

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

Magistrada Ponente

STL4151-2015

Radicación n° 58121

Acta n° 10

Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de dos mil quince (2015)

Decide la Corte la impugnación formulada por **LEONAR PORRAS MARTÍNEZ**, contra el fallo de 30 de enero de 2015, proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en el trámite de la tutela que adelanta contra los **MINISTERIOS DEL INTERIOR** y del **MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE**, la **AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES ANLA**, la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE CARDIQUE**, la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, la **DEFENSORÍA DEL PUEBLO**, la **ALCALDÍA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, la **AGENCIA NACIONAL DE**

**INFRAESTRUCTURA, el CONSORCIO VÍA AL MAR y la
CONCESIÓN COSTERA CARTAGENA BARRANQUILLA
S.A.S.**

I. ANTECEDENTES

El accionante aspira el amparo de sus derechos fundamentales a «*la Consulta Previa y Búsqueda del Consentimiento Previo, Libre e Informado*» el debido proceso, a la igualdad, a la integridad étnica y cultural, a la «*Autodeterminación*», a la información, «*a no ser desplazados y a la Propiedad Colectiva*», presuntamente vulnerados por las autoridades judiciales accionadas.

Informó que el 25 de marzo de 2011 el Ministerio del Interior a través de la Dirección de Consulta Previa y el Consorcio Vía al Mar llevaron a cabo la primera reunión con el Consejo Comunitario de la Boquilla, en la que se socializaron cuatro alternativas del proyecto, todas ellas «*altamente lesivas del medio ambiente y de la comunidad*». El 19 y 20 de septiembre de 2013 se adelantó una reunión de preconsulta en la que se estableció la ruta metodológica con la que estuvo de acuerdo el representante legal del consejo siempre que se siguieran las reglas jurisprudenciales sentadas por la Corte Constitucional.

La comunidad suscribió un contrato de asesoría con la Universidad de Cartagena para acompañarla en el mencionado proceso, con la que presentó un diseño de viaducto, que el consorcio y las autoridades ambientales rechazaron.

Aludió que en reuniones del 24 y 31 de julio y 20 y 28 de agosto, la comunidad manifestó su desacuerdo con la manera en que se adelantaban las reuniones por parte de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, puesto que *«se le daba un trámite formal (...) con la finalidad de cumplir con el requisito de trámite sin que la mismas obedecieran a un proceso de consulta previa propiamente»*, por lo que solicitaron que se pronunciara sobre la legalidad de las mismas, que respondió el 11 de septiembre de 2014 en la que no tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional *«y se limitó a hablar de la competencia y funciones de la dirección para adelantar el proceso y hace un recuento del contenido de las actas»*.

Esgrimió que en desarrollo de tales trámites se presentaron protestas, bloqueos y manifestaciones que alteraron el orden público, lo que produjo la ruptura de las negociaciones; afirmó que la representante legal del consejo comunitario solicitó al Ministerio del Interior y a la ANLA referirse a la continuidad de las reuniones, que el 10 de diciembre de 2014 en el sentido que se adelantaron *«12 sesiones en las que se agotó la consulta previa, por ende (...) se garantizó el derecho fundamental a la consulta previa»*.

Agregó que para el 10 de diciembre de 2014, la ANLA no ha otorgado la licencia ambiental pues no se han presentado los estudios de impacto ambiental correspondientes y que el ministerio público no estuvo presente en más del 80% de las reuniones.

Por considerar que tales actuaciones violentan sus garantías constitucionales, solicitó que se ordene *«la realización de los estudios de impacto ambiental, antropológicos y acumulados del proyecto en mención, y que los mismos sean elaborados por una entidad con capacidad técnica bajo la supervisión de la autoridad ambiental CARDIQUE y Ministerio del Medio Ambiente, y con participación de la comunidad (...) se exhorte al Ministerio Público (...) y demás entes estatales garantes a que participen activamente en el proceso de consulta previa (...) a las entidades responsables de la realización de la consulta previa, a que acuerden con la comunidad un procedimiento, metodologías y fórmulas de acuerdo adecuadas, que tengan como finalidad la búsqueda del consentimiento, previo, libre e informado dado por la comunidad (...) a los responsables de la consulta y del proyecto en mención a que establezcan un fondo para la construcción de una propuesta de diseño por parte de la comunidad que cumpla con los estándares necesarios para ese tipo de obras y/o se refuercen los estudios técnicos para mejorar la propuesta conceptual elaborada por la comunidad y la Universidad de Cartagena». Y finalmente «se repare integralmente a la comunidad por los perjuicios causados como consecuencia de la violación del derecho a la consulta previa».*

II. TRÁMITE IMPARTIDO

La Sala Laboral del Tribunal por auto de 20 de enero de 2015 asumió conocimiento de la acción, vinculó al

Consejo Comunitario del Corregimiento de la Boquilla, decretó como medida previa la suspensión del trámite de licencia ambiental del proyecto “ampliación doble calzada PRO+000 al PR+500 tramo 1 ruta 90A Cartagena – Barranquilla” y ordenó notificar a los accionados para que se pronunciaran y se allegaran las actuaciones surtidas.

El Consejo Comunitario de la Comunidad Negra del Gobierno Rural de la Boquilla, coadyuvó la acción; informó que su corregimiento cuenta con 17.000 habitantes de acuerdo con el censo de 2005, y que el proyecto solamente fue socializado con menos del 20%, lo que constituye una violación al derecho al debido proceso; que por Ley 70 de 1993 les fue entregado un territorio en el que ejercen autonomía y autoridad *«que impide que podamos ser víctimas de desplazamiento alguno, este proyecto que se concreta en un diseño que barre, desplaza y pretende poner fuera a los habitantes, que dicha ley protege»* (folios 28 a 29).

La Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique informó que el 22 de mayo de 2014, segundo día de reunión de análisis e identificación de impacto y formulación de medidas de manejo en el marco del proyecto “Ampliación Doble Calzada PR 0+000 al PR7+500 Tramo 1 Ruta 90A Cartagena-Barranquilla” se presentó un altercado entre miembros de la comunidad con motivo del contrato de asesoría suscrito con la Universidad de Cartagena, por lo que su representante se retiró del recinto y no suscribió el acta correspondiente. Adujo que recibió invitación, como

autoridad ambiental con jurisdicción donde se realizará dicho proyecto, por parte del Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior *«en aras de una mejor coordinación institucional, entre las entidades estatales, a efecto de proteger los derechos de las comunidades étnicas»*, pero que su labor no puede ir más allá de lo que le permite la ley conforme al debido proceso. Señaló que no ha vulnerado derecho fundamental alguno y por tanto solicita su desvinculación (folios 35 a 40).

El Distrito de Cartagena anotó que en los hechos narrados en la tutela no se advierte responsabilidad alguna de esa entidad, pero anota que a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior le corresponde garantizar el cumplimiento de ese derecho con los sujetos de protección especial que se encuentren en las áreas de influencia de un proyecto, obra o actividad conforme al Decreto 1320 de 1998 y 2893 de 2011; finalmente, que a la Secretaría del Interior y Convivencia Ciudadana le corresponde el registro de las actas de constitución de los Consejos Comunitarios (folios 70 a 71).

La Agencia Nacional de Infraestructura señaló que el proceso de consulta de la comunidad de la Boquilla tuvo sus primeros acercamientos en el año 2009, cuando se presentó el diseño adosado a la vía existente construido en terraplén, frente a la cual la comunidad y la autoridad ambiental manifestaron su desacuerdo. El 25 de marzo de 2011 se realizó la primera reunión de pre-consulta en la

que se estableció el cronograma de trabajo para la socialización del proyecto por parte del Consorcio vía al mar, que presentó a la comunidad diferentes trazados para identificar qué propuesta definitiva generaría menor impacto ambiental y social. Aclara que la consulta previa no tiene por objeto la presentación de diseños de proyectos. Dentro de lo acordado se contrató un Ingeniero Civil y un Arquitecto de la comunidad para acompañar al consorcio y su equipo de consultores, además se mantuvo una oficina de acompañamiento ubicada sobre la carrera principal de tránsito de la población para ofrecer información permanente, en la que se presentaron sus inquietudes, se dieron a conocer detalladamente los planos y se suministró información inmediata a las consultas formuladas. Agregó que el 21 de enero de 2012 se realizó la segunda reunión en la que se condicionó la continuidad de la consulta al desarrollo de la reunión con las entidades locales y nacionales con relación al tema de la Ciénaga de la Virgen y el impacto en la vía existente, que desbordaba el objeto del proyecto, por lo que se suspendió por 13 meses. Aclaró que se suscribió un contrato con la Universidad de Cartagena, cuyo objeto era establecer la actividad de consulta previa, libre e informada, *«mas no se establece el consentimiento previo, libre e informado de la comunidad étnica, lo anterior se aclara a efectos de evitar equivocaciones conceptuales, a las cuales la parte accionante ha querido pretender sin ningún fundamento de aplicación legal que así lo sustente»*.

Adujo que la comunidad presentó un diseño de viaducto que carecía de estudios de suelos, estabilidad y

generaba mayores afectaciones de manglar superiores a la propuesta del Consorcio Vía al Mar; esgrimió que como consta en las actas, se menciona la participación de la Personería de Cartagena, y los delegados de las entidades nacionales, quienes intervinieron en las que se llevaron a cabo el 21 y 22 de mayo de 2014; resaltó que el 4 de octubre de 2014 impidió la continuidad del proceso ante la falta de garantía de la seguridad e integridad física de los funcionarios de las entidades públicas y del ejecutor del proyecto e impidió continuar con el proceso de consulta.

Los motivos de protesta obedecieron a la negativa de la entidad de que les fueran aplicadas las reglas de adquisición y enajenación de predios y factores de compensación, no se permitió exponer los planes de reubicación o reasentamiento colectivo en la misma zona de la Boquilla, y la afectación del proyecto solo involucra 47 predios que corresponden a menos del 2% del área total del territorio, lo que desestima un desplazamiento. Efectivamente sostuvo que el proyecto no cuenta aún con licencia ambiental, la cual se solicitó el 11 de diciembre de 2014; reiteró que el Ministerio Público estuvo presente en el 94% de las reuniones y a la que no asistió correspondió a una jornada de capacitación que no exigía su presencia (folios 77 a 93).

La Procuraduría General de la Nación allegó informe de la Procuradora 3^a Judicial II Ambiental y Agraria de Cartagena quien resumió en qué consiste la intervención de

esa entidad en los procesos de consulta previa; en el caso en concreto adujo que tuvo representación en el 90% de las reuniones, en algunas directamente y en otras a través de agentes de la Personería de Cartagena, contrario a lo que afirmó el accionante.

Subrayó que *«la comunidad de la Boquilla, (...) ha sido beligerante a lo largo de los diferentes procesos de consulta previa, en los diferentes proyectos que se deben ejecutar en esta zona»*; en este caso se han surtido las etapas del proceso de consulta previa, no le han sido vulnerados derechos fundamentales al accionante como consta en las respectivas actas, ni se les está causando un perjuicio, pues la participación de ese Ministerio ha sido activa y permanente (folios 180 a 184).

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Cartagena, en decisión de 30 de enero de 2015, negó la protección constitucional. Arguyó que *«del análisis jurisprudencial y las pruebas aportadas, no se encuentra que los derechos fundamentales de la Comunidad de la Boquilla estén siendo trasgredidos por las entidades departamentales accionadas, pues bajo ninguna perspectiva puede considerarse que dichas entidades hubieran llevado a cabo el proceso de consulta previa como un simple requisito para conseguir la licencia ambiental necesaria para la ejecución del proyecto de la doble calzada Cartagena – Barranquilla, pues de ser así dicho proceso de consulta no hubiera durado más de 3 años durante los cuales las accionadas realizaron todo tipo de reuniones tendientes a conseguir la participación activa y efectiva de la comunidad, contrataron asesores externos y garantizaron la presencia del Ministerio Público integrado tanto por la Defensoría del pueblo, la Procuraduría y la personería a más del 90% de las reuniones»*, agregó que tampoco se encontró

«una afectación intensa sobre el territorio colectivo de la Comunidad de la Boquilla, de conformidad con los derroteros jurisprudenciales antes citados la obligación de las autoridades departamentales consistía en desarrollar la consulta previa, sin que fuera necesario u obligatorio contar con la aprobación o el consentimiento previo, libre e informado de la comunidad para la ejecución del proyecto...» (folios 378 a 393).

III. IMPUGNACIÓN

El actor impugnó; esgrimió que en la sentencia impugnada se presentan errores de tipo técnico jurídico, pues al citar la jurisprudencia se hace de manera *«caótica o meramente retóricas, pues no dicen nada sobre la posición de la doctrina actual»*. Estimó que en este caso se ha vulnerado el derecho a la consulta previa porque el procedimiento fijado no fue flexible y no se hicieron estudios de impacto ambiental que impidió que la comunidad fuera informada del impacto del proyecto, agregó que *«se pretermitió el derecho de participación en la elaboración de los mismos, pues con la artesanal actividad que se realizó con un realmente reducido número de miembros de la comunidad, y además los resultados de dicha actividad no se difundieron ampliamente»* (folios 556 a 581).

Con posterioridad a la sentencia, el Consorcio Vía al Mar expresó su calidad de concesionario de la Vía Cartagena-Barranquilla, su labor consiste en la administración y operación de la carretera y adelantar los estudios y diseños para la construcción de la segunda calzada. Que tenía la obligación de adelantar los estudios y

diseños en el sector comprendido entre el PR 0+000 y el PR+500 o Tramo I, donde se ubica el Consejo Comunitario de la Boquilla, por lo que debía participar en el proceso de Consulta Previa liderado por el Ministerio del Interior como requisito anterior al otorgamiento de dicha licencia. En el marco del programa de concesiones de cuarta generación o 4G, la Agencia Nacional de Infraestructura determinó estructurar un nuevo proyecto sobre el corredor vial que habían recibido en concesión, por lo que se suscribió otrosí en virtud de la cual el trámite de la licencia ambiental quedaba a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura o a quien esta indicare, en este caso con la Concesión Costera Cartagena Barranquilla, quien quedó a cargo de esa gestión. En lo demás dijo que el trámite de consulta se surtió de acuerdo con los lineamientos constitucionales y se garantizó la participación de la comunidad (folios 394 a 415).

La Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S. adujo que suscribió contrato de concesión con la Agencia Nacional de Infraestructura para la elaboración de estudios y diseños definitivos, gestión ambiental, predial, social, financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del corredor Proyecto Cartagena – Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad. El 1 de enero de 2015 suscribió acta de entrega de la infraestructura y comenzó su operación. La autoridad ambiental no se ha pronunciado formalmente sobre la solicitud de cambio de solicitante de licencia ambiental que

radicó el 29 de diciembre de 2014, por lo que hasta el momento el responsable es el Consorcio Vía al Mar. Que no tuvo injerencia ni participación alguna en el proceso de Consulta Previa con la comunidad, por lo que no le corresponde pronunciarse sobre éste asunto (folios 495 a 532).

IV. CONSIDERACIONES

El derecho fundamental a la consulta previa se sustenta en la adopción de medidas especiales, de carácter favorable, frente a grupos vulnerables o personas en condición de debilidad manifiesta (artículo 13 CP); en la diversidad étnica que prescribe el respeto de las diferencias culturales (artículo 7° CP) y en el mandato que rechaza la imposición de la forma de vida mayoritaria (artículo 70 CP); así como en los artículos 6° del Convenio 169 de la OIT y 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, de acuerdo con los cuales tal figura procede frente a cualquier medida de carácter legislativo o administrativo que las afecte.

Las normas del Derecho Internacional Humanitario establecen los parámetros mínimos de protección, y en tal sentido la jurisprudencia colombiana ha ampliado el alcance de la obligación *«al plantear que la consulta procede frente a medidas de cualquier índole, incluyendo normas, programas, proyectos o políticas públicas que afecten directamente a las comunidades originarias o afrodescendientes»*.

De tal forma corresponde a las entidades públicas en todos los niveles garantizar el respeto por las comunidades que puedan verse afectadas por cualquier proyecto que se realice en su territorio, y por ello debe existir concertación y diálogo que propenda por los derechos de todos, de manera fructífera.

No debe olvidarse que por virtud del Convenio 169 de la OIT, que tiene carácter obligatorio, se adquiere el compromiso de consultar a las colectividades sobre las decisiones que los afectan de forma material; es decir, una simple reunión informativa, en la que no existe la posibilidad de influir en lo que se decida, no puede estimarse que satisface dicho instrumento.

Es así como para la aplicación del proceso de consulta, no solo se debe informar a la población del proyecto a desarrollar, sino que su propósito de efectiva participación, se cumple garantizando a los habitantes en general un pleno conocimiento de los recursos naturales que se van a explorar o explotar, que se encuentran en los territorios que ocupan o de los que son propietarios, así como, de los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución, la posible afectación económica que podría generarse y por ende los medios para su subsistencia como grupo humano con características singulares, la valoración de las ventajas y desventajas frente al proyecto presentado y la posible solución a las

inquietudes y pretensiones, relacionados con la defensa de sus intereses, ello con el fin de que la comunidad tenga una participación activa en la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser concertada; el desconocimiento de esos parámetros constituye una vulneración a los derechos a la participación, la integridad étnica, cultural, social y económica y el debido proceso.

No debe ignorarse que el reconocimiento de la comunidad comprende, entre otros, su ocupación tradicional de la tierra, su uso comunitario, al margen de que posean o no un registro oficial, y para ello el Convenio 169 da cuenta de diversas medidas para establecerlo, en tanto está edificado como salva guarda de dichos pueblos, para que no sean desplazados de sus lugares tradicionales.

Además, el bloque de constitucionalidad exige promover la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales, el respeto de la identidad social y cultural, las costumbres, tradiciones e instituciones. Eso, entre otras cosas, implica que deban ser protegidos contra la violación de sus derechos y asegurar que accedan a procedimientos legales que les permitan garantizarlos.

En ese contexto, revisadas las actas de reunión aportadas a este asunto, esto es, del 18 de octubre de 2011 (folios 19 a 22), 12 de noviembre de 2011 (folios 24 a 26), 16 de febrero de 2013 (folios 28 a 41), 19 de septiembre de 2013 (folios 42 a 48), 21 de octubre de 2013 (folios 49 a 51), 21 de febrero de 2014 (folios 54 a 60), 21 de mayo de 2014 (folios 61 a 73), 24 de julio de 2014 (folios 75 a 79), 31 de julio de 2014 (folios 80 a 84), 20 de agosto de 2014 (folios 85 a 101), deriva la Sala que como el proceso de consulta aún no ha terminado, o por lo menos ninguno de los documentos aportados permite derivar esa circunstancia, debe seguir su trámite y cumplir con todos los objetivos de la consulta conforme a lo dispuesto en los Decretos 1320 de 1998 y 2893 de 2011, en consonancia con el convenio 169.

Para la Corte es claro el vínculo inescindible que los derechos fundamentales de estas comunidades tienen con su supervivencia y es patente la importancia de la pluricitada consulta previa, entendida como la herramienta para involucrarlas en las decisiones que pueden incidir sobre su identidad, de manera que como no se ha agotado el trámite las partes deben buscar acercamientos en favor de la comunidad sin que pueda suplir tal actividad al juez constitucional.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ACEPTAR el impedimento manifestado por el doctor JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ.

SEGUNDO.- CONFIRMAR el fallo de tutela impugnado, de fecha y procedencia precitadas.

TERCERO.- Notificar esta decisión a los interesados en la forma prevista por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO.- Enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Presidenta de Sala

(Impedido)

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS