el Convenio 169, no tienen que responder a un modelo único. Lo relevante, por el contrario, es que el trámite garantice los usos y costumbres de la comunidad consultada, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones. Sobre este punto pueden revisarse, entre muchas otras, las sentencias T-737 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur), C-461 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda) y T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio).

[62] Las consultas no pueden ser utilizadas para imponer una decisión ni para eludir el cumplimiento de una obligación. Su papel consiste en crear las condiciones para que los pueblos indígenas y tribales expongan su punto de vista sobre las medidas de que se trate, en ejercicio de sus derechos fundamentales a la participación, a la integridad cultural y la autonomía (Cfr. Sentencia SU 383 de 2003. M.P. Álvaro Tafur) y en asegurar que el punto de vista expresado en ese escenario sea efectivamente valorado. La participación efectiva de las comunidades étnicamente diferenciadas en las decisiones que las afectan se materializa, entonces, cuando los acuerdos alcanzados tienen una incidencia real en la adopción o en la implementación de la medida objeto de consulta.

[63] La Sentencia T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio) llamó la atención sobre la imposibilidad de fijar un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento. Dicho término, dice el fallo, debe adoptarse bajo una estrategia de enfoque diferencial, en atención a las particularidades del grupo étnico consultado y de sus costumbres. La sentencia advierte, además, que es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta mediante un proceso pre consultivo y

post consultivo. La participación, precisa la providencia, “ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo”.

[64] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[65] La Sala Primera de Revisión constató que la concesión creó una amenaza cierta para el mínimo vital de los boquilleros que ejercían sus labores en la playa y para la comunidad en conjunto, pues su modo de vida gira en torno a la pesca. También creó barreras de acceso a lugares que tenían un significado cultural y religioso para la comunidad.

[66] Las obligaciones que el test de proporcionalidad le impuso a Inversiones Talaramé fueron relacionadas en el acápite 4.3. de los antecedentes de esta providencia.

[67] Cfr. Numeral 5 del acápite de antecedentes.

[68] Cfr. Numeral 8 del acápite de antecedentes

[69] Cfr. Numeral 12 del acápite de antecedentes

[70] Cfr. sentencias T-576 de 2014 y T-550 de 2015 (M.P. Luis Ernesto Vargas).

[71] En todo caso, la solicitud de amparo fue respaldada por la actual representante legal del Consejo Comunitario de La Boquilla, Geidys María Velázquez, quien intervino con ese objeto en el trámite constitucional de primera instancia. Esto confirma el interés de la comunidad boquillera en la protección de los derechos fundamentales que le habrían sido vulnerados, a raíz de la expedición de la Resolución 518 de 2014, en los términos planteados por el peticionario.

[72] La Sentencia T-376 de 2012 dispuso que esas condiciones debían pactarse siguiendo las reglas jurisprudenciales reiteradas en su parte motiva. Como reglas o subreglas específicas para el desarrollo o aplicación de los procesos de consulta previa, el fallo identificó las siguientes: “(i) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (ii) es obligatorio que los estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta); (ii) debe adelantarse con los

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

[73] “i) que se definan de forma precisa el alcance y límites de la concesión; (ii) que no se altere la calidad de espacio público de la playa, transgrediendo la prohibición de que las playas se conviertan en propiedad privada; (iii) que se preserve todo uso tradicional que la Comunidad de la Boquilla efectúe sobre el sector de Cielo Mar; y (iv) que se asegure el derecho al tránsito a favor de la colectividad”.

[74] Fundamento jurídico 78, Sentencia T-376 de 2012.

[75] Folios 291 a 293 del cuaderno principal.

[76] Folio 194 del cuaderno principal.

[77] La intervención del accionante en sede de revisión confirma que su solicitud está encaminada a lograr el cumplimiento de las órdenes consignadas en la Sentencia T-376 de 2012. El señor Luna Gómez informó, mediante escrito radicado en la Secretaría General de esta corporación, que el incumplimiento de la decisión de la Corte persiste, en tanto los quioscos de madera y el mobiliario del Hotel Torres de las Américas que se ubican en la playa son del uso exclusivo de los clientes del hotel. Esto, señaló, implica que el lugar sigue en condición de propiedad privada. El hecho de que la Dimar hubiera entregado otra concesión sobre Cielo Mar bajo las mismas condiciones previstas en la Resolución 0497 de 2009, aquella que la Corte dejó sin efectos ante la omisión del proceso de consulta, implicaba, también, una trasgresión de la Sentencia T-376 de 2012 (Folios 38 y 39 del cuaderno principal).

[78] A tal conclusión ha llegado la Corte al estudiar, en sede de revisión, controversias relativas a si la discusión formulada se enmarcaba en el ámbito de las órdenes impartidas en un fallo de tutela previo. La Sentencia T-632 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy), por ejemplo, explicó que el escenario idóneo y eficaz para resolver controversias relativas a la materialización de una decisión de tutela es el trámite de cumplimiento ante el juez que

conoció en primera instancia el respectivo asunto, a menos que la nueva tutela persiga la protección de un derecho fundamental distinto al originalmente amparado o se hayan presentado hechos nuevos que ameriten un nuevo pronunciamiento. El fallo explicó que dejar el cumplimiento de un fallo de tutela en manos de un funcionario distinto al responsable de hacerlo efectivo equivaldría a sustraer a este último de su misión de defensa de los derechos fundamentales bajo el concepto de tutela judicial efectiva y generaría un desgaste innecesario para la administración de justicia, en tanto, sometería una misma situación de hecho al conocimiento de dos autoridades judiciales distintas, con las consecuencias que eso podría suponer en términos de seguridad jurídica.

[79] Folios 99 a 102 del cuaderno de revisión.

[80] Folio 103 del cuaderno de revisión.

[81] Folio 106 del cuaderno de revisión.

[82] Sobre ese punto, el Tribunal indicó lo siguiente: “Habida cuenta de las actuaciones reseñadas en precedencia, el Tribunal se dispone a resolver sobre el estado actual del cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012, puesto que ha transcurrido un tiempo prudencial y razonable desde que se adelantaron actuaciones dentro del presente trámite incidental, concretamente la citación a audiencia pública la cual no pudo cumplir su objetivo en tanto el Consejo Comunitario de La Boquilla, como parte interesada, carece de una legítima representación legal, lo cual impide su comparecencia a esta diligencia. No obstante, de los informes de las entidades vinculadas se obtienen los elementos de juicio suficientes para establecer si la conducta de quienes comparecen en el presente incidente es de desacato de las órdenes impartidas” (Auto 002 del 14 de enero de 2016, Folio 130 a 138 del cuaderno principal).

[83] “Dado que se presentó una renuencia a presentarse al proceso pre consultivo por parte del representante legal del Consejo Comunitario de La Boquilla, clave para adelantar la posterior socialización del proyecto, obra o actividad, y el análisis conjunto de los posibles impactos y medidas de manejo en proporción y relación directa con los impactos generados con el proyecto, obra o actividad, se optó por la aplicación de la Directiva Presidencial N° 10 de 2013, como se evidencia de la reunión de cierre del proceso consultivo celebrada el ocho de abril de 2014” (Auto 002 de 2016, Tribunal Administrativo de Bolívar, Folio 137 del

cuaderno de revisión).

[84] Auto 067 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa).