

Sentencia T-348/12

Referencia: expediente T-3.331.182

Acción de Tutela instaurada por la Asociación de Pescadores de las Playas de Comfenalco - ASOPESCOMFE, contra el Distrito Turístico de Cartagena, el Consorcio Vía al Mar, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Instituto Nacional de Concesiones – INCO –hoy Agencia Nacional de Infraestructura-, la Dirección General Marítima - DIMAR y el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS.

Magistrado Ponente:
JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., quince (15) de mayo de dos mil doce (2012).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside, Humberto Antonio Sierra Porto y Luís Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, 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 de la sentencia de segunda instancia proferida el 1° de septiembre de 2011, por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, del Consejo de Estado, que revocó la sentencia de primera instancia proferida por la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Bolívar, el 13 de julio de 2011, dentro de la acción promovida por la Asociación de Pescadores de las Playas de Comfenalco -ASOPESCOMFE contra el Distrito Turístico de Cartagena, el Consorcio Vía al Mar, el Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el Instituto Nacional de Concesiones – INCO y el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión del Tribunal Administrativo de Bolívar, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección No. 1 de la Corte, el treinta y uno (31) de enero de 2011, eligió para efectos de su revisión el asunto de la referencia.

1. ANTECEDENTES

1.1. SOLICITUD

La Asociación de Pescadores de las Playas de Comfenalco - ASOPESCOMFE solicita que se amparen los derechos fundamentales de sus integrantes al trabajo, a la paz, a la salud mental, a la vida digna, a la libre escogencia de profesión u oficio, a la protección especial de la tercera edad, de las minorías étnicas y de la diversidad cultural y a la dignidad humana, y en consecuencia, que se ordene al Consorcio Vía al Mar que se abstenga de encerrar el sitio donde los pescadores parquean sus botes de madera y realizan su labor de pesca, hasta tanto no se llegue a un acuerdo sobre el resarcimiento de los perjuicios que se están causando con la realización del proyecto Anillo Vial Malecón de Crespo. Para esos efectos, solicita que *“se nombre una comisión integrada por todos los actores involucrados en el conflicto, con presencia de un representante de la personería Distrital, uno de la Defensoría del Pueblo, uno de la Procuraduría General de la Nación y el representante en Colombia de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos”*.

1.1.1. Hechos y relato contenido en la demanda

1.1.1.1.El Consorcio Vía al Mar mantiene y opera la carretera Cartagena – Barranquilla, ruta 90A, conocida como la vía al mar. El Consorcio tiene a cargo las labores de diseño y construcción del anillo vial de Crespo. En desarrollo de esa labor, presentó al Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible la información y documentación necesaria para la expedición de la licencia ambiental.

1.1.1.2.Para el efecto, solicitó al Ministerio del Interior certificación sobre la presencia de comunidades indígenas y negras en el área de influencia del proyecto. Mediante las certificaciones OFI09-15106-GCP-0201 y la OFI11-31911-GCP-201 del 14 de mayo de 2009 y del 28 de julio de 2011, respectivamente, el Ministerio del Interior certificó la no presencia de las comunidades mencionadas en la zona del proyecto.

1.1.1.3.A través de la Resolución No. 1630 de 24 de agosto de 2009, se concedió licencia ambiental al proyecto “Anillo Vial Malecón Crespo”.

1.1.1.4.Manifiestan los miembros de ASOPESCOMFE que desde hace muchos años han desarrollado la pesca artesanal en las playas que anteriormente eran llamadas Crespo o Marbella, y hoy se llaman playas de Comfenalco. Afirman que realizaban actividades como comercialización de frutos del mar y reuniones de la Asociación, y utilizaban el espacio para parquear allí sus botes mientras pescaban.

- 1.1.1.5.** Indican que las herramientas de trabajo que utilizan para las “faenas” de pesca son cordeles, anzuelos y señuelos que capturan en las orillas del agua con las carnadas comunes de los pescadores artesanales.
- 1.1.1.6.** Aducen que desde hace unos meses, se está realizando un megaproyecto denominado “Anillo Vial Malecón de Crespo” en la zona donde pescan, que implica la construcción del túnel del Crespo. Aseguran que las entidades competentes no les han realizado ningún llamado formal para escuchar sus opiniones en relación con el proyecto.
- 1.1.1.7.** Por ese motivo, y al ver la instalación de una máquina en el mar a unos 200 o 300 metros aproximadamente, decidieron enviar una carta al Consorcio Vía al Mar, con el fin de llegar a un acuerdo porque ven un inminente cierre de las playas y cómo a través de las técnicas de construcción, se han secado los cuerpos de agua y cada día es más difícil coger los frutos del mar, como lo han hecho por más de 50 años.
- 1.1.1.8.** En vista de lo anterior, relatan que fueron citados el 15 de abril de 2011 a una reunión informativa en las oficinas de Atención al Usuario Crespo, en la que les mostraron un video sobre varios aspectos del proyecto, como permisos, presupuesto, origen de los recursos económicos, participación del Distrito de Cartagena, etc. Señalan que en el marco de esa reunión, no se habló de sus actividades de pesca ni de sus familias, las cuales son las más afectadas con la realización del proyecto.
- 1.1.1.9.** Aducen que durante la reunión les manifestaron que los constructores del proyecto tenían que reparar a la Empresa Pública Ambiental del Distrito de Cartagena (EPA) por los daños ambientales que les estaban causando a los cuerpos de aguas, a las playas y al ecosistema, pero *“a los seres humanos que hemos estado toda una vida, en este sitio utilizando los cuerpos de aguas y las playas y dependiendo económicamente de los frutos del mar que recogemos en esta zona únicamente nos dicen “ruédense”*.
- 1.1.1.10.** Alegan que ninguna de las entidades estatales que están participando en el proyecto los ha escuchado. Mencionan que hay un total desconocimiento por parte de las personas que diseñaron el proyecto sobre lo que significa el derecho de la población afrodescendiente, y de las normas jurídicas que protegen a los grupos minoritarios que por su condición de indefensión y debilidad manifiesta requieren de una protección especial.
- 1.1.1.11.** Los pescadores afirman que el proyecto contempla únicamente el ofrecimiento de puestos de trabajo para mano de obra calificada hasta la terminación de la construcción, y la capacitación en proyectos productivos, pero aducen que éstas son sólo propuestas de distracción,

toda vez que varios de los pescadores son adultos mayores y no saben hacer otra cosa que pescar y comercializar su producto. Para reparar los perjuicios que les han generado, solicitan soluciones indemnizatorias, como equipos modernos de pesca, que les garanticen el ingreso semanal de \$ 560.000.

1.1.1.12. Finalmente, indican que el Distrito de Cartagena, el Consorcio Vía al Mar y las otras entidades accionadas están vulnerando abiertamente los derechos de las minorías a la consulta previa, los derechos de los adultos mayores que se dedicaban a la pesca en esta zona y los derechos de las familias de todos los pescadores que han sufrido la disminución constante de sus ingresos.

1.1.1.13. Solicitan que se realice una inspección judicial en la zona para corroborar sus afirmaciones, y se escuche varios testimonios.

1.2. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.2.1. Admisión y traslado

El Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante auto del 28 de junio de 2011, admitió la demanda y corrió traslado a los demandados.

También fijó para el 7 de julio de 2011, la realización de una inspección judicial en las inmediaciones de la Playa La Marbella a la altura del centro Recreacional Comfenalco y en la zona donde los pescadores parquean y realizan la labor de pesca. En desarrollo de dicha diligencia se practicaron los testimonios de pescadores de la zona.

1.2.2. Inspección judicial y testimonios

La diligencia se llevó acabo el día señalado. En su transcurso se recaudaron las declaraciones del representante legal de la Asociación accionante, Carlos Alberto Segovia Londoño, del apoderado de la parte accionada, y de Lucila Guerra Godoy y Ercilia Chávez Guerra, decretadas con anterioridad. Igualmente, se decretó de oficio el testimonio de José de la Cruz Arrieta y Dionisio Arrieta Osorio, quienes ratificaron lo dicho en las declaraciones extrajuicio que se aportaron con el libelo petitorio, y de Gelly Josefina Iriarte Rodríguez. (folios 51 al 61).

En el desarrollo de la diligencia, se realizaron preguntas sobre los perjuicios que les ha causado la realización del proyecto a los pescadores, y se explicaron los objetivos y planes del proyecto, y las medidas que se tomaron para compensar a la comunidad.

Con base en las respuestas recepcionadas en la diligencia de inspección, mediante auto de 7 de julio de 2011, el Tribunal Administrativo de Bolívar ordenó vincular al Instituto Nacional de Concesiones –INCO, autoridad que entregó en concesión al Consorcio Vía al Mar el desarrollo de la obra, y a la Dirección General Marítima –DIMAR, autoridad que está llevando a cabo control sobre las obras, y lo efectos que éstas tienen en el mar.

1.2.3. Contestación de la demanda

1.2.3.1. Instituto Nacional de Vías – INVIAS

Adujo que *“no tiene jurisdicción ni competencia para ejecutar obras en la carretera vía al mar, por estar concesionada”*. Preciso que la carretera denominada vía al mar, que comunica a Cartagena, desde el barrio de Crespo donde se ubica el km 0, con Barranquilla km 108, se encuentra en poder, administración y operación del INCO, quien la tiene entregada mediante contrato de concesión a la firma “Consorcio Vía al Mar”. Por los anteriores planteamientos, formuló la excepción de falta de legitimidad pasiva y solicitó vincular a las dos entidades mencionadas.

1.2.3.2. Distrito de Cartagena

Manifestó que la obra pública que generó la controversia se encuentra a cargo del Consorcio Vía al Mar, el cual tiene la intervención y financiación directa del Ministerio de Transporte y el INVIAS. Aclaró que el Distrito de Cartagena no participaba en el proceso de construcción del proyecto y, en esa medida, alegó falta de legitimación pasiva. Adicionalmente, solicitó declarar improcedente la acción porque lo que se pretende es una indemnización de perjuicios, pretensión que se encuentra al margen de la naturaleza de la acción de amparo. Afirmó que no había ninguna amenaza de perjuicio irremediable, por lo que los accionantes podían acceder a otros recursos judiciales más idóneos para una reparación.

1.2.3.3. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

Adujo falta de legitimación en la causa pasiva, pues aseguró que el Ministerio está encargado de formular políticas, planes, proyectos y regulaciones, y no es una entidad ejecutora; por ende, los conflictos que alegan los accionantes están dirigidos a las entidades que participaban tanto contractual o precontractual en el proyecto. También mencionó que el Ministerio no había incurrido en comportamiento omisivo o negligente.

1.2.3.4. Consorcio Vía al Mar

Señaló que el Consorcio es una entidad de derecho privado, y que en virtud del contrato No. 503 de 1994, mantiene y opera la Carretera Cartagena – Barranquilla, ruta 90ª, conocida como vía al mar. Indicó que conforme al otro si No. 4 de 2008 y el adicional No. 9, el Consorcio tiene a su cargo las labores de diseño y construcción del anillo vial de crespo. En virtud de dicho proyecto, presentó la documentación requerida al Ministerio de Ambiente para la expedición de la licencia ambiental. Mediante la Resolución 1630 de 24 de agosto de 2009, se concedió la licencia ambiental correspondiente al “Proyecto Anillo Vial Malecón Crespo”. Asimismo, a través de las Resoluciones 0021 de 28 de enero de 2010 y 0186 de 18 de mayo de 2010 de la DIMAR, se concedieron al Consorcio los permisos de ocupación de playas y de construcción.

Aseguró que en la licencia ambiental otorgada se afirma que el área de realización del proyecto no presenta vida marina ni condiciones para su hábitat, y cuenta con fondo arenoso que al ser extraído podría recuperarse rápidamente. También precisó que la licencia exige dar prevalencia al personal que trabajaba en la zona para efectos de contratación, en especial a los pescadores, y cumplir con el Plan de Manejo Ambiental dentro del cual está el “Programa de Apoyo a la Organización de los Pescadores (Bolicheros) que Ejercen su Actividad en el Litoral de Crespo con Criterio de Sostenibilidad”. Conforme a lo anterior, el Consorcio indicó que realizó varias reuniones en las que socializó el proyecto e intentó ofrecer soluciones a los pescadores.

Con base en lo anterior, afirmó que el proyecto ha cumplido con todos los procedimientos, cumpliendo a cabalidad las obligaciones impuestas por las autoridades y por la licencia ambiental. Con relación a la acción de tutela, alegó que debía ser rechazada, toda vez que no iba dirigida a proteger derechos fundamentales, sino al reconocimiento de prestaciones económicas que no son competencia del juez de tutela.

1.2.3.5. Instituto Nacional de Concesiones – INCO

Anotó que existía falta de legitimación pasiva del INCO, porque la entidad celebró el contrato de concesión con una empresa para el desarrollo y ejecución del proyecto vial, y en ese sentido, no tiene ninguna participación en la construcción. Asimismo, alegó la existencia de otros mecanismos judiciales de defensa, por cuanto no había una vulneración a ningún derecho fundamental. Recalcó que dentro de los trabajos ejecutados para el proyecto, se realizaron reuniones de socialización, en las que se ofreció trabajo a la comunidad afectada dentro del desarrollo de las obras.

1.2.3.6. Dirección General Marítima – DIMAR

Mencionó que la DIMAR está encargada de la ejecución de la política del gobierno en materia marítima y es de naturaleza eminentemente administrativa.

Señaló que el proyecto ha seguido el proceso legal correspondiente y sustenta su viabilidad con los conceptos, resoluciones y documentos proferidos por las entidades estatales competentes, como la Alcaldía Distrital de Cartagena, los ministerios de Transporte, de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, y de Comercio, Industria y Turismo.

Finalmente, alegó que el juez debía declarar improcedente la acción, toda vez que no estaba dirigida a proteger derechos fundamentales, sino a buscar una indemnización.

1.3. DECISIONES JUDICIALES

1.3.1. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia proferida el trece (13) de julio de 2011, la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Bolívar negó el amparo al derecho a la consulta previa, y tuteló los derechos fundamentales de las personas de la tercera edad y el derecho al trabajo de los miembros de la Asociación, los cuales consideró vulnerados por el INCO y el Consorcio Vía al Mar. En consecuencia, ordenó a estas entidades adoptar las medidas tendientes a mitigar los efectos del proyecto y hacer entrega a la Asociación de la ayuda económica que requiriera para la adquisición de motores fuera de borda, los cuales debían ser instalados en las canoas que se usan para el desarrollo de la labor de pesca. Lo anterior lo sustentó en las siguientes razones:

En primer lugar, declaró probada la excepción de falta de legitimación pasiva respecto del INVIAS, el Distrito de Cartagena, la DIMAR y el Ministerio de Ambiente, en razón de que el hecho que motivaba la presentación de la acción de tutela era la construcción del proyecto “Anillo Vial – Malecón del barrio Crespo” en inmediaciones de playas de Cartagena, por lo que –a su juicio- las entidades responsables son quienes intervienen directamente en el proceso de construcción.

En segundo lugar, analizó cada uno de los derechos fundamentales alegados. En cuanto al derecho a la protección de las minorías étnicas, afirmó que no estaba probado que la Asociación correspondiera a alguna de las comunidades que requieren por mandato constitucional, de la consulta previa. Transcribió lo contenido en los oficios de la Unidad Nacional de Tierras Rurales –UNAT y el Ministerio del Interior, en donde manifestaron que el área del proyecto no se traslapa con territorios de resguardos y/o de comunidades afrocolombianas.

Referente a los derechos de las personas de la tercera edad como sujetos de especial protección y al derecho al trabajo, consideró que la vulneración de ambos se acreditaba probada, toda vez que la fuente de ingresos de los pescadores se encuentra en riesgo de desaparecer por circunstancias atribuibles a la construcción del proyecto, y esto pone en una situación más vulnerable a las personas de la tercera edad que se dedican a la pesca en la zona afectada. Adicionalmente, por los testimonios recibidos en la inspección judicial, dijo se había notado que para seguir desarrollando su labor, los demandantes tenían la carga de desplazarse 2 o 3 kilómetros mar adentro, lo que no puede efectuarse fácilmente con los elementos rudimentarios con que cuentan.

En suma, el juez de instancia afirmó que el daño alegado por los pescadores artesanales era inminente *“atendiendo a la circunstancia que la zona donde los actores desarrollan su labor pesquera, tal como fue verificado en el transcurso de la inspección judicial, ha sido intervenida en su mayor parte”*.

1.3.2. Impugnación

Mediante escrito de 18 de julio de 2011, el INCO impugnó la decisión. Alegó que durante el proceso no se había demostrado ninguno de los requisitos de procedencia de la acción de tutela, y reiteró que no existía una vulneración a los derechos fundamentales de los miembros de la Asociación, y sus pretensiones eran meramente económicas.

Por su parte, el Consorcio Vía al Mar, mediante escrito de 19 de julio de 2011, impugnó el fallo de primera instancia. Reiteró los argumentos expuestos en su contestación, y consideró que existía una falta de idoneidad en la medida ordenada por el juez de primera instancia, ya que se trata de una condena económica que escapa de la competencia de un juez de tutela.

1.3.3. Sentencia de segunda instancia

La Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, del Consejo de Estado, mediante sentencia proferida el 1° de septiembre de 2011, revocó el fallo del a quo y denegó las pretensiones de los accionantes.

Consideró que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para obtener el resarcimiento de perjuicios, ya que para esa pretensión, existe la acción de reparación directa, lo que torna la tutela improcedente. Mencionó que no se advertía en las pruebas obrantes dentro del expediente, un perjuicio irremediable a la Asociación, por lo que tampoco podía proceder la acción de tutela como medio transitorio. Resaltó que no resultaba probado que la disminución de los ingresos de los pescadores obedeciera a la construcción del túnel o a la actividades

de dragado. Finalmente, adujo que no se acreditaba la violación de derechos fundamentales, toda vez que no había prueba de que los demandantes no pudieran desarrollar su actividad en otro lugar o que no pudieran parquear los botes transitoriamente en otro lugar.

1.4. PRUEBAS

1.4.1. En el expediente

- Declaración extrajudicial rendida por José de la Cruz Arrieta Osorio el 10 de junio de 2011, en la Notaria Primera del Circuito de Cartagena. (fl. 12)
- Declaración extrajudicial rendida por Dionisio Arrieta Osorio el 10 de junio de 2011, en la Notaria Primera del Circuito de Cartagena. (fl. 13)
- Declaración extrajudicial rendida por José Antonio León Viaña el 10 de junio de 2011, en la Notaria Primera del Circuito de Cartagena. (fl. 14)
- Escrito de 22 de febrero de 2011, del representante legal de la Asociación de Pescadores de las Playas de Comfenalco – ASOPESCOMFE, dirigido al Consorcio Vía al Mar, solicitando una reunión para llegar a un acuerdo. (fl.15)
- Certificado de existencia y representación de entidades sin ánimo de lucro de la Cámara de Comercio de Cartagena de la Asociación de Pescadores de las Playas de Comfenalco – ASOPESCOMFE. (fl. 16-20)
- Fotografías del lugar de pesca. (fl. 21 y 22)
- Listado de pescadores miembros de la Asociación de Pescadores de las Playas de Comfenalco – ASOPESCOMFE (fl. 23 y 24)
- Certificado de ingresos mensuales de los pescadores emitido por la contadora pública Suleisy Caraballo Padilla. (fl. 25).
- Copia de la tarjeta profesional de la contadora pública Suleisy Caraballo Padilla (fl. 26)
- Acta de la diligencia de inspección judicial realizada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Bolívar. (fl. 51-61)
- Copia del Acuerdo consorcial entre el Consorcio Vía al Mar y el Instituto Nacional de Vías – INVIAS. (fl. 83 y 84)
- Copia de la Resolución No. 1630 de 24 de agosto de 2009 emitida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, mediante la cual se otorgó licencia ambiental. (fl.85-118)
- Copia de la Resolución No. 0021 del 28 de enero de 2010 emitida por la Dirección General Marítima, mediante la cual se otorgó autorización al INCO para la realización de obras de dragado de material del fondo del mar dentro del Proyecto “Anillo Vial Malecón del Barrio Crespo”. (fl. 120-126)
- Copia de la Resolución No. 186 del 18 de mayo de 2010 emitida por la Dirección General Marítima, mediante la cual se otorgó

autorización al INCO para la construcción de 7 espolones, el relleno hidráulico de playas, entre otras obras, dentro del Proyecto “Anillo Vial Malecón del Barrio Crespo”. (fl. 128-139)

- Copia del “Estudio de las condiciones oceanográficas e informe de la inspección submarina de monitoreo biológico del área de extracción de material para el relleno hidráulico a realizarse en el Anillo Vial Malecón de Crespo”. (fl. 140-151)
- Informes periciales de control de obra realizados por la Dirección Marítima – DIMAR No. 9, 10, 11 y 13. (fl. 152-237)
- Copia de acta de reunión, registro fotográfico y acta de asistencia de reunión del 8 de septiembre de 2010. (fl. 252-257)
- Copia de acta de reunión, registro fotográfico y acta de asistencia de reunión del 15 de abril de 2011. (fl. 238-242)
- Copia de acta de reunión, registro fotográfico y acta de asistencia de reunión del 2 de junio de 2011. (fl. 243-251)
- Registro fotográfico sobre el censo de pescadores realizado por el Consorcio Vía al Mar.
- Registro de asistencia a las capacitaciones realizadas por el Consorcio Vía al Mar.

1.4.2. Solicitadas por la Corte en sede de Revisión

1.4.2.1. Mediante Auto de 18 de marzo de 2012, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas consideró necesario poner en conocimiento del Ministerio del Interior la presente tutela, y solicitarle suministrar a la Corporación toda la información sobre la certificación de no presencia de comunidades indígenas o negras en el área de influencia del proyecto “*Anillo Vial Malecón de Crespo*” y los criterios que se tuvieron en cuenta para emitir las certificaciones, y para que informara sobre los programas de protección a comunidades campesinas y pesqueras de Cartagena.

1.4.2.2. Asimismo, se puso en conocimiento del Establecimiento Público Ambiental de Cartagena - EPA la presente tutela, para que diera respuesta a interrogantes referentes a los presuntos perjuicios que se generan en el medio ambiente el proyecto y las medidas de compensación, mitigación y de reparación que se habían exigido.

1.4.2.3. De la misma manera, se puso en conocimiento a la Gobernación de Bolívar, al Ministerio de Transporte, al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y a la Procuraduría Judicial de Asuntos Rurales de Cartagena.

1.4.2.4. Por otra parte, a las entidades ya vinculadas, la Sala Séptima ordenó: al Ministerio de Ambiente, remitir todos los datos y documentos referentes al trámite de la licencia ambiental de la Resolución No. 1630 de 2009, que permitió la ejecución del proyecto “Anillo Vial Malecón

de Crespo”; concretamente, se le solicitaron los documentos sobre estudios de impacto social sobre las comunidades pesqueras que laboran en las playas intervenidas por el proyecto, y se le pidió que informara si esa entidad tenía conocimiento de los escenarios de participación que se había otorgado a la comunidad accionante.

Al INCO y al INVÍAS se les solicitó que oficiaran *“los estudios previos del proyecto “Anillo Vial Malecón de Crespo” e informara[n] si se realizaron reuniones de socialización del proyecto mencionado con la comunidad de pescadores que laboran en el área”*.

A la Alcaldía de Cartagena se le solicitó que oficiara los documentos de los estudios de impacto social en el área de influencia del proyecto, que indicara las posibles comunidades afectadas y los criterios utilizados para su identificación, e informara si había un tratamiento especial para las asociaciones o comunidades de pescadores en el Distrito de Cartagena, y sobre los programas que ha desarrollado la Alcaldía para las comunidades pesqueras que se han visto presuntamente afectadas por el proyecto mencionado.

Al Consorcio Vía al Mar se le pidió que oficiara los documentos relacionados con el trámite de la licencia ambiental ante el Ministerio de Ambiente e informara sobre la manera cómo se había realizado el censo de la población de pescadores del área de influencia del proyecto, las convocatorias para la socialización del mismo, y las medidas de compensación ofrecidas a la comunidad.

A la DIMAR se le solicitó que allegara los documentos relacionados con la autorización de ocupación y uso de las playas para la construcción del megaproyecto, e informara los estudios realizados para identificar las consecuencias del dragado en la vida marina y las labores de la comunidad pesquera.

La Sala, adicionalmente, ofició a la Defensoría Delegada para los Derechos Colectivos y del Medio Ambiente, para que suministrara un informe sobre la situación de realización de los derechos y garantías de las comunidades que se dedican a la actividad pesquera en las playas donde se desarrolla el proyecto *“Anillo Vial Malecón de Crespo”*.

1.4.2.5. La Sala ofició a la Procuraduría Delegada de Asuntos Ambientales y Agrarios para que *“expres[ara] lo que estim[ara] conveniente sobre el proyecto “Anillo Vial Malecón de Crespo” y sus efectos en el medio ambiente, así como los presuntos efectos que puede generar para la comunidad pesquera y las medidas de reparación más adecuadas”*.

1.4.2.6. Finalmente, la Sala invitó a las siguientes instituciones para que rindieran un concepto técnico acerca de los problemas jurídicos presentados en el caso:

- Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICANH
- Universidad de Cartagena, Programa Contaduría Pública, Grupo de Investigación de Estudios Ambientales –GIDEA- y a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
- Universidad Tecnológica de Bolívar, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas –GESH, Líneas de investigación en Estudios Culturales y Sociedad Civil y Empoderamiento
- Pontificia Universidad Javeriana, Instituto de Estudios Ambientales para el Desarrollo – IDEADE
- Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Línea de Investigación en Derecho Ambiental
- Universidad de Los Andes, Departamento de Antropología
- Universidad Nacional, Grupo de Estudios Afrocolombianos – GEA, Centro de Estudios Sociales de la Facultad de Ciencias Humanas
- Universidad Nacional, Facultad de Ciencias Humanas, Departamento de Trabajo Social, Centro de Estudios Sociales – CES (Idcarán)

Sobre lo solicitado a cada entidad y las respuestas oportunamente allegadas a la Secretaría General de la Corte Constitucional, se hará referencia a lo largo de las consideraciones y el análisis del caso concreto.

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

La Sala debe estudiar si el Consorcio Vía al Mar y las demás entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales al trabajo, a la libre escogencia de oficio o profesión, a la consulta previa de la comunidad pesquera y los derechos de los adultos mayores, al omitir garantizar un espacio de participación y concertación previo a la construcción del proyecto “Anillo Vial – Malecón del Barrio Crespo” con ASOPESCOMFE, y no ofrecerle a sus miembros medidas de reparación

adecuadas por los daños que el proyecto les ha causado.

Para el efecto, la Sala desarrollará las siguientes temáticas: **(i)** El derecho a la participación de comunidades locales en la construcción de megaproyectos que generan una afectación al ambiente e impactan a las comunidades asentadas en su área de influencia; **(ii)** el derecho a la libre escogencia de oficio y al trabajo en comunidades de economía de subsistencia; y **(iii)** el derecho a la alimentación y el concepto de soberanía alimentaria. Con fundamento en esas consideraciones se realizará el análisis del caso concreto.

2.3. ESPACIOS DE PARTICIPACIÓN Y CONCERTACIÓN EN EL DISEÑO Y DESARROLLO DE MEGAPROYECTOS

2.3.1. Protección constitucional del derecho a la participación

2.3.1.1. El derecho a la participación se encuentra previsto en la Constitución para todos los colombianos, como una manifestación del principio democrático del Estado Social de Derecho. Asimismo, se deriva de disposiciones como el artículo 2º de la Carta, conforme al cual, entre los fines esenciales del Estado, se encuentra el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, y el artículo 40 Superior, que consagra, para todo ciudadano, el derecho de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político¹. Igualmente, el derecho a participar de las decisiones de la administración que les interesan a los ciudadanos, se encuentra reconocido en el ámbito internacional por varios instrumentos².

2.3.1.2. La importancia del derecho a la participación ha sido resaltado por la

¹ Entre otros artículos de la Constitución Política en los que puede identificarse el derecho a la participación se encuentran; 3º (soberanía popular), 20 (libertad de opinión, prensa e información), 23 (derecho de petición), 37 (derecho de reunión), 38 (derecho de asociación), 49 (participación en los servicios de salud), 74 (libre acceso a los documentos públicos), 103 (mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de la soberanía), 270 (sistemas de participación ciudadana para la vigilancia de la gestión pública) y 369 (participación de usuarios de servicios públicos). Ver sentencias T-814 de 1999 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-473 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-127 de 2004 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

² El derecho a la participación está concebido desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el artículo 21, en el que se dispone que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes directamente elegidos. A su turno, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en su artículo 25 que todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representante libremente elegidos, a votar y ser elegido en elecciones públicas, y a tener acceso a las funciones públicas². En la Organización de Estados Americanos se encuentran la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual consagra en los artículos 13, 20, 21 y 22, los derechos a ser parte de las decisiones de quienes gobiernan, el derecho a reunirse y asociarse y a presentar peticiones respetuosas. Por su parte, la Carta Democrática en su artículo 6 reconoce la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 23 reconoce varios derechos políticos entre los cuales se encuentra el derecho de todo ciudadano a participar en los asuntos públicos.

Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia C-180 de 1994³, en la que advirtió que el principio de participación democrática implica un modelo de comportamiento social y político de los ciudadanos en la definición del destino colectivo. Además señaló que:

“No comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual”.

“La participación ciudadana en escenarios distintos del electoral alimenta la preocupación y el interés de la ciudadanía por los problemas colectivos; contribuye a la formación de unos ciudadanos capaces de interesarse de manera sostenida en los procesos gubernamentales y, adicionalmente, hace más viable la realización del ideal de que cada ciudadano tenga iguales oportunidades para lograr el desarrollo personal al cual aspira y tiene derecho”.

2.3.1.3. En concordancia, puede afirmarse que la participación es fundamental en la relación de las autoridades estatales y los ciudadanos y en el intervenir de estos en la gestión pública. Por ello, la participación *“puede ser entendida como una acción incluyente, es decir, una acción que integra y articula a los partícipes de las dinámicas sociales”*⁴

2.3.2. La participación en la toma de decisiones ambientales en el marco de megaproyectos

2.3.2.1. El derecho a la participación ciudadana ha sido concebido dentro del sistema democrático, no sólo para los ámbitos electorales, sino también para todos aquellos campos en los que las decisiones de la administración tiene relevancia para la ciudadanía en materias económicas, sociales, rurales, familiares y ambientales, entre otros⁵. Es así como este derecho se traduce como la facultad que tienen los ciudadanos de escuchar y conocer las propuestas de las entidades

³ M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁴ Ver “La Participación en la Gestión Ambiental. Un reto para el nuevo milenio” Rodríguez, Gloria Amparo y Muñoz Ávila, Lina Marcela. Colección de textos de jurisprudencia, Ed. Universidad del Rosario (2009).

⁵ El derecho a la participación ciudadana indica la posibilidad que tienen el individuo de hacer parte de la vida social, no sólo como miembro de la comunidad, sino como titular de derechos y deberes que implican un ejercicio consciente y responsable. La ley debe disponer mecanismos de participación en los que cada ciudadano pueda ejercer adecuadamente su participación dentro del medio social. Ver “La Participación en la Gestión Ambiental. Un reto para el nuevo milenio” Rodríguez, Gloria Amparo y Muñoz Ávila, Lina Marcela. Colección de textos de jurisprudencia, Ed. Universidad del Rosario (2009).

estatales que les puedan afectar de alguna forma, e intervenir, informarse y comunicar sus intereses frente a ellas⁶.

Adicionalmente, para garantizar el derecho a la participación, hay múltiples mecanismos, según el ámbito en el que se vaya presentar la intervención estatal. Por ejemplo, las consultas populares son un mecanismo de participación en el ámbito político. En materia ambiental, existen otros mecanismos de participación administrativa, dentro de los cuales está la consulta previa, la audiencia pública ambiental, la intervención en los procedimientos administrativos ambientales, el derecho de petición, las veedurías ciudadanas en asuntos ambientales y la participación en los procesos de planificación ambiental⁷, entre otros.

2.3.2.2. En el marco de la toma de decisiones sobre megaproyectos, es especialmente importante referirse a la participación en las decisiones ambientales, derecho que es reconocido por misma Carta. En efecto, el derecho a la participación de la comunidad en megaproyectos cuando estos implican una afectación del ambiente y de los recursos naturales, se encuentra garantizado en el artículo 79 de la Constitución, así:

“Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”
(resaltado fuera de texto original)

Por su parte, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo hace referencia a que siempre se deben garantizar espacios de participación para las comunidades que puedan verse afectadas con la ejecución de un proyecto de infraestructura, teniendo en cuenta sus oficios e intereses sobre los recursos naturales que se verán intervenidos. Consagra en su artículo 22: ***“Los pueblos indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y el desarrollo***

⁶ “(...) la participación puede darse tanto en el ámbito particular como en el colectivo y que puede concebirse como un proceso social cuyo fin es influir en la toma de decisiones que, de alguna manera, se vinculan a los intereses de los participantes”. Sobre esta definición puede verse el libro “La Participación en la Gestión Ambiental. Un reto para el nuevo milenio” Rodríguez, Gloria Amparo y Muñoz Ávila, Lina Marcela. Colección de textos de jurisprudencia, Ed. Universidad del Rosario (2009). Por su parte la Corte Constitucional en sentencia T-123de 2009 M.P. Clara Inés Vargas Hernández: ***“La participación ciudadana en escenarios distintos del electoral alimenta la preocupación y el interés de la ciudadanía por los problemas colectivos; contribuye a la formación de unos ciudadanos capaces de interesarse de manera sostenida en los procesos gubernamentales y, adicionalmente, hace más viable la realización del ideal de que cada ciudadano tenga iguales oportunidades para lograr el desarrollo personal al cual aspira y tiene derecho”***.

⁷ Ver “La Participación en la Gestión Ambiental. Un reto para el nuevo milenio” Rodríguez, Gloria Amparo y Muñoz Ávila, Lina Marcela. Colección de textos de jurisprudencia, Ed. Universidad del Rosario (2009).

*debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y prestar el apoyo debido a su identidad, cultura e intereses y velar porque **participaran efectivamente** en el logro del desarrollo sostenible".* (resaltado fuera del texto)

La importancia de garantizar los espacios de participación de la comunidad en el diseño y ejecución de megaproyectos que intervienen recursos del medio ambiente, se fundamenta además en que el medio ambiente es un bien jurídico constitucionalmente protegido en el que concurren varias dimensiones: es un **principio** que irradia todo el orden jurídico en cuanto se le atribuye al Estado la obligación de conservarlo y protegerlo, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con la protección de los recursos naturales, es un **derecho**⁸ constitucional de cada individuo como ciudadano y puede ser exigido por vía judiciales, es origen de la obligación a cargo del Estado de prestar **saneamiento ambiental** como un **servicio público**, como la salud, la educación y el agua, cuya protección garantiza al mismo tiempo la calidad de vida de los habitantes, y finalmente, es *“una prioridad dentro de los fines del Estado, comprometiendo la responsabilidad directa del Estado al atribuirle los deberes de prevención y control de los factores de deterioro ambiental y la adopción de las medidas de protección”*⁹.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, en sentencias C-328¹⁰ y C-593 de 1995¹¹, y C-535 de 1996¹², la Corte Constitucional estudió la participación ciudadana y comunitaria en los procesos de licenciamiento ambiental, y en general, en las decisiones y procesos de planificación de políticas que puedan afectar el ambiente sano. En la última providencia mencionada, la Corte estableció que la participación comunitaria debe ser previa, toda vez que es la mejor forma de armonizar las obligaciones estatales de protección del medio ambiente con los intereses de la comunidad, y ad quiere mayor relevancia en los eventos en que la actividad pueda ocasionar un daño considerable o irreversible al medio ambiente, para concertar medidas de compensación y de reparación acordes con la naturaleza de la comunidad afectada¹³.

⁸ Bajo ese entendido, el derecho al medio ambiente a pesar de ser colectivo, también ha adquirido el carácter de derecho fundamental desde la sentencia T-092 de 1993, por su relación íntima con los derechos a la vida y a la salud de las personas, toda vez que los daños ambientales afectan al mismo tiempo la calidad de vida de los seres humanos que están permanentemente en contacto con cada uno de sus componentes y que hacen parte del ecosistema. Ver sentencias T-092 de 1993 M.P. Simón Rodríguez Rodríguez C-293 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-851 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

⁹ Cfr. Sentencia C-632 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁰ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹¹ M.P. Fabio Morón Díaz.

¹² M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹³ *“La participación comunitaria debe ser previa, pues es la mejor forma de armonizar ambas obligaciones estatales, lo cual justifica la existencia de figuras como la licencia ambiental, la cual prevé en su trámite una importante participación de la sociedad civil (...) en aquellos eventos en que la actividad pueda ocasionar un daño considerable o irreversible al medio ambiente o, en tratándose*

2.3.2.3. En este orden de ideas, la Sala observa que en la construcción de megaproyectos que implican la afectación o intervención de recursos naturales, las autoridades estatales tienen la obligación de garantizar espacios de participación que conduzcan, de un lado, a la realización de diagnósticos de impacto comprensivos, y de otro, a concertaciones mínimas en las que tanto los intereses del proyecto u obra a realizar como los intereses de la comunidad afectada se vean favorecidos.

2.3.2.4. En primer lugar, la participación tiene una función instrumental en el marco de las decisiones ambientales, ya que sirve al propósito de realizar diagnósticos de impacto comprensivos. En efecto, cuando se van a realizar proyectos que afectan el ambiente, es necesario realizar estudios de impacto, los cuales sirven para verificar cuáles serán las posibles afectaciones que se producirán, y en esa medida, establecer las medidas de compensación y de corrección más adecuadas. En esta etapa es indispensable entonces garantizar la participación de las comunidades asentadas en el área de influencia del proyecto, pues ellas tienen conocimiento de primera mano y son quienes eventualmente sufrirán los impactos, de modo que la información que aporten al proceso garantizará la realización de una evaluación completa.

Así, la Ley 99 de 1993, la cual regula los procesos de otorgamiento de licencia ambiental para la realización de macroproyectos que tienen un efecto en el medio ambiente, señala, en su artículo 49, que la licencia ambiental es *“la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada”* (resaltado fuera de texto). De esa manera, antes de realizar cualquier proyecto que implique la intervención o afectación del medio ambiente, es necesario obtener una licencia ambiental, la cual comprende necesariamente el análisis del impacto del megaproyecto en el área de influencia.

Además, el artículo 57 de esta ley contempla la necesidad de realizar un “Estudio de Impacto Ambiental” dentro del proceso de obtención de la licencia ambiental, el cual debe contener *“información sobre la localización del proyecto, y los elementos abióticos, bióticos, y socioeconómicos del medio que puedan sufrir deterioro por la respectiva obra o actividad, para cuya ejecución se pide la licencia, y la evaluación de los impactos que puedan producirse. Además, incluirá el diseño de los planes de prevención, mitigación, corrección y*

de las comunidades indígenas, a la identidad y existencia de las mismas, la ley y el gobierno deben asegurar un mecanismo previo de participación comunitaria, pues los costos de la decisión pueden ser muy altos en términos económicos, sociales y humanos”. Sentencia C-535 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

compensación de impactos y el plan de manejo ambiental de la obra o actividad” (resaltado fuera de texto).

Ahora bien, como puede evidenciarse, para la evaluación del impacto que puede tener la construcción del megaproyecto es necesario tener en cuenta los elementos “*socioeconómicos del medio que puedan sufrir deterioro por la respectiva obra o actividad*”; es este uno de los momentos en los que la participación de la comunidad cobra importancia, pues la información que ésta suministra y su conocimiento del área de influencia permite llevar a cabo una evaluación comprensiva. Por esta razón, las autoridades intervinientes deben garantizar espacios para que la comunidad ejerza el derecho a la participación, y así hacer un buen diagnóstico de impacto del megaproyecto en el ambiente de influencia; en otras palabras, la participación adquiere una importancia instrumental para el éxito de las evaluaciones.

Es así como, según cada caso y la decisión que se esté adoptando, deben analizarse cuáles son las comunidades que se verán afectadas, y por ende, a quienes debe garantizársele los espacios de participación y de concertación oportunos para la ejecución de determinada decisión. En ese orden de ideas, cada vez que se vaya a realizar la ejecución de una obra que implica la intervención de recursos naturales –tomando el caso concreto–, los agentes responsables deben determinar qué espacios de participación garantizar según los sujetos que vayan a verse afectados; si se trata de comunidades indígenas o afrodescendientes, o si se trata de una comunidad, que a pesar de que no entra en dichas categorías, su subsistencia depende del recurso natural que se pretende intervenir, y en esa medida, también será obligatoria la realización de espacios de participación, información y concertación, que implican el consentimiento libre e informado.

2.3.2.5. En segundo lugar, la participación es indispensable para el diseño de las medidas de compensación y corrección¹⁴ que deben adoptarse en los megaproyectos; éstas deben ser producto de una concertación con las comunidades locales afectadas, según sus intereses. Bien serán distintas las medidas adoptadas en una consulta previa con una comunidad indígena, que las adoptadas con una comunidad campesina en el espacio de participación con ella, toda vez que las cualidades de ambos grupos y su relación con los recursos naturales será distinta, pero de igual importancia para su subsistencia.

¹⁴ El decreto 2820 de 2010 en su artículo 1 dispone que las medidas de compensación “son las acciones dirigidas a resarcir y retribuir a las comunidades, las regiones, localidades y al entorno natural por los impactos o efectos negativos generados por un proyecto, obra o actividad, que no puedan ser evitados, corregidos, mitigados o sustituidos”. Las de corrección son “las acciones dirigidas a recuperar, restaurar o reparar las condiciones del medio ambiente afectado por el proyecto, obra o actividad”.

Lo anterior lo señaló la Corte Constitucional en sentencia T-244 de 2012¹⁵, en la que afirmó que:

“Ahora, si bien esta Corporación ha abordado el análisis de las significaciones culturales que se establecen entre las comunidades indígenas y el territorio sobre el cual se va a construir una mega obra, dicha relación también puede aplicarse a otros contextos diferentes, en los cuales, se evidencia la importancia del entorno en el sostenimiento del proyecto de vida de la persona. Esto es, el significado que le otorga una persona al espacio en donde desarrolla una actividad, por ejemplo, económica, es importante para su realización como ser humano; una de las relaciones que puede establecer el individuo es que en un espacio puede desarrollar una labor que le permite acceder a un ingreso mínimo para su sustento y/o el de su grupo familiar” (Resaltado fuera de texto).

2.3.2.6. En síntesis, el derecho a la participación de la comunidad en el diseño y ejecución de megaproyectos, es un derecho autónomo que se encuentra reconocido por la Constitución Política y la jurisprudencia de esta Corporación, y adquiere un carácter instrumental en el marco de la ejecución de megaproyectos que implican la intervención del medio ambiente, en la medida en que sirven para realizar diagnósticos de impacto adecuados y diseñar medidas de compensación acordes con las calidades de las comunidades locales que se verán afectadas. El derecho a la participación de comunidades que no son titulares del derecho fundamental a la consulta previa, debe garantizarse por medio de espacios de información y concertación, en los que se manifieste el consentimiento libre e informado de la comunidad que se verá afectada, con el fin de establecer medidas de compensación eficientes.

2.3.3. La consulta previa como mecanismo de participación en la toma de decisiones ambientales

2.3.3.1. Un ejemplo ya mencionado de la participación administrativa ambiental es el de la consulta previa a los pueblos indígenas y tribales, que se traduce en un derecho fundamental de dichas comunidades. En efecto, estas comunidades culturalmente diferenciadas son titulares del derecho fundamental a la consulta previa, figura que hace parte del derecho a la participación¹⁶, cuando se intervienen sus territorios

¹⁵ Cfr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁶ Sobre el particular, en la Sentencia C-175 de 2009 se puntualizó que “[e]l carácter participativo del modelo democrático de ejercicio del poder político, encuentra un ámbito de protección reforzada para el caso particular de las decisiones estatales que inciden en los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes ...”, en la medida en que “... la Carta Política reconoce que la Nación colombiana es una entidad compleja, conformada por comunidades diferenciadas, con concepciones disímiles de la vida social y política (...) y (...) acepta que cada una de esas comprensiones es intrínsecamente valiosa, pues concurre activamente en la construcción de dicha nacionalidad (...)”, razón por la cual deben ser protegidas”. Criterio reiterado en la sentencia T-547 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

ancestrales o se tomas otras decisiones administrativas o legislativas que puedan afectarlas directamente¹⁷. El carácter fundamental de la consulta previa es consecuencia de su vinculación con la defensa de la integridad cultural de dichas comunidades, así como de las condiciones que permiten su supervivencia como pueblos diferenciados¹⁸.

2.3.3.2. Adelantar procesos de consulta con las comunidades indígenas y tribales para la adopción y la ejecución de decisiones que puedan afectarles, es una expresión y desarrollo, no sólo de las disposiciones generales de participación ciudadana mencionadas anteriormente, sino también de las disposiciones constitucionales específicas que protegen a estas comunidades¹⁹, como los artículos 7º, 70, 329 y 330 de la Constitución Política, los cuales reconocen y protegen la diversidad étnica y cultural y especialmente los territorios de estas comunidades²⁰.

Los procesos de consulta además tienen un sustento en el Convenio 169 de la OIT, aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1992, el cual fue adoptado con base en una aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales, garantizándoles el derecho a la libre determinación o autonomía de las comunidades étnicas minoritarias²¹.

2.3.3.3. Comprende la facultad de comunidades étnicas de determinar sus propias instituciones y estructuras, conservar sus normas, costumbres y visión del mundo y opción de desarrollo y proyecto de vida y adoptar las decisiones que se muestren más acordes con su cosmovisión y la

¹⁷ Cfr. Sentencia T-547 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Entre otras, sentencias C-169 de 2001 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-891 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería, C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-154 de 2009 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁸ Ver sentencias SU-383 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-547 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, entre otras.

¹⁹ Uno de sus primeros fallos donde se puntualizó este tema fue en la sentencia T-380 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En este caso la Organización Indígena de Antioquia interpuso acción de tutela contra la Corporación Nacional de Desarrollo del Chocó (CODECHOCÓ) y la Compañía de Maderas del Darién, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, al trabajo, a la propiedad, a la integridad étnica, entre otros, debido a la explotación forestal en una zona de reserva sobre la cual se había asentado un resguardo indígena, provocando graves daños a la comunidad. La Corte, una vez probada la omisión de las autoridades en la vigilancia y desarrollo de la explotación maderera, consideró que: *“Las externalidades del sistema económico capitalista - o por lo menos de una de sus modalidades -, en cierto modo secuelas de su particular concepción de sometimiento de la naturaleza y de explotación de los recursos naturales, quebrantan esta ecuación de equilibrio en la medida en que desconocen la fragilidad de los ecosistemas y la subsistencia de diferentes grupos étnicos que habitan en el territorio. Consciente de esta situación, el Constituyente no sólo prohijó el criterio de desarrollo económico sostenible, sino que condicionó la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas a que ésta se realice sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas (CP art. 330). La explotación maderera indiscriminada, con o sin autorización estatal, atenta contra el ecosistema, agota los recursos primarios propios de una economía de subsistencia de las comunidades étnicas en las que priman los valores de uso y simbólico sobre el valor de cambio y destruye el estrecho vínculo de los indígenas con la naturaleza”*. La Corte ordenó a la autoridad estatal demandada, la restauración de los recursos naturales afectados por el aprovechamiento forestal ilícito e iniciar las acciones judiciales dirigidas a exigir las medidas de reparación necesarias que beneficiaran el resguardo indígena perjudicado.

²⁰ Ver entre otras, las sentencias T-652 de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-620 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-547 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-116 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²¹ Ver sentencias C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-769 de 2009 M.P. Nilson Pinilla Pinilla y T-693 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras.

protección de sus objetivos²². Lo anterior tiene específicamente tres aristas: a) el derecho a participar de cualquier decisión que pueda afectarles directa²³ o indirectamente, prerrogativa que se manifiesta en el derecho a la consulta previa y respecto al derecho general de participación; b) la participación en las decisiones políticas; y c) el derecho al autogobierno de las autoridades étnicas.

2.3.3.4. En materia ambiental, la Corte Constitucional ha establecido²⁴ que en el caso de un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales que generan una afectación directa o indirecta, como requisito *sine qua non*, se debe consultar a las comunidades indígenas y afrodescendientes antes de expedirse una licencia ambiental²⁵. Por ende, en estos casos, la consulta previa resulta ser un requisito previo sin el cual no puede, la autoridad estatal competente, emitir autorización alguna para la realización del proyecto. La razón de ello, es la protección especial a la diversidad cultural e identidad de las comunidades dispuesta en la Constitución Política.

2.4. LIBERTAD DE PROFESIÓN U OFICIO Y DERECHO AL TRABAJO EN RELACIÓN CON LAS ECONOMÍAS TRADICIONALES DE SUBSISTENCIA

2.4.1. El derecho al trabajo, reconocido desde el Preámbulo de la Constitución Política, y seguido por los artículos 25 (el trabajo como derecho y obligación) y 26 (libertad de profesión u oficio) del mismo texto superior, ha sido definido y desarrollado por la Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y de constitucionalidad²⁶ como un derecho que está relacionado con otros derechos fundamentales, que aseguran, entre otros, la vida digna de las personas en el desarrollo de su proyecto de vida. En palabras de la Corte:

“En este contexto, el derecho al trabajo adquiere una innegable importancia como condición, en la mayoría de los casos insustituible, para la realización de los derechos

²² Ver sentencia C-882 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-693 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²³ En la sentencia C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Criterio reiterado en sentencias T-745 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-129 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁴ Ver sentencias SU-039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-880 de 2006 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-769 de 2009 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otros.

²⁵ En la sentencia C-030 de 2008²⁵, la Corte Constitucional puntualizó que la afectación directa a la que hace referencia el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, era el criterio esencial para evidenciar la necesidad de una consulta previa, y sobre ello señaló que no se limitaba a identificar que la zona de influencia afectaba la ubicación geográfica, sino que, debía mirarse al mismo tiempo, si las *“secuelas recaen de forma particular sobre la comunidad, su nicho y los recursos que le constituyen, dado que los elementos que representan sus cosmovisión son efectivamente y representativamente limitados por las consecuencias que resultan del proyecto.”* (resaltado fuera de texto).

²⁶ Ver entre otras, sentencias T-799 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-983 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-1172 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, C-531 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-882 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-447 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

fundamentales, motivo por el cual la realización de los supuestos que lo hagan posible constituye uno de los asuntos más relevantes que deben ser atendidos no sólo por el Estado, sino por la sociedad en conjunto.

El texto constitucional colombiano da fe de la enorme importancia que adquiere el derecho al trabajo en este panorama, no sólo como medio de participación activa en la economía, sino adicionalmente como herramienta para la realización del ser humano como Ciudadano, esto es, como integrante vivo de la asociación que aporta de manera efectiva elementos para la consecución de los fines de la sociedad. En tal sentido, el preámbulo de la Carta reseña como propósito esencial del acta fundacional vertida en la Constitución Nacional el aseguramiento de “la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz”.²⁷

2.4.2. Adicionalmente, está claro en la jurisprudencia constitucional desde la sentencia T-557 de 2006²⁸, que el derecho al trabajo, a pesar de ser un derecho que se sitúa en la categoría de los llamados derechos “económicos, sociales y culturales”, que inicialmente fueron diferenciados de los derechos civiles y políticos por su naturaleza prestacional, pero que actualmente se encuentra reevaluado tal criterio, y la misma jurisprudencia²⁹ ha sostenido que la característica prestacional y de progresividad es también aplicable a los derechos civiles y políticos, así como lo es el deber de abstención aplicable a los derechos económicos, sociales y culturales. Por ello, dicha distinción entre unos y otros derechos, no es criterio suficiente para negar la cualidad de “fundamentales” a los derechos sociales, y de manera concreta al derecho al trabajo³⁰.

2.4.3. En ese mismo sentido, la libertad de escoger profesión u oficio, es un derecho íntimamente ligado al derecho al trabajo, toda vez que ambos representan dos etapas conexas para el desarrollo del individuo. Dicho

²⁷ Cfr. Sentencia T-448 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁸ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁹ Ver sentencia C-372 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁰ Desde la perspectiva del Derecho internacional, esta garantía ha sido consagrada en el artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[4] (PIDESC), como se lee a continuación: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo; c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”. Garantía también prescrita en el artículo 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

en otras palabras, una vez el ciudadano elige libremente y en el marco de su voluntad, una profesión u oficio y se prepara para ella en un campo académico o técnico adecuado, posteriormente ejerce dicha preparación en el ámbito laboral, lo que implica la ineludible unión de ambos derechos fundamentales. Además, el derecho al trabajo y al ejercicio de un oficio involucran no sólo el derecho a poder acceder a plazas de trabajo, sino a que éste sea en condiciones dignas y justas, a que se le garantice al trabajador una remuneración que le asegure un mínimo vital, que tenga acceso a la seguridad social y a prestaciones que contribuyan a la realización y desarrollo del individuo, entre otras garantías.

En efecto, la Corte Constitucional ha afirmado que la potestad de elegir actividad profesional u oficio, supone el *ejercicio* de esa actividad posteriormente. De esa manera, esta Corporación ha considerado que el derecho a elegir profesión u oficio puede verse afectado si no puede ser ejercido en condiciones dignas y de igualdad en el ámbito laboral, resaltando la conexión que existe entre la libertad de escoger profesión y oficio y el derecho al trabajo, *“ya que indiscutiblemente el primer derecho se encuentra íntimamente ligado al segundo, en la medida en que la escogencia de una profesión u oficio implica como objetivo, el ejercer tal profesión u oficio seleccionado, - siempre y cuando se cumpla en las condiciones de ley -, lo que conlleva la realización de labores productivas de interés para la persona de las que se puede pretender derivar su sustento personal”*.³¹

Es así como, el derecho al trabajo involucra, más allá de los elementos de subordinación que le son propios y su ejercicio en condiciones dignas y justas, la libertad para seleccionarlo, es decir, de la realización de una actividad libremente escogida por la persona, bien sea dedicando su tiempo a un esfuerzo intelectual y/o material, con el propósito de recabar su sustento personal³².

2.4.4. Ahora, no se puede ignorar que uno de los objetivos directos del reconocimiento de la libertad de elegir profesión y oficio y de ejercerla en condiciones dignas, es el de asegurar un ingreso que garantice unas condiciones dignas en el desarrollo de la vida. En ese orden, los derechos a ejercer profesión u oficio y al trabajo tienen, un carácter instrumental desde el punto de vista del derecho al mínimo vital, muchas veces estudiado por esta Corporación³³, y que en el marco de los derechos anteriormente explicados, permite a la persona garantizarse

³¹ Cfr. Sentencias C-606 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón, T-167 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-398 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³² Ver sentencia C-107 de 2002 M.P. Clara Inés Vergas Hernández y T-167 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³³ Ver entre muchas, sentencias SU-111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-1735 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-054 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-552 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

una calidad de vida acorde con sus intereses. Para efectos del caso concreto, se resalta la siguiente definición del derecho al mínimo vital:

*“(...).ha sido considerado como el derecho que tienen todas las personas a vivir bajo unas condiciones básicas o elementales que garanticen un mínimo de subsistencia digna, a través de los ingresos que les permitan **satisfacer sus necesidades más urgentes** como son **la alimentación, el vestuario, la vivienda, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la atención en salud, la educación, entre otras**”.*³⁴ (resaltado fuera de texto)

2.5. DERECHO A LA ALIMENTACIÓN Y CONCEPTO DE SOBERANÍA ALIMENTARIA

2.5.1. Teniendo clara la relación que existe entre el derecho al trabajo y la libertad de escoger profesión y oficio, y los beneficios que el ejercicio de ambos derechos fundamentales trae a las personas, es necesario hacer alusión a aquellas comunidades de personas que su oficio diario depende de los recursos naturales dispuestos a su alrededor, como los campesinos y los pescadores, quienes dependen de la tierra y los frutos de ella o de las fuentes hídricas. Estas son comunidades de personas que en su libre determinación y por su identidad cultural, han elegido como oficio la siembra, producción, pesca y distribución de alimentos con la utilización de medios rudimentarios y artesanales. El oficio artesanal ejercido tiene para estas comunidades dos dimensiones generalmente: a) como fuente de ingresos, y b) como garantía de su derecho a la alimentación.

2.5.2. La segunda dimensión, el derecho a la alimentación, es un derecho fundamental reconocido por varios instrumentos internacionales de derechos humanos³⁵; entre los principales se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales que consagra en su artículo 11.1, el deber de los Estados de reconocer a toda persona una calidad de vida adecuada incluyendo una sana alimentación y el derecho fundamental de toda persona a ser protegida contra el hambre³⁶.

³⁴ Cfr. Sentencia T-920 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³⁵ La Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (preámbulo), la Convención sobre Derechos del Niño de 1989 (artículos 6 y 24), la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 (artículo 28), el Protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de “San Salvador” de 1988 (artículo 12), entre otros. Sobre el derecho a la alimentación concretamente, pueden mencionarse los siguientes: Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición de 1974, la Declaración Mundial sobre la Nutrición de 1992, la Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial de 1966, la Resolución 2004/19 de la Asamblea general de las Naciones Unidas y las Directrices Voluntarias de la FAO de 2004.

³⁶ “1. **Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas**

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación ha afirmado que es *“el derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra en dinero, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a que pertenece el consumidor y que garantice una vida psíquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna”*.³⁷

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como órgano competente para la interpretación del mencionado instrumento, en su Observación General No. 12, estableció que el derecho a la alimentación adecuada se ejerce *“cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea sólo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla”*. La Observación General, adicionalmente reconoce que para erradicar el problema del hambre y la malnutrición, no basta con incrementar la producción de alimentos, sino que también es necesario garantizar que la población más vulnerable tenga disponibilidad y acceso a ellos. Por eso, el Comité precisó que el derecho a la alimentación tiene cuatro aristas: i) la disponibilidad, b) la accesibilidad, c) la estabilidad y d) la utilización de los alimentos.

Respecto a las dos primeras aristas, la Observación General No. 12, señala que por **disponibilidad** *“se entienden las posibilidades que tiene el individuo de alimentarse ya sea directamente, explotando la tierra productiva u otras fuentes naturales de alimentos, o mediante sistemas de distribución, elaboración y de comercialización que funcionen adecuadamente y que puedan trasladar los alimentos desde el lugar de producción a donde sea necesario según la demanda”*; y la **accesibilidad** hace referencia a que los individuos tengan acceso a alimentos adecuados, tanto en términos económicos como físicos. Tanto la disponibilidad de alimentos como el acceso sostenible a ellos, están determinados, entre otros factores, por las condiciones de sostenibilidad ambiental, las cuales se aseguran si existe una gestión pública y

para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto, **reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre**, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para:

a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;

b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan”.

³⁷ “El Derecho a la Alimentación Adecuada”. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura – FAO. Folleto Informativo No. 34. (2010).

comunitaria prudente de los recursos que aseguren la disponibilidad de alimentos a las generaciones presentes y futuras³⁸.

2.5.3. En relación con el derecho a la alimentación, las comunidades que se dedican a las economías tradicionales de subsistencia, en su mayoría rurales, se han enfrentado, por un lado, a un gran crecimiento y tecnificación de la industria de producción de alimentos, y por otro, a la exploración y explotación de recursos naturales para la realización de macroproyectos. Las dos situaciones ha ocasionado un detrimento en las prácticas tradicionales de agricultura y/o acuicultura provocando el aislamiento del oficio y producción de comunidades tradicionales del mercado de alimentos, y con ello, la afectación de las economías tradicionales de subsistencia³⁹.

Esta situación ha generado que los Estados deban encaminar la modernización y tecnificación de la industria, preservando a las comunidades de producción tradicional de alimentos, toda vez que el hecho de no garantizar la protección de su oficio, implica poner en riesgo su seguridad alimentaria⁴⁰. Así, el desarrollo sostenible⁴¹ debe ir en armonía no sólo con una planificación eficiente sobre la explotación de los recursos naturales para preservarlos para las generaciones siguientes, sino que también debe contar con una función social, ecológica y acorde con intereses comunitarios y la preservación de valores históricos y culturales de las poblaciones más vulnerables.

2.5.4. A propósito de lo anterior, a nivel mundial la comunidad campesina ha iniciado movimientos para exigir la protección de los derechos humanos enfocados concretamente a sus actividades tradicionales, al igual que los indígenas y afrodescendientes, éstos últimos encaminados a sus intereses y tradiciones especiales y distintas⁴².

³⁸ “Guía para legislar sobre el derecho a la alimentación”. Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación – FAO (2010).

³⁹ Esto ha sido evidenciado por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura – FAO. “Examen Mundial de la Pesca y la Acuicultura”. Parte 1, 2010. Disponible en: <http://www.fao.org/docrep/005/y7300s/y7300s04.htm>

⁴⁰ Entendida como “la disponibilidad de garantizar en todo momento un adecuado suministro mundial de alimentos básicos para mantener una expansión constante del consumo de alimentos y contrarrestar las fluctuaciones de la producción y los precios” Véase la Declaración de Roma sobre Seguridad Alimentaria Mundial de 1966. Asimismo, en noviembre de 1996, el Plan de Acción de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación (FAO), declaró que la seguridad alimentaria, “a nivel individual, familiar, nacional, regional y mundial, se alcanza cuando todas las personas tienen en todo momento acceso físico y económico a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para satisfacer sus necesidades alimenticias y sus preferencias en cuanto a los alimentos a fin de llevar una vida activa y sana”. Esta última definición se compone de cuatro contenidos; la disponibilidad, la accesibilidad, la estabilidad y la utilización de los alimentos. Disponible en: “Guía para legislar sobre el derecho a la alimentación”. Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación – FAO (2010).

⁴¹ Ver Declaración del Medio Ambiente Humano de Estocolmo (1972) principios 4, 8, 11 y 14.

⁴² Un ejemplo de los movimientos sociales actuales es la “Vía Campesina”. Esta organización surgió en 1993, como un movimiento internacional que agrupa a millones de grupos de campesinos y pequeños productores, y busca defender la agricultura sostenible a pequeña escala. “La Vía Campesina es el movimiento internacional que agrupa a millones de campesinos y campesinas, pequeños y medianos productores, pueblos sin tierra, indígenas, migrantes y trabajadores agrícolas de todo el mundo. Defiende la agricultura sostenible a pequeña escala como un modo de promover la justicia social y la dignidad. (...) comprende en torno a 150

En la Cumbre Mundial sobre la Alimentación en 1996, organizado por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura- FAO, la “Vía Campesina” propuso por primera vez el concepto de “**soberanía alimentaria**” que hace referencia al derecho de cada pueblo a definir sus propias políticas y estrategias sustentables de producción, distribución y consumo de los alimentos que garanticen una alimentación sana, con base en la pequeña y mediana producción, respetando sus propias culturas y la diversidad de los medios campesinos, pesqueros, étnicos e indígenas de producción agropecuaria, comercialización y gestión de recursos.⁴³ Dicho concepto, además, es una vía para erradicar el hambre y la malnutrición de las comunidades que tradicionalmente se han dedicado a prácticas de producción artesanal, y actualmente es una bandera de la protección de las comunidades campesinas a nivel mundial⁴⁴.

2.5.5. Los organismos internacionales no han sido ajenos a estos movimientos sociales⁴⁵. El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁴⁶ ha afirmado que el derecho a la alimentación implica la capacidad de tener acceso a alimentos sanos que aseguren una alimentación digna, e incluye en ello, el derecho de los grupos vulnerables y discriminados a tener acceso a la tierra, a la producción en pequeña escala, a participar de los mercados locales y rurales, **a las áreas tradicionales de pesca**, entre otros. La garantía de esos derechos se realiza además, en el marco de la libre elección de prácticas de subsistencia de las comunidades.

organizaciones locales y nacionales en 70 países de África, Asia, Europa y América. En total, representa a alrededor de 200 millones de campesinos y campesinas. Es un movimiento autónomo, pluralista y multicultural, sin ninguna afiliación política, económica o de cualquier otro tipo. Un grupo de organizaciones campesinas, mujeres y hombres, procedentes de los cuatro continentes, fundaron La Vía Campesina en 1993 en Mons, Bélgica. En aquel momento, las políticas agrícolas y la agroindustria se estaban globalizando y los campesinos necesitaban desarrollar una visión común y luchar por ella. Las organizaciones campesinas y de medianos productores también querían que se reconociese su voz y participar directamente en las decisiones que afectaban a sus vidas.

La Vía Campesina es considerada hoy en día uno de los principales actores en los debates alimentarios y agrícolas. Es escuchada por instituciones como la FAO y el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y goza de un gran reconocimiento entre otros movimientos sociales desde el nivel local al nivel global”.

Tomado

de

http://viacampesina.org/sp/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=27&Itemid=44
⁴³ Véase, Declaración Final del Foro Mundial sobre Soberanía Alimentaria, 7 de septiembre de 2001.
http://www.fao.org/righttofood/kc/downloads/vl/docs/AH290_Sp.pdf

⁴⁴ La soberanía alimentaria, comprende, no sólo la libre potestad de los Estados y los pueblos de determinar sus procesos de producción de alimentos; también implica que esos procesos de producción garanticen el respeto y la preservación de las comunidades de producción artesanales y de pequeña escala, acorde con sus propias culturas y la diversidad de los modos campesinos y pesqueros.

⁴⁵ Un ejemplo de ello es el Estudio Preliminar del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la discriminación en el contexto del derecho a la alimentación del 22 de febrero de 2010, el cual reconoce la importancia de las buenas prácticas en la protección de la comunidad campesina frente a la agricultura y los recursos naturales como un modelo para erradicar la discriminación en el derecho a la alimentación de los pueblos y alcanzar economías acordes con el desarrollo sostenible;
<http://www.unhcr.org/refworld/topic.4565c2252f.458ab0852.4bbedc082.0.html>

⁴⁶ Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/food/> y en el “Estudio del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre la discriminación en el contexto del derecho a la alimentación”, disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/16session/A.HRC.16.40_sp.pdf

Ahora bien, concretamente en relación con los grupos y asociaciones de pescadores artesanales o de pequeña escala a nivel mundial, que se han fortalecido también por el movimiento mencionado⁴⁷, es importante hacer alusión a la Conferencia Global de Pescadores de Pequeña Escala realizada por el Departamento de Pesca y Acuicultura de la FAO en Bangkok en el 2008, en la que se redactó un documento en el que se reconocen los derechos humanos de las comunidades pesqueras artesanales. Lo importante del contenido de la declaración -que también es basada en el concepto de soberanía alimentaria- es que reconoce un conjunto de derechos entre los cuales está el de asegurar el **acceso** de estas comunidades a sus espacios marinos tradicionales de pesca y el de **garantizar su participación en las decisiones que afecten las costas donde ejercen su oficio**, participación que debe ser previa, informada y bajo su consentimiento⁴⁸. Asimismo, se invita a los Estados a proteger la identidad cultural, la dignidad humana y el ejercicio de los derechos tradicionales de las comunidades pesqueras, y se reconoce la interdependencia e interconexión entre el bienestar y calidad de vida de las comunidades costeras y los ecosistemas acuáticos de los que depende su sustento diario⁴⁹.

⁴⁷ Como grandes asociaciones se pueden mencionar las siguientes; Foro Mundial de Población Pesquera (World Forum of Fisher Peoples (WFFP), Colectivo Internacional de Apoyo a los Pescadores (International Collective in Support of Fishworkers (ICSF), Organización no gubernamental Comité de planeación sobre la soberanía alimentaria (International NGO/CSO Planning Committee on Food Sovereignty (IPC), entre otras. En Colombia la “Asociación Nacional de Pescadores Artesanales” (ANPAC).

⁴⁸ En ella se afirma que los derechos humanos de las comunidades pesqueras son indivisibles y que el desarrollo de unas pesquerías artesanales responsables y sostenibles sólo puede alcanzarse mediante un abordaje integrado de sus derechos civiles, sociales, económicos y culturales. Reconoce la interconexión entre el bienestar de las comunidades costeras y los ecosistemas acuáticos, y la necesidad de proteger la identidad cultural, la dignidad y los derechos tradicionales de las comunidades pesqueras. Las pesquerías artesanales se basan principalmente en las comunidades y las familias, en sociedades con un firme anclaje en su propio acervo cultural de tradiciones y conocimientos locales. Tanto los hombres como las mujeres desempeñan papeles fundamentales. Las prácticas y las relaciones laborales están basadas en la cooperación, el parentesco y las redes sociales, donde el reparto de tareas y la participación en los beneficios resultan cruciales. De esta manera el sector artesanal suele quedar marginado de los procesos de consulta y de adopción de decisiones, escasamente informado sobre acontecimientos que inciden sobre ellos (cambios de estrategia, normas nuevas, comercio internacional, cambio climático y otros muchos) y consecuentemente más vulnerable ante la competencia de otras partes interesadas. En la Conferencia se señaló que, se debe garantizar la participación equitativa y concertada de las comunidades de pescadores artesanales y de baja escala en las gestiones de toma de decisiones de las playas donde ejercen su actividad, asegurando un consentimiento informado, previo y libre. (Traducción libre). Documento original disponible en: <http://www.fao.org/docrep/012/i1227t/i1227t.pdf>

⁴⁹ Por su parte, la OIT también ha reconocido que “*La pesca es una industria muy diversa, que va de la pesca comercial muy organizada en aguas profundas a la pesca más frecuente a pequeña escala y a la pesca artesanal. La mayoría de los pescadores todavía pertenecen al sector informal. Se estima que el 45 por ciento de las capturas mundiales totales son realizadas por pescadores a pequeña escala. El sistema de pago de los salarios se basa, por lo general, en la repartición del valor de la captura. Muchos pescadores sólo trabajan temporalmente o a tiempo parcial en la pesca y obtienen el resto de sus ingresos de ocupaciones adicionales como la agricultura u otras. Para responder a las necesidades específicas de los trabajadores contratados en la pesca, la OIT ha desarrollado normas que se orientan a proteger a los hombres y a las mujeres que trabajan en este sector. Habida cuenta de la importancia de la industria pesquera y de los avances que se han producido desde la adopción de las normas en materia de pesca, en 1959 y 1966, la OIT adoptó en su 96.ª Conferencia en junio de 2007 una nueva norma general sobre las condiciones de trabajo en el sector de la pesca: el Convenio (núm. 188) y la Recomendación (núm. 199) sobre el trabajo en la pesca, 2007*”. Las disposiciones de estas últimas recomendaciones son aplicables a todas las actividades de pesca comercial incluyendo la artesanal y a todos los tipos de embarcaciones independientemente de su tamaño.

Tomado de: http://www.ilo.org/global/industries-and-sectors/shipping-ports-fisheries-inland-waterways/WCMS_177280/lang--es/index.htm

2.5.6. En el caso colombiano, la Constitución Política de Colombia menciona el derecho a la alimentación equilibrada como un derecho fundamental de los niños/as (artículo 44), la protección a la mujer en embarazo (artículo 43). En cuanto a la protección especial a la producción alimentaria y mecanismos para lograrlo, la Constitución establece en los artículos 64, 65, 66, 78, y 81 los deberes del Estado en esta materia.

Es necesario resaltar el artículo 65, el cual dispone que *“La producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado. Para tal efecto, se otorgará prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales (...)”*. Esta norma muestra indudablemente la protección especial del derecho a la alimentación, desde el punto de vista de la producción de alimentos, dándose prevalencia, entre otras actividades, a la actividad pesquera.

2.5.7. Las realidades expuestas no son ajenas a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues como se mencionó al inicio de las consideraciones, el derecho al ambiente sano y al desarrollo sostenible está atado al reconocimiento y a la protección especial de los derechos de las comunidades agrícolas, a trabajar y subsistir de los recursos que les ofrece el entorno donde se encuentran, y sobre el que garantizan su derecho a la alimentación⁵⁰. Las prácticas y actividades que desarrollan tradicionalmente hacen parte de su desarrollo de vida y, de alguna manera, esa relación entre el oficio y el espacio en el que lo desarrollan y subsisten, los constituye como comunidades con una misma identidad cultural.

Es necesario resaltar que el derecho a la alimentación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha sido desarrollado desde la perspectiva propuesta en esta providencia. Aquel derecho fundamental en la jurisprudencia constitucional se ha concentrado en temas como, la ayuda humanitaria de emergencia de la población desplazada⁵¹, la obligación alimentaria en el núcleo familiar⁵², el derecho a la alimentación digna de los reclusos⁵³, entre otros temas, pero no desde la perspectiva de las comunidades rurales que subsisten de el cultivo, producción y distribución de alimentos obtenidos de la naturaleza.

Sin embargo, hay dos providencias que vale la pena mencionar con detenimiento, debido a que en sus consideraciones, el derecho a la

⁵⁰ Por ejemplo, en sentencia T-652 de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte analizó de manera interrelacionada los derechos fundamentales al mínimo vital y al medio ambiente de una comunidad que vivía de los recursos naturales, reconociendo de ello las “economías tradicionales de subsistencia”.

⁵¹ Ver por ejemplo, sentencia T-025 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda, entre muchas otras que desarrollan la línea de protección especial a la población desplazada.

⁵² Ver por ejemplo, sentencias T-049 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-212 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería, entre otras.

⁵³ Ver por ejemplo, sentencias T-714 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-718 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, entre otras.

alimentación adquiere un enfoque distinto y es aplicable al caso *sub examine*.

La primera es la sentencia C-262 de 1996⁵⁴, en la que la Corte Constitucional revisó la Ley 243 de 1995 “Por medio de la cual se aprueba el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales –UPOV”. En esta providencia se estableció la obligación del Estado de promover la actividad científica para fomentar y mejorar la producción de alimentos y la protección de la propiedad intelectual sobre obtenciones vegetales como derecho colectivo de las comunidades étnicas para garantizar su soberanía y sostenibilidad alimentaria.

La Corte consideró que era necesario proteger las prácticas tradicionales de producción de los grupos minoritarios, como los indígenas, negros y campesinos, por la relación que existe entre ellos y los recursos naturales con los que ejercen su oficio, teniendo particular atención con el imperativo deber constitucional de resguardar y preservar la diversidad cultural y biológica de la Nación. En efecto, señaló que la intervención sobre las especies vegetales que los grupos étnicos explotan a través de sus métodos de producción, puede producir efectos negativos que tienen como consecuencia efectos perversos para la comunidad minoritaria como la desintegración cultural, la desnutrición, la insatisfacción de las necesidades médicas y de salud, y en general la amenaza a la supervivencia de la población.

De tal forma que, en esta sentencia la Corte Constitucional estableció, como criterio para resaltar, la relación de subsistencia que tienen las comunidades étnicas y campesinas con los recursos naturales, y en esa medida, llamó la atención sobre la necesidad de que en los proyectos o decisiones sobre desarrollo sostenible, se de prevalencia a los intereses de estas comunidades cuando su alimento depende de los recursos que explotan y producen tradicionalmente.

La segunda sentencia tiene una especial relevancia para el caso concreto. La Corte Constitucional en sentencia T-574 de 1996⁵⁵ conoció de una acción de tutela interpuesta por una comunidad de pescadores de Salahonda, en el sector La Playa, en el Departamento de Nariño, que alegaban la vulneración de sus derechos a la libertad de oficio y a la ecología marítima, debido a las consecuencias perjudiciales que se generaron por el vertimiento de petróleo en las aguas donde desarrollaban su oficio de pesca, causado por la falta de mantenimiento de unas mangueras submarinas de propiedad de la empresa Ecopetrol S.A. Los accionantes advertían que eran una comunidad eminentemente pescadora, y en esa medida, la empresa responsable debía reparar los

⁵⁴ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁵ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

daños ocasionados al ecosistema y a las a las familias de los pescadores que vivían y subsistían de la pesca.

En ese caso, se comprobó que la comunidad se edificaba sobre la única labor que tradicionalmente han desarrollado, la pesca, resultaba afectada, y por ende, los derechos a la alimentación, subsistencia y oficio de los pescadores se encontraban en un riesgo inminente. La Corte Constitucional señaló que el Estado debía garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectar el ambiente con el fin de proteger la diversidad e integridad ecológica y social y para planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

En esa medida, el desarrollo sostenible es un proceso para mejorar las condiciones económicas, sociales y mantener los recursos naturales y la diversidad, que debe propender por garantizar la **sostenibilidad social** la cual “*pretende que el desarrollo eleve el control que la gente tiene sobre sus vidas y se mantenga la identidad de la comunidad*”; y la **sostenibilidad cultural**, que “*exige que el desarrollo sea compatible con la cultura y los valores de los pueblos afectados*”⁵⁶.

Ahora bien, en relación con las prácticas tradicionales de producción y la cultura pesquera concretamente, la Corporación manifestó lo que sigue. Previamente, vale la pena aclarar que a pesar de que la Corte Constitucional se centró en lo establecido en la Ley 70 de 1993 sobre comunidades negras, estas consideraciones son también aplicables a otras comunidades:

“El daño ecológico marítimo afecta sobremanera a quien tiene por oficio la pesca. Y si este oficio forma parte de la cultura de una etnia, con mayor razón hay que proteger al pescador. El artículo transitorio 45 de la Constitución ordenó que la ley estableciera mecanismos para la protección de la identidad cultural de las comunidades negras en la cuenca del

⁵⁶ “La Constitución impone al Estado los deberes especiales de garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectar el ambiente (1); proteger su diversidad e integridad (2); conservar las áreas de especial importancia ecológica (3); fomentar la educación ambiental (4); planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (5); prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental (6); imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente (7); y, cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas (8) (C.P. arts. 79, 80). Por otra parte, la Carta establece que el saneamiento ambiental es un servicio público a cargo del Estado (C.P. art. 78). El desarrollo sostenible es un proceso para mejorar las condiciones económicas, sociales y mantener los recursos naturales y la diversidad. De ahí que la sostenibilidad ecológica exige que el desarrollo sea compatible con el mantenimiento de la diversidad biológica y los recursos biológicos; la sostenibilidad social pretende que el desarrollo eleve el control que la gente tiene sobre sus vidas y se mantenga la identidad de la comunidad; la sostenibilidad cultural exige que el desarrollo sea compatible con la cultura y los valores de los pueblos afectados y la sostenibilidad económica que pretende que el desarrollo sea económicamente eficiente y que sea equitativo dentro y entre generaciones”.

Pacífico y para el fomento de su desarrollo económico y social. Así surgió la Ley 70 de 1993 que en el artículo 2º, numerales 5, 6 y 7 precisa:

7. Prácticas tradicionales de producción. *Son las actividades y técnicas agrícolas, mineras, de extracción forestal, pecuniarias, de caza, pesca y recolección de productos naturales en general, que han utilizado consuetudinariamente las comunidades negras para garantizar la conservación de la vida y el desarrollo autosostenible.*

*(...) Si las personas que instauran la tutela pertenecen a una comunidad afectada por el daño ecológico, LO MINIMO QUE SE LES DEBE RESPETAR ES SU **ESPACIO VITAL**.*

De la misma manera, señaló que el libre ejercicio de oficio, debe ser entendido como una libertad fáctica, que encuentra mayor protección en el artículo 65 de la Carta, tratándose de actividades agropecuarias, forestales y pesqueras que el Estado debe fomentar de manera especial, y que se deben interpretar conforme al artículo 54, que establece como obligación del Estado "propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar".

Con base en estas consideraciones, la Corte tuteló los derechos fundamentales a la libertad de oficio y al medio ambiente de los pescadores, y en consecuencia, ordenó a Ecopetrol efectuar un monitoreo en el sector del vertimiento para superar sus efectos, y exigió que dicho monitoreo, fuera realizado por una "comisión interinstitucional" en la que estuvieran los representantes de los pescadores de Salahonda; paralelamente se ordenó a entidades estatales tomar las medidas necesarias para mitigar los efectos del derrame del crudo.

El análisis realizado por la Corte en esta providencia permite concluir las siguientes afirmaciones: a) con la orden de que la comunidad de pescadores fuera parte de la comisión interinstitucional de monitoreo de las aguas, la Corte reconoció abiertamente el **derecho a la participación y concertación de medidas** con las comunidades en general, en las decisiones que impliquen una afectación al medio ambiente donde habitan o ejercen sus actividades tradicionales; b) el desarrollo sostenible es un proceso que exige mantener la productividad de los sistemas naturales, procurando mejorar las condiciones económicas y sociales de las comunidades que se verán afectadas en su eventual intervención y preservar las prácticas tradicionales de producción. Así, debe garantizarse la "**sostenibilidad social**" en el sentido de elevar el control que la gente tiene sobre sus vidas y mantener la identidad y cultura de cada comunidad; c) es una obligación del

Estado proteger el “**espacio vital**”, como una ubicación laboral, en donde la comunidad pesquera ejerce su oficio tradicional; d) finalmente, es deber del Estado fomentar y proteger especialmente la **actividad pesquera**, acorde con el artículo 65 de la Constitución Política.

Además, en la jurisprudencia constitucional, adquiere especial importancia la protección de las “economías tradicionales de subsistencia”, en la medida en que quienes las ejercen son comunidades generalmente pequeñas que han dedicado su vida a una actividad de producción específica, como la pesca, y con ella aseguran su mínimo vital, entendido este, como una garantía de ingresos y medios de subsistencia, porque venden los frutos del mar que toman en el ejercicio de su práctica, y adicionalmente, tienen acceso permanente al alimento para su vida y la de sus familias.

2.5.8. En suma, las comunidades de pescadores y todas aquellas que dependen de los recursos del medio ambiente, merecen una especial atención por parte de los Estados, toda vez que son grupos de personas, en su mayoría de bajos ingresos, que con su oficio artesanal garantizan su derecho a la alimentación y a su mínimo vital. De hecho, es evidente la relación íntima que adquieren estas comunidades con los ecosistemas, que junto con el ejercicio de su oficio tradicional, crean una identidad cultural. Por lo anterior, debe destacarse la importancia del concepto de la soberanía alimentaria, que involucra el respeto de la producción a pequeña escala de alimentos y la diversidad de su producción, en reconocimiento de los modelos campesinos tradicionales y artesanales.

2.6. CASO CONCRETO

2.6.1. Resumen de los hechos

2.6.1.1. ASOPESCOMFE interpuso acción de tutela contra el Distrito Turístico de Cartagena, el Consorcio Vía al Mar, el INCO, la DIMAR y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, por considerar que estas entidades vulneraron sus derechos fundamentales al trabajo, a la paz, a la salud mental, a la vida digna, a la libre escogencia de profesión u oficio, los derechos de los adultos mayores y de las minorías étnicas, a la protección de la diversidad cultural y a la dignidad humana, al no garantizarles una “consulta previa” en la realización del proyecto de infraestructura “Anillo Vial Malecón de Crespo”, y no reparar a la comunidad los daños que les han sido causados de forma concertada.

Alegan que desde hace muchos años han desarrollado la pesca artesanal en las playas en donde se empezó a construir el proyecto denominado “Anillo Vial Malecón de Crespo”. Afirman que en esta zona realizaban actividades como la comercialización de los frutos del mar y reuniones de la Asociación, y utilizaban el espacio para parquear sus botes

mientras pescaban. Indican que las herramientas de trabajo que emplean para las “faenas” de pesca son cordeles, anzuelos y señuelos que capturan en las orillas del agua con las carnadas comunes de los pescadores artesanales.

Aseguran que para la ejecución del proyecto de infraestructura, las entidades competentes no les han realizado ningún llamado formal para escuchar sus opiniones en relación con el proyecto. Sostienen que existe una inminente afectación a los cuerpos de agua donde desarrollan su oficio, lo que causa que cada día sea más difícil coger los frutos del mar y transitar con sus botes por donde lo han hecho por más de 50 años. Relatan que fueron citados a una reunión informativa en la que les mostraron un video sobre varios aspectos del proyecto, como permisos, presupuesto, origen de los recursos económicos, participación del Distrito de Cartagena, las medidas de compensación propuestas, etc. No obstante, señalan que en el marco de esa reunión, no se habló nada de sus actividades de pesca y ni de sus familias, quienes son las más afectadas con la realización del proyecto⁵⁷.

Los demandados, de otro lado, alegan que el proyecto contempla el ofrecimiento a la comunidad afectada de puestos de trabajo para mano de obra calificada hasta la terminación de la construcción, la participación como “Guardias Ambientales” y la capacitación en proyectos productivos para la población de pescadores⁵⁸.

2.6.1.2. Los miembros de ASOPESCOMFE solicitan que se ordene al Consorcio Vía al Mar que se abstenga de encerrar el sitio donde los pescadores parquean sus botes de madera y realizan su labor de pesca, hasta tanto no se llegue a un acuerdo sobre el resarcimiento de los perjuicios que se están causando. Para esos efectos, solicitan que *“se nombre una comisión integrada por todos los actores involucrados en el conflicto, con presencia de un representante de la personería Distrital, uno de la Defensoría del Pueblo, uno de la Procuraduría General de la*

⁵⁷ Los miembros de la Asociación de Pescadores afirmaron en el escrito de la acción de tutela que durante la reunión, les manifestaron que los entes de construcción del proyecto tenían que reparar a la Empresa Pública Ambiental del Distrito de Cartagena (E.P.A) por los daños ambientales que les estaban causando a los cuerpos de aguas, a las playas y al ecosistema, pero *“a los seres humanos que hemos estado toda una vida, en este sitio utilizando los cuerpos de aguas y las playas y dependiendo económicamente de los frutos del mar que recogemos en esta zona únicamente nos dicen “ruédense”*.

⁵⁸ Según el escrito de 11 de abril de 2012 allegado por el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena – EPA a esta Corporación: *“Entre los compromisos derivados de la mitigación Ambiental con ocasión del Proyecto, el Consorcio Vía al Mar fue obligado a la realización de una socialización con el grupo de bolicheros artesanales que operan frente a las playas de Crespo; para adelantar un censo con la aplicación de una ficha social a los bolicheros con el fin de determinar el número exacto de los pescadores que conforman el grupo de bolicheros que operan frente a las playas de Crespo, a fin de capacitarlos sobre técnicas modernas de pesca y otros aspectos relacionados con alternativas de zonas de pesca. Simultáneamente, se estructuró iniciativas para la generación de proyectos de encadenamiento productivo aplicables a las comunidades que estén dentro del área de influencia del proyecto Anillo Vial Malecón de Crespo”*. Apreciación reiterada por los escritos de la Procuraduría 3 Judicial Ambiental y Agraria de Cartagena con escrito de 15 de abril de 2012 y el de la Dirección general Marítima – DIMAR con escrito de 16 de abril de 2012.

Nación y el representante en Colombia de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos”, con el fin de garantizar su participación en las actividades que los están afectando directamente.

2.6.2. Examen de procedencia de la acción de tutela

2.6.2.1. Legitimación por activa

2.6.2.1.1. El artículo 86 de la Constitución dispone que la acción de tutela es un mecanismo que puede ser ejercido por toda persona “*por sí mismo o por quien actúe a su nombre*”, para obtener la protección urgente de los derechos fundamentales que se estimen violados por la acción u omisión de cualquier autoridad estatal o entidad particular, en este último caso en ciertos eventos. En el mismo sentido lo establece el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

2.6.2.1.2. Como “persona” se entiende toda “natural” o “jurídica”. La legitimación de esta última para interponer la acción de tutela ha sido evaluada por la Corte Constitucional en su jurisprudencia⁵⁹, en la que ha sostenido que la naturaleza propia de las personas jurídicas conduce necesariamente a que no todos los derechos fundamentales consagrados a favor de la persona humana le resulten aplicables, como el derecho a la vida, a la intimidad familiar, a la prohibición de la pena de muerte, entre otros.

No obstante, la Corte ha señalado que existen unos derechos de los que las personas jurídicas son titulares⁶⁰, bien porque la naturaleza del derecho lo permite, como el derecho al debido proceso, o cuando actúan en representación de sus miembros o afiliados; en este último caso se trata de derechos que no son exclusivos de los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto son parte de grupos y organizaciones cuya finalidad es específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses comunes, y por tanto, también pueden ser tutelados en cabeza de las asociaciones que los representan. De esa forma, la Corte ha precisado que las personas

⁵⁹ Desde la sentencia T-411 de 1992 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Reiterada en sentencias T- 482 de 1994 M.P. Fabio Morón Díaz, SU- 182 de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, T-189 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, SU- 1193 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-1027 de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentería, T- 267 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo.

⁶⁰ “*En efecto, cuando el artículo 86 de la Constitución establece que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, no está excluyendo a las personas jurídicas, pues el precepto no introduce distinción alguna, sino por el contrario, las supone cobijadas por el enunciado derecho cuando de modo genérico contempla la posibilidad de solicitar el amparo por conducto de otro, sin que nada obste dentro del sistema jurídico colombiano para que una de las especies de ese género esté conformada precisamente por las personas jurídicas*” Cfr. Sentencia T-971 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

jurídicas poseen derechos fundamentales constitucionales por dos vías, indirectamente o directamente⁶¹.

Por esta razón la Corte ha conocido acciones de tutela donde la parte activa es una organización sindical⁶² o una asociación de personas desplazadas⁶³; ambas son grupos de personas que se asocian por intereses comunes y para exigir la protección de derechos fundamentales de sus miembros.

2.6.2.1.3. En lo referente al caso concreto, ASOPESCOMFE interpone la acción de tutela en nombre de todos sus miembros. Según el certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio de Cartagena, esta Asociación es una entidad sin ánimo de lucro que tiene por objeto *“Contribuir a la transformación pacífica de sociedad a través del trabajo y de sus personas asociadas y miembros afiliados o vinculado (sic) por el mismo propósito de desarrollo (...)”*⁶⁴.

La Sala observa que se trata de un grupo de pescadores, que por tener intereses comunes y para efectos de proteger el ejercicio de su oficio y trabajo y otros derechos, deciden asociarse creando una persona jurídica que, según los criterios de la Corte, se encuentra legitimada para interponer el amparo constitucional. En particular, está legitimada para reclamar la protección del derecho a la participación, por cuanto i) es uno de aquellos derechos en los que el titular puede ser un individuo asiladamente considerado o una colectividad debido a su dimensión social⁶⁵, y ii) la libertad de asociación es una de las manifestaciones del derecho a la participación.

2.6.2.2. Legitimación por pasiva

2.6.2.2.1. El artículo 5 del decreto 2591 de 1991 dispone la procedencia de la acción de tutela contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de particulares (en ciertos casos) que viole o amenace violar los derechos fundamentales. En desarrollo de esta disposición, la Corte

⁶¹ “a) indirectamente: cuando la esencialidad de la protección gira alrededor de la tutela de los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales asociadas. b) directamente: cuando las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales no porque actúan en sustitución de sus miembros, sino que lo son por sí mismas, siempre, claro está, que esos derechos por su naturaleza sean ejercitables por ellas mismas” Cfr. sentencia T-411 de 1992 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶² Ver sentencias T-568 de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-170 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-072 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-251 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.

⁶³ Ver por ejemplo, sentencias T-1194 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett y T-267 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo.

⁶⁴ Folio 16 del expediente. Además, entre sus objetivos específicos se encuentra el de *“orientar hacia su autorrealización como personas productiva (sic) y capaz genera ingresos. 5) Implementar estrategias de trabajo con y para los hombres a través de actividades de pesca de la pesca y otras de (sic) orientadas a facilitar las condiciones de vida y la generación de oportunidades laborales”*.

⁶⁵ Ver la sentencia T-269 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinoza, en la que la Corte Constitucional consideró procedente la tutela interpuesta por el Ministro de una iglesia cristiana, en razón a que afirmó que el derecho a la libertad de cultos podía ser de una comunidad debido a la naturaleza comunitaria del fenómeno religioso.

Constitucional ha mencionado que la legitimación pasiva debe ser entendida como la facultad procesal que se le reconoce al demandado para que éste desconozca o controvierta la reclamación que el actor dirige contra él mediante demanda⁶⁶.

2.6.2.2.2. En el caso concreto, la mayoría de las personas demandadas son autoridades públicas que, por tanto, pueden ser sujetos pasivos de la acción de tutela. En cuanto al Consorcio, aunque se trata de una persona jurídica de derecho privado, en tanto está involucrada en la prestación de un servicio público –el servicio ligado al contrato de concesión que suscribió– y tiene una posición de mayor poder frente a la comunidad demandante, la Sala encuentra que también está legitimada por pasiva.

2.6.2.3. Principio de inmediatez

2.6.2.3.1. La naturaleza principal de la acción de tutela es: i) proteger y restablecer los derechos fundamentales que han sido vulnerados, y ii) evitar un perjuicio irremediable cuando exista una amenaza real e inminente a un derecho fundamental. Es por esa razón que el accionante debe solicitar la protección en un plazo razonable o prudencial, es decir, la acción de tutela no puede ejercitarse en un tiempo indefinido desde el momento en que ocurrió el hecho que originó la vulneración o amenaza, porque perdería su misma naturaleza⁶⁷.

2.6.2.3.2. En el presente caso, la Sala observa que sí existe inmediatez en el ejercicio de la acción de tutela, toda vez que las obras del proyecto se iniciaron desde finales de septiembre de 2010⁶⁸, y ASOPESCOMFE interpuso la acción de tutela el 24 de junio de 2011. Además, las vulneraciones presuntamente cometidas, continúan en el tiempo desde que fue iniciado el proyecto de construcción, debido a que no se han garantizado espacios de participación y concertación para la Asociación

⁶⁶ Ver sentencia T-416 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández. “(...) la legitimación pasiva en la acción de tutela hace referencia a la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental. En la medida que refleja la calidad subjetiva de la parte demandada “en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”, la misma, en principio, no se predica del funcionario que comparece o es citado al proceso, sino de la entidad accionada, quien finalmente será la llamada a responder por la vulneración del derecho fundamental, en caso de que haya lugar a ello. Cfr. sentencias T-1015/06. MP. Álvaro Tafur Galvis y T-780 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶⁷ Ver, sentencia T-196 de 2010 M.P. María Victoria Calle Correa.

⁶⁸ Según los antecedentes del proyecto establecidos en el “Informe Control de Obras No. 18, solicitado por el Instituto Nacional de Concesiones – INCO: “De de (sic) acuerdo a la Resolución DIMAR No. 0186 del 18 de mayo de 2010. Por la cual se autoriza al INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO, la autorización de las obras dentro del proyecto “Anillo Vial Malecón del Barrio Crespo”. Estas obras tienen un plazo para su ejecución de 42 meses, que van desde el día 18 de mayo del 2010 hasta el 18 de octubre del 2013. de acuerdo al cronograma de actividades suministrado por el Contratista, las labores de la Primera Etapa del Proyecto, como son dragado, relleno hidráulico, construcción de 07 espolones y Protección Marginal, tendrán un período de ejecución que va desde el día 28/06/2010 hasta el día 27/03/2012, para 457 días de duración”. Documentación allegada a la Secretaría de la Corte Constitucional en escrito de 16 de abril de 2012 por la Dirección General Marítima –DIMAR. No obstante, la ejecución de las obras comenzó a finales de septiembre de 2010, según el escrito del Consorcio Vía al Mar allegado a la Secretaría de la Corporación el 13 de abril de 2012.

accionante similares a las de otros grupos de pescadores y acorde con sus características⁶⁹.

2.6.2.4. Principio de subsidiariedad

2.6.2.4.1. El artículo 86, inciso 3, de la Constitución y el artículo 6, numeral 1°, del Decreto 2591 de 1991 disponen que la acción de tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, y en caso de existir otros medios, procede de manera excepcional cuando **(i)** exista una amenaza de perjuicio irremediable en términos de derechos fundamentales y/o **(ii)** las acciones judiciales ordinarias no sean idóneas para la protección inmediata de los derechos involucrados.

La Corte Constitucional ha establecido que los medios alternativos con los que cuenta el interesado tienen que ser aptos para obtener la protección con la urgencia que el asunto amerita, de modo que si los medios de defensa resultan ineficaces o insuficientes para proteger los derechos fundamentales o evitar un perjuicio irremediable, la acción de tutela debe ser procedente⁷⁰.

2.6.2.4.2. En las instancias judiciales que fallaron el caso, las entidades demandadas alegaron que existían otros medios de defensa judicial a disposición de los tutelantes para alcanzar su pretensión indemnizatoria.

La Sala no comparte la apreciación realizada por las instancias, ya que de las circunstancias alegadas por los actores, se evidencia que hay una posible vulneración del derecho a la participación, y un riesgo inminente a los derechos al trabajo y a la libre escogencia de oficio de los miembros de la asociación de pescadores, y que los mecanismos judiciales a su disposición no son idóneos para resolver este problema. Las razones que fundamentan esta conclusión son las siguientes:

Los medios judiciales a los que podrían acudir los pescadores serían la acción de reparación o la acción de grupo. La primera no es apta para obtener la protección con la urgencia que el asunto amerita, ya que mientras se ejerce y se tramita, el proyecto de infraestructura probablemente seguirá desarrollándose, sin que se haya realizado una debida concertación de los intereses de la Asociación y sometidos a una restricción desproporcionada del ejercicio de su labor.

⁶⁹ Mediante escrito allegado al Despacho del Magistrado Sustanciador el 18 de abril de 2012, la Procuraduría Judicial Ambiental y Agraria de Cartagena, advirtió que *“A la Asociación de Pescadores de las Playas de Comfenalco, por la fecha en que se constituyó como persona jurídica, es decir, el 1° de abril de 2010, no fue posible a los promotores de la obra, la socialización previa del proceso de concertación realizado con la comunidad antes de obtenerse la Licencia Ambiental (...) al momento de realizarse los estudios de impacto ambiental para la conformación del censo de los pescadores que ejercen su actividad en la zona del proyecto, igual se adelantó (sic) el 15 de abril de 2011 la socialización con los integrantes de la Asociación de Pescadores de Comfenalco (...)”*

⁷⁰ Cfr. Sentencia T-191 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

La acción de grupo tampoco es un mecanismo judicial idóneo para salvaguardar los derechos de los tutelantes, pues se ejerce para obtener la reparación de perjuicios causados a un número plural de personas⁷¹. De conformidad con estas características, la acción de grupo no es idónea para la protección de intereses expuestos por la Asociación, ya que, a pesar de que piden una indemnización por los daños ya causados, ante todo están exigiendo espacios de participación y concertación en los que puedan expresar sus opiniones, y se pueda llegar a acuerdos con las entidades competentes. Esta última pretensión no reviste un interés económico, sino que se dirige a la realización de un deber que se ha omitido y de un derecho fundamental, a la participación⁷², por lo que la acción de grupo no tiene la virtualidad suficiente para desplazar a la acción de tutela en el presente caso.

Con base en lo anterior, esta Sala considera que la acción de tutela es procedente para proteger los derechos fundamentales de participación, trabajo, vida digna, y libertad de oficio.

Por otro lado, **respecto de las pretensiones de indemnización económica** de la Asociación accionante, **la Sala considera que la tutela es improcedente, pues para el efecto sí existen otros mecanismos judiciales idóneos**, en lo que con una oportunidad probatoria mayor, es posible establecer el nexo causal y la magnitud de los posibles daños.

2.6.3. Análisis de la vulneración alegada

2.6.3.1. Para la Sala es importante advertir que en el presente caso, no es aplicable la consulta previa, en razón a que no se está ante un grupo culturalmente diferenciado titular de este derecho especial de participación, como lo son los indígenas y los afrodescendientes⁷³.

2.6.3.2. Sin perjuicio de lo anterior, como se resaltó en apartes previos, lo cierto es que cuando se trata de la realización de grandes proyectos de infraestructura que conllevan una afectación al ambiente, es necesario garantizar la participación de las comunidades afectadas con base en lo consagrado en los artículos 2, 40, 79 y 103 en la Constitución. De la misma forma, como parte de las decisiones que toma la administración y que afectan las tradiciones y la vida diaria de las poblaciones, el derecho al debido proceso administrativo y el derecho a la participación,

⁷¹ La Corte Constitucional ha estudiado la procedencia y características en relación con las acciones de grupo y acciones de tutela, entre otras, en sentencias T-589 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-569 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny y T-710 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁷² Su fuente de ingresos se encuentra en riesgo por circunstancias atribuibles a la construcción del proyecto “Anillo Vial Malecón del Barrio Crespo”.

⁷³ Esto es confirmado por el escrito allegado por el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior a la Secretaría de la Corte Constitucional el 13 de abril de 2012. Adicionalmente es corroborado por la Procuraduría judicial de asuntos Ambientales y Rurales de Cartagena.

obligan a concertar con la comunidad las medidas previas, interinas y posteriores que se adoptarán en el desarrollo de la ejecución del proyecto, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales.

Como se ilustró en el aparte de consideraciones de la presente sentencia, a pesar de que la Asociación actora no hace parte de una comunidad indígena, afrodescendiente o tribal, esto no es óbice para que en las negociaciones previas y estudios de impacto del proyecto “Anillo Vial Malecón Vía Crespo”, ignoren las opiniones de la comunidad de pescadores que trabajan en las playas afectadas. Es decir, el hecho de que los pescadores no sean parte de una población identificada como indígena o afrodescendiente, no implica una autorización para que las obras de un macroproyecto se realicen ignorando al resto de la comunidad posiblemente afectada. De hecho, por tratarse de obras que pueden afectar el medio ambiente y las prácticas productivas, se debe garantizar que la comunidad en general y sobretodo del grupo de personas que depende del espacio hídrico para acceder a un ingreso mínimo, tengan conocimiento claro e integral de la obra que se realizará⁷⁴, así como de los efectos positivos y negativos que se prevén, y participen en el diseño de las medidas de mitigación y compensación correspondientes.

En este orden de ideas, la Sala advierte que la participación de una comunidad específica no se puede reducir a que la autoridad competente organice reuniones de información o de socialización del proyecto, sino que éstas deben realizarse en coordinación con la comunidad, y deben contener espacios que garanticen efectivamente la participación.⁷⁵ En otras palabras, los espacios no deben ser de naturaleza únicamente informativa sino verdaderos espacios de concertación teniendo en cuenta los intereses de la comunidad afectada, y no sólo los del proyecto a realizar.

Las comunidades de pescadores artesanales, como se mencionó en la parte considerativa, son poblaciones que deben ser especialmente escuchadas en proyectos de infraestructura que intervienen el espacio donde ejercen el oficio. Lo anterior por cuanto se trata de grupos de personas que permanentemente se dedican a pescar, con el fin de tener la seguridad del alimento y el sustento económico para sus familias, y en ese sentido, el área del mar o la playa que utilizan para pescar se vuelve un *espacio vital*.⁷⁶ Así, el área de pesca y el oficio pesquero

⁷⁴ Ver sentencia T-244 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁷⁵ Ver sentencia T-129 del 3 de marzo de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁷⁶ Como se resaltó, en la Declaración de Bangkok sobre los pescadores de pequeña escala, redactada por la sociedad civil para la FAO, la dependencia de las comunidades pesqueras sobre los recursos naturales y la vida acuática, está determinada por la necesidad de asegurar su alimentación y bienestar, así como para expresar su identidad cultural y los valores espirituales. Así mismo lo mencionó el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH en su Concepto Técnico de 20 de abril de 2012 allegado a la Secretaría de la Corte Constitucional.

están ligados con la soberanía alimentaria de dichas comunidades, razón de más para asegurar su participación en la toma de decisiones y en el diseño de medidas de compensación⁷⁷.

En consecuencia, y por la calidad de la comunidad de pescadores artesanales, las medidas de compensación y de mitigación del proyecto, debían ser concertadas con la comunidad. Así, la única forma como las medidas serán eficaces y adecuadas, es que sean el resultado de una evaluación, no sólo de los efectos negativos en el medio ambiente, sino de su impacto en la comunidad, teniendo en cuenta sus características especiales y su relación con el entorno ambiental, es decir, es necesario realizar una “evaluación nativa de los impactos”, y ésta sólo se logra identificando y caracterizando el significado que tiene para los pescadores, en este caso, ver restringidas sus estrategias tradicionales de subsistencia, tal como lo afirmó el ICANH⁷⁸:

“En el contexto regional y la zona urbano-popular de Cartagena, la pesca constituye una práctica que ha pasado de generación en generación y que ha permitido la reproducción física, social y cultural de un importante sector de la población. Junto con otras tareas económicas informarles, la pesca contribuye a la subsistencia y al establecimiento de relaciones sociales que funcionan como redes de intercambio de conocimientos y recursos. (...) En el Distrito de Cartagena, desafortunadamente la atención que ha recibido la pesca artesanal es decreciente frente a otras actividades que se consideran más rentables. No existe en la zona un ordenamiento pesquero que contemple zona exclusiva para la práctica de la pesca artesanal, o que regule la sobreexplotación.

*(...) En este caso, donde hay vacíos con respecto a las medidas de compensación y mitigación ambiental a las poblaciones afectadas, lo pertinente sería no perder de vista la “**evaluación nativa**” de los **impactos**, es decir, los efectos vistos desde la perspectiva de los actores afectados con el fin de llegar a acuerdos” (Resaltado fuera de texto original)*

2.6.3.3. Descendiendo concretamente al caso de análisis, la Sala procederá a verificar si las entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales alegados por la Asociación accionante, especialmente su derecho a la participación:

⁷⁷ La soberanía alimentaria, comprende, no sólo la libre potestad de los Estados y los pueblos de determinar sus procesos de producción de alimentos; también implica que esos procesos de producción garanticen el respeto y la preservación de las comunidades de producción artesanales y de pequeña escala, acorde con sus propias culturas y la diversidad de los modos campesinos y pesqueros.

⁷⁸ Escrito allegado a la Secretaría de la Corte Constitucional de 20 de abril de 2012 del Instituto Colombiano de Antropología e Historia.

Para la Sala, los siguientes eventos se encuentran probados:

a) El Consorcio Vía al Mar, en presencia del EPA, realizó varias reuniones de socialización con varios sectores de la población cercana al proyecto de infraestructura, antes y durante la ejecución de éste.

Esto fue corroborado por el Consorcio Vía al Mar y autoridades estatales que realizaron seguimiento, como los ministerios de Ambiente y Transporte y la Agencia Nacional de Infraestructura, quienes afirmaron que se realizaron las siguientes reuniones: El 15 de mayo de 2009 con el EPA; el 9 de febrero de 2010 con representantes de agremiaciones y organizaciones del barrio Crespo (no se identifican cuáles); el 23 de junio de 2010 con los residentes del Conjunto Linda al Mar; el 8 de septiembre de 2010 con algunos pescadores que ejercen su actividad en las playas de Crespo, en la cual se les informó sobre el proyecto, las prohibiciones, plazos, medidas de mitigación, y sobre el programa de apoyo a pescadores; el 17 de mayo de 2011, con los estudiantes de la Escuela de Cadetes Almirante Colón de Cartagena; el 18 de mayo de 2011 con los residentes del Conjunto Residencial Eliana en Crespo y Mar de los Morros, y el 29 de julio de 2011 con los estudiantes de 6° grado del colegio El Carmelo.

b) En el estudio de impacto ambiental se identificó como un posible impacto, la afectación de la pesca por imposibilidad de acceder a las playas, debido a que se requieren cierres definitivos como medida de seguridad industrial⁷⁹. Así lo manifestó el Consorcio Vía al Mar en escrito allegado a esta Corporación: *“La determinación de las medidas se hizo sobre la base de que los pescadores podrían ver afectado el acceso a la playa, sitio donde recogen sus artes de pesca y comercializan el producto de la misma”*⁸⁰.

c) En el estudio de impacto ambiental se identificó a una población grande de personas que se dedican a la pesca en el área de influencia del proyecto. Por ello, antes de la ejecución, se realizó un censo de 249 pescadores reunidos en 25 grupos, entre los cuales no se encontraba la Asociación de Pescadores de Comfenalco, la cual fue constituida posteriormente. Según el Consorcio Vía al Mar en escrito de 13 de abril de 2012, para la elaboración del censo *“se tuvo en cuenta la información levantada por el Grupo Social del Consorcio Vía al Mar. Los pescadores censados se identificaron a partir de la observación directa en la realización de faenas de pesca y por información que*

⁷⁹ Escrito allegado a la Corte Constitucional de 13 de abril de 2012 por el Consorcio Vía al Mar.

⁸⁰ Adicionalmente es importante tener en cuenta que, el área del proyecto tiene una gran influencia en el ecosistema, toda vez que, el solo movimiento de tierras y el relleno para garantizar el ensanche del litoral y la protección del sector ante los cambios climáticos y los embates del mar, exige el dragado y relleno de 1 millón doscientos mil metros cúbicos, originando un área de más de 35 hectáreas. Información que está disponible en: http://consorcioviaalmar.com/av_crespo.html

suministraban los mismos pescadores a medida que estos se iban censando". (negrilla fuera del texto)

d) Con base en el censo, se enviaron cartas de invitación para participar en reuniones de socialización⁸¹; es decir, las invitaciones fueron enviadas solamente a la población censada. Las reuniones con los pescadores convocados se realizaron entre agosto y octubre de 2010, y en el marco de estos espacios, se les ofreció su vinculación al proyecto como mano de obra no calificada, talleres y capacitaciones ambientales, la oportunidad de participar en proyectos productivos encaminados a la pesca, ecoturismo y medio ambiente, entre otros⁸².

e) En la licencia ambiental, se contempla el "Apoyo a la Organización de los pescadores (bolicheros) que ejercen su actividad en el litoral de Crespo y al ejercicio de la pesca con criterio de sostenibilidad".

f) El 3 de abril de 2010, una vez constituida la Asociación demandante, se realizaron reuniones de socialización del proyecto con sus miembros y se les plantearon las medidas de compensación **que ya habían sido concertadas con los otros grupos de pescadores**, las cuales fueron rechazadas⁸³. Según los documentos allegados por el Consorcio, se realizaron reuniones con esta Asociación el 15 de abril y el 2 de junio de 2011. En ambas reuniones, la socialización del megaproyecto se centró "*en relación con el componente técnico y la gestión ambiental y social del proyecto. Adicionalmente, se les propuso su participación en el proyecto de Guardias Ambientales, también como mano de obra calificada y la participación en capacitaciones relacionadas con la actividad pesquera*"⁸⁴.

Con base en lo anterior y en lo probado por los jueces de instancia en lo relacionado a la zona de pesca de la Asociación accionante y a la vida marina⁸⁵, la Sala encuentra lo siguiente:

⁸¹ Anexos enviados por el Consorcio Vía al Mar a esta Corporación.

⁸² Medidas de compensación que se encuentran en la Licencia Ambiental y en los escritos allegados a la Secretaría de la Corte Constitucional de las siguientes entidades: Consorcio Vía al Mar, Agencia Nacional de Infraestructura, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, Procuraduría Judicial Ambiental y Agraria de Cartagena.

⁸³ En conversación telefónica con el Consorcio Vía al Mar y uno de los miembros de la Asociación de Pescadores de las Playas de Comfenalco, se corroboró que las medidas propuestas habían sido rechazadas.

⁸⁴ Escrito del Consorcio Vía al Mar, allegado a la Secretaría de la Corte Constitucional el 13 de abril de 2012.

⁸⁵ En cuanto a la inspección judicial realizada en primera instancia; "*Lo dicho lleva a la Sala a desestimar lo alegado por los accionados Consorcio Vía al Mar e Instituto Nacional de Concesiones en cuanto consideran que no hay afectación de derecho fundamental alguno, por cuanto, según el Informe Oceanográfico que corre a folios 140 a 151, establece que la zona de construcción no es apta para la vida marina. En efecto, con el testimonio aportado se permite inferir, sin lugar a dudas, que el sitio donde se lleva a cabo la labor de pesca no es la rivera marítima, sino unos 200 o 300 metros mar adentro, zona dónde no se ha desestimado la existencia de peces o, en otras palabras, no se ha demostrado que el dicho de la parte actora es falso en cuanto a que llevan "60 años de estar pescando".* Igualmente, en la inspección judicial realizada, se confirmó que el área donde los miembros de la Asociación de Pescadores de Comfenalco ha sido perjudicada con las obras del proyecto. La Defensoría del Pueblo en escrito allegado a la Corte Constitucional el 17 de abril de 2012, confirmó; "*se observó actividades de pesca artesanal frente a la construcción del Edificio de Comfenalco en botes de madera y atarrayas lo que el gremio de pescadores llama bolicheo*".

Es cierto que una parte de la población de pescadores del área donde se realiza el proyecto vial fue tomada en cuenta en los estudios de impacto ambiental y en el diseño de las medidas de compensación. Sin embargo, en los espacios de participación y concertación no se tuvo en cuenta a toda la población de pescadores afectados, en particular, no se tuvo en cuenta a los pescadores que hacen parte de la Asociación demandante. Es cierto que la Asociación se constituyó luego de los procesos de socialización y concertación previos adelantados por las entidades intervinientes en la realización del proyecto de infraestructura; no obstante, **su constitución ulterior no puede ser una razón suficiente para que no se haya garantizado a sus miembros individualmente considerados espacios de participación como pescadores artesanales y no se les haya invitado a las reuniones celebradas con otros pescadores.**

La Sala observa específicamente los siguientes problemas en la convocatoria de la comunidad afectada, los cuales condujeron a que los demandantes no pudieran participar: **a) el método o mecanismo utilizado para realizar el censo** de personas que ejercen la actividad de pesca en el área de influencia del megaproyecto **no fue idóneo** para identificar a toda la población afectada; y **b) no se realizaron convocatorias abiertas y públicas dirigidas concretamente a la comunidad pesquera de la zona, para que asistieran a las reuniones de socialización e información del proyecto.**

En cuanto a la primera problemática, el mismo Consorcio Vía al Mar y las autoridades estatales, como el Ministerio de Transporte y el Ministerio de Ambiente, afirmaron que el censo **fue realizado por la observación directa en la realización de las faenas de pesca por el Grupo Social del Consorcio Vía al Mar y por la información que suministraban los mismos pescadores a medida que estos se iban censando.** El mismo Consorcio afirmó que el censo se elaboró “voz a voz”; *“se hizo de la mano de los mismos pescadores que se identifican entre sí, e informaban a los demás sobre la realización del mismo”*. Igualmente, se indicó que la Asociación Colombiana de Pescadores Artesanales había colaborado en el censo, pero que se había advertido que *“el mismo no había podido completarse”*, lo que fue corroborado por las actas de las reuniones⁸⁶.

La Sala considera que el método de “voz a voz” utilizado para identificar a la población de pescadores del área a intervenir, no fue suficiente ni adecuado, en razón a que dependía de la voluntad de otros pescadores y de un elemento de azar. Diferente hubiera sido si el Consorcio Vía al Mar y las entidades estatales competentes en el seguimiento de las obras del proyecto, hubieran realizado convocatorias

⁸⁶ Esto fue confirmado por vía telefónica con el Consorcio Vía al Mar.

públicas, por medios masivos de comunicación o a través de diarios de circulación regional o local o radios comunitarias, por medio de los cuales se hiciera un llamado a todos los pescadores de aquellas playas. La ventaja de estos mecanismos de publicidad es que permiten llegar a una población más amplia y dependen directamente de las entidades que intervienen en el proyecto, no de la voluntad de algunos pescadores.

Es cierto que los debates sobre las alternativas del proyecto fueron de amplio conocimiento público por las noticias en los periódicos regionales y nacionales, y por este hecho, el Consorcio alega que eran hechos notorios la zona de las actividades del proyecto y las labores que se realizarían. Sin embargo, la Sala advierte que en ninguna medida puede esto reemplazar la interacción directa con las comunidades afectadas, y tampoco puede ser razón para afirmar que era evidente el conocimiento del megaproyecto por los pescadores, en razón de que las noticias iban dirigidas a debates generales sobre las alternativas para la construcción del anillo vial, pero no resultan ser idóneas como mecanismo para realizar un censo y para invitar a las comunidades a los espacios de participación, por dos razones; la primera, porque a pesar de que se tuviera alguna noticia sobre las obras del Consorcio, la información estaba dirigida a la sociedad en general, sin que se llamara a la comunidad específica que iba a ser afectada directamente con las actividades de construcción a participar en los espacios de concertación; y la segunda, porque el contenido de una noticia de interés general es muy distinto al contenido de una convocatoria pública o invitación a una **población concreta** para participar en las decisiones de la administración. Esta última tendría una referencia concreta del megaproyecto, del diagnóstico de los impactos que se podrían generar, de las fechas en las que se llevarían a cabo las reuniones, y resaltaría la importancia de conocer las opiniones de los pescadores –en este caso-, para concertar las medidas de compensación o las de reparación si se generan daños.

Igualmente, se evidencia que el censo se realizó en el área de intervención, pero ante todo con la comunidad de pescadores del Barrio Crespo, que es el espacio urbano más cercano a las playas a intervenir, pero se ignoró a las personas que se dedican a la pesca en la zona de afectación del proyecto y que no habitan necesariamente en el mencionado barrio. Así, la mayoría de los miembros de ASOPESCOMF tienen sus residencias en otros barrios del casco urbano y ejercen la pesca en las playas a intervenir; y por otra parte, las faenas las realizan en las playas de Marbella o de Comfenalco, sector final del área a intervenir⁸⁷. Esto evidencia que no fue suficiente la cobertura del censo

⁸⁷ De los mapas aportados por el Consorcio Vía al Mar y de la zona objeto de Estudio de Impacto Ambiental se puede corroborar que las playas de Comfenalco se ubican en los límites del megaproyecto. El Instituto Colombiano de Antropología e Historia resaltó en el escrito allegado a esta Corporación “*el túnel del anillo vial Malecón Crespo, que tiene 600 metros de longitud entre el frente de playa de Crespo y su*

en relación con el área de influencia de la obras, **como lo afirmó la Procuraduría 3 Judicial II Ambiental y Agraria de Cartagena**: “*Es ampliamente conocido por la población de esta ciudad que los pescadores han extendido sus labores casi a la totalidad de la franja marítima de la ciudad actuando intermitentemente en uno y otro punto*”, debido al complejo proceso de detección y captura de los peces en un entorno ecológico impredecible⁸⁸.

Para la Sala, los métodos utilizados por el Consorcio para realizar el censo podían haber sido complementarios de unos más integrales, pero no los únicos, en razón de por sí solos no son idóneos para alcanzar el objetivo de identificar integralmente a la población de pescadores afectada e informarles directamente los impactos del proyecto para construir conjuntamente acuerdos eficientes, tanto para las autoridades intervinientes, como para los pescadores.

En lo referente a la asistencia a las reuniones de socialización, la Sala observa que, una vez se realizó el censo de los 249 pescadores, fue esta comunidad pesquera identificada la única que participó de la concertación de medidas de compensación, pues **solamente se enviaron invitaciones a los pescadores censados**⁸⁹, por lo que la población que inicialmente no fue censada no tuvo conocimiento de dichas reuniones ni de su contenido.

En resumen, al haberse realizado un censo no adecuado que identificara a la comunidad de pescadores de manera integral, el proceso de convocatoria a las reuniones de socialización también falló.

2.6.3.4. En todo caso, la Sala resalta que la realización de dicho censo y las convocatorias públicas y directas para la identificación de la comunidad afectada, debe ser una responsabilidad no sólo de la entidad ejecutora del megaproyecto, sino también de las autoridades estatales, quienes en ejercicio de su deber de vigilancia, deben validar la información de las poblaciones afectadas y los estudios de impacto realizados.

2.6.3.5. Por otro lado, es evidente que las reuniones que se realizaron posteriormente con la Asociación accionante, fueron reuniones meramente informativas en las que no se tuvieron en cuenta sus necesidades concretas ni sus opiniones; en cambio, **se les impusieron**

desembocadura en inmediaciones del Centro Empresarial que construye Comfenalco para servicios turísticos”. (Subrayado fuera de texto)

⁸⁸ El Consorcio afirmó que una vez se tuvo conocimiento de la existencia de la Asociación de Pescadores en febrero de 2011 “*y que sus miembros estaban realizando actividades en las playas de Marbella, localizadas en el área vecina del proyecto, se adelantó el 15 de abril de 2011, una reunión de socialización*” (Subrayado fuera de texto).

⁸⁹ Entre los anexos enviados por el Consorcio Vía al Mar, se evidencian las “cartas de convocatoria”, y por vía telefónica con la Corte Constitucional se confirmó dicha información.

las medidas de compensación, y no se les garantizó un proceso similar al de los otros grupos de pescadores.

La Sala considera además que las medidas de compensación ofrecidas a la Asociación accionante, como la mano de obra en el proyecto y la capacitación en guías de turismo, son actividades que no son acordes con sus actividades tradicionales de pesca, y por el contrario, son alternativas que ignoran su cultura y los obligan a cambiar sus costumbres de subsistencia, vulnerándose sus derechos al trabajo y a la libre escogencia de oficio⁹⁰. Tal como lo puntualizó el ICAHN:

“La pesca de subsistencia representa el acceso a un derecho fundamental como lo es el trabajo entre una población excluida social, económica y espacialmente, que ha tenido que reinventar sus alternativas para sobrevivir, no obstante el perjuicio que han acarreado las políticas públicas y de desarrollo”

Por esta razón es fundamental que las medidas de compensación se diseñen en conjunto con la comunidad, garantizándoles un espacio de participación, **sin que deban ser necesariamente de carácter económico.**

2.6.3.6. Finalmente, la Sala advierte que el desarrollo del proyecto puede traer imprevistos que pueden tener impactos negativos ambientales y sociales distintos a los previstos inicialmente, y en esa medida, las acciones que se tomen para su mitigación deben ser también compartidas y concertadas con los sectores de la población que subsisten del área acuática. Dichos espacios deberán ser debidamente valorados por las entidades estatales competentes, por ser el Estado el principal garante de los derechos fundamentales constitucionales, en particular, las autoridades municipales.

2.6.3.7. En virtud de lo anterior, la Sala debe negar el amparo solicitado respecto al derecho fundamental a la consulta previa, por cuanto los integrantes de ASOPESCOMFE no hacen parte de pueblos indígenas o tribales, o comunidades afrodescendientes. También desestimará la pretensión de la Asociación sobre la **indemnización económica**, puesto que es **improcedente vía el amparo constitucional.**

⁹⁰ Un ejemplo de esta situación es lo que consta en el acta de la reunión de 2 de junio de 2011, en la que se afirma “Se les planteó la alternativa de trabajar en un proyecto que se viene gestionando sobre guardas ambientales, para el cuidado de las playas, el cual consistiría inicialmente en una serie de capacitaciones para formarlos en atención al cliente y temáticas ambientales (...)”. En el marco de estas reuniones también se les ofrecieron cursos de lancha fuera de borda con el Sena. No obstante, los representantes de la Asociación manifestaron que el único oficio que saben realizar es pescar y es una forma de vivir que se ha ido transmitiendo de generación en generación en sus familias.

Sin perjuicio de ello, la Sala considera que las entidades demandadas sí vulneraron los derechos fundamentales a la participación, al trabajo, a la libre escogencia de oficio y a la alimentación de ASOPESCOMFE, por las razones antes expuestas. En consecuencia ordenará al Consorcio Vía al Mar, teniendo en cuenta los impactos actuales de las actividades de obra en el proyecto, garantizar espacios de concertación con la Asociación en los que se tengan en cuenta sus opiniones, así como diseñar en conjunto con sus integrantes, las medidas de compensación, las cuales deberán ser acordes con la calidad del oficio desarrollado como pescadores artesanales y no necesariamente de naturaleza económica.

De la misma manera, la Sala es consciente que la ciudad de Cartagena, actualmente se encuentra desarrollando proyectos de infraestructura vial y turística⁹¹, y que al mismo tiempo, es una de las ciudades de Colombia en que la población de más bajos recursos recurre al oficio de la pesca. Por ello, advertirá a las autoridades competentes, sobre todo a la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, que en futuros proyectos de infraestructura que intervengan las áreas de pesca en las playas, a pesar de que se trata de bienes de uso público, garantice espacios de concertación entre el constructor y la comunidad pesquera, para que se adopten medidas adecuadas y conforme a un estudio de impacto nativo.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión del fallo de segunda instancia emitido por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 1° de septiembre de 2011, y confirmar la sentencia de primera instancia emitida por la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Bolívar el 13 de julio de 2011, en el sentido de **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales a la participación, a la alimentación, al trabajo, la libre escogencia de profesión u oficio y a la dignidad humana de los miembros de la Asociación de Pescadores de Comfenalco- ASOPESCOMFE.

⁹¹ El Instituto Colombiano de Antropología e Historia en el escrito allegado a esta Corporación, afirmó que *“Los proyectos de infraestructura vial y turística han intensificado procesos migratorios y densificado espacios periurbanos, como ha ocurrido con la Boquilla, sector que acusa la precarización de las condiciones de vida de la población y en especial, de los pescadores artesanales”*.

SEGUNDO: En consecuencia **ORDENAR** al Consorcio Vía al Mar, al Instituto Nacional de Concesiones-INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura) y al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, para que en el término de tres (3) meses contados a partir de la notificación de la presente sentencia, realicen las reuniones que sean necesarias para garantizar el derecho a la participación de la Asociación de Pescadores de Comfenalco, y en el marco de estos espacios, diseñar en conjunto con la comunidad las medidas de compensación necesarias acorde con las características del ejercicio de la pesca artesanal como actividad de sustento.

Una vez se cumpla el término mencionado, las entidades deberán **allegar un informe detallado** al juez de primera instancia, sobre las reuniones realizadas, los temas debatidos y las medidas de compensación, de corrección o reparación que se hayan concertado con la Asociación de Pescadores de Comfenalco - ASOPESCOMFE.

Estas reuniones deberán realizarse con el acompañamiento de entidades como la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena –EPA-, la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría Judicial de Asuntos Rurales de Cartagena, y sin perjuicio de la participación de otras asociaciones y grupos de pescadores.

TERCERO: Asimismo, **EXHORTAR** al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y a las autoridades ambientales de Cartagena, a la Dirección General Marítima, a la Agencia Nacional de Infraestructura y al Distrito Turístico de Cartagena, para que en el futuro, las obras que afecten o puedan presentar una afectación a las zonas marítimas o playas donde **comunidades dependen de la actividad pesquera**, se garantice espacios de concertación, y no mera información y socialización, en los que se acuerden medidas de compensación acordes con un estudio cultural y con la naturaleza y las características de las comunidades que se dedican a la pesca como actividad tradicional y de sustento económico.

CUARTO: **ENVIAR** copia de esta providencia a cada una de las partes, especialmente a las autoridades estatales vinculadas y que se pusieron en conocimiento del caso concreto, y adicionalmente, al Instituto Colombiano de Antropología e Historia –ICANH, a la Defensoría del Pueblo con sede en Cartagena de Indias y Defensoría Delegada para los Derechos Colectivos y del Medio Ambiente de Bogotá.

QUINTO: Líbrense por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General