

Sentencia T-597/15

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Juez debe verificar si ante la existencia de otro medio de defensa judicial, éste es eficaz e idóneo/PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Características

La jurisprudencia constitucional ha desarrollado los criterios que sirven para determinar la existencia del perjuicio irremediable, y al respecto ha considerado que es necesario tener en cuenta, la inminencia que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales: “(i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”

La carencia actual del objeto se configura por hecho superado o por daño consumado; (i) en el primer caso, se comprueba que entre el momento de interposición de la acción de tutela y el momento del fallo, se satisfizo por completo la pretensión formulada en la demanda; mientras que, (ii) en el segundo caso, se verifica por parte del juez que el daño que se pretendía evitar a través de la interposición de la acción de tutela, se ocasionó.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Hecho superado y daño consumado

Por un lado, la carencia actual de objeto por hecho superado se da cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo -verbi gratia se ordena la

práctica de la cirugía cuya realización se negaba o se reintegra a la persona despedida sin justa causa-, razón por la cual cualquier orden judicial en tal sentido se torna innecesaria. En otras palabras, aquello que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna. En estos casos, se debe demostrar que en realidad se ha satisfecho por completo lo que se pretendía mediante la acción de tutela, esto es, que se demuestre el hecho superado, lo que autoriza a declarar en la parte resolutive de la sentencia la carencia actual de objeto y a prescindir de orden alguna, con independencia de aquellas que se dirijan a prevenir al demandado sobre la inconstitucionalidad de su conducta y a advertirle de las sanciones a las que se hará acreedor en caso de que la misma se repita, al tenor del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991. Por otro lado, la carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental.

CONSULTA PREVIA-Marco constitucional y legal

CONSULTA PREVIA-Derecho fundamental de comunidades étnicas

COMUNIDADES INDIGENAS-Sujetos de derechos fundamentales/COMUNIDADES INDIGENAS-Derechos fundamentales no son equivalentes a los derechos individuales de cada uno de sus miembros, ni a la sumatoria de éstos/DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-No son asimilables a los derechos colectivos de otros grupos humanos/ACCION DE TUTELA-Mecanismo adecuado, tanto para la defensa de los derechos de los miembros de las comunidades frente a las autoridades públicas y las autoridades tradicionales, como para la protección de los derechos de la comunidad

CONSULTA PREVIA-Manifestación del derecho a la libre determinación de comunidades étnicas

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Obligación impuesta al Estado cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente

CONSULTA PREVIA-Criterios para determinar quiénes, dentro de las comunidades afrocolombianas, pueden considerarse como titulares de derechos colectivos

DERECHO AL DESARROLLO Y LA INFRAESTRUCTURA VIAL URBANA

OBRAS DE DESARROLLO Y PROGRESO FRENTE A LA PROTECCION DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS-Participación y concertación de personas afectadas por el desarrollo de megaproyectos

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Caso en que se suspendió uso de playas por mega obra, sin embargo, alcaldía puso a disposición de los afectados zona aledaña donde pudieran seguir desarrollando sus actividades

Referencia: expediente T- 4.988.213

Acción de tutela interpuesta por Candelaria Ramos de Zabaleta contra la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias.

Derechos fundamentales invocados: trabajo, mínimo vital, vida digna, libertad de locomoción, seguridad social, consulta previa, debido proceso.

Temas: (i) la subsidiariedad como requisito general de procedencia de la acción de tutela; (ii) la carencia actual del objeto por hecho superado; (iii) la consulta previa (marco constitucional y legal aplicable, el derecho fundamental a la consulta previa, criterios para determinar quiénes dentro de las comunidades afrocolombianas pueden considerarse como titulares de los derechos fundamentales colectivos); (iv) el derecho al desarrollo y la infraestructura vial urbana.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., quince (15) de septiembre de dos mil quince (2015).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub – quien la preside-, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y

específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Cartagena con Funciones de Control de Garantías, el veintiuno (21) de octubre de dos mil catorce (2014), en el trámite de la acción de tutela incoada por Candelaria Ramos de Zabaleta contra la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación, la Sala de Selección Número Seis de la Corte Constitucional escogió a través del Auto del veinticuatro (24) de junio del dos mil quince (2015), notificado el ocho (8) de julio de dos mil quince (2015), la acción de tutela de la referencia para efectos de su revisión.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1.1. SOLICITUD

La señora Candelaria Ramos de Zabaleta instauró acción de tutela el día seis (6) de octubre de dos mil catorce (2014) contra la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la vida digna, a la libertad de locomoción, a la seguridad social, a la consulta previa y al debido proceso, al expedir el Decreto 1228 de 2014 en virtud del cual se ordenó: (i) suspender temporalmente el uso de las playas ubicadas en las coordenadas magna-sirgas entre los puntos 842778.16481.367N y 840235.11E, 1646284.49N (entre el Club Naval de Suboficiales y el Edificio Marbella); y (ii) suspender la vigencia de las licencias o permisos de intervención y ocupación del espacio público sobre las zonas comprendidas dentro de las coordenadas señaladas, hasta la culminación de las obras del proyecto Anillo Vial de Crespo.

Con base en lo expuesto, solicita se tutelen sus derechos fundamentales y se declare la

nulidad del acto administrativo contenido en el Decreto 1228 del primero (1) de octubre de dos mil catorce (2014), y en este sentido, se permita a los “carperos” de las playas de Marbella seguir trabajando en la zona; adicionalmente, como medida cautelar, solicita se suspenda provisionalmente el acto administrativo en mención.

1.2. HECHOS Y RAZONES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1.2.1. Manifiesta la accionante que deriva su sustento diario del ejercicio de sus labores como “carpera” en las playas del sector de Marbella, ubicadas en la ciudad de Cartagena de Indias.

1.2.2. Indica que el día primero (1) de octubre de 2014, la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias profirió el Decreto 1228, el cual en sus artículos primero y segundo dispuso lo siguiente:

Artículo 2: Suspender la vigencia de las licencias, autorizaciones o permisos de intervención y ocupación del espacio público, sobre las zonas comprendidas dentro de las coordenadas señaladas en el artículo anterior, hasta la culminación de las obras que motivan la expedición del presente acto administrativo”.

1.2.3. Manifiesta que la entidad accionada vulneró sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la vida digna, a la libertad de locomoción, a la seguridad social, a la consulta previa y al debido proceso, al proferir el Decreto 1228 de 2014 en consideración a que: (i) la medida que se adoptó en virtud del acto administrativo le impide ejercer su derecho al trabajo, teniendo en cuenta que se dedicaba a laborar como “carpera” en las playas cuyo uso fue suspendido; (ii) la Alcaldía no socializó su intención de cerrar las playas, lo que hizo más gravosa su situación al tomarla desprevenida; (iii) tampoco tuvo en cuenta la Alcaldía que en la zona se asienta una comunidad afrodescendiente que ancestralmente ha devengado su sustento del uso de la playa, por lo que la accionada ha debido realizar una consulta previa a dicha comunidad, antes de adoptar las medidas pertinentes.

1.2.4. Considera que con dicha actuación administrativa, la Alcaldía afectó a la población trabajadora afrodescendiente que depende económicamente del alquiler de carpas, parasoles y ventas de comidas y bebidas en dicha zona de playa, vulnerando así sus

derechos fundamentales.

1.2.5. Señala que con la expedición del mencionado acto administrativo se vulneraron los artículos 37, 46 y 102 de la Ley 1437 de 2011 y por lo tanto el derecho al debido proceso, en consideración a que la entidad accionada no comunicó a los ciudadanos interesados en la utilización de la franja de playa (usuarios, bañistas, ocupantes del espacio público, vendedores ambulantes, “carperos”) sobre el inicio de la actuación administrativa que dio lugar a la expedición del Decreto 1228 de 2014.

1.2.6. Anota finalmente que el área comprendida entre el Edificio Marbella y el primer espolón del Proyecto Túnel de Crespo (de Marbella hacia Crespo) no tiene nada que ver con el Proyecto Anillo Vial de Crespo, por lo que no se justifica que se haya suspendido el uso sobre dicha área.

1.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda el día 6 de octubre de 2014, el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartagena corrió traslado a la parte accionada para que ejerciera su derecho a la defensa.

1.3.1. Mediante oficio No. AMC-ADT-002255-2014 del 10 de octubre de 2014, la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias solicitó que se negara por improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora Candelaria Ramos de Zabaleta de conformidad con los argumentos que se exponen a continuación:

1.3.1.1. Sostiene que la accionante cuenta con otro medio de defensa judicial idóneo, cual es la acción de nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo que se torna improcedente la acción de tutela en consideración a su carácter subsidiario.

1.3.1.2. Además pone de presente que en el caso concreto no se allegó prueba siquiera sumaria que evidencie la ocurrencia de un perjuicio irremediable que afecte los derechos fundamentales de la accionante.

1.3.1.3. Manifiesta que la solicitud presentada en la acción de tutela es contraria a la jurisprudencia vigente, en tanto su pretensión principal es la nulidad del Decreto 1228 de 2014 y de conformidad con el precedente jurisprudencial, la acción de tutela no procede

para ordenar la nulidad de los actos administrativos, ya que el juez de tutela no puede abrogarse las facultades propias del juez natural, para el conocimiento de este tipo de asuntos.

1.3.1.4. Señala que toda mega obra conlleva en su ejecución una serie de contratiempos para el común de los ciudadanos, los cuales son propios de esa clase de obras, pero son contratiempos temporales que desaparecen al finalizar la ejecución de la misma.

1.3.1.5. En estos términos, afirma que acceder a las pretensiones de la accionante acarrearía serios contratiempos y retrasos en la construcción de una mega obra que busca descongestionar el tráfico vehicular de la ciudad; afectando así el interés general sobre el particular.

1.3.1.6. Sostiene que la accionante fundamenta su petición en el incumplimiento de lo previsto en los artículos 37, 46 y 102 de la Ley 1437 de 2011; normas jurídicas que no resultan aplicables para este tipo de situaciones en consideración a que el acto administrativo que ordenó restringir el acceso a las playas, fue expedido en atención a las facultades de policía administrativa que el artículo 317 de la Constitución Política le confiere al Alcalde, en calidad de primera autoridad de policía del Municipio.

1.3.1.7. En este sentido, aduce que toda vez que la restricción del uso de las playas obedece a una actividad de policía administrativa, que por su naturaleza requiere medidas de aplicación inmediata para evitar perturbaciones en el orden público, las disposiciones de la parte primera de la Ley 1437 de 2011, entre ellas aquellas que fundamentan la acción de tutela de la accionante, no son aplicables a la actuación administrativa objeto de estudio.

1.3.1.8. Indica que el Decreto 1228 de 2014 no afecta directamente a una comunidad protegida en particular, ya que al ser un acto administrativo de carácter general, sus destinatarios son los integrantes de toda la comunidad cartagenera en general.

1.3.1.9. Manifiesta que existe prevalencia de la seguridad pública frente a los derechos en disputa, ya que la seguridad pública es un elemento trascendental del orden público, y aplicando los principios de proporcionalidad y ponderación se tiene que la medida adoptada en virtud del Decreto 1228 de 2014, es necesaria y adecuada para salvaguardar el derecho a la vida.

Así las cosas, considera que en el juicio de ponderación entre la seguridad y los otros derechos alegados por la accionante, es claro que en el caso concreto tiene más peso la seguridad de la ciudadanía, y en este sentido, solicita que se declare improcedente la acción de tutela de la referencia.

1.4. PRUEBAS DOCUMENTALES

En el trámite de la acción de tutela, se aportaron las siguientes pruebas documentales:

1.4.1. Decreto 1228 del primero (1º) de octubre de dos mil catorce (2014) “Por el cual se suspende temporalmente el uso de playas en las coordenadas magna-sirgas entre los puntos 842778.701 E, 1648149.367 N y 840235.11 E, 1646284.49 N (entre el Club Naval de Sub-Oficiales y el Edificio Marbella) por las obras del proyecto ANILLO VIAL DE CRESPO”.

1.4.2. Oficio No. OFI15-000029344-DCP-2500 del catorce (14) de agosto de dos mil quince (2015) de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

1.4.3. Oficio No. AMC-ADT-002265-2015 del veintiuno (21) de agosto de dos mil quince (2015) de la Oficina Jurídica de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias.

1.4.5. Oficio No. AMC-OFI-0066430-2015 del diecinueve (19) de agosto de dos mil quince (2015) de la Secretaría de Planeación Distrital.

1.4.6. Oficio No. AMC-OFI-0066394-2015 del diecinueve (19) de agosto de dos mil quince (2015) de la Secretaría de Planeación Distrital.

1.4.7. Decreto 1406 del veintisiete (27) de septiembre de dos mil doce (2012) “Por el cual se hace un nombramiento ordinario”.

1.4.8. Acta de Posesión de Susana de la Vega Chamorro como Asesora de la Oficina Jurídica de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias.

1.4.9. Decreto 0228 del veintiséis (26) de febrero de dos mil nueve (2009) “Por el cual se delegan funciones del (la) Alcalde (sa) Mayor de Cartagena de Indias D.T. y C., se asignan algunas funciones y se dictan otras disposiciones”.

1.5. DECISIONES JUDICIALES

Fallo de instancia- Juzgado Tercero Penal Municipal de Cartagena con Funciones de Control de Garantías

El Juzgado Tercero Penal Municipal de Cartagena con Funciones de Control de Garantías, resolvió en virtud de providencia de fecha del veintiuno (21) de octubre de dos mil catorce (2014), no acceder a la tutela de los derechos invocados por la accionante al considerar que no se cumplió con el requisito de subsidiariedad propio de la acción de tutela, teniendo en cuenta que la accionante no hizo uso de los medios ordinarios ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y que no se demostró la configuración de un perjuicio irremediable que amerite el amparo vía acción de tutela como mecanismo transitorio.

1.6. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

1.6.1. Mediante auto del cinco (5) de agosto de dos mil quince (2015), la Sala Séptima de Revisión de Tutelas consideró necesario, para mejor proveer, ordenar la práctica y solicitud de las siguientes pruebas:

1.6.1.1. En primer lugar, ordenó a la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias que informara, dentro de los tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación del auto en mención, las medidas de mitigación tomadas frente a las personas afectadas por la suspensión del uso del área comprendida entre las coordenadas magna-sirgas entre los puntos 842778.16481.367N y 840235.11E, 1646284.49N (entre el Club Naval de Suboficiales y el Edificio Marbella), y si en su concepto existían otras alternativas de trabajo para los “carperos”, vendedores ambulantes y en general aquellas personas que devengan su sustento del uso de la playa, similares a las labores que venían desempeñando.

1.6.1.2. En segundo lugar, ordenó a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior que informara, dentro de los tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación del auto en mención, (i) si en el área comprendida entre las coordenadas magna-sirgas entre los puntos 842778.16481.367N y 840235.11E, 1646284.49N (entre el Club Naval de Suboficiales y el Edificio Marbella) y sus alrededores, se encuentra inscrita alguna comunidad afrodescendiente; (ii) si se adelantó Consulta Previa a las comunidades asentadas entre las coordenadas magna-sirgas entre los puntos 842778.16481.367N y 840235.11E, 1646284.49N (entre el Club Naval de Suboficiales y el Edificio Marbella) y sus

alrededores, antes de empezar a ejecutar el Proyecto Anillo Vial de Crespo.

1.6.2. En atención al anterior requerimiento, los días catorce (14) de agosto y veintiséis (26) de agosto del año en curso, se recibieron por parte de Álvaro Echeverri Londoño, en su calidad de Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, y por parte de Susana de la Vega Chamorro, en calidad de Asesora de la Oficina Jurídica de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, respectivamente, los siguientes documentos:

1.6.2.1. Oficio OF115-000029344-DCP-2500 del trece (13) de agosto de dos mil quince (2015).

1.6.2.2. Oficio No. AMC-ADT-002265-2015 del veintiuno (21) de agosto de dos mil quince (2015).

1.6.2.3. Socialización del Decreto 1228 del primero (1) de octubre de dos mil catorce (2014) (del 7 de octubre al 24 de noviembre de 2014).

1.6.2.4. Oficio No. AMC-OFI-0066430-2015 del diecinueve (19) de agosto de dos mil quince (2015).

1.6.2.5. Oficio No. AMC-OFI-0066394-2015 del diecinueve (19) de agosto de dos mil quince (2015).

1.6.2.6. Decreto 1406 del veintisiete (27) de septiembre de dos mil doce (2012) “Por el cual se hace un nombramiento ordinario”.

1.6.2.7. Acta de Posesión de Susana de la Vega Chamorro como Asesora de la Oficina Jurídica de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias.

1.6.2.8. Decreto 0228 del veintiséis (26) de febrero de dos mil nueve (2009) “Por el cual se delegan funciones del (la) Alcalde (sa) Mayor de Cartagena de Indias D.T. y C., se asignan algunas funciones y se dictan otras disposiciones”.

2. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución, y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar el fallo de tutela adoptado en el proceso de esta referencia.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

La Sala deberá estudiar si la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias vulneró los derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital, vida digna, libertad de locomoción, seguridad social, debido proceso y consulta previa de las comunidades que devengan su sustento diario del uso de las playas ubicadas en las coordenadas magna-sirgas entre los puntos 842778.16481.367N y 840235.11E, 1646284.49N (entre el Club Naval de Suboficiales y el Edificio Marbella), al suspender el uso de las mismas con el fin de desarrollar el proyecto “Anillo Vial de Crespo”, sin haber garantizado un espacio de participación y concertación previo a la construcción del proyecto.

En atención a que esta Sala verificó que después de interpuesta la acción de tutela, se profirió por parte de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias el Decreto 1352 del 30 de octubre de 2014 “Por medio del cual se modifica parcialmente el Decreto 1228 del 1 de octubre de 2014, que suspendió temporalmente el uso de las playas en las coordenadas magna-sirgas entre los puntos 842778.701 E, 1648149.367 N y 840235.11 E, 1646284.49 N (entre el Club Naval de Sub-Oficiales y el Edificio Marbella) por las obras del proyecto ANILLO VIAL DE CRESPO”, en el sentido de reducir las coordenadas dispuestas en el Decreto 1228 de 2014 para efectos de permitir que los carperos y pescadores pudieran desarrollar sus actividades en el área aledaña[1], el asunto en este caso versará, entre otras cosas, sobre la configuración de la carencia de objeto por hecho superado.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala analizará las siguientes temáticas: (i) la subsidiariedad como requisito general de procedencia de la acción de tutela; (ii) la carencia actual del objeto por hecho superado; (iii) la consulta previa (marco constitucional y legal aplicable, el derecho fundamental a la consulta previa, criterios para determinar quiénes dentro de las comunidades afrocolombianas, pueden considerarse como titulares de los derechos fundamentales colectivos); (iv) el derecho al desarrollo y la infraestructura vial urbana; (v) análisis del caso concreto.

2.3. LA SUBSIDIARIDAD COMO REQUISITO GENERAL DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

DE TUTELA

2.3.1. Esta Corporación ha sostenido en múltiples oportunidades que la acción de tutela es un mecanismo encaminado a la protección de los derechos fundamentales de las personas que estén siendo amenazados o conculcados, el cual se caracteriza por ser inmediato, residual, subsidiario y cautelar.

En efecto, y en relación con el carácter subsidiario de la acción de tutela, el artículo 86 superior dispone que: “(...) esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”[2].

En este entendido, la acción de tutela no está instituida para reemplazar otros medios judiciales de defensa de los derechos de las personas, ni para ser utilizada de forma alterna en caso de que los tales medios de defensa judicial no hubieren resultado suficientes.

2.3.2. No obstante lo anterior, se ha reconocido que la existencia de otro medio judicial no excluye per se la posibilidad de interponer una acción de tutela, en consideración a que debe entrarse a determinar si los medios alternos con los que cuenta el interesado son aptos para obtener la protección requerida con la urgencia que sea del caso, es decir, si son idóneos; igualmente debe determinarse si a pesar de existir otros medios de defensa judicial, la acción de tutela es procedente en tanto actúa como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[3].

2.3.3. En relación con la idoneidad y eficacia de los otros medios de defensa judicial a disposición de las personas, esta Corporación ha considerado que “el medio debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales”[4] y que el medio “debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho”[5].

Así bien, para determinar la concurrencia de estas dos características (idoneidad y eficacia), debe estudiarse si en cada caso concreto se cumple con los siguientes presupuestos:

“(i) si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente tiene por virtud ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela; (ii) si es posible hallar

circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance; (iii) si la persona que solicita el amparo es un sujeto de especial protección constitucional, y por lo tanto su situación requiere de particular consideración”[6].

2.3.4. Por otro lado, la jurisprudencia constitucional[7] ha desarrollado los criterios que sirven para determinar la existencia del perjuicio irremediable, y al respecto ha considerado que es necesario tener en cuenta, la inminencia que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales:

“(i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”[8]

2.3.5. Así bien, puede concluirse que la acción de tutela no está instituida para reemplazar otros medios judiciales de defensa de los derechos de las personas, ni para ser utilizada de forma alterna en caso de que tales medios de defensa judicial no hubieren sido suficientes, sin embargo, esta se torna procedente en los casos en que se evidencie que los medios alternos con que cuenta el interesado no son idóneos ni eficaces para obtener la protección referida y/o que es necesaria como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2.4. CARENCIA ACTUAL DEL OBJETO POR HECHO SUPERADO

2.4.1. De conformidad con la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela pierde su razón de ser como mecanismo de protección judicial cuando cesa la amenaza a los derechos fundamentales invocados, ya sea porque la protección que propiciaba dicha amenaza desapareció o porque fue superada; en estos casos, las órdenes que podría impartir el juez de tutela se tornarían inocuas o contrarias al objetivo constitucionalmente previsto para la acción de tutela[9].

En efecto, el fin último de la acción de tutela es lograr una protección pronta y oportuna a los derechos fundamentales amenazados o vulnerados mediante la impartición de las órdenes necesarias por parte del juez constitucional, para así procurar la defensa actual y cierta de los mismos; sin embargo, cuando la situación de hecho que ha causado la amenaza o vulneración del derecho invocado desaparece o se encuentra superada, la acción de tutela pierde su razón de ser.

2.4.2. En este sentido, la carencia actual del objeto se configura por hecho superado o por daño consumado; (i) en el primer caso, se comprueba que entre el momento de interposición de la acción de tutela y el momento del fallo, se satisfizo por completo la pretensión formulada en la demanda[10]; mientras que, (ii) en el segundo caso, se verifica por parte del juez que el daño que se pretendía evitar a través de la interposición de la acción de tutela, se ocasionó[11].

Al respecto ha considerado la jurisprudencia constitucional lo siguiente:

“Por un lado, la carencia actual de objeto por hecho superado se da cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo -verbi gratia se ordena la práctica de la cirugía cuya realización se negaba o se reintegra a la persona despedida sin justa causa-, razón por la cual cualquier orden judicial en tal sentido se torna innecesaria. En otras palabras, aquello que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna. En estos casos, se debe demostrar que en realidad se ha satisfecho por completo lo que se pretendía mediante la acción de tutela, esto es, que se demuestre el hecho superado, lo que autoriza a declarar en la parte resolutive de la sentencia la carencia actual de objeto y a prescindir de orden alguna, con independencia de aquellas que se dirijan a prevenir al demandado sobre la inconstitucionalidad de su conducta y a advertirle de las sanciones a las que se hará acreedor en caso de que la misma se repita, al tenor del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991.

Por otro lado, la carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o

impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental”[12].

2.4.3. En estos términos, puede concluirse que existe carencia actual del objeto por hecho superado, cuando al momento de proferir la decisión, el juez de tutela comprueba que la situación que había dado lugar a la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados, ha cesado; lo que deriva en que la protección a través de la tutela pierde sentido y, en consecuencia, el juez de tutela queda imposibilitado para emitir orden alguna de protección del derecho fundamental invocado[13].

2.5. CONSULTA PREVIA

2.5.1. Marco constitucional y legal aplicable a la Consulta Previa

2.5.1.1. La Constitución Política de 1991 reconoce y protege, en su artículo séptimo, la diversidad étnica y cultural de la Nación[14], y en este entendido, consagra diversos mecanismos de protección que garantizan que dicha diversidad étnica y cultural se haga efectiva, entre los cuales se encuentra la consulta previa como manifestación del derecho a la libre determinación de las comunidades étnicas.

2.5.1.2. La consulta previa se encuentra reconocida en el artículo 330 constitucional, el cual dispone, en relación con las decisiones que se adopten respecto de la explotación de los recursos naturales ubicados en los territorios indígenas, que el Gobierno se encuentra en el deber de propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades y de garantizar que dicha explotación se haga sin desmedro de la integridad cultural, social y económica[15].

2.5.1.3. El mecanismo de consulta previa fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico en virtud de la Ley 21 de 1991 “Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989”, en concordancia con las obligaciones adquiridas a nivel internacional en los términos del Convenio 169 de 1989 “Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes” de la Organización Internacional del Trabajo, el cual, en su artículo sexto dispone que:

“Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
- d) Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”[16].

2.5.1.4. En estos términos, la consulta previa se entiende como el derecho del que gozan todas las comunidades étnicas que les permite exigir que se les consulte sobre todas aquellas medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; como aquellas que impliquen el desmedro de su integridad cultural, social y económica, en los términos del artículo 76 de la Ley 99 de 1993 “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”:

“La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades”[17].

2.5.1.5. Por otro lado, el artículo 2 del Decreto 1320 de 1998 “Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio” establece en qué casos se encuentran obligados los particulares y las entidades públicas a realizar consulta previa a las comunidades étnicas correspondientes:

“La consulta previa se realizará cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras. Igualmente, se realizará consulta previa cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras, de conformidad con lo establecido en el siguiente artículo”[18].

2.5.1.6. Igualmente, el artículo 15 del Decreto 2820 de 2010 “Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales” regula la participación de las comunidades étnicas en los siguientes términos:

“Se deberá informar a las comunidades el alcance del proyecto, con énfasis en los impactos y las medidas de manejo propuestas y valorar e incorporar en el Estudio de Impacto Ambiental, cuando se consideren pertinentes, los aportes recibidos durante este proceso. En los casos en que se requiera, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, en materia de consulta previa con comunidades indígenas y negras tradicionales y al Decreto 1320 de 1998 o al que lo sustituya o modifique”[19].

2.5.1.7. Finalmente, el artículo 46 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) establece que:

“Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar”[20].

2.5.1.8. En relación con el reconocimiento de las comunidades afrocolombianas como comunidades étnicas titulares del derecho a la consulta previa, es preciso referirse a la Ley 70 de 1993 “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”, la

cual reconoce en su artículo tercero:

“(i) el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural y el derecho a la igualdad de todas las culturas que conforman la nacionalidad colombiana; (ii) el respeto a la integralidad y la dignidad de la vida cultural de la comunidades negras; (iii) la participación de las comunidades negras y sus organizaciones sin detrimento de su autonomía, en las decisiones que las afectan y en las de toda la Nación en pie de igualdad, de conformidad con la ley; (iv) la protección del medio ambiente atendiendo a las relaciones establecidas por las comunidades negras con la naturaleza.[21]”

2.5.2. El derecho fundamental a la consulta previa

2.5.2.1. La Corte Constitucional ha reconocido una serie de derechos fundamentales a los grupos étnicos, a partir de los cuales, se protege su cosmovisión y en general los elementos indispensables para su supervivencia física y cultural, bajo el entendido de que la diversidad étnica y en general la pluralidad cultural, es una riqueza nacional protegida por la Constitución Nacional con la mayor rigurosidad.

2.5.2.2. En efecto, en sentencia SU-039 de 1997 se reconoció respecto de las comunidades indígenas, que éstas “han dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir que éstos no sólo se predicen de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”[22].
(Subrayado y negrilla por fuera del texto)

2.5.2.3. En este entendido, se ha reconocido a las comunidades étnicas una serie de derechos fundamentales que no pueden ser confundidos con los derechos colectivos de otros grupos humanos:

“La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes. Entre otros

derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución”[23].

2.5.2.4. En ese marco constitucional, la Corte ha establecido que:

“(i) las comunidades indígenas son sujetos de derechos fundamentales; (ii) esos derechos no son equivalentes a los derechos individuales de cada uno de sus miembros, ni a la sumatoria de estos; y (iii), los derechos de las comunidades indígenas no son asimilables a los derechos colectivos de otros grupos humanos; y (iv) la acción de tutela es un mecanismo judicial adecuado, tanto para la defensa de los derechos de los miembros de las comunidades frente a las autoridades públicas y las autoridades tradicionales, como para la protección de los derechos de la comunidad”[24].

2.5.2.5. De conformidad con los desarrollos jurisprudenciales de esta Corporación, las comunidades étnicas son titulares de los derechos fundamentales a la subsistencia[25], a la propiedad colectiva de los territorios ancestrales, a la libre determinación de los pueblos[26], a la autonomía para la definición de sus “formas de vida buena”, y la participación en los asuntos políticos que los conciernen[27].

2.5.2.6. La Corte ha considerado que el derecho a la consulta previa es una manifestación del derecho a la libre determinación de las comunidades étnicas, y en este sentido, ha reconocido que se trata de un derecho fundamental que puede ser invocado vía acción de tutela y cuya titularidad está en cabeza de las comunidades étnicas; es decir que es un derecho de naturaleza grupal[28].

En consideración a la naturaleza grupal del derecho a la consulta previa, la Corte precisó en sentencia T-380 de 1993 que su carácter grupal no puede ser confundido con la naturaleza colectiva de otros derechos reconocidos en la Constitución o con el concepto de intereses difusos:

“Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (CP art. 88). En el primer evento es indiscutible la titularidad

de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes”[29].

La anterior postura fue reiterada por esta Corporación en sentencias SU-039 de 1997 y T-652 de 1998 en las que se reconoce que los derechos fundamentales de las comunidades étnicas pueden ser amparados por medio de las acciones de tutela.

2.5.2.7. Bajo esta perspectiva, en sentencia SU-039 de 1997 se explicó que el derecho a la consulta previa reviste el carácter de fundamental en consideración a que asegura la participación de las comunidades étnicas en las decisiones que puedan afectarlas, y en este sentido, garantiza la integridad y subsistencia de estos pueblos:

“(…) adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”[30].

2.5.2.8. Según la jurisprudencia constitucional, el derecho fundamental a la consulta previa se ve conculcado cuando se acredita la existencia de una afectación directa a los pueblos indígenas o tribales, la cual se manifiesta cuando se dan las siguientes circunstancias: (i) alteración del estatus de las comunidades porque se imponen restricciones o conceden beneficios; (ii) introducción de regulaciones o medidas vinculadas con la definición de la identidad étnica de los pueblos indígenas y tribales; (iii) expedición de regulaciones o adopción de medidas que repercuten directamente sobre las materias definidas en el Convenio 169 de la OIT y otros tópicos que por expresa disposición constitucional, deban ser sometidos a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como la explotación de los recursos naturales ubicados dentro de sus territorios o la intromisión dentro de los territorios ancestrales[31].

2.5.3. Criterios para determinar quiénes, dentro de las comunidades afrocolombianas, pueden considerarse como titulares de los derechos fundamentales colectivos

2.5.3.1. Los derechos que reconoce el Convenio 169 de 1989 de la OIT, según su artículo primero, son aplicables a los pueblos tribales ubicados en países independientes, cuyas

condiciones sociales, culturales y económicas los distinguan de los otros sectores de la sociedad, y que en este sentido gocen de costumbres y tradiciones propias; igualmente aplican a los pueblos indígenas ubicados en países independientes, considerados como tal por el hecho de haber descendido de las poblaciones que habitaban en el territorio en la época de la colonización y que conserven parte de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas; y según el artículo 1.2. ibídem “la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse como un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

En este entendido, se reconoce que el criterio fundamental para determinar a qué grupos se les aplica las disposiciones y prerrogativas que reconoce el Convenio 169 de 1989, radica en la conciencia de su identidad indígena o tribal; elemento subjetivo fundante de los derechos étnicos que se manifiesta en un estado de conciencia implícitamente compartido por un grupo, que los lleva a asumirse como miembros de una colectividad diferenciada a la población mayoritaria[32], y que se verifica en la existencia de: (i) propias costumbres o tradiciones que rigen la vida del grupo y que son diferentes a las de la población mayoritaria, e (ii) instituciones sociales, económicas, culturales y políticas que se han conservado por largos años.

No obstante lo anterior, se aclara que no es posible determinar la pertenencia de las personas a una comunidad o grupo étnico diferenciado, basados en el criterio de autoidentificación, pues no todo grupo humano puede ser reconocido como una comunidad étnicamente diferenciada por el simple hecho de afirmar pertenecer a ella.

Al respecto, esta Corporación en la Sentencia T-376 de 2012, identificó algunos factores que permiten identificar a una comunidad en particular como un grupo humano étnicamente diferenciado. En el caso concreto se debatía si la comunidad de La Boquilla, ubicada en el Municipio de Cartagena, reunía tales características y al respecto sostuvo la sala de revisión:

“A partir de lo expuesto, puede sostenerse que la comunidad de La Boquilla refleja una cultura, modos de producción y organización social propios, contruidos en un proceso histórico que los ha definido como grupo culturalmente diverso. Esa cultura tradicionalmente ha girado en torno a la pesca, aunque los boquilleros en el transcurso de

la historia han incursionado en otras actividades en atención a la modificación de su entorno, lo que a su vez ha incidido en su organización social. Los datos etnográficos presentados como contexto de análisis demuestran que la comunidad ha sufrido diversas adaptaciones en el tiempo.”[33]

Es decir, no basta la sola afirmación de pertenecer a una comunidad étnicamente diferenciada para que la Corte la reconociera como titular del derecho fundamental a la consulta previa, pues, como se aprecia del aparte transcrito, la Sala tuvo en cuenta que la comunidad de la Boquilla, además de su autoidentificación, contaba con una cultura, modos de producción y organización propios, producto de un desarrollo histórico que los define como grupo culturalmente diverso[34].

2.5.3.2. Así bien, la jurisprudencia constitucional se ha encargado de solventar aquellas dudas existentes en relación con las condiciones en las cuales es posible aseverar que determinada comunidad afrocolombiana es titular de derechos fundamentales colectivos, con el fin de identificar a los titulares de la consulta previa[35].

En este sentido, en sentencia T-576 del 2014 esta Corporación señaló las reglas que determinan quiénes pueden considerarse como titulares de derechos fundamentales colectivos, como el derecho a la consulta previa, y para estos efectos definió a las comunidades étnicas como “aquellos grupos sociales que reúnen los requisitos exigidos por el instrumento internacional: rasgos culturales y sociales compartidos (elemento objetivo) y una conciencia de identidad grupal que haga que sus integrantes se asuman miembros de una comunidad (elemento subjetivo)”[36], y precisó que las comunidades son “un conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad (...)”[37].

2.5.3.3. En la sentencia atrás referida, tras hacer un recuento jurisprudencial sobre las reglas aplicables a la hora de determinar si un individuo o comunidad pueden considerarse como titulares de los derechos étnicos que consagran la Constitución y la ley, la Corte definió las siguientes reglas jurisprudenciales:

(i) “La relación de la comunidad con un territorio determinado es indicativa de su identidad étnica, pero no es un factor determinante para confirmar o excluir su condición de

titular de derechos étnicos”[38]; en este entendido se advierte que en el caso de las comunidades afrodescendientes, al haber estado sometidas al desplazamiento forzado, no puede asociarse su identidad étnica y los derechos que de ella se derivan a la existencia de un vínculo ancestral con sus territorios.

(ii) “El reconocimiento formal de una comunidad por parte del Estado contribuye a demostrar su existencia, pero tampoco la determina”[39], así que el hecho de que una comunidad específica no se encuentre inscrita en el registro que lleva la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior o cualquier otra autoridad administrativa, no significa que no exista, ya que la identidad colectiva se construye a partir de un reconocimiento propio que se puede probar a través de los estudios etnológicos y demás mecanismos e instrumentos que resulten pertinentes para el efecto.

(iii) “El factor racial es indicativo de la existencia de una comunidad étnica si se evalúa junto a otros factores sociales y culturales que den cuenta de una identidad diferenciada”[40], en este sentido, el factor racial debe evaluarse junto con otros factores con el fin de determinar la existencia de una comunidad étnica, pero considerado individualmente, este factor no determina si un grupo es titular de derechos étnicos.

(iv) “La protección especial que el artículo 55 transitorio de la Constitución y la Ley 70 de 1993 consagra a favor de las comunidades negras no impide que otras colectividades que no reúnan los elementos señalados en esas disposiciones se beneficien de las prerrogativas que la Carta les reconoce por la vía de la cláusula de igualdad material y del mandato de protección de la diversidad cultural”[41], así que cualquier comunidad negra que reúna los elementos objetivos y subjetivos que consagra el Convenio 169, es titular de derechos étnicos.

(v) “No son las autoridades administrativas ni judiciales las llamadas a establecer si una comunidad étnica “existe”, si es “étnicamente diversa” o si determinando individuo pertenece o no a ella”[42], ya que este ejercicio debe ser realizado por las propias comunidades por su propia conciencia de identidad y en ejercicio de su autonomía.

2.5.3.4. De conformidad con los anteriores criterios, y en términos generales, lo que permite diferenciar e identificar a las comunidades indígenas y tribales del resto de la población, son las características étnico-culturales que le son propias a sus miembros, entre

las que se destacan: (i) la particular manera observar el mundo; y (ii) un sistema de valores propio y distinto al de la cultura mayoritaria.

2.6. EL DERECHO AL DESARROLLO Y LA INFRAESTRUCTURA VIAL URBANA

2.6.1. En relación con el derecho al desarrollo, se consideró en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de las Naciones Unidas adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 4 de diciembre de 1986, que éste es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él.[43]

En consonancia con lo anterior, y teniendo en cuenta que existe un fuerte vínculo entre el derecho al desarrollo y el interés general, la Constitución Política desarrolla en sus artículos 1, 82, y 63 el principio según el cual el interés general prevalece sobre el interés particular, y en este sentido, otorga al Estado el deber de velar por la protección del espacio público y su destinación al uso común:

“Artículo 1: Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

“Artículo 82: Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común”.

“Artículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”.

Por otro lado, en los artículos contenidos en el Título XI constitucional, se establece la organización territorial del país y se asignan funciones en los ámbitos departamental y

municipal en materia de desarrollo de obras públicas; (i) en el numeral 2 del artículo 300 se establece que le corresponde a las Asambleas Departamentales expedir disposiciones relacionadas con la planeación, el desarrollo económico y social, las obras públicas, las vías de comunicación y el desarrollo de sus zonas de frontera; (ii) según el numeral 4 del artículo 305 ibídem, es atribución del Gobernador presentar a la Asamblea Departamental los proyectos de ordenanza sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas y presupuesto anual de rentas y gastos; (iii) conforme al artículo 315 es atribución del Alcalde presentar al Consejo los proyectos de acuerdo sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas y presupuesto anual de rentas y gastos.

2.6.2. Las anteriores disposiciones constitucionales ponen de manifiesto la conexidad que existe entre el territorio y el interés general, y también son indicativas de que el Estado, a través de los entes territoriales, tiene a su cargo la protección del espacio público, la planeación y desarrollo de obras públicas y proyectos de infraestructura vial, entre otros, para garantizar a todos sus habitantes el desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizar plenamente los derechos humanos y libertades fundamentales.

Al respecto ha considerado la jurisprudencia constitucional, que la concreción de las anteriores funciones a cargo del Estado, debe realizarse de manera democrática, participativa, racional y planificada, dentro del marco de las competencias asignadas por la ley orgánica de ordenamiento territorial, que conforme al artículo 288 superior, es el instrumento que contiene los parámetros de distribución de competencias relativas a la actuación y gestión pública de las entidades territoriales en el proceso de planificación y organización de su territorio[44].

2.6.3. De conformidad con lo anterior, y en consideración a las distintas visiones sobre lo que significa el “progreso” en el marco de la ejecución de obras públicas, el derecho al desarrollo, como manifestación del interés general, tiende a entrar en aparente contradicción con los derechos individuales; los cuales son susceptibles de verse afectados a causa de las decisiones que se tomen desde el ámbito nacional o desde el ámbito territorial, para efectos de generar beneficios a favor de la ciudadanía en general. Frente la contradicción que puede presentarse entre estos dos principios, ha considerado la jurisprudencia constitucional que:

“Es precisamente el carácter jurídicamente abstracto e indeterminado del concepto de interés general, lo que ha llevado a que las constituciones liberales modernas consideren la necesidad de armonizarlo con los derechos individuales y con el valor social que tiene la diversidad cultural. Por ello, constituye un requisito indispensable para la aplicación de la máxima de la prevalencia del interés general, que el operador jurídico analice minuciosamente las particularidades de cada caso, intente armonizar el interés general con los derechos de los particulares y, en caso de no ser posible, lo pondere teniendo en cuenta la jerarquía de valores propia de la Constitución.”[45]

En estos términos, el Estado Social y Democrático de Derecho afirma la importancia de cada una de las personas como un fin en sí mismo, razón por la cual las concepciones utilitaristas sobre el bienestar general encuentran una barrera infranqueable en la dignidad del ser humano; ya que en el marco de un Estado Social de Derecho, no puede abordarse la tensión entre el interés general y el interés particular “como si algunos grupos vulnerables se opusieran al bienestar común, sino desde la perspectiva de la efectividad de los derechos” [46], es decir, que no pueden desconocerse las garantías mínimas a que tienen derecho las personas en estado de vulnerabilidad so pretexto de hacer prevalecer el interés general.

En estos términos, y en el marco del desarrollo de obras de infraestructura vial, la administración debe prever la posible afectación que puede ocasionar a los derechos de particulares, en especial cuando se trata de personas en especial situación de vulnerabilidad; para lo cual, deberá adelantar dentro de un margen de razonabilidad, los procesos de concertación que permitan garantizar su protección y que impliquen una búsqueda de soluciones viables que permitan finalmente adelantar las obras que redundan en un beneficio público.

En ese sentido, es claro que la garantía fundamental del derecho a la participación no sólo protege a comunidades indígenas o tribales, sino que es extensiva a otros tipos de comunidad; es importante hacer esta salvedad, porque en ocasiones se ha confundido el derecho a la consulta previa, con el derecho a la participación, los cuales a pesar de estar interrelacionados no son iguales.

En la Sentencia T-135 de 2013, esta Corporación indicó con respecto al derecho a la participación de los grupos de población potencialmente afectados por causa de un

proyecto de tal índole, lo siguiente:

“(…) constituye una de las formas en las que el Estado puede y debe prevenir que visiones generales del “interés general” generen graves afectaciones en los derechos de las personas. Al ejecutar una megaproyecto, el campesino, el jornalero o el tradicional habitante de una región afectada, se encuentra en un verdadero estado de indefensión frente al empresario o dueño del proyecto. Solo con el adecuado ejercicio de la participación podrá evitar que se lesionen sus derechos.”[47].

La necesidad de adelantar obras que permitan el desarrollo ordenado y sostenible de una ciudad, puede llegar a generar afectaciones a los derechos individuales debido a la implementación de medidas de distinta índole, como suspensiones temporales de tránsito o de uso de bienes públicos; dichas afectaciones deben encontrarse previstas en la planeación de la obra, en tanto sean indispensables para el desarrollo de la ciudad y el bienestar común.

En la medida en que las obras o mega obras de infraestructura impliquen restricciones a los derechos fundamentales, daños al medio ambiente, afectación a derechos fundamentales colectivos y en particular afecten a personas en situación de vulnerabilidad, la administración deberá realizar los procesos de concertación respectivos que permitan encontrar soluciones para garantizar la protección de los derechos afectados; dichos procesos de concertación deberán tener en cuenta las medidas necesarias para mitigar los efectos nocivos de la obra a ejecutar, pero deberán partir del principio de prevalencia del interés general, y en particular, la necesidad de un desarrollo sostenible en pro del mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos.

3. CASO CONCRETO

3.1. RESUMEN DE LOS HECHOS

3.1.1. Es preciso recordar que la actora manifiesta en su escrito de tutela que la entidad accionada vulneró sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la vida digna, a la libertad de locomoción, a la seguridad social, a la consulta previa y al debido proceso, al proferir el Decreto 1228 de 2014 conforme al cual se suspendió el uso del área comprendida entre las coordenadas magna-sirgas entre los puntos 842778.16481.367N y

840235.11E, 1646284.49N (entre el Club Naval de Suboficiales y el Edificio Marbella), en consideración a que: (i) la medida que se adoptó en virtud del acto administrativo le impide ejercer su derecho al trabajo, teniendo en cuenta que se dedicaba a laborar como “carpera” en las playas cuyo uso fue suspendido; (ii) la Alcaldía no socializó su intención de cerrar las playas, lo que hizo más gravosa su situación al tomarla desprevenida; (iii) tampoco tuvo en cuenta la Alcaldía que en la zona se asienta una comunidad afrodescendiente que ancestralmente ha devengado su sustento del uso de la playa, por lo que la accionada ha debido realizar una consulta previa a dicha comunidad antes de adoptar las medidas pertinentes.

3.2. PROCEDENCIA DE LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA

3.2.1. De conformidad con las consideraciones expuestas a lo largo de esta providencia, es necesario determinar en primer lugar, si en el caso concreto es procedente la acción de tutela en atención a su carácter subsidiario e inmediato:

3.2.1.1. En relación con el requisito de subsidiariedad propio de la acción de tutela y teniendo en cuenta la situación en la que se encuentra la actora, es preciso advertir que, si bien cuenta con la acción de nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para efectos de solicitar la nulidad del acto administrativo que la aqueja, se evidencia que existe una inminencia y una urgencia que exigen medidas inmediatas en aras de proteger los derechos fundamentales de la señora Ramos de Zabaleta; ya que ésta considera que con las actuaciones de la entidad accionada se ha vulnerado su derecho al mínimo vital, lo cual hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales invocados.

3.2.1.2. Con respecto al requisito de inmediatez propio de la acción de tutela, se evidencia que el Decreto 1228 de 2014 que generó la vulneración a los derechos fundamentales de la actora fue publicado el día 1 de octubre de 2014, y que la actora interpuso la acción de tutela el día 6 de octubre del mismo año, es decir que se dio pleno cumplimiento al mismo.

3.2.2. En atención a las anteriores consideraciones, puede concluirse que en el caso concreto procede la acción de tutela como mecanismo de protección transitorio por perjuicio irremediable, por lo que a continuación se procederá con el estudio del caso

puesto bajo consideración de esta Corporación.

3.3. DEL DEBER DE REALIZAR CONSULTA PREVIA

3.3.1. Para efectos de determinar si la entidad accionada tenía el deber de realizar una consulta previa a favor de las comunidades perjudicadas por el Decreto 1228 de 2014, se hizo necesario examinar en primer lugar, la existencia de comunidades étnicas en la zona afectada a causa de la ejecución del Proyecto Anillo Vial de Crespo, en atención a que son éstas las titulares del derecho a la consulta previa.

3.3.2. En este entendido, esta Corporación resolvió mediante auto del cinco (5) de agosto de dos mil quince (2015), ordenar a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior la práctica y solicitud de las siguientes pruebas; (i) informe de las comunidades afrodescendientes que ocupan el área comprendida entre las coordenadas magna-sirgas entre los puntos 842778.16481.367N y 840235.11E, 1646284.49N (entre el Club Naval de Suboficiales y el Edificio Marbella) y sus alrededores, (ii) informe de las consultas previas que se adelantaron frente a las comunidades asentadas entre las coordenadas magna-sirgas entre los puntos 842778.16481.367N y 840235.11E, 1646284.49N (entre el Club Naval de Suboficiales y el Edificio Marbella) y sus alrededores, antes de empezar a ejecutar el Proyecto Anillo Vial de Crespo;

En atención al anterior requerimiento, el día catorce (14) de agosto del año en curso, se recibió por parte del Doctor Álvaro Echeverri Londoño, en su calidad de Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, el Oficio OF115-000029344-DCP-2500 en virtud del cual se expresó que: (i) en el área comprendida entre las coordenadas magnas-sirgas entre los puntos 842778.16481.367N y 840235.11E, 1646284.49N (entre el Club Naval de Suboficiales y el Edificio Marbella) y sus alrededores, NO se registra presencia de ninguna comunidad étnica y/o afrodescendiente; (ii) al revisar la base de datos de la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías y de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, NO se encuentra reporte ni inscripción de ninguna comunidad étnica en el sector consultado; (iii) la comunidad negra registrada más próxima al área de consulta es el Consejo Comunitario de la Boquilla que se encuentra localizado aproximadamente a 2.3 km al noreste de la zona de interés; (iv) en atención a lo anterior, no fue necesario adelantar el proceso de consulta previa respecto al Proyecto Anillo Vial

Malecón del Barrio Crespo, lo cual se evidencia en las certificaciones de no presencia expedidas por la entonces Dirección de Etnias del Ministerio del Interior a través de oficios OFI07-31380-DET-1000 del 30 de octubre de 2007, OFI09-15106-GCP-0201 del 14 de mayo de 2009 y OFI11-31911-GCP-201 del 28 de julio de 2011[48].

3.3.3. De conformidad con lo anterior, se evidencia que no se encuentra registrada o inscrita ninguna comunidad afrodescendiente en las coordenadas magna-sirgas entre los puntos 842778.16481.367N y 840235.11E, 1646284.49N (entre el Club Naval de Suboficiales y el Edificio Marbella), sin embargo se verificó el asentamiento de una comunidad étnica a los alrededores de la zona de afección; el Consejo Comunitario de la Boquilla que se encuentra localizado aproximadamente a 2.3 km al noreste de la zona de interés, y que según informe de la Dirección de Consulta Previa, está ubicado en zona rural de la ciudad.

No obstante lo anterior, se observa que la actora no interpuso la acción de tutela en calidad de integrante del Consejo Comunitario de la Boquilla ni invocó tal calidad, además no aportó prueba suficiente que permita aseverar que hace parte de ésta, o de alguna otra comunidad étnica; y por el contrario, sí obra prueba dentro del expediente conforme a la cual en la zona cuyo uso fue suspendido en virtud del Decreto 1228 de 2014, no se encuentra registrada o inscrita ninguna comunidad étnica.

Al respecto es preciso tener en cuenta que no es posible determinar la pertenencia de la actora a una comunidad o grupo étnico diferenciado, basados en el criterio de autoidentificación, pues no todo grupo humano puede ser reconocido como una comunidad étnicamente diferenciada por el simple hecho de afirmar pertenecer a ella[49], ya que existen una serie de criterios fundamentales que hay que acreditar, como lo son: (i) la particular manera observar el mundo; y (ii) un sistema de valores propio y distinto al de la cultura mayoritaria.

3.3.4. Teniendo en cuenta que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, la existencia de una comunidad étnica no se determina por el hecho de encontrarse inscrita o registrada ante las autoridades competentes, sino por la existencia de una conciencia de su identidad grupal, es preciso advertir que en el caso concreto tampoco se evidenció la existencia de este elemento subjetivo fundante de los derechos étnicos.

En efecto, la actora, en ninguna de sus actuaciones probó la existencia de un estado de conciencia implícitamente compartido entre ella y otras personas, que los lleve a asumirse como miembros de una colectividad diferenciada a la población mayoritaria[50], por lo que en el caso concreto no existen criterios razonables que permitan concluir que se está ante una comunidad étnica[51].

3.3.5. Adicional a lo anterior, es preciso tener en cuenta que las labores turísticas traducidas en las ventas ambulantes y en el alquiler de carpas, no son actividades tradicionales que identifiquen culturalmente a algún pueblo tribal, sino que son labores económicas propias de la economía moderna que son realizadas por muchos habitantes de la ciudad, de diversos orígenes raciales y étnicos.

En este sentido, no le asiste razón a la actora al afirmar que en la zona cuyo uso fue suspendido se asienta una comunidad afrodescendiente que ancestralmente ha devengado su sustento del uso de la playa, ya que las labores que desempeñan los carperos y los vendedores ambulantes en las playas de Cartagena no se caracterizan por identificar culturalmente a los pueblos tribales, sino que son actividades económicas propias de la economía moderna y que son realizadas por muchas personas, independientemente de su origen racial o étnico.

3.3.6. Al observarse que: (i) no se comprobó la pertenencia de la actora a alguna comunidad étnica, ni la permanencia de estas comunidades en la zona de afección del Proyecto, y que (ii) las medidas implementadas por el Decreto 1228 de 2014 afectaron actividades comunes para la generalidad de las personas, estas son, labores turísticas que se traducen en las ventas ambulantes y el alquiler de carpas; se concluye que no existió obligación por parte de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias de realizar la consulta previa, y en consecuencia se procederá a denegar el amparo del derecho fundamental a la consulta previa en el caso concreto.

3.4. DE LA CONFIGURACIÓN DE UN HECHO SUPERADO

3.4.2. En este sentido, y del análisis de las pruebas allegadas al expediente, se desprende la configuración de una carencia actual del objeto por hecho superado como se expondrá a continuación:

3.4.2.1. En virtud de Auto del cinco (5) de agosto de dos mil quince (2015) proferido por esta Corporación, se ofició a la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias para que informara: (i) qué medidas de mitigación ha tomado frente a las personas afectadas por la suspensión del uso del área comprendida entre las coordenadas magna-sirgas entre los puntos 842778.16481.367N y 840235.11E, 1646284.49N; (ii) si en su concepto existen otras alternativas de trabajo para los carperos, vendedores ambulantes y en general aquellas personas que devengan su sustento del uso de la playa, similares a las labores que venían desempeñando.

3.4.2.2. Frente al anterior requerimiento, se recibió de parte de la Oficina Jurídica de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias las siguientes pruebas documentales:

3.4.2.2.1. Socialización del Decreto 1228 del primero (1º) de octubre de dos mil catorce (2014) (del 7 de octubre al 24 de noviembre de 2014) en virtud de la cual se informa que: (i) en desarrollo de la socialización del Decreto, muchos ciudadanos (transeúntes, carperos, bañistas y pescadores) manifestaron su inconformidad frente al mismo en atención a que consideraron la medida de suspensión del uso de las playas es exagerada, alegan que no hubo concertación con los demás afectados (carperos y pescadores), indican que no hay peligro en la zona y que no atenderán la medida; (ii) se aportan fotos de varios ciudadanos transitando por la zona cuyo uso fue suspendido.

3.4.2.2.2. Oficio No. AMC-OFI-0066430-2015 del diecinueve (19) de agosto de dos mil quince (2015) de la Secretaría de Planeación Distrital, en virtud del cual se indica que de conformidad con la reunión sostenida el día dieciocho (18) de agosto de dos mil quince (2015), se allega anexo impreso del Oficio No. AMC-OFI-0066394-2015 en virtud del cual emite concepto la Abogada Externa de la Secretaría de Planeación, Doctora Luisa Isabel Pájaro Aguilar.

3.4.2.2.3. Oficio No. AMC-OFI-0066394-2015 del diecinueve (19) de agosto de dos mil quince (2015) de la Doctora Luisa Isabel Pájaro Aguilar en calidad de abogada externa de la Secretaría de Planeación, en virtud del cual se informa que: (i) el Proyecto Anillo Vial de Crespo corresponde a una obra del orden nacional, y no Distrital; (ii) la licencia ambiental otorgada por la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– impuso la obligación al Consorcio Vía al Mar de implementar en su Plan de Manejo Ambiental y en los programas sociales,

medidas compensatorias para los actores sociales afectados por el Decreto como los carperos y pescadores de la zona; (iii) mediante Decreto 1352 del 30 de octubre de 2014 se resolvió modificar el Decreto 1228, en el sentido de cambiar las coordenadas dispuestas en el mismo con el fin de reducir el área cuyo uso fue suspendido y así permitir que los carperos y pescadores puedan desarrollar sus actividades en el área aledaña[52]; (iv) en virtud del Decreto 1389 del 10 de noviembre de 2014 se derogó el Parágrafo del Artículo 1 del Decreto 1352; (v) la información relacionada con el lugar a ocupar por los carperos y pescadores la tiene la Secretaría del Interior y Convivencia Ciudadana, quién fue la encargada de realizar la sensibilización del caso; (vi) la Secretaría sólo conoce como base para la expedición de los citados decretos el informe No. 050 del 30 de junio de 2014 que fue ampliado por otro informe de fecha 25 de septiembre de 2014 suscritos por unos peritos adscritos a la DIMAR y concernientes al estado de las obras del Proyecto[53].

3.4.2.2.4. Oficio No. AMC-ADT-002265-2015 del veintiuno (21) de agosto de dos mil quince (2015) en virtud del cual se expresó que: (i) se procedió a convocar a una mesa de trabajo a todas las dependencias que tienen parte en el proceso de la referencia para trabajar sobre los interrogantes planteados por la Corte, reunión que se realizó el día martes 18 de agosto de 2015; (ii) en dicha reunión se concluyó que la Secretaría del Interior y Convivencia Ciudadana tiene la información sobre el lugar a ocupar por los carperos y pescadores; (iii) se solicitó a la Secretaría del Interior y Convivencia Ciudadana que procediera a rendir informe sobre la situación.

3.4.2.3. En atención al análisis probatorio efectuado y a las consideraciones expuestas en la presente providencia, puede concluirse que frente al caso concreto se configuró un hecho superado; en efecto, se observa que en cumplimiento de la orden impartida por la ANI, la Alcaldía Mayor de Cartagena tomó las medidas compensatorias pertinentes a favor de los actores afectados por la suspensión del uso de las playas, ya que en virtud del Decreto 1352 del 30 de octubre de 2014, que fue proferido después de instaurada la acción de tutela de la referencia, se redujeron las coordenadas que integraban la zona suspendida por el Decreto 1228 de 2014 para efectos de poner a disposición de los afectados una zona aledaña en donde pudieran seguir desarrollando sus actividades:

(i) La socialización del Proyecto Anillo Vial de Crespo se realizó después de publicado el Decreto 1228 de 2014 en virtud del cual se suspendió el uso de las playas; en efecto, el

Decreto fue publicado el día 1 de octubre de 2014, y la socialización data del 7 de octubre al 24 de noviembre del mismo año.

(ii) La Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- que otorgó la licencia ambiental correspondiente para la elaboración del Proyecto, ordenó la implementación de medidas compensatorias para los actores sociales afectados por el Decreto en el plan de manejo ambiental y en los respectivos programas sociales.

(iii) No obstante que la socialización del Proyecto se realizó después de proferido el Decreto 1228 de 2014, en cumplimiento de la orden impartida por la ANI, a través del Decreto 1352 del 30 de octubre de 2014 se resolvió modificar el Decreto 1228, en el sentido de cambiar las coordenadas dispuestas en el mismo para efectos de reducir el área cuyo uso fue suspendido, y así permitir que los carperos y pescadores pudieran desarrollar sus actividades en el área aledaña[54].

(iv) El párrafo del artículo primero del Decreto 1352 del 2014, el cual dispuso que la Secretaría de Planeación delimitaría físicamente el área objeto de suspensión, fue derogado por el Decreto 1389 del 10 de noviembre de 2014 en atención a que “(...) la delimitación física del área de playa, está dada en coordenadas magna sirgas norte suministradas por la Capitanía de Puerto, las cuales se encuentran establecidas en el Artículo Primero del Decreto 1352 del 30 de octubre de 2014”.

No obstante lo anterior, la medida implementada por la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, consistente en la reducción del área suspendida y la disposición de una zona aledaña a favor de los carperos y personas afectadas, sigue vigente; en tanto el Decreto 1389 de 2014 tan sólo derogó el párrafo del artículo primero del Decreto 1352 de 2014, sin afectar el resto de la norma.

(v) La Secretaría del Interior y Convivencia Ciudadana, fue la encargada de realizar la sensibilización y brindar la información sobre las áreas disponibles para el uso de las personas, como resultado de la reducción de las coordenadas de la zona suspendida en virtud del Decreto 1352 del 2014.

3.4.2.4. De conformidad con lo anterior, cesó la vulneración a los derechos fundamentales invocados por la señora Ramos de Zabaleta, siendo que en la actualidad puede seguir

desempeñando sus actividades como carpera en la zona que fue puesta a disposición de ella y de otras personas, por parte de la Alcaldía accionada.

Además, se puede concluir que la mega obra que se está ejecutando en la ciudad de Cartagena propende por mejorar los graves problemas de movilidad que aquejan a la generalidad de la población cartagenera, y en este sentido, resulta de gran importancia su completa ejecución.

En este entendido, no es viable paralizar el Proyecto que se está llevando a cabo, debido a la inconformidad de unas cuantas personas, quienes si bien alegan pertenecer a una comunidad afrodescendiente, no allegan prueba siquiera sumaria que lo acredite; máxime si se tiene en cuenta que la suspensión del uso de las playas en donde presuntamente laboran estas personas es temporal y que la Alcaldía accionada ha tomado medidas compensatorias idóneas a favor de los actores sociales afectados por el Decreto 1228 de 2014.

Al respecto, es preciso reiterar que en virtud del principio de prevalencia del interés general, y teniendo en cuenta la necesidad de adelantar obras que permitan el desarrollo ordenado y sostenible de una ciudad, en la medida en que las obras o mega obras de infraestructura impliquen restricciones a los derechos fundamentales, daños al medio ambiente, afectación a derechos fundamentales colectivos y en particular afecten a personas en situación de vulnerabilidad, la administración deberá realizar los procesos de concertación respectivos que permitan encontrar soluciones para garantizar la protección de los derechos afectados; dichos procesos de concertación deberán tener en cuenta las medidas necesarias para mitigar los efectos nocivos de la obra a ejecutar, pero deberán partir del principio de prevalencia del interés general, y en particular, la necesidad de un desarrollo sostenible en pro del mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos.

Lo anterior se acreditó en el caso concreto, siendo que la Alcaldía Mayor de Cartagena, tras realizar una socialización del Proyecto, tomó medidas compensatorias a favor de las personas afectadas por el Decreto 1228 de 2014, como lo fue la reducción de las coordenadas que integraban el área suspendida y la disposición de una zona aledaña para que estas pudieran seguir desempeñando sus labores.

3.5. CONCLUSIONES

En estos términos, se procederá a denegar el amparo solicitado por la señora Ramos de Zabaleta y se declarará la carencia actual del objeto por hecho superado, de conformidad con las siguientes conclusiones:

- (i) No se comprobó la pertenencia de la actora a alguna comunidad étnica, ni la permanencia de estas comunidades en la zona de afección del Proyecto.
- (ii) Las medidas implementadas por el Decreto 1228 de 2014 afectaron actividades comunes para la generalidad de las personas, estas son, labores turísticas que se traducen en las ventas ambulantes y el alquiler de carpas; las cuales no se caracterizan por identificar culturalmente a los pueblos tribales, sino que son actividades económicas propias de la economía moderna y que son realizadas por muchas personas, independientemente de su origen racial o étnico.
- (i) La mega obra que se está ejecutando en la ciudad de Cartagena propende por mejorar graves problemas de movilidad que aquejan a la generalidad de la población cartagenera, y en este sentido, resulta de gran importancia su completa ejecución, por lo que no es viable paralizar el Proyecto que se está llevando a cabo debido a la inconformidad de unas cuantas personas, quienes si bien alegan pertenecer a una comunidad afrodescendiente, no allegan prueba siquiera sumaria que lo acredite. Máxime si se tiene en cuenta que la suspensión del uso de las playas en donde presuntamente laboran estas personas es temporal y que la Alcaldía accionada ha tomado medidas compensatorias idóneas a favor de los actores sociales afectados por el Decreto 1228 de 2014.
- (iii) No obstante lo anterior, la Alcaldía accionada tomó las medidas compensatorias pertinentes a favor de los actores afectados por la suspensión del uso de las playas, al expedir el Decreto 1352 del 30 de octubre de 2014 en virtud del cual se redujeron las coordenadas que integraban la zona suspendida por el Decreto 1228 de 2014 para efectos de poner a disposición de los afectados una zona aledaña en donde pudieran seguir desarrollando sus actividades, configurándose así la carencia actual del objeto por hecho superado.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte

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

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR la carencia actual de objeto por hecho superado, toda vez que la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, en virtud del Decreto 1352 de 2014, redujo el área suspendida y dispuso de una zona para que las personas afectadas por el Decreto 1228 de 2014 pudieran seguir obteniendo su mínimo vital con el uso de las playas; razón por la cual, no se impartirá orden alguna a la entidad accionada.

SEGUNDO.- REVOCAR la providencia del veintiuno (21) de octubre de dos mil catorce (2014) proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Cartagena con Funciones de Control de Garantías, por la existencia de un hecho superado de conformidad con la orden primera de esta providencia.

TERCERO.- LIBRAR las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Secretaria General

[1] El Decreto 1228 de 2014 suspendió el uso de las playas entre las coordenadas magnasirgas entre los puntos 842778.701 E, 1648149.367 N y el punto 840235.11 E, 1646284.49

N (entre el Club Naval de Sub-Oficiales y el Edificio Marbella), y el Decreto 1352 de 2014 modificó las coordenadas magna-sirgas así: entre los puntos 1648117.21 N, 842707.64 E; 1646729.88 N, 841018.52 E; y 1646539.82 N y 840718.90 E.

[2] Constitución Política.

[3] “(...) el cumplimiento del principio de subsidiariedad exige que la puesta a consideración de los conflictos jurídicos ya sea por vía administrativa o jurisdiccional se efectúe diligentemente, es decir dentro de los límites temporales que el mismo ordenamiento jurídico impone en muchos casos, siendo únicamente viable la habilitación de la acción de tutela cuando dichos medios a pesar de haber sido agotados no brindaron la protección iusfundamental o cuando a pesar de que existan, los mismos no resulten idóneos, caso en el cual la protección tutelar podrá obtenerse como mecanismo transitorio” (Sentencia T-584 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

[4] Sentencia T-891 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[5] Ibídem.

[6] Ibídem.

[7] Sentencia T-451 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[8] Sentencia T-544 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[9] Sentencia T-358 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[10] “(...) el hecho superado se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que “carece” de objeto el pronunciamiento del juez (...) la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en la tutela”. (Sentencia SU-540 de 2007. M.P. Álvaro Tafur Gálvis)

[11] Sentencia T-612 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[12] Sentencia T-200 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

[13] Sentencia T-358 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[14] “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.” (Artículo 7 de la Constitución Política)

[15] “De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: 1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios. 2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo. 3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución. 4. Percibir y distribuir sus recursos. 5. Velar por la preservación de los recursos naturales. 6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio. 7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional. 8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y 9. Las que les señalen la Constitución y la ley. PARAGRAFO. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.” (Artículo 330 de la Constitución Política)

[16] OIM, Convenio 169 de 1989 “Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”.

[17] Ley 99 de 1993.

[18] Decreto 1320 de 1998.

[19] Decreto 2820 de 2010.

[20] Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

[21] Ley 70 de 1993, artículo 3.

[22] Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[23] Sentencia T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[24] Sentencia C-463 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

[25] “Entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución”. (Sentencia T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

[26] “la libre determinación comprende el derecho de las comunidades étnicas a “(...) determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno; a darse o conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida; y de adoptar las decisiones internas o locales que estime más adecuadas para la conservación o protección de esos fines”. (Sentencia T-693 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

[27] “Concretamente, el artículo 286 (CP) prevé la facultad de los pueblos originarios de adoptar las decisiones relacionadas con su estructura política, económica, cultural, religiosa y territorial, mientras el artículo 246 de la Carta -cláusula que opera en esta oportunidad como el parámetro esencial de control- les confiere en términos muy amplios la potestad de administrar justicia en su territorio mediante normas y procedimientos propios, aspecto que se retomará en párrafos posteriores.” (Sentencia C-463 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa)

[28] Sentencia T-693 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[29] Sentencia T-380 de 1993, Eduardo Cifuentes Muñoz.

[30] Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[31] Sentencias C-371 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[32] Sentencia C-169 de 2001. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[33] Sentencia T-376 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

[34] Sentencia T-376 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa. Ver también Salvamento de voto del Magistrado Alberto Rojas Ríos a la sentencia T-485 de 2015.

[35] “La incertidumbre que existiría al respecto – asociada a lo complejo que ha resultado distinguir entre la protección que el Estado les debe a las comunidades afrocolombianas como sujeto colectivo y aquella que debe prodigarles a sus integrantes individualmente considerados y a las distintas lecturas que las instancias gubernamentales, judiciales y las propias comunidades han hecho del concepto de comunidad negra al que alude la Ley 70 de 1993[30]- sería uno de los factores que ha bloqueado, en mayor medida, los intentos de los afrocolombianos por construir una instancia que facilite el encauzamiento efectivo de sus iniciativas y cuente con la legitimación y la representatividad necesarias para actuar como órgano de consulta de las medidas de impacto nacional que los afecten.” (Sentencia T-576 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

[36] Sentencia T-576 de 2014, Luis Ernesto Vargas Silva.

[37] Ibídem.

[39] Ibídem.

[40] Ibídem.

[41] Ibídem.

[42] Ibídem.

[43] Artículo primero de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 4 de diciembre de 1986.

[44] Sentencia C-145 de 2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

[45] Sentencia C-053 de 2001. M.P. Cristina Pardo Shlesinger.

[46] Sentencia T-244 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[47] Sentencia T-135 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[48] Estos Oficios no se adjuntaron al Oficio remitido por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

[49] Sentencia T-376 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa. Ver también Salvamento de voto del Magistrado Alberto Rojas Ríos a la sentencia T-485 de 2015.

[50] Sentencia C-169 de 2001. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[51] Sentencia T-485 de 2015. M.P. Myriam Ávila Roldán.

[52] El Decreto 1228 de 2014 suspendió el uso de las playas entre las coordenadas magna-sirgas entre los puntos 842778.701 E, 1648149.367 N y el punto 840235.11 E, 1646284.49 N (entre el Club Naval de Sub-Oficiales y el Edificio Marbella), y el Decreto 1352 de 2014 modificó las coordenadas magna-sirgas así: entre los puntos 1648117.21 N, 842707.64 E; 1646729.88 N, 841018.52 E; y 1646539.82 N y 840718.90 E.

[53] Estos informes no fueron allegados por parte de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias.

[54] El Decreto 1228 de 2014 suspendió el uso de las playas entre las coordenadas magna-sirgas entre los puntos 842778.701 E, 1648149.367 N y el punto 840235.11 E, 1646284.49 N (entre el Club Naval de Sub-Oficiales y el Edificio Marbella), y el Decreto 1352 de 2014 modificó las coordenadas magna-sirgas así: entre los puntos 1648117.21 N, 842707.64 E; 1646729.88 N, 841018.52 E; y 1646539.82 N y 840718.90 E.