RÉGIMEN LEGAL DE BOGOTÁ D.C.

© Propiedad de la Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

Secretaría
Jurídica Distrital

Sentencia 250002341000201500 8 de 2015 Consejo de Estado - Sección Quinta

Fecha de Expedición:
04/08/2016
Fecha de Entrada en Vigencia:
Medio de Publicación:
Gaceta del Consejo de Estado

Temas

La Secretaría Jurídica Distrital aclara que la información aquí contenida tiene exclusivamente carácter informativo, su vigencia está sujeta al análisis y competencias que determine la Ley o los reglamentos. Los contenidos están en permanente actualización.

PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO - Cuando se busca la protección del derecho a la consulta previa / REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD EN ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO QUE VULNERA DERECHO A LA CONSULTA PREVIA - Procede la tutela aun cuando existan otros mecanismos de defensa judicial sin perjuicio de que se pueda acudir posteriormente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo / MEDIDA TUTELAR EN CASOS DE VULNERACION AL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA - Tiene carácter definitivo

Esta Sala de Sección, de forma mayoritaria, entiende las razones por la cuales se torna procedente la acción de tutela a efectos de lograr los derechos de participación y de consulta previa de las comunidades indígenas, bajo el entendido de que, a través del mecanismo de amparo constitucional, es posible la emisión de medidas concretas tendientes al inicio de actuaciones administrativas para lograr la plena información de la población afectada con la decisión administrativa y/o medida legislativa que afecte sus intereses. Ello en razón a las diferencias que se predican de la protección a través de la acción de tutela frente al objeto y finalidad del medio de control ante la jurisdicción contencioso administrativa… en atención a las especiales condiciones de vulnerabilidad - que incluyen factores de discriminación históricos y sistemáticos, así como un constante abandono estatal que se refleja en situaciones de pobreza-, harían desproporcionado que las comunidades indígenas deban acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con las limitaciones de tipo formal que ello implica… dadas las especiales características señaladas en relación con la necesidad proteger en forma inmediata el derecho de consulta previa, no resultaría aceptable otorgar la protección de amparo de forma transitoria mientras se acude a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues ello de forma posterior, podría hacer nugatoria cualquier actuación administrativa tendiente a la protección de la garantía constitucional que se hubiere adelantado en virtud de una eventual orden tutelar… en casos como el sub judice en los que se pretende la tutela del derecho a la consulta previa, la protección debe darse de forma definitiva, y en el evento en que se requiera la suspensión de los efectos de un acto administrativo, como medida tutelar de protección de un derecho fundamental, ella deberá extenderse por el tiempo que tome reestablecer el derecho vulnerado… en lo sucesivo, la Sala entiende que, en los casos de acciones de tutelas que buscan la protección del derecho fundamental a la consulta previa, y en los cuales exista un acto administrativo que se presume afecta dicha prerrogativa de las minorías étnicas, la misma es procedente a pesar de la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, siendo el amparo que se otorgue, de prosperar el mismo, definitivo, ello sin perjuicio de que se pueda acudir posteriormente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

NOTA DE RELATORIA: En sentencia de 15 de octubre de 2015, exp. 13001-23- 33-000-2015-00505-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro(E), la

Sección Quinta declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por los miembros del Consejo Comunitario Mamajari del Níspero y otros contra la Autoridad Nacional de licencias ambientales, pues consideró que la petición iba encaminada a dejar sin efectos o suspender una resolución contra la cual existe un mecanismo de defensa judicial idóneo en el que se podía solicitar la suspensión provisional en sede contenciosa, sin embargo, tal decisión fue revocada por la Corte Constitucional mediante sentencia T-197 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio, en el entendido de que cuando se busca proteger el derecho a la consulta previa de comunidades afro e indígenas de nuestro país, la acción de tutela adquiere un carácter prevalente para garantizar sus derechos constitucionales.

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA - Generalidades / DERECHO A LA CONSULTA PREVIA - Comunidad Muisca de Bosa / VULNERACION DE LOS DERECHOS A LA CONSULTA PREVIA Y AL DEBIDO PROCESO - Por omisión de consulta previa a la comunidad indígena respecto de los Planes Parciales Edén El Descanso y Campo Verde

El derecho a la consulta previa es el fundamento para la protección de las garantías de participación democrática de las minorías étnicas en la toma de decisiones que afecten de forma considerable su integridad como tales en los diversos aspectos de su existencia: costumbres, tradiciones, territorio, supervivencia física… la consulta previa adquiere la connotación de derecho fundamental, siendo necesario que dicha garantía -y las demás que se buscan hacer efectivas a través de ella-, se materialice a través de un trámite consultivo que debe ser anterior a la adopción de cualquier medida que afecte directamente a los pueblos étnicos… el Convenio 169 de la OIT, establece los parámetros para la procedencia de la consulta previa, del cual se resalta el que las comunidades deben ser consultadas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente… se encuentra demostrado que en el presente caso, la Alcaldía Distrital de Bogotá D.C., expidió el Decreto 521 del 2006, por medio del cual adoptó el Plan Parcial El Edén - El Descanso, en la localidad de Bosa, sin consultar de forma previa a los miembros de la Comunidad Indígena Muisca que se encuentra asentada en territorios en donde se desarrollaría la mencionada norma urbanística… sólo hasta el 29 de mayo del 2009, es decir, cerca de tres años después de la adopción del referido decreto distrital, fue remitida a la Dirección de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobierno de Bogotá la información sobre la Comunidad Muisca de Bosa, asentada en los territorios de desarrollo del plan parcial; y sólo hasta el 9 de julio del mismo año se emitió concepto en relación con la necesidad de proceder con la consulta previa a dicha comunidad a efectos del desarrollo del citado plan urbanístico.

FUENTE FORMAL: CONVENIO 169 DE LA OIT - ARTICULO 6 / CONVENIO 169 DE LA OIT - ARTICULO 15 / CONVENIO 169 DE LA OIT - ARTICULO 16 / CONVENIO 169 DE LA OIT - ARTICULO 17 / CONVENIO 169 DE LA OIT - ARTICULO 22 / CONVENIO 169 DE LA OIT - ARTICULO

27 - NUMERAL 1 / CONVENIO 169 DE LA OIT - ARTICULO 28 / DECRETO 1320 DE 1998 / DECRETO 1066 DE 2015

NOTA DE RELATORIA: En relación con el derecho a la consulta previa, consultar las sentencias SU-039 de 1997, C-175 de 2009, C-063 de 2010, T-576 de 2014, T- 197 de 2016, todas de la Corte Constitucional.

PLANES PARCIALES - Instrumentos que desarrollan y complementan los planes de ordenamiento territorial / PLAN PARCIAL EDEN EL DESCANSO - Acto administrativo de carácter general que puede afectar el territorio donde se encuentra la Comunidad Muisca de Bosa

Los planes parciales son los instrumentos mediante los cuales se desarrollan y complementan las disposiciones de los planes de ordenamiento, para áreas determinadas del suelo urbano y para las áreas incluidas en el suelo de expansión urbana, además de las que deban desarrollarse mediante unidades de actuación urbanística, macroproyectos u otras operaciones urbanas especiales, de acuerdo con las autorizaciones emanadas de las normas urbanísticas generales… si bien es cierto que el Decreto 521 del 2006 es acto administrativo de carácter general, pues no autoriza de forma específica la construcción de un proyecto o la realización de una determinada obra, también lo es que el mismo tiene la potencialidad de afectar al territorio en que se encuentra asentada la Comunidad Muisca de Bosa, pues al ser un instrumento que complementa los planes de ordenamiento territoriales adoptados por la administración distrital, es claro que ello tendría una efecto determinante en la forma en que se gestiona el uso de los terrenos en los cuales la comunidad accionante tiene su forma de vida, desarrolla sus costumbres y tradiciones, y en consecuencia, entiende su relación con el mundo.

FUENTE FORMAL: LEY 388 DE 1997 - ARTICULO 19 / DECRETO 521 DE 2006

PROCEDIMIENTO DE CONSULTA PREVIA - Debe certificar sobre la presencia de comunidades étnicas en determinado territorio / PROCEDIMIENTO DE CONSULTA PREVIA PARA ADELANTAR EL PLAN PARCIAL CAMPO VERDE - Ministerio del interior no verificó usos y costumbres de la Comunidad Muisca de Bosa en el área

Se señaló… que el funcionario delegado por el Ministerio del Interior, responsable de adelantar la correspondiente visita de verificación, no recibió documentos que demostraban que en el territorio se desarrollaban rituales vitales para la cosmovisión de la comunidad, en especial, en el humedal denominado La Isla. Así mismo, se indicó que en el informe sólo se tuvieron en cuenta aspectos de titulación de tierras y presencia física de los indígenas del Cabildo Indígena Muisca de Bosa, sin hacer consideración alguna sobre los demás lazos que unían a la Comunidad con dicho espacio físico… se evidencia que el ente ministerial a través de su funcionario, no

adelantó gestiones tendientes a la verificación de usos y costumbres en el área, lo cual no necesariamente se encuentra atado a la presencia física de asentamientos, y por el contrario, constituye un elemento que se acompasa con el concepto de territorio… Ante la ausencia de la constancia de dicho aspecto en el informe, esta Sala no encuentra certeza absoluta en relación con la conclusión a la que llegó el Ministerio del Interior sobre la ausencia de la Comunidad accionante en los territorios donde se desarrollaría el Plan Parcial Campo Verde.

FUENTE FORMAL: DIRECTIVA PRESIDENCIAL NUMERO 10 DE 2013

NOTA DE RELATORIA: Sobre el concepto de territorio en el marco de las comunidades indígenas, ver la sentencia C-891 de 2002 de la Corte Constitucional y la sentencia de 31 de agosto de 2011 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

LEGITIMACION EN LA CAUSA – Concepto

La legitimación en la causa es una figura de derecho procesal que se refiere a la capacidad de las partes, de acuerdo a la ley, de formular o controvertir las pretensiones de una demanda… La legitimación en la causa puede ser activa, cuando se refiere a la capacidad que tiene una persona para demandar; o pasiva cuando tiene que ver con la capacidad para comparecer como demandado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: ROCIO ARAUJO OÑATE

Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00873-01(AC)

Actor: COMUNIDAD MUISCA DE BOSA

Demandado: MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTROS

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la Gobernadora del Cabildo Indígena Muisca de Bosa y el Director de Defensa Judicial de la Secretaría Distrital de Planeación de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., contra la sentencia del 30 de marzo del 2016 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de amparo

Los señores Sandra Milena Cobos Angulo, José Reinal Neta, José Efraín Chigua Suque Díaz y José Luis Tunjo Neta, en su condición de autoridades del Cabildo Indígena de la Comunidad Muisca de Bosa, presentaron acción de tutela[1] contra el Ministerio de Interior, la Alcaldía Mayor de Bogotá, la Secretaría Distrital de Hábitat, la Secretaría Distrital de Planeación, METROVIVIENDA y la Alcaldía Local del Bosa, con el propósito de obtener la protección a los derechos fundamentales a la consulta previa, a la identidad cultural, a la participación democrática y al debido proceso.

Las mencionadas garantías constitucionales las consideraron vulneradas frente a todos los integrantes de la Comunidad Muisca de Bosa, toda vez que en la adopción de los planes parciales "El Edén – El descanso" y "Campo Verde", por parte de las autoridades distritales accionadas, no se cumplió con el requisito de la consulta previa. Así mismo, señalaron que en su territorio ancestral, urbanizadores ilegales llevan a cabo actividades que ponen en riesgo su identidad cultural, actividades que, a su juicio, se han desarrollado bajo la permisividad de las autoridades competentes.

A título de amparo constitucional solicitaron lo siguiente:

"1. Se tutelen los derechos fundamentales a la consulta previa, a la participación democrática, a la identidad cultural y al debido proceso de lo miembros de la Comunidad Muisca de Bosa.

2. Se le ordene al Alcalde Mayor del Bogotá, Gustavo Petro, a la Secretaría de Planeación Distrital y a la Secretaría de Hábitat suspender la ejecución de los planes parciales "Campo Verde" y "Edén – El descanso", así como cualquier otro proyecto urbanístico que se esté ejecutando dentro de las áreas de estos planes parciales, hasta tanto no se cumpla con el requisito de la consulta previa.

3. Se le Ordene (sic) al Ministerio del Interior, al Alcalde Mayor, Gustavo Petro, y a la Secretaría de Gobierno, reactivar el proceso de consulta previa para el Plan Parcial "Edén-El Descaso".

4. Ordenarle al Ministerio del Interior, al Alcalde Mayor, Gustavo Petro, y a la Secretaría de Gobierno, iniciar el proceso de consulta previa para el Plan Parcial "Campo Verde" y para cualquier proyecto que se pretenda adelantar dentro de los límites de éste plan parcial.

5. Ordenarle a la Secretaría de Hábitat y a la Alcaldía Local de Bosa tomar las medidas necesarias para evitar que se sigan construyendo

urbanizaciones ilegales en el territorio de la Comunidad Muisca de Bosa."

2. Hechos probados y/admitidos

La Sala encuentra como probados y/o admitidos los siguientes hechos que considera relevantes a efectos de decidir sobre la impugnación bajo estudio:

Del reconocimiento de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa

• En documento del 17 de septiembre de 1999[2], suscrito por la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, se reconoció la identidad indígena de la Comunidad de Bosa y su pertenencia al pueblo Muisca contemporáneo, reconociéndosele la titularidad de los derechos derivados del tal calidad.

• En el mismo documento, se reconoció que la Comunidad Muisca de Bosa, se encuentra asentada en las veredas San José y San Bernardino, "que se localizan en el hinterland comprendido por la desembocadura del río Tunjuelito sobre el río Bogotá".

De la adopción de los planes parciales por parte del Distrito Capital de Bogotá

• El Distrito Capital de Bogotá, a través del Decreto 521 de 2006[3], adoptó el Plan Parcial[4] "El Edén-El Descanso", ubicado en la localidad de Bosa. Así mismo, en Decreto No. 113 del 30 de marzo del 2011[5], se adoptó por la administración distrital el Plan Parcial "Campo Verde".

Del proceso de consulta previa frente al Plan Parcial "El Edén-El Descanso"

De los documentos obrantes en el expediente de tutela, se tiene lo siguiente:

• El 19 de octubre del 2009, tal y como obra a folio 28 en el cual consta el "ACTA DE APERTURA PROCESO DE CONSULTA PREVIA Y ACTA DE TALLERES DE IMPACTOS Y MEDIDAS DE MANEJO", se llevó a cabo la reunión a efectos de dar apertura al proceso de consulta previa con la Comunidad Muisca de Bosa en relación con el proyecto Plan Parcial El Edén-El Descanso adoptado por la Alcaldía Mayor de Bogotá.

• El trámite anterior continuó el 15 de diciembre del 2009[6], el 3 de junio del 2010[7] y el 18 de junio de 2011[8].

• Así mismo, el 16 de julio del 2011, se suscribió el Acta de Preacuerdos[9] entre las partes participantes del proceso de consulta previa con la Comunidad Muisca de Bosa.

• El 3 de septiembre de 2011, se continuaron los Talleres de Impacto y de Medidas de Manejo[10]. La siguiente reunión con dicho objetivo, fue celebrada el 24 de mayo del 2014[11].

• El 17 de septiembre del 2015[12], y en cumplimiento del fallo de tutela dictado por la Sección Quinta del Consejo de Estado, se llevó a cabo la primera reunión de apertura del proceso de consulta previa con la Comunidad Muisca de Bosa en relación con el proyecto Plan Parcial "El Edén –El Descanso".

Frente al Plan Parcial "Campo Verde", no se observa documento en el expediente que demuestre una actuación de tipo administrativo de consulta previa con la Comunidad accionante.

3. Actuaciones procesales relevantes

3.1. De la nulidad procesal decretada

El expediente de tutela de la referencia, fue tramitado inicialmente en su primera instancia, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", autoridad que en decisión del 25 de mayo del 2015 negó las pretensiones de la Comunidad accionante, en tanto encontró que a dicha fecha, no se había ejecutado la medida adoptada en los actos administrativos que consagraron los planes parciales referenciados, y, además, se adelantaba el proceso de consulta previa, considerando que las entidades accionadas actuaron en pro de dicha garantía constitucional.

Tras la impugnación de dicho fallo, la Sección Quinta de esta Corporación, en decisión del 17 de septiembre del 2015[13], revocó el fallo dictado por el a quo, en tanto comprobó que en efecto, en los territorios de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa, se adelantaban intervenciones que no contaban previamente con un diálogo con dicha comunidad que permitiera garantizar sus derechos constitucionales, por lo que encontró vulnerado el derecho a la consulta previa en tanto las autoridades encargadas "no han logrado avanzar en la concertación de medidas que puedan mitigar los efectos del plan parcial que fue aprobado sin su participación y que según se advierte por la misma comunidad ha implicado que hoy 43 familias hayan sido expropiadas, sin tener en cuenta su especial condición".

Como medidas tutelares se establecieron las siguientes:

"**SEGUNDO.- ORDÉNASE** a la Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría Distrital de Planeación, Dirección de Planes Parciales, suspender cualquier actividad relativa a la ejecución del plan parcial el "Edén –El Descanso" hasta tanto se efectúe la consulta de conformidad con las directrices señaladas en parte motiva de este fallo.

Igualmente, en el término de los 8 días siguientes a la notificación de este fallo, deberá determinar si i) se produjo la construcción del parqueadero para los vehículos del Sistema Integrado de Transporte en el territorio de la Comunidad Muisca Indígena, y ii) el IDU inició la construcción de una ciclo-ruta en la Alameda El Porvenir. De constar que estas actividades se han presentado, deberá suspender el uso de la primera y la construcción de la segunda, hasta la culminación de la consulta que en esta providencia se ordena agotar.

TERCERO.- ORDÉNASE a la Personería Distrital verificar el cumplimiento de la anterior orden. En caso de no cumplirse por la dependencia distrital, deberá tomar las medidas del caso para que se suspenda la operación del mencionado parqueadero y la contrucción (sic) de la ciclo ruta, hasta tanto concluya el proceso de consulta que se ordenará en los siguientes numerales de esta providencia.

CUARTO.- ORDÉNASE al Ministro del Interior, Dirección de Consultas Previas, que en el término de las cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación de esta providencia, dé estricto cumplimiento al Protocolo sobre consulta previa expedido mediante la Directiva No. 10 de 2013, en el caso de la Comunidad Muisca de Bosa y el Plan Parcial "El Edén y El Descanso" a partir de la pre consulta, a efectos de establecer la metodología para la consulta.

Si no es no es posible llegar a un acuerdo con la comunidad, esta Dirección, junto con las entidades que esta debe convocar, entre ellas Defensoría, Personería y Procuraduría, deberán evaluar el impacto de este plan en la comunidad accionante, para determinar, en un tiempo racional, prudencial, que no puede prologarse más allá de tres (3) meses, las actuaciones que se deben acometer, a efectos de, como lo señala el Protocolo para las Consultas Previas, evitar, mitigar, corregir, prevenir o compensar la afectación que eventualmente pueda derivarse de la ejecución del plan parcial.

Por el contrario, si en la etapa de pre consulta se llega a la conclusión que dicho plan tiende a destruir a la comunidad, la Personería Distrital deberá tomar las medidas para la garantía de los derechos de la accionante.

QUINTO.- ORDÉNASE a la Defensoría del Pueblo que en ejercicio de las funciones asignadas por el artículo 282 de la Constitución Política, asesore y acompañe a la Comunidad Indígena Muisca de Bosa de la ciudad de Bogotá en el proceso de consulta del plan parcial el "Edén –El Descanso",

para el cumplimiento efectivo del derecho fundamental que en esta providencia se protege.

SEXTO.- EXHÓRTASE a la Procuraduría General de la Nación -Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos- Grupo de Asuntos Étnicos-, para que en ejercicio de sus funciones, vigile el adelantamiento de la consulta del plan parcial el "Edén –El Descanso", con observancia de los derechos fundamentales de dicha comunidad y de conformidad con los parámetros señalados por el Tribunal Constitucional.

SÉPTIMO.- ORDÉNASE al Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa que en un término máximo de 8 días de la notificación de esta providencia, verifique con una visita en campo, la presencia o no de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa en los terrenos en donde se proyectó el Plan Parcial "Campo Verde".

En caso en que se compruebe que la mencionada comunidad hace presencia en dicha área, deberá notificar inmediatamente a la autoridad distrital para que ésta proceda a suspender las obras que se estén realizando en aras de iniciar el proceso de consulta, siguiendo el protocolo adoptado por la Directiva Presidencial."

En atención al memorial de fecha 29 de octubre del 2015, suscrito por la Directora Técnica de Gestión Judicial del Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- en el cual solicitó se decretara la nulidad de todo lo actuado, ello en consideración a la falta de notificación a dicha entidad en su calidad de parte dentro del proceso de la referencia, el Despacho de la Magistrada Sustanciadora, en providencia del 30 de noviembre del 2015[14] encontró demostrada dicha irregularidad procesal y, en consecuencia, dispuso la devolución del expediente al Tribunal Administrativo de origen, con el fin de proceder a subsanar las inconsistencias advertidas.

Tras lo anterior, y encontrándose el expediente para una nueva admisión en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la señora Sandra Milena Cobos Angulo, en su calidad de Gobernadora del Cabildo Indígena Muisca de Bosa, presentó escrito con el fin de evidenciar lo que denominó "irregularidades" en el proceso de la visita de verificación realizada por el Ministerio del Interior para establecer la presencia de dicho grupo poblacional en los terrenos de influencia del Plan Parcial "Campo-verde"; visita que fue ordenada en el numeral 6º de la parte resolutiva del fallo del 17 de septiembre del 2015.

3.2. Admisión de la demanda

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", en auto del 4 de marzo del 2016[15], admitió nuevamente la acción de tutela presentada por la

Comunidad accionante, ordenándose la notificación del Ministerio del Interior, de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., de la Secretaría Distrital de Hábitat, de la Secretaría Distrital de Planeación, a la Alcaldía Local de Bosa, a METROVIVIENDA y al Instituto de Desarrollo Urbano –IDU-; otorgándoles un término de dos días a efectos de presentar los informes y allegar los medios de prueba pertinentes para el ejercicio del derecho de defensa.

3.3. Contestación de las entidades accionadas

3.3.1. Secretaría Distrital de Hábitat

En escrito del 9 de marzo del 2016[16], el Subsecretario Jurídico de la Secretaría Distrital de Hábitat, respondió a la acción de tutela oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en tanto consideró que la entidad por él representada no incurrió en vulneración alguna de los derechos y garantías constitucionales alegados por la Comunidad actora, en tanto, de conformidad con las competencias legales asignadas a dicha dependencia del Distrito, esta carece de la facultad para realizar procedimientos relacionados con consultas previas a comunidades. Por el contrario, resaltó, para la fecha de la adopción de los planes parciales, es el Ministerio de Interior, de conformidad con la Ley 21 de 1991, la Directiva Presidencial No. 01 de 2010 y el artículo 16 del Decreto 1893 de 2011.

Precisó, que de conformidad con el artículo 15 del Decreto Distrital 16 de 2013, la función para coordinación en la adopción de planes parciales recae directamente en la Secretaría de Planeación del Distrito, razón por la cual, alegó una falta de legitimación en la causa por pasiva de la Secretaría de Hábitat en el trámite sub judice.

3.3.2. Secretaría Distrital de Planeación[17]

En una primera instancia, determinó que no era cierto que los planes parciales expedidos por la administración distrital, amenacen el territorio y la identidad cultural de la Comunidad Muisca de Bosa.

Relató que, en lo atinente al Plan Parcial “El Edén–El Descanso”, se adelantó proceso de consulta previa, indicando a su vez, que en el trámite de expedición del decreto por el cual de adoptó dicho plan parcial, se cumplió con la etapa de información pública con la comunidad en general, a la cual asistieron los miembros de la Comunidad accionante. De otro lado, en lo referente al Plan Parcial “Campo Verde”, indicó que en su zona de influencia no se registran asentamientos de comunidades indígenas o afrodescendientes sobre los cuales recaiga el derecho a la consulta previa, tal y como se expuso en la parte considerativa del Decreto 113 del 2011, en donde se expresó que el Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior así lo certificó.

Precisó que, si bien es cierto que los planes parciales son instrumentos de planificación para el desarrollo de las ciudades, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 388 de 1997, ellos no implican por sí solos la ejecución de un proyecto.

Relató que el Ministerio del Interior sólo confirmó hasta el año 2009 la existencia de la comunidad indígena Muisca en Bosa, toda vez que en el año 2002, en razón a la ausencia de un estudio etnológico, dicha cartera dispuso la inexistencia de dicho grupo poblacional en la zona, razón por la cual, al momento de expedirse los decretos distritales con los cuales se adoptaron los planes parciales en cuestión, no era procedente exigir la realización de consulta previa.

Frente a los alegatos relacionados con la incursión de urbanizaciones ilegales, indicó que no le constan, en tanto no es competencia de dicha dependencia ejercer vigilancia sobre este aspecto, considerando que sobre el particular es necesario que las entidades competentes se pronuncien al respecto.

En relación con las pretensiones de la demanda, indicó que no es procedente atribuir ninguna vulneración de derechos fundamentales a los decretos distritales por medio de los cuales se adoptaron los planes parciales, toda vez que son una norma urbanística de contenido general –con un carácter intermedio entre el Plan de Ordenamiento Territorial y los actos de licenciamiento- y no una autorización específica para el desarrollo o ejecución de un proyecto.

Trajo a colación el memorando No. 3-2016-04655, en donde la Dirección de Planes Parciales relacionó todas las actividades adelantadas desde el 17 de octubre del 2015 a efectos de llevar a cabo la consulta previa con la Comunidad Muisca de Bosa, ello en relación con el Plan Parcial “El Edén – El Descanso”, indicando que las dificultades para la conclusión de dicho procedimiento, se han presentado en tanto la Comunidad accionante ha solicitado la solución de diversos aspectos (amnistías tributarias para los propietarios; control policivo sobre ocupaciones ilegales) que, a su juicio, resultan ajenos a los temas relacionados con un plan parcial.

Alegó que la acción de tutela presentada por la Comunidad Muisca de Bosa es improcedente, con fundamento en los numerales 1º (existencia de otros mecanismos de defensa judicial) y 5º (improcedencia de tutela contra actos administrativo de carácter general, impersonal y abstracto) del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991.

Sobre este particular indicó:

• Los accionantes, en el evento de la ejecución de cualquier proyecto por parte de las autoridades distritales y/o particulares con fundamento en el

Decreto 521 de 2006 – Plan Parcial el Edén -, cuenta con el trámite administrativo de la consulta previa.

• Adicionalmente, puede la Comunidad actora demandar, en uso de la acción de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho, el acto administrativo contentivo del Plan Parcial El Edén-El Descanso, (sic)

Al respecto, relató que la Comunidad Muisca de Bosa ha interpuesto dos acciones judiciales, que han culminado su trámite por retiro de la demanda o incluso por incumplimiento de la carga procesal por parte de los actores, razón suficiente para demostrar que los mecanismos judiciales de defensa sí resultan efectivos para la protección de los derechos constitucionales que se alegan como desconocidos.

Posteriormente, precisó que la acción de tutela desatendió el requisito de inmediatez, dado que han transcurrido siete (7) años desde la expedición de los actos administrativos que contienen los planes parciales cuestionados por la parte actora.

Adicionalmente, alegó que en el caso concreto el juez constitucional se encuentra ante un hecho superado, en tanto el proceso de consulta previa que se alega como adelantado se encuentra en curso, así como ante una carencia actual de objeto, dado que no se ha expedido ninguna licencia urbanística que autorice la ejecución de algún proyecto de dicha naturaleza con fundamento en el Plan Parcial “El Edén –El Descanso”.

Finalmente, indicó que la Secretaría de Planeación Distrital carece de legitimación en la causa en el trámite sub lite, en tanto dentro de sus competencias y funciones, asignadas mediante Decreto Distrital 16 de 2013, no se encuentra aquella relacionada con los trámites pertinentes para la realización de una consulta previa, dado que dicha situación corresponde al Ministerio del Interior, a través de la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías.

3.3.3. Instituto de Desarrollo Urbano –IDU-[18]

El Director Técnico de Gestión Judicial del IDU manifestó que la entidad por él representada carece de legitimación en la causa, en tanto, respecto de las competencias asignadas a dicha entidad, no se evidencia que la misma tenga la facultad para adelantar trámite alguno en relación con la consulta previa alegada como desconocida por la Comunidad actora.

Adicionalmente, y sin ofrecer mayores elementos de juicio al respecto, solicitó se declare la carencia actual de objeto en el presente trámite constitucional.

3.3.4. Empresa Industrial y Comercial del Distrito METROVIVIENDA[19]

En primer lugar, el Gerente General de METROVIVIENDA, propuso una falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto de conformidad con las pretensiones de los actores y los derechos fundamentales alegados como desconocidos, dicha entidad del orden distrital no tiene competencia para tomar alguna acción concerniente con los hechos que soportan la petición de amparo.

Posteriormente, y frente al Plan Parcial “Campo Verde”, indicó que el Decreto 113 de 2011, a través del cual se adoptó el mismo, no requería que se adelantara consulta previa, en tanto la Comunidad Muisca de Bosa reside en predios diferentes de aquellos incluidos en dicho acto administrativo. Sobre este punto, indicó que los inmuebles afectados siempre pertenecieron a un particular, el cual transfirió su derecho de dominio a tres constructoras, razón por cual “nunca habían sido habilitados, ni utilizados, ni vinculados con el Cabildo Muisca de Bosa”.

Finalmente, solicitó se procediera con la vinculación, en su calidad de tercero interesado, del Fideicomiso Ciudadela Campo Verde, cuyo vocero es la Fiduciaria de Occidente, el cual actualmente el propietario de los derechos reales sobre los inmuebles que componen el Plan Parcial Campo Verde.

3.3.5. Secretaría Distrital de Gobierno

Tras precisar que en virtud del Decreto Distrital No. 445 del 9 de noviembre del 2015 corresponde a dicha dependencia la representación judicial de las alcaldías locales, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto la obligación que se pretende exigir a través de la acción de tutela, referente a la celebración de consulta previa con la Comunidad Muisca de Bosa, no es exigible a la alcaldía local de Bosa como entidad accionada en el presente trámite.

Seguidamente indicó que la presente acción de tutela es improcedente, en tanto el procedimiento administrativo adelantado por la administración distrital se ha acogido a los parámetros exigidos por las normas aplicables, en tanto no se evidencia acción y/u omisión alguna que permita configuración vulneración alguna a los derechos fundamentales de la parte actora.

3.3.6. Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior

Tras precisar las acciones adelantadas con fundamento en el fallo del 21 de octubre del 2015 –declarado nulo-, refirió al marco internacional, constitucional y legal de la consulta previa, para resaltar que esta constituye un derecho fundamental de las comunidades étnicas nacionales, en virtud del cual los pueblos interesados tendrán el derecho a decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida

en que éste afecte sus creencias, instituciones, bienestar espiritual y las tierras que ancestralmente ocupan.

Seguidamente hizo referencia, en los siguientes términos, al procedimiento para llevar a cabo, conforme a la Directiva Presidencial No. 10 de 2013:

"1. Se inicia con la solicitud del interesado, en llevar a cabo un proyecto, obra, actividad o medida administrativa, a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, de expedir una certificación sobre la presente o no de grupos étnicos en el área de influencia el proyecto. (…)

2. Cuando la Dirección de Consulta Previa cuente con esta información, realiza una verificación desde el punto de vista cartográfico, geográfico o espacial para identificar si dentro del área del proyecto se identifica la presenta o no de comunidades étnicas.

3. Una vez revisadas las bases de datos con que cuenta la Dirección de Consulta Previa, si se identifica la presencia de alguna comunidad étnica, el interesado del proyecto, deberá elevar una solicitud al Ministerio del Interior, para que se inicie el proceso de consulta con las comunidades identificadas."

Posteriormente, trajo a colación los pronunciamientos de la Corte Constitucional C-523 del 2013 y T-969 del 15 de diciembre del 2014, a través del cual se ha caracterizado a la consulta con las comunidades indígenas como una garantía procedimental de sus derechos, la cual debe realizarse de forma previa al adelantamiento o adopción de cualquier medida que los afecte.

A su vez, relató las actuaciones adelantas por el Ministerio del Interior, en coordinación con autoridades del orden distrital, a efectos de celebrar la consulta previa respecto del Plan Parcial El Edén – El Descanso, así:

Fecha	Actividad
27 de junio del 2006	Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia certificó la existencia de la Comunidad Indígena de Bosa, la cual se había reconocido desde el año 1999.
29 de mayo del 2009	Se remite dicha información a la Dirección de Derechos Humanos y Apoyo a la Justicia de la Alcaldía Mayor de Bogotá
9 de junio del 2009	Coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior, emite respuesta sobre la solicitud de "CONCEPTO SOBRE CONSULTA PREVIA" con el Cabildo Indígena Muisca de Bosa y Suba, en el marco de los Planes Parciales El Edén – El Descanso y Cayambe.
13 de agosto del 2009	Primera reunión informativa con la Comunidad Muisca de Bosa, programándose visita de verificación para el 24 de

	agosto, la cual se llevó a cabo. El resultado de dicha visita de verificación fue la comprobación de la presencia de comunidades étnicas en el proyecto Plan Parcial El Edén – El Descanso, informándose a la Secretaría Distrital de Gobierno que dicha comunidad era sujeto de consulta previa. Se informó que el proceso de consulta previa iniciaría en el mes de octubre del 2009.
23 de septiembre de 2009	En oficio OFI09-32405 suscrito por el Grupo de Consulta Previa y dirigido a la Dirección de Derechos Humanos y Apoyo a la Justicia, se certificó la presencia de la Comunidad Muisca de Bosa.
1º de octubre del 2009	Se remiten invitaciones a las entidades públicas del orden distrital, a la Procuraduría General de la Nación, al Defensor Delegado para indígenas y minorías étnicas y al representante legal del Cabildo Indígena Muisca de Bosa, para la reunión de apertura del proceso de consulta previa el día 19 de octubre del 2009.
19 de octubre del 2009	Se realizó la reunión de apertura del proceso de consulta previa, así como a los talleres de impactos y medidas de manejo para el Proyecto Parcial El Edén –El Descanso.
15 de diciembre del 2009	Realización del primer taller de impactos y medidas de manejo
20 de abril del 2010	En oficio OFI10-12040, la Coordinadora del Grupo de Consulta Previa informa a la Doctora Maria Consuelo del Río Mantilla, en calidad de Veedora Distrital, frente al situación del proceso de consulta previa sobre el plan parcial El Edén-El Descanso, en tanto la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., no ha cumplido con los plazos ni fijado el cronograma y metodología para llevar a cabo dicho procedimiento.
3 de junio del 2010	Segundo taller de impactos y medidas manejo.
18 de junio del 2011	Continuación del segundo taller de medición de impactos y medidas de manejo.
16 de julio del 2011	Reunión de protocolización de la consulta previa, con el Cabildo Muisca de Bosa, para el proyecto Plan Parcial El Edén – El Descanso.
3 de septiembre del 2011	Tercer taller de medición de impactos y medidas de manejo
24 de mayo del 2014	Cuarto taller de medición de impactos y medidas de manejo.
En esta instancia, el proceso es suspendido en espera de que la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., cumpliera con los compromisos adquiridos en los plazos señalados.	
23 de octubre del 2015	En cumplimiento del fallo dictado por el Consejo de Estado el 17 de septiembre del 2015, en oficio OFI15-000039857, se procedió a convocar a reunión de Consulta previa, en la etapa de taller de análisis de impactos y medidas de manejo

22 de octubre del 2015	Se convocó para llevar a cabo visita de verificación para los días 27 y 28 de octubre del 2015. El informe de dicha actuación concluyó que dentro del polígono que forman los predios del Plan Parcial Campo Verde, no se evidenció la presencia de comunidades étnicas.
9 de noviembre de 2015	Se informó al Consejo de Estado sobre el resultado de la visita de verificación antes referida.
18 de noviembre del 2015	En oficio OFI15-000043229, se convocó para el 24 de noviembre del 2015, la realización de un nuevo taller de medición de impactos y adopción de medidas de manejo.
25 de noviembre del 2015	En oficio OFI-000044118, se convocó para la etapa de apertura, el 17 de diciembre del 2015 26 de enero del 2016 Reunión de consulta previa en la etapa de análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo.
4 de febrero del 2016	Reunión entre la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., efectos de analizar diversos aspectos respecto de la consulta previa adelantada.

Finalmente, consideró que los hechos que dieron origen a la tutela de la referencia, fueron debidamente atendidos por el Ministerio del Interior, razón por la cual se advierte la configuración de un hecho superado.

4. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A" dictó fallo de primera instancia en el cual amparó el derecho fundamental de participación de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa, en lo relacionado con la ejecución del Plan Parcial El Edén – El Descanso (Decreto 521 de 2006) y frente a la construcción de la Ciclo Ruta – Alameda El Porvenir, lo que en consecuencia conllevó a la suspensión de los efectos de éstas actuaciones hasta tanto no concluya el proceso de consulta previa adelantado por la Comunidad Muisca de Bosa, ordenando adoptar todas las medidas necesarias para la culminación del mismo, otorgando para el efecto un total de tres (3) meses siguientes a la notificación de la providencia.

De otra parte, negó la acción de tutela en lo relacionado con el Plan Parcial Campo Verde, así como en lo atinente a la construcción de los parqueaderos de los vehículos del Sistema Integrado de Transporte.

Las razones de dicha decisión se exponen de la siguiente manera:

- De conformidad con lo dispuesto en la sentencia T-698 del 2011, las comunidades indígenas son sujetos de especial protección constitución.

• El Gobierno Nacional, a través de la Directiva Presidencial No. 10 del 2013, estableció que es obligación del Estado garantizar el goce efectivo de los derechos de las comunidades étnicas y la implementación de la consulta previa como mecanismo para su protección y pervivencia de las mismas. La Corte Constitucional, en sentencia T-396 del 2014, señaló que la consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades vulnerables, basado en la visión pluralista del Estado de Derecho adoptada por la Constitución de 1991. Precisó que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, dicho mecanismo es procedente frente a cualquier medida de tipo legislativo y/o administrativo que afecte a la comunidad.

• En aplicación de la garantía constitucional al debido proceso, este se ve vulnerado frente a comunidades indígenas cuando, se adopta una decisión que afecta sus territorios ancestrales, sin haber sido consultada en debida forma con los directamente afectados.

Descendiendo al caso concreto, el juez constitucional a quo, determinó:

Plan Parcial "El Edén – El Descanso"

• De la motivación del Decreto 521 de 2006, por medio del cual se adoptó el Plan Parcial "El Edén – El Descanso", se observa que el mismo se produjo sin el trámite de consulta previa con la comunidad indígena de Bosa, la cual resultaba directamente afectada con el mismo, dado que se incluían territorios de ésta. Del contenido literal del referido acto administrativo, se observa que se llevaron reuniones con los miembros de la comunidad en general, sin reconocer a la Comunidad Indígena Muisca de Bosa dentro de dicho trámite, tal y como se reclama a través de la acción sub lite.

• La consulta previa constituye un derecho fundamental de las comunidades indígenas, razón por la cual, a pesar de que el acto administrativo puede ser demandado en nulidad y restablecimiento del derecho, lo cierto es que la misma Corte Constitucional ha reconocido que la acción de tutela constituye un mecanismo eficaz para la protección definitiva del mismo, cuando este se ve desconocido.

• De lo probado en el expediente, se tiene claridad, que la intervención de las entidades accionadas se dio con posterioridad a la adopción del decreto distrital que dispuso el plan parcial en cuestión, y que la consulta previa sólo se reactivó después de la sentencia de segunda instancia dictada por el Consejo de Estado.

• En consideración a lo anterior, si bien no es procedente pronunciarse sobre la nulidad del Decreto 521 del 2006, toda vez que para el efecto procede la acción ordinaria correspondiente, lo cierto es que en el presente caso, y frente a dicho acto administrativo, debe otorgarse el amparo

solicitado, adoptando las medidas de protección necesarias para satisfacer el derecho vulnerado a la Comunidad accionante.

Plan parcial "Campo Verde"

En relación con éste aspecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó el amparo solicitado, pues consideró que las garantías constitucionales no habían sido vulneradas en atención a que se demostró que la Comunidad Indígena Muisca de Bosa, no se encuentra asentada en los territorios que afectan lo dispuesto en el Decreto 113 del 2001, por medio del cual se adoptó el Plan Parcial "Campo Verde".

Construcción de parqueaderos del Sistema Integrado de Transporte

Sobre el particular, la sentencia de primera instancia determinó que no obra prueba en el expediente de que el desarrollo de dicha obra, la cual se reglamentó a través del Decreto Distrital 294 del 2011, se esté realizando, y que la misma, en virtud de ello, se encuentre en el marco de los terrenos que la comunidad accionante utiliza para el desarrollo de sus actividades culturales y económicas.

Construcción de la Ciclo – Ruta "La Alameda – El Porvenir"

Indicó que, a la fecha del fallo, se tiene prueba en el expediente de que dichas obras, la cual se concreta en una ciclo ruta de 19 kilómetros que conecta las localidades de Soacha, Bosa, Kennedy y Fontibón, se encuentra suspendida, en tanto se verifica que existen obligaciones pendientes con los dueños de los predios sobre los cuales se proyecta su construcción, y, además, se realizan las reuniones con la Comunidad Indígena Muisca de Bosa a efectos de realizar el proceso de consulta previa.

A manera de conclusión, el Tribunal a quo, determinó que las entidades accionadas sí han realizado actuaciones tendientes a la protección del derecho a la consulta previa de la comunidad accionante, mas sin embargo, se hace necesario el establecimiento de un término para la concreción de dicho procedimiento y se verifique la viabilidad de la realización del mismo.

De esta forma, se dispuso en la parte resolutiva:

"PRIMERO: AMPÁRESE el derecho de participación de la comunidad indígena Muisca para la ejecución del Plan Parcial "El Descanso – EL Edén" adoptado mediante Decreto 541 de 2006 emanado de la Alcaldía Distrital, y la construcción de la Ciclo-Ruta "Alameda – El Porvenir", lo que comporta suspender sus efectos, hasta la culminación del proceso de consulta previa que actualmente se lleva a efecto, para lo cual se dispondrá que las autoridades encargadas de su ejecución como son el señor Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, conjuntamente con el señor

Secretario de Planeación Distrital, desplieguen las medidas administrativas necesarias para la culminación del proceso de consulta previa que actualmente se adelanta con dicha comunidad, y adopten las medidas definitivas correspondientes, en un lapso no mayor a tres (3) meses contados a partir de la comunicación de la providencia.

SEGUNDO: NIÉGASE la solicitud de tutela (…) en relación con el Plan Parcial Campo Verde y la construcción de los parqueaderos de los vehículos del Sistema Integrado de Transporte, por las razones expuestas en la presente providencia".

5. Actuaciones posteriores al fallo de primera instancia

5.1. Solicitud de aclaración del fallo de primera instancia

El Director de Defensa Judicial de la Secretaría Distrital de Planeación[20], aclarando que también impugnaba la decisión de primera instancia, solicitó aclaración del fallo dictado en primera instancia, en los siguientes términos:

"1. Se señalen en un numeral independiente cuáles son las órdenes y actividades que corresponde a la SDP y cuáles al Ministerio del Interior. Lo anterior con la precisión y claridad a que se refiere el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991.

2. Se señalen en un numeral independiente cuáles son las medidas administrativas definitivas que debe implementar la SDP para dar cumplimiento al fallo de tutela. (…)

3. Se señalen cuáles son las autoridades encargadas de la ejecución del proceso de consulta previa, tanto a nivel distrital como nacional.

4. Se aclare si en la parte resolutiva al indicar el Decreto Distrital 541 de 2006, se hace referencia al Decreto 521 de 2006 "Por el cual se adopta el Plan Parcial "El Edén – El Descanso" ubicado en la localidad de Bosa".

6. (sic) Se aclare si la expresión "lo que comporta suspender sus efectos" contenida en la parte resolutiva del fallo es una decisión judicial de suspensión temporal de la norma y /o la suspensión de la construcción de la Ciclo Ruta "Alameda - El Porvenir, con los efectos de un amparo transitorio, o si se trata de una orden para que la administración realice alguna actuación."

5.2. Impugnación presentada por la señora Sandra Milena Cobos Angulo, en su calidad de Gobernadora del Cabildo Indígena Muisca de Bosa[21].

Cuestionó parcialmente la decisión de primera instancia en los siguientes términos:

• **Frente a la negativa de amparo relacionada con el Plan Parcial "Campo Verde",** indicó que allega declaración extrajuicio del señor Luis Alcibíades López Barrero, presentada en la Notaría 29 del Círculo Notarial de Bogotá, quien en su condición de contratista de la Secretaría Distrital de Ambiente, específicamente de la Dirección de Ecosistemas y Ruralidad como profesional de apoyo social para el humedal "La Isla", "realizó varias reuniones y actividades en el Cabildo Muisca de Bosa en torno a la apropiación y protección del Humedal La Isla que se encuentra en el Plan Parcial Campo Verde"

Del contenido de la referida declaración, indicó, se puede obtener el conocimiento de dicho profesional frente a "los rituales culturales que la Comunidad del Cabildo Muisca de Bosa en territorios del Plan Parcial Campo Verde, lo que da cuenta de la estrecha relación que existe entre la comunidad indígena y el humedal "La Isla", y la importancia cultural y ancestral que dicha zona representa para los miembros del cabildo, quienes adelantan celebraciones como 'Al Alma de los Humedales' y ritos sobre la importancia de conservar el medio ambiente donde los mayores enseñan a los miembros más pequeños de la comunidad sus valores ancestrales".

Indicó que el declarante asistió a la diligencia de verificación efectuada por el agente del Ministerio del Interior, la cual se decretó a efectos de determinar la presencia de la comunidad accionante en el territorio señalado. De ello, resaltó que el señor López Barrero pone en duda la idoneidad de la diligencia etnográfica referida, en donde, señaló, "se fundamentó básicamente en una valoración sobre la titulación predial, lo que resulta intrascendente al momento de examinar la apropiación e importancia cultural de los territorios del plan parcial Campo Verde para el Cabildo, como sucede con el humedal La Isla"

Por ello, indicó que el concepto en el que se fundamentó el a quo, dictado por el funcionario el Ministerio del Interior, y en el cual se dispuso que en la zona de influencia del Plan Parcial "Campo Verde" no se verificó la presencia de la comunidad indígena accionante, " se desconocieron los procedimientos básicos, y las valoraciones esenciales de las etnografías, y de ninguna manera se tubo (sic) en cuenta la cosmovisión, ni las tradiciones ancestrales de la comunidad, quien no alega que en Campo Verde habiten comunidades indígenas, sino que dicha zona hace parte de su territorio ancestral, en el que existen lugares sagrados para su cultura como el humedal la Isla, en el que se adelantan ritos y celebraciones tradicionales alrededores de la protección e al naturaleza y el medio ambiente."

• **Frente a la negativa de amparo ante la construcción de parqueaderos del Sistema Integrado de Transporte Masivo,** indica que allega planos en los cuales se puede observar que dicha obra se adelanta actualmente en

territorios del Cabildo accionante, sin que la misma fuera consultada en forma previa con los miembros de éste.

5.3. Auto del 25 de abril del 2016[22]

A través de la providencia referida, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección "A", negó la solicitud de aclaración elevada por la Secretaría Distrital de Planeación; corrigió el numeral 1º de la sentencia del 30 de marzo del 2016 (a efectos de entender que hacía referencia al Decreto 521 del 2006) y concedió la impugnación presentada por la referida entidad del distrito y la Gobernadora del Cabildo de la Comunidad accionante.

5.4. Sustento de la impugnación presentada por la Secretaría Distrital de Planeación

Sustentó su inconformidad en las siguientes razones:

1. El juzgador no identifica cuál es la actuación que requiere de consulta previa: Al respecto, resaltó que la decisión de primera instancia no definió si i) la expedición del Decreto Distrital 521 de 2006 requería adelantar la consulta previa; ii) si la ejecución de dicha norma es la que necesita de dicho trámite; o si iii) eventualmente, ninguna de dichas actuaciones la requiere. Señaló que la decisión impugnada incurre en una contradicción, pues en principio, determina que la expedición del decreto distrital requería de consulta previa para, posteriormente, hacer referencia a que dicho requisito era necesario en la ejecución material del mismo.

Seguidamente, indicó que de conformidad con el artículo 6º del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a pueblos indígenas y tribales en países independientes, determina que la consulta previa es requerida frente aquellas medidas legislativas que **afecten directamente** a las comunidades, adicionando que, la Corte Constitucional, en sentencia T-461 del 8 de julio del 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, señaló que el concepto de afectación directa refiere a que se genera una intervención en los derechos de los pueblos indígenas, siendo claro que el mismo se concreta en cada caso en forma particular.

En este sentido, resaltó que los decretos por medio de los cuales se adoptaron los planes parciales cuestionados, son actos administrativos de carácter general y abstracto, por lo que resulta necesario definir sí, con la expedición de éstos existe una afectación directa a los derechos de la Comunidad accionante, en especial, si influyen en la cosmovisión de la población asentada en el territorio de desarrollo del plan parcial.

Finalmente, resaltó que de considerarse necesario la consulta previa, no es procedente la suspensión del Decreto Distrital 521 del 2006, y solamente se

puede exigir la misma en el evento de desarrollarse algún proyecto urbanístico en la zona de influencia del Cabildo Indígena Muisca de Bosa.

2. **El fallo desconoce las actuaciones adelantadas hasta la fecha por las entidades y organismos involucrados, así como la realidad física y urbanística del sector:** En primer lugar, precisó que el término de tres (3) meses otorgados en la sentencia de primera instancia, resultan insuficientes, pues no se tuvo en cuenta las dificultades del proceso de consulta previa que se viene adelantando. Así mismo, relató que en la actualidad, el Plan Parcial que se estableció a través del Decreto Distrital 521 del 2006 (El Edén – El Descanso), no es viable financieramente, razón por la cual, se encuentra en imposibilidad de ser ejecutado materialmente. En consecuencia, señaló, se tiene una carencia actual de objeto, dado que toda medida de protección para garantizar el derecho a la consulta previa, carecería de sentido dado que ésta no sería requerida.

3. **El juzgador de primera instancia infiere que la Secretaría Distrital de Planeación tiene alguna competencia en la ejecución de obras en el ámbito de aplicación del Decreto Distrital 521 del 2006:** Indicó que de conformidad con las disposiciones que regulan normas el funcionamiento del sector planeación de la Alcaldía Distrital de Bogotá (Acuerdo 257 del 2006), la Secretaría Distrital de Planeación sólo asesora técnicamente el proceso de proyección y viabilidad del plan parcial.

De esta manera, reiteró la falta de legitimación en la causa de dicha dependencia, pues no tiene competencia en relación con la ejecución de la norma urbanística en cuestión, y mucho menos frente al desarrollo del proceso de consulta previa, cuando es claro que en la Secretaría Distrital de Gobierno, existe la Dirección de Asunto Étnicos.

4. **El fallo no determina sus efectos frente a la suspensión:** Indicó que "los efectos de una decisión de suspensión provisional en sede de tutela deben ser determinados y regulados con precisión en la respectiva providencia judicial, so pena de invadir las competencias del juez ordinario o incluso de vulnerar derechos fundamentales de las partes y/o a terceros"

Consideró que de conformidad con el auto del 25 de abril del 2016, a través del cual se resolvió la solicitud de aclaración del fallo de primera instancia, se determinó que la suspensión del Decreto 521 de 2006 era por el tiempo que dure el proceso de celebración de la consulta previa, ante lo cual refirió que ello era inviable toda vez que se requería determinación y claridad al respecto, desligando dicho término de la realización de la consulta previa, dado que ello resultaría inconveniente en consideración que esto no es requerido en atención a la inviabilidad del plan parcial, tal y como se expuso anteriormente.

Por lo anterior, indicó que la suspensión debe ser provisional, en los términos del artículo 8º del Decreto 2591 de 1991, es decir, por cuatro (4)

meses, advirtiéndose a los actores que vencido el mismo deben acudir al mecanismo ordinario de defensa. Dicha certeza, evitaría que la suspensión fuera definitiva, con efectos similares a los de una decisión de anulación.

Con fundamento en lo anterior solicitó:

"1. Por las anteriores razones solicito a los Honorables Magistrados, REVOCAR en su totalidad el fallo de primera instancia por ausencia de fundamento fáctico, y en su lugar, NEGAR la acción de tutela por carencia actual de objeto, al resultar inviable la ejecución del Plan Parcial El Edén – El Descanso.

2. De igual forma solicito a los honorables Magistrados pronunciarse frente a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la SDP.

3. De manera subsidiaria solicito a los Honorables Magistrados modificar el fallo de tutela en los siguientes aspectos:

• Solicitudes subsidiarias:

1. Revocar la decisión de suspensión del Decreto 521 de 2006 y en su lugar, ordenar la suspensión de obras y ejecución del Plan Parcial únicamente en los territorios de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa que sean identificado por el Ministerio del Interior y no sobre toda el área de influencia del Plan Parcial.

2. Regular en el tiempo la suspensión del Decreto 521 de 2006, en donde se aclare que esa decisión es transitoria de acuerdo con el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991.

3. Ordenar a la Comunidad Indígena Muisca de Bosa y a sus representantes que se abstengan de condicionar el procedimiento de consulta previa a los asuntos que no pueden ser objeto de regulación a través de dicho instrumentos. En este sentido, la consulta deberá limitarse exclusivamente a las decisiones tomadas en el Decreto Distrital 521 de 2006."

6. Actuaciones en el trámite de la segunda instancia

6.1. Informes sobre el cumplimiento del fallo de primera instancia

6.1.1. Ministerio del Interior

En oficio del 16 de junio del 2016[23], el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, señaló que en cumplimiento del fallo de tutela del 30 de marzo del 2016, se han realizado las siguientes acciones:

"1. Como lo establece la Directiva 10 de 20013, se realizó convocatoria OFI16- 000013394-DCP-2500 del 20 de abril del 2016, con el Asunto: Reunión de coordinación y preparación para el cumplimiento del fallo de tutela (…)

2. Se realizó reunión de coordinación y preparación para el cumplimiento del fallo de tutela (…), el 28 de abril del 2016 en la que participó la Secretaría Distrital de Planeación de la Alcaldía Mayor de Bogotá y la empresa Metrovivienda.

En esta reunión la Alcaldía de Bogotá manifestó que:

"(…) es claro el escenario de la imposibilidad financiera, técnica y jurídica para dar cumplimiento a la orden judicial, por cuanto las condiciones descritas anteriormente distan enormemente de las previstas al momento de la adopción del plan parcial y su ejecución actualmente, implicaría el reasentamiento de al menos 365 unidades de vivienda informal por lo que al plantear un ejercicio de reparto de cargas y beneficios, el desarrollo del proyecto implicaría un déficit, a hoy, de más de $21 mil millones de pesos (…)"

Por otra parte y en el acta en mención la Alcaldía de Bogotá anotó que:

"(…) la Administración Distrital se encuentra estructurando propuestas como una posible modificación del plan parcial adoptado conforme a las situaciones de hecho, normas urbanísticas y requerimientos de propietarios y comunidad en general, que mitiguen los impactos generados por los procesos de ocupación informal y las condiciones actuales, sobre el cual deberá adelantar el proceso de participación y consulta previa".

En consecuencia, la Dirección de Consulta Previa evidencia una decisión de la Administración Distrital en la cual queda expuesta la imposibilidad jurídica, financiera y técnica, para la adopción de Plan Parcial, lo cual implica que no se pueda adelantar la consulta previa hasta tanto la Alcaldía Mayor de Bogotá, defina qué acciones va a realizar, según quedo expuesto en el acta de 28 de abril, anexa para mayor ilustración."

6.1.2. Secretaría Distrital de Planeación

En memorial del 9 de junio del 2016[24], indicó que las distintas autoridades del orden distrital, con la competencia para el diseño e implementación de un plan parcial, han evidenciado la imposibilidad de ejecución sobre el desarrollo urbanístico determinado en el Decreto 521 del 2006, reiterando para el efecto los mismos argumentos expuestos en la reunión adelantada con el Ministerio del Interior, y que se transcribió in extenso en el párrafo precedente.

A su vez, expresó nuevamente su posición sobre la carencia actual de objeto en el caso concreto, en relación con el amparo otorgado en relación con la ejecución del Plan Parcial “El Edén – El Descanso”.

7. Otras actuaciones de segunda instancia

7.1. Auto del 22 de junio del 2016[25]

En la providencia referida, el Despacho de la Consejera Ponente puso en conocimiento del representante legal de la Fiduciaria de Occidente, así como de las sociedades comerciales Constructora Bolívar S.A., Construcciones Marval S.A. y C. CONGOTE S.A., una nulidad saneable en tanto las referidas personas jurídicas no fueron vinculadas al trámite de la acción de tutela, ello a pesar del interés jurídico que les asiste en su calidad de terceros, como consecuencia de la propiedad que ostentan sobre los terrenos en los cuales se desarrollará el Plan Parcial “Campo Verde”.

La anterior actuación fue descorrida por los representantes legales de las compañías mencionadas, en escrito del 5 de julio del 2016[26], informando que tenían conocimiento del presente trámite constitucional desde su inicio, reiterando aquellos aspectos que reposan en el expediente a través del cual se demuestra que en los terrenos donde se desarrollará el plan parcial “Campo Verde”, no se constató la presencia de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa.

7.2. Escrito de la Gobernadora del Cabildo Indígena Muisca de Bosa[27]

Reiterando criterios en relación con la naturaleza de fundamental del derecho a la consulta previa, la Gobernadora del Cabildo Indígena Muisca de Bosa, hizo referencia a la presunta deliberada intención por parte de las autoridades distritales de no cumplir la orden tutelar dictada en favor de la parte actora, considerando que la posición adoptada por la Secretaría de Planeación Distrital, en relación con la no ejecución del plan parcial cuestionado en sede de amparo, implicaría desconocer la finalidad constitucional de la medida de amparo dictada por el poder judicial en el caso concreto, así como de los principios del texto constitucional, y de disposiciones internacionales, que refieren a la consulta previa como una garantía de protección de las comunidades indígenas.

Dispuso que las alegaciones de las entidades distritales, en relación con la imposibilidad técnica, jurídica y financiera para la ejecución del Plan Parcial “El Edén –El Descanso”, no resultan aceptables, en tanto a la fecha el acto administrativo que consagra dicho instrumento urbanístico se encuentra vigente, y no han sido declarado nulo por la justicia, o derogado por la administración.

Concluyó que las razones esbozadas por la entidad accionada, no pueden sacrificar la protección a derechos constitucionales fundamentales de la Comunidad Indígena por ella representada, razón por la cual, además, señaló que cualquier modificación a los decretos distritales a través de cuales se adoptaron los planes parciales, ellas deberán ser consultada previamente con la Comunidad accionante.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de impugnación presentada contra la sentencia del 30 de marzo del 2016, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección "A", de conformidad con lo señalando en el Decreto 2591 de 1991 y el Acuerdo 55 de 2003.

2. Problemas jurídicos

En atención a los puntos discutidos en el presente trámite constitucional de amparo, a efectos de resolver la impugnación en contra de la decisión de primera instancia, esta Sala fija los siguientes problemas jurídicos:

Aspecto procesal previo:

(i) ¿Se encuentra legitimada en la causa por pasiva la Secretaría de Planeación Distrital en el presente trámite constitucional de amparo?

Aspectos de fondo:

Frente al Plan Parcial "El Edén – El Descanso"

(i) ¿Se desconocieron los derechos fundamentales al debido proceso y a la consulta previa de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa, al haberse expedido el Decreto 521 de 2006, por medio del cual se adoptó el Plan Parcial "El Edén –El Descanso, el cual se desarrollaría en territorios ocupados por la mencionada comunidad, sin haberse adelantado de forma previo el mecanismo de consulta?

Para ello, se requiere establecer:

(ii.i) ¿Era necesario que, para la expedición del mencionado acto administrativo, se adelantara el procedimiento de consulta previa, teniendo en cuenta que se trataba de un acto administrativo de carácter general y abstracto?

(ii.ii) ¿Son suficientes los argumentos esbozados por la entidad impugnante, para considerar que es innecesaria la protección constitucional otorgada, en atención a que, según su dicho, es imposible jurídica, técnica

y financieramente ejecutar el Plan Parcial “El Edén – El Descanso”, en los términos consagrados en el Decreto 521 de 2006?

Frente al Plan Parcial “Campo Verde” y la construcción de los parqueaderos del Sistema Integrado de Transporte

(i) ¿Resulta acertada la decisión del juez a quo, al negar el amparo frente a las pretensiones elevadas que cuestionaron la aplicación del Plan Parcial “Campo Verde”, Decreto No. 113 del 30 de marzo del 2011, al considerar para el efecto un informe rendido por el Ministerio del Interior en el que se certificó la no presencia de la comunidad en los terrenos en que se desarrollaría tal actividad urbanística, y sobre el cual se alegaron presuntas inconsistencias e irregularidades?

(ii) ¿Existe prueba suficiente en el expediente que permita establecer con claridad la presencia de la Comunidad accionante en los predios sobre los cuales se desarrolla la construcción de parqueaderos del Sistema Integrado de Transporte?

Frente a la orden tutela dictada en primera instancia

(i) ¿Es procedente ordenar, en forma definitiva y no transitoria, en los términos del artículo 8º del Decreto 2591 de 1991, la suspensión de los efectos del Decreto 521 del 2006, como medida tutelar de protección de los derechos que se establecieron como vulnerados por el juez de primera instancia, ello mientras se desarrolla el proceso de consulta previa?

3. Razones jurídicas de la decisión

Para efectos metodológicos, la Sala se permite exponer las razones jurídicas que motivaran la decisión que se adopte en la correspondiente parte resolutiva, exposición que tendrá el siguiente orden:

(i) Concepto de legitimación en la causa. Requisito de subsidiaridad en materia de protección del derecho a la consulta previa de comunidades indígenas.

(ii) Generalidades de la acción de tutela

(iii) El derecho fundamental a la consulta previa

(iv) Concepto de territorio en el marco de las comunidades indígenas

3.1. Concepto de legitimación en la causa

Al respecto, la Sala desea precisar que la “la legitimación en la causa” es una figura de derecho procesal que se refiere a la capacidad de las partes,

de acuerdo a la ley, de formular o controvertir las pretensiones de una demanda.

En efecto, un sector de la doctrina sostiene que “legitimación en la causa es la aptitud para ser parte en un proceso concreto”[28], otro sector utiliza la terminología de la legitimación desde la ley sustancial, así:

“(…) la legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o mérito se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda, y respecto del demandado en ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante; y en los procesos de jurisdicción voluntaria consiste en estar legitimado por la ley sustancial para pedir que se hagan las declaraciones solicitadas en la demanda.”[29]

La legitimación en la causa puede ser activa, cuando se refiere a la capacidad que tiene una persona para demandar; o pasiva cuando tiene que ver con “la capacidad para comparecer como demandado”.[30]

3.2. Generalidades de la acción de tutela

Según el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede ejercer la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales siempre que sean desconocidos o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los precisos casos que indica el Decreto Ley 2591 de 1991.

Constituyen rasgos distintivos de esta acción: la inmediatez y la subsidiariedad. El primero apunta al amparo efectivo, concreto y actual del derecho fundamental que se dice vulnerado o amenazado.

El segundo, condiciona el ejercicio de esta acción a la inexistencia de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz para evitar la lesión del derecho fundamental.

En atención al último de los requisitos señalados, la Sala realiza una precisión frente a la subsidiaridad en los casos de acciones de tutelas que buscan la protección del derecho a la consulta previa y de participación de las comunidades indígenas, ello en atención a que en decisión reciente, la Corte Constitucional notificó a esta Sección sobre la revocatoria de la decisión del 15 de octubre del 2015[31], por medio de la cual se declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por los miembros del Consejo Comunitario Mamajari del Níspero y otros contra la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales.

En dicha oportunidad, esta Sala de Decisión determinó que “la petición encaminada a que se deje sin efectos o se suspenda la Resolución No. 805 del 9 de julio del 2015, por medio del cual la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA otorgó la licencia ambiental a Promigas S.A. E.S.P., para el desarrollo del proyecto referenciado, resulta improcedente en sede de tutela, toda vez que se dirige contra un acto administrativo en relación con el cual existe un mecanismo de defensa judicial”.

Sobre el particular, se consideró que de conformidad con el artículo 229 de la Ley 1437 del 2011, existe la posibilidad de suspensión provisional de los actos administrativos demandados en sede de la jurisdicción contenciosa administrativa, por lo que “La regulación que en materia de suspensión provisional introdujo la Ley 1437 de 2011 y la comprensión que de ella ha tenido la jurisprudencia de esta Corporación, permiten concluir que los accionantes cuentan, con un medio judicial no sólo idóneo sino también temporalmente eficaz para debatir oportunamente la posible violación de sus derechos y plantear la adopción de una medida de protección si se cumplen las condiciones para ello”.

El Tribunal Constitucional, en decisión T-197 del 26 de abril del 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, revocó la decisión referida en relación con la subsidiaridad de la petición de amparo, bajo los razonamientos que se sintetizan a continuación:

• Reitera el criterio judicial de la subsidiaridad como requisito para la procedencia de la acción de tutela, determinando que corresponde al juez constitucional establecer la existencia de los mecanismos de defensa judicial para la protección de los derechos que se alegan como desconocidos, o en su defecto, ante la existencia de éstos, las razones por las cuales los mismos no son idóneos ni eficaces para el ello.

• Indicó que la Ley 1437 del 2011, “con el objeto de armonizar la legislación nacional a las nuevas realidades constitucionales e internacionales, dispuso como causal autónoma de nulidad de los actos administrativos el desconocimiento del derecho a la consulta previa”.

• Bajo estas premisas, la Corte Constitucional reiteró su criterio en relación con el requisito de subsidiaridad derivado del numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 y la existencia de los medios de control consagrados en el ordenamiento procesal contencioso administrativo y la posibilidad de solicitar medidas de suspensión provisional en el marco de ellos.

• Sobre la idoneidad de los medios de control, en especial de aquellos de nulidad y restablecimiento del derecho, precisó que, de conformidad con la posición adoptada en la decisión T-576 del 2014, “Los medios de defensa de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no son idóneos. Esto debido a que solo pueden resolver aspectos relativos a la legalidad de la

decisión administrativa, más no está en capacidad de resolver temas relacionados con la omisión del procedimiento de consulta previa". Posteriormente indicó que, de conformidad con la sentencia T-485 de 2015, "la actuación requerida por parte de los funcionarios responsables no encuentra respuesta concreta a partir de la revisión judicial del acto administrativo, sino que exige, en caso que así decida esta sentencia, acciones materiales tendiente a efectuar el procedimiento de consulta".

• A pesar de lo anterior, reiteró el criterio señalado desde la sentencia SU-039 de 1997, en donde se indicó que a pesar de los medios de control contencioso administrativos "no tengan la idoneidad necesaria para desplazar a la acción de tutela como mecanismo principal de protección del derecho a la consulta previa, no significa que estos no puedan emplearse concurrentemente con el amparo constitucional".

• En relación con la posibilidad de solicitar medidas cautelares en el desarrollo del procedimiento judicial, recordó que en la sentencia T-576 del 2014 "la tutela y la medida de suspensión provisional protegen derechos de distinta naturaleza. Así, mientras la primera persigue la salvaguarda de derechos constitucionales fundamentales, la segunda busca impedir la ejecución de actos administrativos que violan el ordenamiento jurídico y que, por ello, perjudican a alguna persona".

• Finalmente, expuso que en estos casos, "la jurisprudencia constitucional ha entendido que debido a las condiciones de vulnerabilidad y pobreza extrema en las que habitan las comunidades afro e indígenas de nuestro país, la procedencia de la acción de tutela adquiere un carácter prevalente para garantizar sus derechos constitucionales".

En este sentido, esta Sala de Sección, de forma mayoritaria, entiende las razones por la cuales se torna procedente la acción de tutela a efectos de lograr los derechos de participación y de consulta previa de las comunidades indígenas, bajo el entendido de que, a través del mecanismo de amparo constitucional, es posible la emisión de medidas concretas tendientes al inicio de actuaciones administrativas para lograr la plena información de la población afectada con la decisión administrativa y/o medida legislativa que afecte sus intereses. Ello en razón a las diferencias que se predican de la protección a través de la acción de tutela frente al objeto y finalidad del medio de control ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Igualmente, en atención a las especiales condiciones de vulnerabilidad –que incluyen factores de discriminación históricos y sistemáticos, así como un constante abandono estatal que se refleja en situaciones de pobreza-, harían desproporcionado que las comunidades indígenas deban acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con las limitaciones de tipo

formal que ello implica – vr.gr. la constitución de un apoderado judicial y/o el pago de cauciones-

La Sala, no desconoce el alcance que se ha dado a través de la jurisprudencia de esta Corporación a las medidas cautelares consagradas en el procedimiento contencioso administrativo, en especial aquellas que pueden ser requeridas de urgencia – de conformidad con el artículo 234 de la Ley 1437 del 2011 -, como un mecanismo judicial idóneo para la protección de derechos y garantías fundamentales, toda vez que incluso, es necesario que se tenga en cuenta que, desde el artículo 1º ejusdem, la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene por objeto "la efectiva de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la Ley y la preservación del orden justo".

Sin embargo, dadas las especiales características señaladas en relación con la necesidad proteger en forma inmediata el derecho de consulta previa, no resultaría aceptable otorgar la protección de amparo de forma transitoria mientras se acude a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues ello de forma posterior, podría hacer nugatoria cualquier actuación administrativa tendiente a la protección de la garantía constitucional que se hubiere adelantado en virtud de una eventual orden tutelar.

Es por esta razón que se considera que, incluso ante la existencia de otros medios de defensa judicial, lo cierto es que en casos como el sub judice en los que se pretende la tutela del derecho a la consulta previa, la protección debe darse de forma definitiva, y en el evento en que se requiera la suspensión de los efectos de un acto administrativo, como medida tutelar de protección de un derecho fundamental, ella deberá extenderse por el tiempo que tome reestablecer el derecho vulnerado.

De esta forma, en lo sucesivo, la Sala entiende que, en los casos de acciones de tutelas que buscan la protección del derecho fundamental a la consulta previa, y en los cuales exista un acto administrativo que se presume afecta dicha prerrogativa de las minorías étnicas, la misma es procedente a pesar de la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, siendo el amparo que se otorgue, de prosperar el mismo, definitivo, ello sin perjuicio de que se pueda acudir posteriormente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con las consecuencias jurídicas que ello traería.

3.3. El derecho fundamental a la consulta previa

El derecho a la consulta previa es el fundamento para la protección de las garantías de participación democrática de las minorías étnicas en la toma de decisiones que afecten de forma considerable su integridad como tales

en los diversos aspectos de su existencia: costumbres, tradiciones, territorio, supervivencia física, entre otros aspectos[32].

Considerando que dicho mecanismo fue consagrado en una primera oportunidad a través del Convenio 169 de la OIT, la Corte Constitucional en sentencia SU – 039 de 1997, determinó que la consulta previa adquiere la connotación de derecho fundamental, siendo necesario que dicha garantía –y las demás que se buscan hacer efectivas a través de ella-, se materialice a través de un trámite consultivo que debe ser anterior a la adopción de cualquier medida que afecte directamente a los pueblos étnicos.

En relación con la titularidad de este derecho, en decisión T-197 de 2006 a la que se hizo referencia, se reconoció que, “en lugar de vincular la condición de pueblo indígena a una definición concreta, la comunidad internacional haya optado por asociar a que el respectivo grupo posea ciertas características particulares que lo distingan del resto de la sociedad, y a que reivindique esa diferencia, en el ejercicio del derecho a determinar su propia identidad o pertenencia, de conformidad con sus propias costumbre o tradiciones”.

A su vez, se ha reconocido que el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, establece los parámetros para la procedencia de la consulta previa, del cual se resalta el que las comunidades deben ser consultadas “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas **susceptibles de afectarlos directamente**”.

En primer lugar, la jurisprudencia constitucional ha resaltado el término “susceptibles”, para concluir que en atención al mismo, la consulta previa no sólo debe emplearse “exclusivamente frente a proyectos que específicamente afecten a pueblos tribales, sino a medidas que tengan la potencialidad de ser susceptibles de afectarlos”.[33]

Así las cosas, se concluyó:

“En este orden de ideas, es claro que los escenarios de afectación directa son múltiples y, en consecuencia, no existen unos criterios uniformes para el efecto. Por ende, deberá determinarse en cada caso si los efectos de la medida o proyecto inciden en la conformación de la identidad diferenciada de los pueblos étnicos. Para ello, el aspecto central a tener en cuenta es la significación que para el ethos de la comunidad tiene la materia debatida. Por ejemplo, asuntos como la explotación de recursos en el territorio en que habita la comunidad tradicional, o la regulación sobre el uso de la tierra, son generalmente materias que deben ser consultadas, habida cuenta la relación intrínseca entre la definición de la identidad étnica y el territorio.”[34]

Entonces, frente al presupuesto de la afectación directa, el Convenio 169 de la OIT ha determinado expresamente algunas situaciones que requieren

de la consulta previa:

i) Aquellas medidas que involucren la prospección o explotación de recursos naturales en las tierras de los pueblos indígenas (artículo 15 del Convenio)

ii) Las medidas que impliquen trasladar o reubicar a esas colectividades de las tierras que ocupan (artículo 16 del Convenio).

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

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

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

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

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

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

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

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

A su vez, en sentencia C-063 del 4 de febrero de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto, se determinó que la afectación directa existe cuando “una norma tiene como objeto principal de regulación una o varias comunidades indígenas; o cuando la regulación planteada tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que aquellos que tiene en el resto de la población”.

En este punto, es importante resaltar que a través del Decreto 1320 de 1998, compilado en el Decreto 1066 del 2015, por medio del cual se expidió el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior, se reglamentó el trámite para el desarrollo de la consulta previa en territorio de

comunidades étnicas, el cual debe ser complementado con lo señalado en la Directiva Presidencial No. 10 del 2013.

3.4. Concepto de territorio en el marco de las comunidades indígenas

En decisión C-891 del 2002, la Corte Constitucional reconoció que el concepto de territorio, en materia de comunidades indígenas, supera los aspectos económico o jurídico, "(…) precisamente por el carácter ancestral y sagrado que éste ostenta, constituyéndose entonces en un elemento integrante de la forma como aquéllos ven y entienden el mundo".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del 31 de agosto del 2011, dictada en el caso Comunidad Mayagna Sumo (Awas Tingini) contra el Estado de Nicaragua, entendió la relación entre el territorio y las comunidades indígenas que lo habitan en los siguientes términos:

"Entres los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas, por el hecho de su propia existencia, tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras."

4. Caso concreto

4.1. Legitimación en la causa de la Secretaría Distrital de Planeación

Como bien lo expuesto la citada entidad distrital en su escrito de impugnación, en sus funciones se encuentra la asesoría técnica en el desarrollo y proyección de un determinado Plan Parcial, por lo que, al ser dichos instrumentos urbanísticos los cuestionados, es clara la legitimación en la causa de dicha entidad en el presente trámite, pues el proceso de elaboración de una medida administrativa como lo sería un Plan Parcial, aún en el nivel de asesoría, requiere del cumplimiento de exigencias constitucionales y/o legales, como lo sería la consulta previa.

4.2. Frente al Decreto 521 del 2006 – Plan Parcial "El Edén – El Descanso"

De entrada la Sala advierte que se confirmará el amparo otorgado a la Comunidad Muisca de Bosa, por violación al derecho fundamental a la

consulta previa y al debido proceso, de conformidad con las siguientes consideraciones:

En primer lugar, en atención al alcance del derecho a la consulta previa descrito en párrafos precedentes, en especial cuando se determina que la misma es un mecanismo que debe adelantarse con anterioridad a la toma de una decisión susceptible de afectar directamente a la comunidad étnica, se encuentra demostrado que en el presente caso, la Alcaldía Distrital de Bogotá D.C., expidió el Decreto 521 del 2006, por medio del cual adoptó el Plan Parcial “El Edén – El Descanso”, en la localidad de Bosa, sin consultar de forma previa a los miembros de la Comunidad Indígena Muisca que se encuentra asentada en territorios en donde se desarrollaría la mencionada norma urbanística.

Así puede derivarse de la relación de actividades que fueron descritas por el Ministerio del Interior, a través de la Dirección de Consulta Previa al momento de rendir el correspondiente informe en el trámite de la presente acción constitucional, en donde se evidencia que sólo hasta el 29 de mayo del 2009, es decir, cerca de tres años después de la adopción del referido decreto distrital, fue remitida a la Dirección de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobierno de Bogotá la información sobre la Comunidad Muisca de Bosa, asentada en los territorios de desarrollo del plan parcial; y sólo hasta el 9 de julio del mismo año se emitió concepto en relación con la necesidad de proceder con la consulta previa a dicha comunidad a efectos del desarrollo del citado plan urbanístico.

Ahora bien, y en relación con los argumentos de la impugnación, y a través de los cuales la Secretaría Distrital del Planeación expuso que atendiendo la naturaleza de acto administrativo de carácter general del Decreto 521 del 2006, no se configuraba el criterio de la afectación directa a la parte actora, lo que tornaba improcedente la consulta previa, la Sala no encuentra acertado dicho razonamiento, en atención a lo siguiente:

De acuerdo con lo previsto en el artículo 19 de la Ley 388 de 1997, los planes parciales son los instrumentos mediante los cuales se desarrollan y complementan las disposiciones de los planes de ordenamiento, para áreas determinadas del suelo urbano y para las áreas incluidas en el suelo de expansión urbana, además de las que deban desarrollarse mediante unidades de actuación urbanística, macroproyectos u otras operaciones urbanas especiales, de acuerdo con las autorizaciones emanadas de las normas urbanísticas generales, en los términos previstos en la presente ley.

De conformidad con ello, si bien es cierto que el Decreto 521 del 2006 es acto administrativo de carácter general, pues no autoriza de forma específica la construcción de un proyecto o la realización de una determinada obra, también lo es que el mismo tiene la potencialidad de afectar al territorio en que se encuentra asentada la Comunidad Muisca de Bosa, pues al ser un instrumento que complementa los planes de

ordenamiento territoriales adoptados por la administración distrital, es claro que ello tendría una efecto determinante en la forma en que se gestiona el uso de los terrenos en los cuales la comunidad accionante tiene su forma de vida, desarrolla sus costumbres y tradiciones, y en consecuencia, entiende su relación con el mundo.

Razonar lo contrario, implicaría desconocer que a través del plan parcial adoptado, se pueden emitir autorizaciones específicas y concretas, para el desarrollo de un proyecto urbanístico que afecte directamente la territorialidad de la comunidad indígena accionante, por lo que éste simple evento hipotético, hacía necesario que la consulta previa, como mecanismo para garantizar la identidad de los miembros del Cabildo Indígena Muisca de Bosa, la cual, como se vio, está ligada al territorio que ancestralmente ocupan.

De otra parte, la Sala no encuentra razonables los argumentos expuestos en el escrito de impugnación para que se considere que en el presente caso existe carencia actual de objeto que hace innecesaria la protección de los derechos encontrados como conculcados, toda vez que a contrario sensu, el acto administrativo expedido sin la garantía de la consulta previa, continúa vigente, sin que se encuentre demostrado en el expediente que el mismo haya sido declarado suspendido o nulo por la jurisdicción, o la administración distrital haya procedido con su revocatoria.

Los argumentos señalados en relación con la imposibilidad jurídica, técnica, administrativa y financiera para el desarrollo del Plan Parcial “El Edén – El Descanso” en los términos concebidos en el año 2006, no tienen la incidencia para concluir que el mismo no está vigente o es inaplicable, así como tampoco inciden de forma directa el desaparecimiento de los circunstancias de hecho y derecho que fundamentan la conclusión de tutelar los derechos de la parte actora.

Dichas situaciones que señaló la entidad accionada en la impugnación, pueden ser elementos de juicio que llevan a que la administración distrital, en el marco de sus competencias, considere realizar modificaciones o derogar por completo el Decreto 521 del 2006, más sin embargo, en ningún momento resulta como un argumento suficiente para considerar que resulta inocuo una medida de protección al derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad Muisca de Bosa, siendo claro que incluso en el evento de modificaciones del citado instrumento urbanístico, dadas las consideraciones precedentes, se deberá consultar a los miembros de la parte actora sobre el particular.

Por ello, la medida de amparo en relación con el Decreto 521 de 2006, será confirmada, con algunas modificaciones que serán expuestas en el acápite correspondiente.

4.3. Frente al Plan Parcial Campo Verde

Como lo señaló el Tribunal a quo, en el expediente se encuentra demostrado que el Ministerio del Interior, en desarrollo de la orden emitida en el numeral 7º del fallo del 15 de septiembre del 2015, adelantó visita de verificación sobre los terrenos donde se desarrollaría el Plan Parcial "Campo Verde", en donde se indicó:

"1. Dentro del polígono que corresponde al área del proyecto Plan Parcial Campo Verde no se evidenció presencia de comunidades étnicas representada en asentamientos de población regulares y permanentes, o predios de índole colectivo, donde se desarrollen prácticas de las que dependa el sustento de una comunidad étnica".

Dicho informe fue cuestionado por la Gobernadora Indígena del Cabildo Indígena Muisca de Bosa, con posterioridad a la declaratoria de nulidad del primer trámite dado a la acción sub judice, así como en la impugnación que ahora se resuelve. Se señaló entonces que el funcionario delegado por el Ministerio del Interior, responsable de adelantar la correspondiente visita de verificación, no recibió documentos que demostraban que en el territorio se desarrollaban rituales vitales para la cosmovisión de la comunidad, en especial, en el humedal denominado "La Isla". Así mismo, se indicó que en el informe sólo se tuvieron en cuenta aspectos de titulación de tierras y presencia física de los indígenas del Cabildo Indígena Muisca de Bosa, sin hacer consideración alguna sobre los demás lazos que unían a la Comunidad con dicho espacio físico.

Sobre el particular, la Sala encuentra que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, aunque los cuestionamientos en relación con dicha visita fueron expuestos antes de la sentencia de primera instancia, no realizó valoración alguna sobre el particular, razón por la cual, se considera procedente realizar pronunciamiento al respecto.

En este punto, se trae a colación el contenido de la Directiva Presidencial No. 010 del 7 de noviembre del 2013, por medio de la cual se presentó la guía para la realización de consulta previa. Dicha normativa explica que el procedimiento para el efecto se divide en etapas, una de ellas, la primera, el correspondiente a la certificación sobre la presencia de comunidades étnicas que hace necesaria la consulta previa.

En el punto 3 del desarrollo de dicha etapa, se indica lo siguiente:

"Paso 3: Verificación en campo, sólo en caso que la DCP haya determinado la necesidad de realizarla, y en el plazo que ella misma lo determine.

La DCP debe caracterizar y reconocer áreas de presencia de comunidades étnicas, para lo cual tendrá siempre en cuenta el área de influencia del POA. Para determinar la presencia de una comunidad étnica en las áreas

de interés del Proyecto Obra o Actividad (POA), debe estar presente al menos alguno de los elementos enunciados a continuación:

• Asentamiento de comunidades en las áreas de influencia.

• Desarrollo de usos y costumbres por parte de comunidades en esas áreas.

• Tránsito de comunidades étnicas en las áreas de interés del POA.”

Del contenido del informe presentado por el funcionario del Ministerio del Interior, se tiene que el trabajo de campo desarrollado tuvo las siguientes etapas:

“4.1 DELIMITACIÓN DEL PROYECTO PLAN PARCIAL CAMPO VERDE

(…)

4.2 VERIFICACION DEL ÁREA DEL PROYECTO

4.2.1. Vías de acceso al área del proyecto

(…)

4.2.2. Tenencia de la tierra en el área del proyecto

(…)

4.2.3. Concepto de “Comunidad” y de “Cabildo”

(…)

4.2.3.1. Censo Padrón de la Comunidad Muisca de Bosa

(…)

5. Conclusión”.

De lo anterior, se evidencia que el ente ministerial a través de su funcionario, no adelantó gestiones tendientes a la verificación de “usos y costumbres” en el área, lo cual no necesariamente se encuentra atado a la presencia física de asentamientos, y por el contrario, constituye un elemento que se acompasa con el concepto de territorio que fue desarrollado en el acápite precedente.

Ante la ausencia de la constancia de dicho aspecto en el informe, esta Sala no encuentra certeza absoluta en relación con la conclusión a la que llegó el Ministerio del Interior sobre la ausencia de la Comunidad accionante en

los territorios donde se desarrollaría el Plan Parcial Campo Verde. Ello, aunado a los cuestionamientos de la Gobernadora de la Comunidad, los cuales no fueron debatidos durante el presente trámite.

Este juez constitucional no pasa por alto lo anterior, razón suficiente para que, en lugar de negar el amparo solicitado, se emita una orden de tutela que permita establecer certeza sobre el particular, y de esta forma establecer la posible afectación de los derechos del Cabildo Indígena Muisca de Bosa, tal y como se expondrá en un acápite subsiguiente.

4.4. Frente a la construcción de parqueaderos del Sistema Integrado de Transporte Masivo

En relación con este aspecto, es de anotar que en el expediente, no obra constancia que demuestre que la mencionada obra urbanística, se está desarrollando en territorio ancestral de la Comunidad accionante, lo cual sería motivo suficiente para negar el amparo.

Sin embargo, en aras de prevenir cualquier afectación al derecho fundamental a la consulta previa, se dispondrá de una orden a través de la cual se proceda a la verificación de ello por parte de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

4.5. Conclusiones y órdenes

Con fundamento en lo dicho, se tiene que:

- Se encuentra probada la vulneración al derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad Muisca de Bosa, en relación con la expedición del Decreto Distrital 521 del 2006, sin que existan circunstancias suficientes en la actualidad para considerar que i) dicho procedimiento no era necesario en atención a la calidad de acto administrativo de carácter general y concreto, y por lo tanto, no afecta directamente a la parte accionante; o ii) que existen elementos de juicio para considerar que se ha configurado una carencia actual de objeto por hecho superado.

- No se tiene certeza en relación con la vinculación (en alguna de las condiciones descritas en la Directiva Presidencial 10 del 2013) de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa en los terrenos donde se proyecta la concreción del Plan Parcial “Campo Verde”, así como en los predios donde se construyen parqueaderos del Sistema Integrado de Transporte Masivo.

Ahora bien, considerando las situaciones expuestas en relación con la procedencia de la acción de tutela en casos como el sub lite, la Sala considera procedente modificar la decisión del 30 de marzo del 2016 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A” y correspondiente a la primera instancia del presente

proceso, con el propósito de precisar las órdenes a emitir en la parte resolutiva.

Ello teniendo en cuenta además todas las situaciones de hecho ocurridas con posterioridad a la declaratoria de nulidad.

En este orden de ideas, el numeral 1º del fallo de primera instancia será modificado para disponer lo siguiente:

AMPARAR los derechos fundamentales a la consulta previa y al debido proceso de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa, ante la expedición del Decreto 521 del 2006.

En consecuencia de lo anterior, serán adicionadas las siguientes órdenes:

En consecuencia, **SUSPENDER** los efectos del Decreto Distrital 521 del 2006, por medio del cual se adoptó el Plan Parcial “El Edén – El Descanso, por lo que no podrán expedirse actos administrativo o realizarse cualquier tipo de actuación tendiente a su desarrollo, ello hasta tanto se lleve a cabo, de conformidad con el procedimiento determinado en la Directiva Presidencia No. 10 del 2013, para efectos de la consulta previa con la Comunidad Indígena Muisca de Bosa en relación con el mencionado Plan Parcial.

De otra parte, se **ORDENARÁ** al Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia **CONTINÚE** con el proceso de consulta previa iniciado, garantizando en todo momento la participación de los miembros de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa. Dicho proceso deberá contar con la vinculación de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., la cual, para el efecto, deberá crear un equipo interdisciplinario con las dependencias encargadas, no sólo del diseño, proyección y/o asesoría técnica de planes parciales, sino también con aquellas que son responsables de los asuntos relacionados con consultas previas. A dicho proceso, también deberán ser vinculados la empresa METROVIVIENDA S.A. y el Instituto de Desarrollo Urbano IDU.

Sobre el particular, se **EXHORTARÁ** a la Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría de Planeación – Dirección de Planes Parciales, para que determine, con claridad suficiente, su planificación en relación con el futuro de la ejecución del Plan Parcial “El Edén – El Descanso”, con el fin de determinar si el Decreto 521 de 2006, por medio del cual éste fue adoptado, será objeto de modificaciones o derogatoria. En caso de considerarse la modificación del mismo, se **ADVERTIRÁ** a la citada entidad distrital, que estas deberán consultarse en forma previa con la Comunidad Muisca de Bosa, garantizando en todo momento la participación de la misma en la determinación de las modificaciones necesarias, y de forma concreta,

aquellas que afecten directa y/o potencialmente el territorio de la Comunidad.

De igual forma, se **ADVERTIRÁ** a los participantes del proceso de consulta previa, que el desarrollo del mismo sólo deberá versar sobre los asuntos que se deriven de la naturaleza propia del plan parcial como norma urbanística, y sólo sobre aquellos aspectos que potencial y/o directamente afecten el territorio de la comunidad indígena accionante.

Si no es no es posible llegar a un acuerdo con la Comunidad, la Dirección de Consulta Previa y las demás entidades vinculadas al proceso, junto con la Defensoría del Pueblo, Personería Distrital y la Procuraduría General de la Nación, deberán evaluar el impacto de este plan en la comunidad accionante, para determinar, en un tiempo racional, prudencial, que no puede prologarse más allá de tres (3) meses, las actuaciones que se deben acometer, a efectos de, como lo señala el Protocolo para las Consultas Previas, evitar, mitigar, corregir, prevenir o compensar la afectación que eventualmente pueda derivarse de la ejecución del plan parcial.

Por el contrario, si en la etapa de pre consulta se llega a la conclusión que dicho plan tiende a destruir a la comunidad o afectar seriamente su identidad cultural, la Personería Distrital deberá tomar las medidas para la garantía de los derechos de la accionante.

Se **ORDENARÁ** a la Personería Distrital verificar el cumplimiento de la anterior orden. En caso de no cumplirse, deberá tomar las medidas del caso para que se suspenda la operación del mencionado parquedero (sic) y la contrucción (sic) de la ciclo ruta, hasta tanto concluya el proceso de consulta.

Se **ORDENARÁ** a la Defensoría del Pueblo que en ejercicio de las funciones asignadas por el artículo 282 de la Constitución Política, asesore y acompañe a la Comunidad Indígena Muisca de Bosa de la ciudad de Bogotá en el proceso de consulta del plan parcial el “Edén –El Descanso”, para el cumplimiento efectivo del derecho fundamental que en esta providencia se protege.

Se **EXHORTARÁ** a la Procuraduría General de la Nación -Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos- Grupo de Asuntos Étnicos-, para que en ejercicio de sus funciones, vigile el adelantamiento de la consulta del plan parcial el “Edén –El Descanso”, con observancia de los derechos fundamentales de dicha comunidad y de conformidad con los parámetros señalados por el Tribunal Constitucional.

Finalmente, en relación con la protección de amparo respecto de la implementación del Plan Parcial Campo Verde, la decisión de primera instancia al respecto será **REVOCADA**. Si bien no puede establecerse la vulneración al derecho a la consulta previa de la Comunidad accionante, se

ORDENARÁ al Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa, que en un término máximo de 8 días de la notificación de esta providencia, verifique con una visita en campo, la presencia o no de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa en los terrenos en donde se proyectó el Plan Parcial “Campo Verde”, para lo cual deberá tener en cuenta los criterios citados en el paso 3 de la etapa 1 de la Directiva Presidencial 10 del 2013, en especial, el relacionado con las costumbres o tradiciones en los predios a visitar, en especial, la alegada importancia del humedal La Isla, verificando si el territorio de la referida comunidad se extiende hasta este lugar.

Mientras dicha diligencia se practica, se ordenará a METROVIVIENDA S.A., así como a las sociedades comerciales Constructora Bolívar S.A., Construcciones Marval S.A. y C. CONGOTE S.A, **SUSPENDER** cualquier actividad que se desarrolle en los predios que componen el Plan Parcial “Campo Verde”, medida que se extenderá hasta que se emita el concepto por parte del Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa.

En caso en que se compruebe que la mencionada comunidad hace presencia en dicha área, deberá notificar inmediatamente a la autoridad distrital para que ésta proceda a **SUSPENDER EN FORMA DEFINTIVA** las obras que se estén realizando, en aras de iniciar el proceso de consulta previa, siguiendo el protocolo adoptado por la Directiva Presidencial 10 del 2013.

Igualmente, en relación con la construcción de parqueaderos del Sistema Integrado de Transporte en la Localidad de Bosa, y que presuntamente se desarrollan en territorios de la Comunidad accionante, la Alcaldía Mayor de Bogotá, a través de la dependencia correspondiente, deberá informar dentro de las (48) siguientes a la notificación del presente fallo a la Dirección de Consulta Previa, la información suficiente y necesaria para establecer la ubicación de dichos predios, y ésta última, en un término no mayor a ocho (8) días siguientes al recibo de la información, deberá realizar visita de campo a efectos de verificar la presenta de la Comunidad Muisca de Bosa en ellos, siguiendo los mismos parámetros de la orden determinada en los párrafos precedentes.

En ambas de las visitas ordenadas, se deberá contar con participación de los interesados.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1º del fallo del 30 de marzo del 2016, dictado en la primera instancia del sub lite, el cual quedará así:

*"**PRIMERO: AMPARAR** los derechos fundamentales a la consulta previa y al debido proceso de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa, ante la expedición del Decreto 521 del 2006."*

***SEGUNDO: ADICIONAR** a la sentencia del 30 de marzo del 2016 los siguientes numerales:*

*"**SEGUNDO: SUSPENDER** los efectos del Decreto Distrital 521 del 2006, por medio del cual se adoptó el Plan Parcial "El Edén – El Descanso, por lo que no podrán expedirse actos administrativo o realizarse cualquier tipo de actuación tendiente a su desarrollo, ello hasta tanto se lleve a cabo, de conformidad con el procedimiento determinado en la Directiva Presidencia No. 10 del 2013, para efectos de la consulta previa con la Comunidad Indígena Muisca de Bosa en relación con el mencionado Plan Parcial.*

***TERCERO: ORDENAR** al Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia que **CONTINUE** (sic) con el proceso de consulta previa iniciado, garantizando en todo momento la participación de los miembros de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa. Dicho proceso **DEBERÁ** contar con la vinculación de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., la cual, para el efecto, creará un equipo interdisciplinario con las dependencias encargadas, no sólo del diseño, proyección y/o asesoría técnica de planes parciales, sino también con aquellas que son responsables de los asuntos relacionados con consultas previas y derechos de las comunidades étnicas. A dicho proceso, también deberán ser vinculados la empresa METROVIVIENDA S.A. y el Instituto de Desarrollo Urbano IDU.*

***PARÁGRAFO PRIMERO: EXHORTAR** a la Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría de Planeación – Dirección de Planes Parciales, para que determine, con claridad suficiente, y así sea expuesto en el marco del proceso de consulta previa ordenado, su planificación en relación con el futuro de la ejecución del Plan Parcial "El Edén – El Descanso", con el fin de establecer si el Decreto 521 de 2006, por medio del cual éste fue adoptado, será objeto de modificaciones o derogatoria. En caso de considerarse la modificación del mismo, se **ADVIERTE** a la citada entidad distrital, que estas deberán consultarse en forma previa con la Comunidad Muisca de Bosa, garantizando en todo momento la participación de la misma en la determinación de las modificaciones necesarias, y de forma concreta, aquellas que afecten directa y/o potencialmente el territorio de la Comunidad.*

***PARÁGRAFO SEGUNDO: ADVERTIR** a los participantes del proceso de consulta previa, que el desarrollo del mismo sólo deberá versar sobre los*

asuntos que se deriven de la naturaleza propia del plan parcial como norma urbanística, y sólo sobre aquellos aspectos que potencial y/o directamente afecten el territorio de la comunidad indígena accionante.

Si no es no es posible llegar a un acuerdo con la Comunidad, la Dirección de Consulta Previa y las demás entidades vinculadas al proceso, junto con la Defensoría del Pueblo, Personería Distrital y la Procuraduría General de la Nación, deberán evaluar el impacto de este plan en la comunidad accionante, para determinar, en un tiempo racional, prudencial, que no puede prologarse más allá de tres (3) meses, las actuaciones que se deben acometer, a efectos de, como lo señala el Protocolo para las Consultas Previas, evitar, mitigar, corregir, prevenir o compensar la afectación que eventualmente pueda derivarse de la ejecución del plan parcial.

Por el contrario, si en la etapa de pre consulta se llega a la conclusión que dicho plan tiende a destruir a la comunidad o afectar seriamente su identidad cultural, la Personería Distrital deberá tomar las medidas para la garantía de los derechos de la accionante.

***CUARTO: ORDENAR** a la Personería Distrital verificar el cumplimiento de la anterior orden. En caso de no cumplirse, deberá tomar las medidas del caso para que se suspenda la operación del mencionado parquedero y la contrucción de la ciclo ruta, hasta tanto concluya el proceso de consulta.*

***QUINTO: ORDENAR** a la Defensoría del Pueblo que en ejercicio de las funciones asignadas por el artículo 282 de la Constitución Política, asesore y acompañe a la Comunidad Indígena Muisca de Bosa de la ciudad de Bogotá en el proceso de consulta del plan parcial el "Edén –El Descanso", para el cumplimiento efectivo del derecho fundamental que en esta providencia se protege.*

***SEXTO: EXHORTAR** a la Procuraduría General de la Nación -Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos- Grupo de Asuntos Étnicos-, para que en ejercicio de sus funciones, vigile el adelantamiento de la consulta del plan parcial el "Edén –El Descanso", con observancia de los derechos fundamentales de dicha comunidad y de conformidad con los parámetros señalados por el Tribunal Constitucional."*

TERCERO: REVOCAR el numeral 2 del fallo de primera instancia dictado el 30 de marzo del 2016, el cual negó el amparo en relación con el Plan Parcial Campo Verde y frente a la construcción de parqueaderos del Sistema Integrado de Transporte. En consecuencia, **ADICIONAR** a dicha providencia el siguiente numeral:

*"**SÉPTIMO: ORDENAR** al Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa, que en un término máximo de 8 días de la notificación de esta providencia, verifique con una visita en campo, la presencia o no de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa en los terrenos en donde se proyectó*

el Plan Parcial "Campo Verde", para lo cual deberá tener en cuenta los criterios citados en el paso 3 de la etapa 1 de la Directiva Presidencial 10 del 2013, en especial, el relacionado con las costumbres o tradiciones en los predios a visitar, en especial, la alegada importancia del humedal La Isla, verificando si el territorio de la referida comunidad se extiende hasta dicho lugar.

Mientras dicha diligencia se practica, se ***ORDENA*** *a METROVIVIENDA S.A., así como a las sociedades comerciales Constructora Bolívar S.A., Construcciones Marval S.A. y C. CONGOTE S.A,* ***SUSPENDER EN FORMA INMEDIATA Y TRANSITORIA*** *cualquier actividad que se desarrolle en los predios que componen el Plan Parcial "Campo Verde", medida que se extenderá hasta que se emita el concepto por parte del Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa.*

En caso en que se compruebe que la mencionada comunidad hace presencia en dicha área, el Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa ***DEBERÁ*** *notificar inmediatamente a la autoridad distrital para que ésta proceda a* ***SUSPENDER EN FORMA DEFINTIVA*** *las obras que se estén realizando, en aras de iniciar el proceso de consulta previa, siguiendo el protocolo adoptado por la Directiva Presidencial 10 del 2013.*

Igualmente, en relación con la construcción de parqueaderos del Sistema Integrado de Transporte en la Localidad de Bosa, y que presuntamente se desarrollan en territorios de la Comunidad accionante, la Alcaldía Mayor de Bogotá, a través de la dependencia correspondiente, ***INFORMARÁ*** *dentro de las (48) siguientes a la notificación del presente fallo a la Dirección de Consulta Previa, la información suficiente y necesaria para establecer la ubicación de dichos predios, y ésta última, en un término no mayor a ocho (8) días siguientes al recibo de la información,* ***REALIZARÁ*** *visita de campo a efectos de verificar la presenta de la Comunidad Muisca de Bosa en ellos, siguiendo los mismos parámetros de la orden determinada en los párrafos precedentes.*

PARÁGRAFO: *Ambas de las visitas ordenadas, deberán contar con la presencia de la Comunidad accionante, así como de las demás entidades y terceros interesados y que manifiesten su deseo de ello."*

CUARTO: De todas las actividades adelantadas para dar cumplimiento a lo ordenado en la presente providencia, las autoridades implicadas deberán rendir informes al juez de primera instancia.

QUINTO: NOTIFÍQUESE a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: REMÍTASE el expediente a la Corte constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, previo envío de copia de la misma al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

La presente decisión se discutió y aprobó en sesión de la fecha.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidente
Aclara voto

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Aclara voto

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

ALBERTO YEPES BARREIRO

CON ACLARACIÓN DE VOTO DE LA

CONSEJERA ROCIO ARAÚJO OÑATE

JUEZ DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Decide como juez de legalidad y como juez de constitucionalidad / JUEZ DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Cláusula general de competencia

Con la expedición de la Ley 1437 del 2011, el juez de lo contencioso administrativo no solamente realiza juicios de simple legalidad de un acto administrativo, sino que… también debe garantizar la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden público… dicho funcionario judicial no sólo decide frente a la legalidad, sino que también se encuentra investido de una función constitucional, en la cual se encuentra vinculado por el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el texto superior, lo cual no sólo se deriva de las normas de rango legal antes referidas, sino también del mandato expreso consagrado en el artículo 2 constitucional… es importante resaltar que el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, determina una especie de cláusula general de competencia respecto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, estableciendo, entre otras cosas, que ésta se encuentra instituida para conocer además de lo instituido en la Constitución Política y las leyes especiales, las controversias y litigios, originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa, lo que permite concluir que ninguna manifestación de la administración, se encuentra exenta del control de la jurisdicción.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 4 / CONSTITUCION POLITICA -

ARTICULO 93 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 103 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 104

MEDIDAS CAUTELARES - Mecanismos idóneos y eficaces de protección de derechos fundamentales / MEDIDAS CAUTELARES - Clases / MEDIDAS CAUTELARES - Medio para lograr una tutela judicial efectiva

El estatuto procesal contencioso administrativo de 2011 incluyó grandes cambios en materia de medidas cautelares, las cuales hacen que se tornen en mecanismos idóneos y eficaces para un protección de los derechos fundamentales de las personas que acuden a la jurisdicción… éstas pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, siendo necesario que tengan una relación directa con las pretensiones de la demanda… más allá de la posibilidad de suspender los efectos de un acto, procedimiento o actuación administrativa, se podrán impartir las órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del procesos obligaciones de hacer o no hacer… corresponderá entonces al juez de lo contencioso administrativo a la hora de decidir las medidas cautelares que le sean solicitadas dentro del trámite de un proceso ordinario, garantizar los principios que rigen a la jurisdicción de lo contencioso administrativo: los derechos fundamentales de las personas que acuden a ella -sean estos de carácter fundamental o legal- y la preservación del orden jurídico… las medidas cautelares son un medio útil, adecuado y eficaz para lograr una tutela judicial efectiva, pues a partir del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el juez fue empoderado para ordenar las medidas solicitadas en sede de ordinaria como mecanismo transitorio, sin más requisitos que los necesarios para determinar si resulta procedente acudir a ellas.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 230 - NUMERAL 5 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 233

NOTA DE RELATORIA: En relación con la eficacia de las medidas cautelares consagradas en la Ley 1437 de 2011, consultar la providencia de 17 de marzo de 2015, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. En el mismo sentido ha adoptado su posición la Sección Quinta en diversos fallos de tutela, al respecto ver las sentencias de 16 de octubre del 2014, exp. 25000-23-36-000-2014-01162-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro; de 15 de abril de 2015, exp. 13001-23-31-000-2014-00018-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro; de 15 de abril de 2015, exp. 25001-23-42-000-2015-00826-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro; de 3 de agosto de 2015, exp. 25000-23-42-000-2015-02823-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro; de 4 de febrero de 2016, exp. 25000-23-42-000-2015- 005591-01, C.P. Rocío Araújo Oñate; de 4 de febrero de 2016, exp. 11001-03-15- 000-2015-02999-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; y de 7 de abril de 2016, exp. 25000-23-41-000-2015-02465-01, C.P. Rocío Araújo Oñate; entre otros.

ACCION DE TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO DE PROTECCION - Cuando existen otros medios de defensa judicial siempre que exista un perjuicio irremediable / ACCION DE TUTELA - Naturaleza residual / DECRETOS PARCIALES EDEN EL DESCANSO Y CAMPO VERDE - La posibilidad de afectación de territorios de la Comunidad Muisca de Bosa era prueba de la configuración de un perjuicio irremediable / AMPARO DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA - Debió ser transitorio mientras se acude a los medios de defensa judicial ordinarios

El primer elemento a considerar la tutela como mecanismo transitorio a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, es la existencia de un perjuicio irremediable… la forma en la que se diseñó por el constituyente la acción de tutela, la cual fue concebida como un mecanismo residual tras el agotamiento de las vías ordinarias -que son las primeras llamadas a defender y garantizar los derechos fundamentales-, permite entender que la procedencia del recurso de amparo como mecanismo transitorio busca precisamente proteger el contenido y la competencia de la autoridad que tiene la competencia para dirimir el conflicto que se pone a consideración del juez de tutela, sólo que, ante la configuración de un perjuicio irremediable, se hace necesaria la adopción de medidas transitorias de protección del derecho fundamental alegado… en el caso concreto se debió dar aplicación al artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, para emitir medidas transitorias de amparo que permitieran garantizar la protección del derecho conculcado a la Comunidad Muisca de Bosa, ello mientras se acudía a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a efectos de demandar la nulidad simple de los decretos que fijaron los planes parciales cuestionados en sede de tutela… De esta forma, la Sala hubiera garantizado los dos extremos en tensión que se evidenciaron al momento de estudiar el fondo del asunto, a saber, por un lado (i) la necesidad de garantizar el derecho a la consulta previa de la comunidad actora; y por el otro (ii) la preservación del contenido, idoneidad y eficacia de las acciones contencioso administrativas y de las competencias asignadas a juez de dicha jurisdicción, logrando así el equilibrio que, incluso el mismo constituyente, buscó al consagrar a la acción de tutela como un mecanismo residual, cuya procedencia será transitoria, a pesar de la existencia de otros instrumentos idóneos y eficaces, cuando resulte clara la necesidad de evitar un perjuicio irremediable.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 8

NOTA DE RELATORIA: Sobre los requisitos para la ocurrencia del perjuicio irremediable, consultar la sentencia T-397 DE 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, de la Corte Constitucional

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas en forma mayoritaria por la Sala de Sección, manifiesto que, si bien comparto la

determinación tomada en la parte resolutiva del fallo de 4 de agosto del 2016, dictado en el expediente de la referencia, en el sentido de ordenar medidas de amparo frente al derecho a la consulta previa de la comunidad accionante, me permito aclarar algunos aspectos dilucidados por éste en su parte motiva, dada su relación con el criterio jurídico que he presentado ante la Sala.

En síntesis, la Sala de Sección encontró que las autoridades judiciales accionadas desconocieron los derechos fundamentales a la consulta previa y al debido proceso de los miembros integrantes de la Comunidad Muisca de Bosa, en atención a que se comprobó, que para la expedición del Decreto Distrital 521 de 2006 por medio del cual se adoptó el Plan Parcial "El Edén – El Descanso", no se agotó dicho mecanismo de participación, razón por la cual ordenó como **medida tutelar definitiva**: i) la suspensión de los efectos del citado decreto; ii) la continuación de los trámites del proceso de consulta previa por parte del Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa; y iii) la adopción de otras medidas de acompañamiento y cumplimiento de la Directiva Presidencial 10 del 2013.

A su vez, se determinó que a la fecha de la sentencia, existe duda sobre la presencia de la comunidad actora en los terrenos en donde se desarrollará el Plan Parcial "Campo Verde", por lo que se ordenó que la entidad administrativa correspondiente, a saber, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, adelantara una nueva visita de verificación a dichos predios, con el propósito de determinar, no sólo la presencia física de población indígena muisca en los mismos, sino de establecer con certeza que en estos no se desarrollen prácticas culturales o rituales sagrados relacionados con su cosmovisión y costumbres. Si tras dicho proceso de verificación, se llegare a establecer la necesidad de realizar la correspondiente consulta previa, ello en la medida en que se verifica la afectación de territorios sagrados de la Comunidad accionante, **se ordenó que en forma definitiva**, se suspendan las actividades que se realizan a efectos de dar cumplimiento al referido plan parcial.

Para arribar a la citada considerativa, la Sala desarrolló, entre otros, los conceptos relacionados con el contenido del derecho fundamental a la consulta previa, la concepción de territorio en el marco de las comunidades indígenas, así como fijó su posición en relación con el requisito de subsidiaridad de la acción de tutela en casos en los cuales, a través de dicho mecanismos de amparo constitucional, se pretenda la protección del derecho de participación de las comunidades étnicas.

Es sobre a éste último punto que me permito presentar aclaración de voto, buscando con ello fijar mi posición ante las apreciaciones que sustentaron la conclusión a la cual se arribó al respecto, la cual, en resumen, indicaron que en dichos casos, la solicitud de amparo es procedente en su estudio de fondo, a pesar de la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, y,

de establecerse la vulneración al derecho constitucional alegado, la medida tutelar a dictar tiene el carácter de definitivo.

Para efectos metodológicos, la exposición se abordará desde la siguiente perspectiva:

i) La Ley 1437 del 2011 y la función del juez administrativo como juez de constitucionalidad;

ii) La idoneidad y eficacia de las medidas cautelares en el nuevo régimen procesal contencioso administrativo; y por último

iii) La tutela como mecanismo transitorio de protección en los casos en que se evidencia la existencia de otros mecanismos de defensa judicial idóneos, así como la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Lo anterior para concluir que, si bien es cierto, en casos como el fallado por la Sala de Sección en la sentencia objeto de la presente aclaración, se torna necesario dictar medidas para la protección del derecho fundamental a la consulta previa, también lo es que el juez constitucional de tutela debe mantener la vigencia y el contenido de las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como juez natural para el estudio de la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos, lo cual se garantiza a través del diseño que se ha establecido al momento de reglamentar la acción de tutela en los términos del Decreto 2591 de 1991, de manera específica, la protección transitoria.

i) La Ley 1437 de 2011: El juez de lo contencioso administrativo como juez de constitucionalidad

La Sala precisó el alcance del requisito de la subsidiaridad, cuando a través de una acción de tutela se busque la protección del derecho a la consulta previa y de participación de las comunidades indígenas, ello en atención a que en decisión reciente, la Corte Constitucional notificó a esta Sección sobre la revocatoria de la decisión del 15 de octubre del 2015[35], lo cual se adoptó en el fallo T-197 del 26 de abril del 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

En la providencia objeto de la presente aclaración, se realizó una síntesis de los argumentos expuestos por el Tribunal Constitucional, en los siguientes términos:

"(…)

• Reitera el criterio judicial de la subsidiaridad como requisito para la procedencia de la acción de tutela, determinando que corresponde al juez constitucional establecer la existencia de los mecanismos de defensa

judicial para la protección de los derechos que se alegan como desconocidos, o en su defecto, ante la existencia de éstos, las razones por las cuales los mismos no son idóneos ni eficaces para el ello.

• Indicó que la Ley 1437 del 2011, "con el objeto de armonizar la legislación nacional a las nuevas realidades constitucionales e internacionales, dispuso como causal autónoma de nulidad de los actos administrativos el desconocimiento del derecho a la consulta previa".

• Bajo estas premisas, la Corte Constitucional reiteró su criterio en relación con el requisito de subsidiaridad derivado del numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 y la existencia de los medios de control consagrados en el ordenamiento procesal contencioso administrativo y la posibilidad de solicitar medidas de suspensión provisional en el marco de ellos.

• Sobre la idoneidad de los medios de control, en especial de aquellos de nulidad y restablecimiento del derecho, precisó que, de conformidad con la posición adoptada en la decisión T-576 del 2014, "Los medios de defensa de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no son idóneos. Esto debido a que solo pueden resolver aspectos relativos a la legalidad de la decisión administrativa, más no está en capacidad de resolver temas relacionados con la omisión del procedimiento de consulta previa". Posteriormente indicó que, de conformidad con la sentencia T-485 de 2015, "la actuación requerida por parte de los funcionarios responsables no encuentra respuesta concreta a partir de la revisión judicial del acto administrativo, sino que exige, en caso que así decida esta sentencia, acciones materiales tendiente a efectuar el procedimiento de consulta".

• A pesar de lo anterior, reiteró el criterio señalado desde la sentencia SU-039 de 1997, en donde se indicó que a pesar de los medios de control contencioso administrativos "no tengan la idoneidad necesaria para desplazar a la acción de tutela como mecanismo principal de protección del derecho a la consulta previa, no significa que estos no puedan emplearse concurrentemente con el amparo constitucional".

• En relación con la posibilidad de solicitar medidas cautelares en el desarrollo del procedimiento judicial, recordó que en la sentencia T-576 del 2014 "la tutela y la medida de suspensión provisional protegen derechos de distinta naturaleza. Así, mientras la primera persigue la salvaguarda de derechos constitucionales fundamentales, la segunda busca impedir la ejecución de actos administrativos que violan el ordenamiento jurídico y que, por ello, perjudican a alguna persona".

• Finalmente, expuso que en estos casos, "la jurisprudencia constitucional ha entendido que debido a las condiciones de vulnerabilidad y pobreza extrema en las que habitan las comunidades afro e indígenas de nuestro

país, la procedencia de la acción de tutela adquiere un carácter prevalente para garantizar sus derechos constitucionales"".

Considero que sobre el particular, es necesario realizar las siguientes precisiones:

Con la expedición de la Ley 1437 del 2011, el juez de lo contencioso administrativo no solamente realiza juicios de simple legalidad de un acto administrativo, sino que, de conformidad con el artículo 103 ejusdem, también debe garantizar "la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden público", siendo aplicables en la interpretación de las normas que rigen la actuación ante el juez administrativo "los principios constitucionales y los de derecho procesal".

De esta forma, dicho funcionario judicial no sólo decide frente a la legalidad, sino que también se encuentra investido de una función constitucional, en la cual se encuentra vinculado por el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el texto superior, lo cual no sólo se deriva de las normas de rango legal antes referidas, sino también del mandato expreso consagrado en el artículo 2º constitucional[36].

Dicha conclusión también se obtiene de reconocer la fuerza normativa de la Constitución, derivada del artículo 4º del Texto Fundamental[37], así como del control de convencionalidad que se deriva del artículo 9338 ejusdem.

En conclusión, lejos de encontrarse con un campo de acción limitado a los asuntos de la mera o simple legalidad de las actuaciones de la administración, el juez de lo contencioso administrativo debe, en sus razonamientos y conclusiones, atender las normas de orden superior que integran el ordenamiento constitucional vigente y que debe ser garantizado a través de sus decisiones, en especial, buscando siempre la eficacia de las garantías y derechos de las personas.

Finalmente, es importante resaltar que el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, determina una especie de cláusula general de competencia respecto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, estableciendo, entre otras cosas, que ésta se encuentra instituida para conocer "además de lo instituido en la Constitución Política y las leyes especiales, las controversias y litigios, originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa", lo que permite concluir que ninguna manifestación de la administración, se encuentra exenta del control de la jurisdicción.

De esta forma, está claro que las omisiones, verbo y gracia, la no realización de una consulta previa, serían objeto de control por parte de la

jurisdicción.

ii) Las medidas cautelares como mecanismos idóneos y eficaces de protección de derechos fundamentales

Pero más allá de la mera posibilidad de interponer el medio de control de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho, **lo cierto es que en virtud del principio de tutela judicial efectiva**, el estatuto procesal contencioso administrativo de 2011 incluyó grandes cambios en materia de medidas cautelares, las cuales hacen que se tornen en mecanismos idóneos y eficaces para un protección de los derechos fundamentales de las personas que acuden a la jurisdicción.

De conformidad con el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, el cual define el contenido y alcance de este mecanismo procesal, éstas pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, siendo necesario que tengan una relación directa con las pretensiones de la demanda. Con posterioridad, el mismo artículo consagra las medidas que se podrán adoptar en dicha sede judicial, de la cual se resalta que, **más allá de la posibilidad de suspender los efectos de un acto, procedimiento o actuación administrativa**, se podrán "impartir las órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del procesos obligaciones de hacer o no hacer" (numeral 5º, artículo 230, Ley 1437 de 2011)

Por ello, contrario a lo sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia T-197 de 2006, en la actualidad se cuentan con facultades amplias que superan la simple suspensión de los efectos de un acto administrativo, pues con claridad el juez de constitucionalidad y legalidad de éste, puede adoptar medidas concretas de hacer o no hacer, a efectos de permitir en un determinado momento, la restauración del orden jurídico.

Adicional a lo anterior, se debe resaltar que el mismo legislador ordinario consagró la posibilidad de que las referidas medidas cautelares sean adoptadas de urgencia, desde la presentación de la correspondiente solicitud, sin previa notificación a la otra parte y sin agotar el procedimiento previsto para el efecto en el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011.

En relación con el tema, es de resaltar que la Sala Plena de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015[39], precisó que contrario a lo que sucedía con el anterior Código, actualmente **las medidas cautelares son eficaces** para lograr lo pretendido con la demanda, porque ya no se requiere que el juez encuentre acreditada la "*manifiesta infracción*" de la norma superior, sino que basta con que realice un "*análisis inicial*" de legalidad, que de ninguna manera puede confundirse con prejuzgamiento y que lo que busca es precisamente, garantizar, no obstaculizar, una tutela judicial efectiva. Al respecto, en la referida providencia se señaló:

"Contrario a lo que ocurría en vigencia del Código Contencioso Administrativo, las medidas cautelares proceden antes de que se notifique el auto admisorio y en cualquier etapa del proceso, y que su fin consiste en **proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso** y la efectividad de la sentencia, a través de un pronunciamiento que no implica prejuzgamiento.

Conforme al artículo 230 ibídem, las medidas cautelares pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, debiendo tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Dentro de este último criterio, en el numeral 3°, se estipuló la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, garantía concordante con lo dispuesto en el artículo 238 de la Constitución Política" (Negrillas fuera de texto)[40].

En el mismo sentido, en esa misma providencia, respecto de la filosofía de la suspensión provisional en el actual Código, señaló:

"Ahora bien, centrando el estudio en la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, amplió en pro de una tutela judicial efectiva, el ámbito de competencia que tiene el juez de lo contencioso administrativo a la hora de definir sobre la procedencia de tal medida cautelar; y ese cambio, que se refleja en el tenor literal de la norma consulta la intención del legislador y el entendimiento de la medida cautelar en el marco constitucional" (Negrillas fuera de texto)[41].

Lo anterior, también se acompasa con la posición adoptada por esta Sección en diversos fallos de tutela[42], en donde se ha establecido la idoneidad de las medidas cautelares a efectos de proteger los derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, corresponderá entonces al juez de lo contencioso administrativo a la hora de decidir las medidas cautelares que le sean solicitadas dentro del trámite de un proceso ordinario, garantizar los principios que rigen a la jurisdicción de lo contencioso administrativo: los derechos fundamentales de las personas que acuden a ella -sean estos de carácter fundamental o legal- y la preservación del orden jurídico, como lo estipula el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011.

En consonancia con lo anterior, se precisa que las medidas cautelares son un medio útil, adecuado y eficaz para lograr una tutela judicial efectiva, pues a partir del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el juez fue empoderado para ordenar las medidas solicitadas en sede de ordinaria como mecanismo transitorio, sin más requisitos que los necesarios para determinar si resulta procedente acudir a ellas.

iii) La tutela como mecanismo transitorio de protección

El artículo 8º del Decreto 2591 de 1991, régimen aplicable al trámite de las acciones de tutela, determina con claridad suficiente lo siguiente:

"Artículo 8o. La tutela como mecanismo transitorio. Aún cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

Si no se instaura, cesarán los efectos de éste.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás precedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso."

Como se observa de la transcripción de la norma antes transcrita, el primer elemento a considerar la tutela como mecanismo transitorio a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, es la existencia de un perjuicio irremediable.

La Corte Constitucional, en sentencia de revisión de tutela[43], la cual traigo a colación como mecanismo auxiliar de interpretación, reiteró su jurisprudencia en relación con los requisitos para la ocurrencia del perjuicio irremediable en los siguientes términos:

"La Corte Constitucional ha señalado que cuando la tutela se interpone como mecanismo transitorio, debido a que existe un medio judicial principal, se debe demostrar que la intervención del juez constitucional es necesaria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Así, la jurisprudencia ha señalado que el perjuicio debe ser: i) inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; i) grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) urgente, de tal manera que las medidas que se requieran tomar para conjurar el perjuicio se deban tomar de manera

inmediata; y iv) la tutela sea un medida impostergable para garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad"

De esta forma, desde mi punto de vista, es claro que la forma en la que se diseñó por el constituyente la acción de tutela, la cual fue concebida como un mecanismo residual tras el agotamiento de las vías ordinarias -que son las primeras llamadas a defender y garantizar los derechos fundamentales-, permite entender que la procedencia del recurso de amparo como mecanismo transitorio busca precisamente proteger el contenido y la competencia de la autoridad que tiene la competencia para dirimir el conflicto que se pone a consideración del juez de tutela, sólo que, ante la configuración de un perjuicio irremediable, se hace necesaria la adopción de medidas transitorias de protección del derecho fundamental alegado.

iv) Conclusiones frente al caso concreto

De conformidad con lo dicho, manifiesto que en el caso concreto se debió dar aplicación al artículo 8º del Decreto 2591 de 1991, para emitir medidas transitorias de amparo que permitieran garantizar la protección del derecho conculcado a la Comunidad Muisca de Bosa, ello mientras se acudía a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a efectos de demandar la nulidad simple de los decretos que fijaron los planes parciales cuestionados en sede de tutela.

La anterior conclusión la sustento en el siguiente razonamiento:

(i) Los Decretos Distritales 521 del 2006 y 113 del 2011, a través de los cuales se adoptaron los Planes Parciales "El Edén-El Descanso" y "Campo Verde", son susceptibles del medio de control de nulidad simple, con la posibilidad de que en éste se soliciten las medidas cautelares, incluso de urgencia, que sean procedentes, con la ya reconocida eficacia de dichos medios para la protección de derechos fundamentales.

(ii) Se demostró que con la vigencia de los citados actos administrativos, se encontraba latente la ocurrencia de un perjuicio irremediable frente al derecho a la consulta previa de la Comunidad Muisca de Bosa, en tanto sólo dicha situación, ponía en riesgo los derechos a la identidad cultural y participación que se pretenden proteger a través de ésta.

En otras palabras, atendiendo el criterio de afectación directa que hace procedente la consulta previa, el cual como fue desarrollado en el proyecto, hace relación a la simple posibilidad de afectación de territorios de comunidades étnicas, la situación latente de la realización de las actividades que se permiten a través de los planes parciales arriba referidos, era prueba suficiente para considerar que nos encontrábamos ante la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable.

(iii) De lo anterior (existencia del mecanismo judicial idóneo, más la necesidad de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable), se concluye que la protección que se debió otorgar a la comunidad actora era de forma transitoria, en los términos del artículo 8º del Decreto 2591 de 1991.

De esta forma, la Sala hubiera garantizado los dos extremos en tensión que se evidenciaron al momento de estudiar el fondo del asunto, a saber, por un lado (i) la necesidad de garantizar el derecho a la consulta previa de la comunidad actora; y por el otro (ii) la preservación del contenido, idoneidad y eficacia de las acciones contencioso administrativas y de las competencias asignadas a juez de dicha jurisdicción, logrando así el equilibrio que, incluso el mismo constituyente, buscó al consagrar a la acción de tutela como un mecanismo residual, cuya procedencia será transitoria, a pesar de la existencia de otros instrumentos idóneos y eficaces, cuando resulte clara la necesidad de evitar un perjuicio irremediable.

En lo anteriores términos presento mi aclaración de voto.

Fecha up supra,

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera de Estado

CON ACLARACIÓN DE VOTO DE LA C

ONSEJERA LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

ACCION DE TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO- Mecanismo eficaz para garantizar la tutela judicial efectiva / MEDIDAS CAUTELARES - Están sujetas al cumplimiento de requisitos y formalidades / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSION PROVISIONAL CONTEMPLADA EN EL CODIGO GENERAL DEL PROCESO - Opera solamente en lo que sea compatible con su naturaleza, no aplica para la suspensión de actos administrativos / VULNERACION DE DERECHOS CON OCASION DE UN ACTO ADMINISTRATIVO - Debe analizarse cada caso en concreto para determinar si son más idóneas o eficaces las medidas cautelares o la acción de tutela

Las medidas cautelares… no siempre resultan eficaces para garantizar la tutela judicial efectiva, como sí lo sería la acción de tutela como mecanismo transitorio, pues las primeras están sujetas al cumplimiento de una serie de requisitos para su procedencia y a unas formalidades para su decreto… en cuanto a la solicitud de medidas cautelares como situación que enerva el agotamiento del requisito de procedibilidad, el artículo 590 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA a los procesos contencioso administrativos, opera solamente en lo que sea

compatible con su naturaleza... Ahora bien, las medidas cautelares de urgencia que procederían a la luz del parágrafo primero del artículo 590 del Código General del Proceso, que es el apoyo legal para relevar de la obligación de agotar el requisito de procedibilidad, corresponden… a las consagradas en los procesos de la jurisdicción ordinaria en tanto en ese estatuto jurídico se mencionan la inscripción de demanda sobre bienes sujetos a registro, el secuestro sobre bienes y derechos reales y el embargo, desarrolladas en el Libro Cuarto del nuevo Código General del Proceso, y… en las disposiciones que reemplazaron las normas del Procedimiento Civil no aparece referencia alguna a la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, en la medida en que se trata de una medida cautelar propia y exclusiva del proceso contencioso administrativo… he abanderado la posición atinente a que sin distingo del asunto de que se trate, en caso de existir acto administrativo, las medidas cautelares contencioso administrativos no son per se mecanismos idóneos y eficaces frente al amparo, pero tampoco pueden ser descalificados ab initio frente a la tutela, porque, precisamente, cada caso debe ser analizado en su propio contexto fáctico, normativo, y probatorio, que permite al operador jurídico de la tutela tener la certeza de cuál para el caso subjúdice es el mecanismo (cautelar o tutelar) es medio de defensa idóneo para proteger los derechos fundamentales y proceder a las decisiones correspondientes.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 1 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 234 / CODIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTICULO 590 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 8

NOTA DE RELATORIA: La consejera ponente de la presente aclaración ha estructurado una posición relacionada con la idoneidad de las medidas cautelares contencioso administrativas frente al medio de defensa tutelar, a partir de la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 5 de marzo de 2014, exp. 25000-23-42-000-2013-06871-00, M.P. Alfonso Vargas Rincón, en la que salvó su voto. La decisión de 5 de marzo de 2015 se apoyó en la sentencia T- 570 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, de la Corte Constitucional.

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Con el acostumbrado respeto, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto en la decisión de la Sala, en la que se modificó el fallo de 30 de marzo de 2016 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que amparó los derechos fundamentales de la Comunidad actora.

Esta es la oportunidad de recabar la posición que he venido sosteniendo de tiempo atrás desde la tesis que estructuró la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de 5 de marzo de 2014, dictada dentro del proceso con radicado No. 25000-23-42-000-2013-06871-00[44], en tanto

considero necesario un análisis individual y particularizado para determinar la idoneidad de las medidas cautelares contencioso administrativas frente al medio de defensa tutelar.

En efecto, en el antecedente de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo precitado, se controvirtió la actuación administrativa con la cual la Procuraduría General de la Nación impuso una sanción de naturaleza disciplinaria al Alcalde Mayor de Bogotá, señor Gustavo Francisco Petro Urrego y, en ese momento, hice claridad sobre el alcance y manejo que, a mi juicio, debe observar el juez del amparo cuando está frente al acto administrativo y a sus medidas cautelares y que advierto no realizó la Sección Quinta en el fallo del cual aclaro el voto.

En lo pertinente, en la sentencia frente a la que ahora disiento, la Sala Electoral dijo frente a la medida de suspensión provisional:

"(…) esta Sala de Sección, en forma mayoritaria, entiende las razones por las cuales de torna precedente la acción de tutela a efectos de lograr los derechos de participación y de consulta previa de las comunidades indígenas, bajo el entendido de que, a través del mecanismo de amparo constitucional, es posible la emisión de medidas concretas tendientes al inicio de actuaciones administrativas para lograr la plena información de la población afectada con la decisión administrativa y/o medida legislativa que afecte sus intereses. Ello es razón a las diferencias que se predican de la protección a través de la acción de tutela frente al objeto y finalidad del medio de control ante la jurisdicción contencioso administrativa.

(…)

La Sala, no desconoce el alcance que se ha dado a través de la jurisprudencia de esta Corporación a las medidas cautelares consagradas en el procedimiento contencioso-administrativo, en especial aquellas que pueden ser requeridas de urgencia –de conformidad con el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011-, como mecanismo judicial idóneo para la protección de derechos y garantías fundamentales, toda vez que incluso, es necesario que se tenga en cuenta que, desde el artículo 1º ejusdem, la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene por objeto 'la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la Ley y la preservación del orden justo'.

Sin embargo, dadas las especiales características señaladas en relación con la necesidad de proteger en forma inmediata el derecho de consulta previa, no resultaría aceptable otorgar la protección de amparo en forma transitoria mientras se acude a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues ello de forma posterior, podría hacer nugatoria cualquier actuación administrativa tendiente a la protección de la garantía constitucional que se hubiere adelantado en virtud de una eventual orden tutelar.

Es por esta razón que se considera que, incluso ante la existencia de otros medios de defensa judicial, lo cierto es que en casos como el sub judice en los que se pretende la tutela del derecho a consulta previa, la protección debe darse en forma definitiva, y en el evento en que se requiera la suspensión de los efectos de un acto administrativo, como medida tutelar de protección de un derecho fundamental, ella deberá extenderse por el tiempo que tome restablecer el derecho vulnerado.

De esta forma, en lo sucesivo, la Sala entiende que, en los casos de acciones de tutelas que buscan la protección del derecho fundamental a la consulta previa, y en los cuales exista un acto administrativo que se presume afecta dicha prerrogativa de las minorías étnicas, la misma es procedente a pesar de la existencia de otros mecanismo de defensa judicial, siendo el amparo que se otorgue, de prosperar el mismo, definitivo, ello sin perjuicio de que se pueda acudir posteriormente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con las consecuencias jurídicas que ello traería.

(…) se ordenará a METROVIVIENDA S.A., así como a las sociedades comerciales (…) **SUSPENDER** cualquier actividad que se desarrolle en los predios que componen el Plan Parcial “Campo Verde”, medida que se extenderá hasta que se emita el concepto por parte del Ministerio del Interior –Dirección de Consulta Previa.

En caso de que se compruebe que la mencionada comunidad hace presencia en dicha área, deberá notificar inmediatamente a la autoridad distrital para que ésta proceda **SUSPENDER EN FORMA DEFINITIVA** las obras que se están realizando, en aras de iniciar el proceso de consulta previa, siguiendo el protocolo adoptado por la Directiva Presidencial 10 de 2013 (…)”.

Pues bien, el anterior análisis efectuado por la Sección Quinta para resolver la acción de tutela que se formule en contra de actos administrativos, desde mi posición, resulta inapropiado por las razones que sustentaron las intervenciones de 945 de los 11 Consejeros que salvamos nuestro voto frente a la decisión proferida con ocasión de la tutela que formuló el señor Petro Urrego.

Con la finalidad de contextualizar, se recuerda que en la sentencia proferida por la Sala Plena el 5 de marzo de 2014, fue planteada una tesis general para todas aquellas tutelas que estén dirigidas en contra de actos administrativos, sin importar la naturaleza de la decisión, su contenido o finalidad; pues aunque es sabido que la solicitud de amparo constitucional comúnmente es improcedente para estos fines porque está condicionada ante la existencia otros medios de defensa judicial, de conformidad con el

artículo 8º del Decreto 2591 de 1991[46], también lo es que en todos esos casos es imperioso analizar la procedencia excepcional de la acción.

En desarrollo de la previsión normativa, jurisprudencialmente estaba establecido que la acción de tutela, cuya finalidad fuera censurar actuaciones administrativas, era procedente siempre que: i) no existieran mecanismos de defensa del derecho vulnerado o amenazado; o, (ii) a pesar de estar previstos estos mecanismos no ofrecieran una protección eficaz o adecuada al derecho; o, iii) no obstante existir instrumentos procesales idóneos se utilizara la solicitud de amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Como se vio, conforme a la teoría de procedencia de la tutela contra actuaciones administrativas, uno de los elementos que debía analizar el juez de tutela era la existencia de un perjuicio irremediable, con lo que incluso podía exculparse la falta de agotamiento de la vía gubernativa.

Ahora, en contraposición a esta jurisprudencia constitucional, en los términos del doctor Guillermo Vargas Ayala, la Sala Plena generó una tesis con la cual se produjo una "…defraudación de la confianza legítima por aplicación de un cambio jurisprudencial…", con fundamento en que, el fallo del caso Petro, "…impone una nueva regla jurídica consistente en la improcedencia del recurso de amparo por la existencia de otro medio judicial…"[47], con la cual se cambian las reglas para el acceso a la administración de justicia en caso de tutelas que sean dirigidas contra actos administrativos, la cual, además, para ese caso concreto se aplicó de manera retroactiva[48].

Lo anterior fue así porque en dicha providencia se indicó, en resumen, lo siguiente en relación con la procedencia de la acción de tutela contra actuaciones administrativas:

"(…)

En estos términos, se concluye que: i) lo que ahora se discute a través de la acción de tutela se podrá discutir promoviendo el proceso de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, teniendo en cuenta que: ii) que la suspensión provisional del nuevo código tiene la misma prontitud y eficacia protectora que la acción de tutela, por varias razones: a) porque se decide al iniciar el proceso, b) procede para evitar un "perjuicio irremediable"; y iii) porque la contradicción que se exige para suspender el acto administrativo ya no tiene el rigor y la exigencia del pasado: que sea ostensible; de hecho se puede hacer un estudio complejo para concluirlo.

(…)

Inclusive y ante el hipotético argumento sobre la ineficacia de la medida, dada la exigencia de que se agote el requisito de procedibilidad referido a la conciliación previa a la admisión de la demanda, es evidente que el juez de lo contencioso administrativo pueda admitir la posibilidad de que el accionante presente la demanda y la solicitud de medida cautelar previamente al agotamiento de la conciliación prejudicial, al tenor de lo dispuesto por el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011, que regula las medidas cautelares de urgencia: "Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar".

(…)

Se dirá igualmente que no todo perjuicio irremediable, por el mero hecho de serlo, de manera inexorable conduce o abre paso a la procedencia y prosperidad de la tutela como mecanismo transitorio, pues se requiere, no solo que tenga esa entidad, sino que además sea injustificado, que no provenga de una acción legítima.

(…)

En párrafos anteriores se precisó que para la prosperidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio, no basta la mera presencia de un perjuicio irremediable, es indispensable además, que obre la evidencia que refleje de manera desprevenida, que ese perjuicio es injustificado y que no proviene de una acción legítima de la autoridad contra quien se interpone, que en términos generales apunta a lo que la jurisprudencia en la materia, tanto de la Corte Constitucional como de esta Corporación, han denominado presupuestos de procedibilidad.

(…)".

Con la tesis acuñada por esta Corporación, en palabras del doctor Ramiro Pazos Guerrero, la mayoría de la Sala Plena argumentó materializar la intención del Legislador en "desplazar" la acción de tutela y darle prevalencia a las acciones ordinarias en estos eventos al otorgarle a las medidas cautelares que trae el nuevo código un alcance mayor al realmente establecido, pues se le imprimieron características de "prontitud y eficacia protectora", comparables o incluso superiores a las de la acción de tutela.

Lo anterior fue derivado de, por ejemplo, poder evitar el perjuicio irremediable porque las medidas cautelares se pueden decidir al "iniciar el proceso" y porque se trata de providencias que son dictadas sin tener en cuenta "…el rigor y la exigencia del pasado…" y toda vez que en ellas "…se puede hacer un estudio complejo para concluirlo…".

Frente a esta hipótesis, la totalidad de los Consejeros disidentes que suscribimos el salvamento de voto, coincidimos en indicar que, como lo dijo el doctor Gerardo Arenas Monsalve, "…se magnific[ó] la efectividad de las medidas cautelares al punto de concluir, (…) que éstas proceden aún antes de la admisión de la demanda y sin recurrir a la conciliación…", todo con la finalidad de "…equipararlas a la eficacia de la tutela…".

Tal como lo señalé en su momento en el escrito con el que nos apartamos de la decisión mayoritaria en el caso Petro, y que ahora reitero, las medidas cautelares, a mi juicio, no siempre resultan eficaces para garantizar la tutela judicial efectiva, como sí lo sería la acción de tutela como mecanismo transitorio, pues las primeras están sujetas al cumplimiento de una serie de requisitos para su procedencia y a unas formalidades para su decreto, ya que las normas contenidas en la Ley 1437 de 2011 son claras y concretas en establecer que estas podrán ser solicitadas desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso, lo que no quiere decir que el demandante esté exento de agotar el requisito de procedibilidad correspondiente.

Así mismo, en cuanto a la solicitud de medidas cautelares como situación que enerva el agotamiento del requisito de procedibilidad, el artículo 590 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA a los procesos contencioso administrativos, opera solamente en lo que sea compatible con su naturaleza. Por tal razón, al contemplar dicho estatuto jurídico de manera especial y excluyente una especie del género medidas cautelares, como es la suspensión provisional, el mecanismo provisorio resulta totalmente ajeno a los procedimientos de la jurisdicción ordinaria regulados en el referido Código General del Proceso.

Ahora bien, las medidas cautelares de urgencia que procederían a la luz del parágrafo primero del artículo 590 del Código General del Proceso, que es el apoyo legal para relevar de la obligación de agotar el requisito de procedibilidad, corresponden, como lo manifesté en su momento, a las consagradas en los procesos de la jurisdicción ordinaria en tanto en ese estatuto jurídico se mencionan la inscripción de demanda sobre bienes sujetos a registro, el secuestro sobre bienes y derechos reales y el embargo, desarrolladas en el Libro Cuarto del nuevo Código General del Proceso, y pues, como es obvio, en las disposiciones que reemplazaron las normas del Procedimiento Civil no aparece referencia alguna a la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, en la medida en que se trata de una medida cautelar propia y exclusiva del proceso contencioso administrativo.

Entonces, como resulta extraña e improcedente la posibilidad de aplicación de las disposiciones sobre medidas cautelares del CGP a una situación relacionada con actos administrativos tramitada en esta jurisdicción, consideré que se debía reconducir el estudio bajo la égida de las normas del CPACA estatuto propio de nuestra jurisdicción.

Concomitante con lo dicho, la Sala Plena optó por indicar que, como cambio jurisprudencial, la procedencia de la tutela como mecanismo excepcional y transitorio ya no depende únicamente de que el perjuicio sea irremediable, sino que además debe ser "injustificado" y no provenir "de una acción legítima"[49] , cualificaciones que no resultan predicables de ningún acto administrativo, pues estos son producto del actuar legítimo del Estado, como forma de expresión de su voluntad, respaldada en todo el ordenamiento legal y constitucional[50], criterio que, como indicó el doctor Ramiro Pazos, "…plantea preocupantes interrogantes [por ejemplo] en el terreno de la responsabilidad extracontractual del Estado, pues supondría el desconocimiento de la existencia de daños antijurídicos producidos por una acción legítima estatal."

La posición de la Sala Plena en este aspecto se apoyó de manera conveniente en una cita jurisprudencial de la Corte Constitucional, proveniente de la sentencia T 570 de 2007, la cual "…constituye un criterio aislado y que no se aviene a la posición general que ha seguido pacíficamente la jurisprudencia de…" esa Corporación, y con fundamento en la cual es posible concluir, en mi criterio, "…que NUNCA MÁS podrá entrar a considerarse la procedencia de esta acción constitucional –la de tutela- cuando medie un acto administrativo…", pues la simple constatación de la existencia de una vía judicial procesal ordinaria de defensa de los derechos fundamentales invocados conllevaría en todos los casos a la improcedencia del amparo constitucional, sin realizar un análisis de eficacia e idoneidad de la acción[51].

Como críticas, nuestras, a la tesis desarrollada por la Sala Plena de la Corporación se indicó que: i) con ella se olvidó que las medidas de cautela y la acción de tutela son concomitantes; ii) que las medidas cautelares están sujetas al cumplimiento de una serie de requisitos, los cuales impiden que sean eficaces para garantizar la tutela judicial efectiva, como sí lo sería la acción de tutela al ser concedida como mecanismo transitorio; iii) desconoció que el CPACA, lejos de contener una normativa dirigida a "desplazar" el ejercicio de la tutela[52], trae unas previsiones que pueden y deben interpretarse armónicamente con el conjunto de las disposiciones del estatuto de la acción constitucional; iv) el juez de tutela está exento de valorar las razones que alega la parte solicitante para justificar la eventual procedencia excepcional de este mecanismo; v) para la doctora Martha Teresa Briceño de Valencia, "en la práctica" fue desplazada la institución de la conciliación prejudicial, pues pudiendo acudir a la medida cautelar antes del agotamiento de tal requisito, "difícilmente un litigante va a resignar la posibilidad de acudir al juez, sin necesidad de ir antes a la conciliación"; vi) con la posibilidad de acudir a las medidas cautelares de urgencia, se ignoró que el Código General del Proceso las consagra para los procesos llevados ante la jurisdicción ordinaria y no para suspender los efectos de los actos administrativos dictados por la administración; vii) el carácter instrumental y

accesorio de las medidas cautelares, permiten ligar su existencia y finalidad a un proceso principal, de manera que, por ejemplo, como lo advirtió la doctora Stella Conto Díaz del Castillo en varios de los procesos que actualmente cursan en esta Corporación, se presentan “inactividades de más de año y medio” además, de “un tiempo considerable entre la fecha de expedición de los actos demandados y la de reparto de los expedientes” entre los Despachos de los Magistrados del Consejo de Estado, hechos que, de nuevo, desdibujan aquellas características de “prontitud y eficacia protectora”, que les fueron atribuidas; viii) también abre “…la posibilidad de que se tramiten y decidan medidas cautelares que no guardan relación con la futura controversia e incluso que luego de practicadas las medidas se rechace la demanda…”.

Para finalizar, el contenido mismo del criterio asumido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación permite vislumbrar una contradicción lógica expuesta claramente por la doctora Stella Conto Díaz del Castillo, en los siguientes términos:

“Y lo que termina por hacer evidente que la protección ofrecida a través de esta acción de tutela al actor es meramente formal e ilusoria, es la insalvable contradicción lógica de la propia estructura de la decisión: se declara improcedente la tutela porque la Ley 1437 de 2011 consagra un mecanismo ordinario de defensa judicial idóneo como son las medidas cautelares dentro de la acción ordinaria, e indica expresamente que dicho mecanismo es idóneo para otorgar la protección solicitada porque dentro de sus causales de procedencia está el “perjuicio irremediable”. Pero, acto seguido, declara que no hay en el presente caso perjuicio irremediable alguno. Es decir, el juez de tutela le dice al actor que debe acudir a otra vía y, por tanto, declara improcedente la tutela; pero enseguida declara que la causal que haría viable esa otra vía no existe.”

Y por último, se insiste, la consecuencia directa de tramitar las tutelas bajo este criterio es que no se atienden de manera cuidadosa las circunstancias de los solicitantes en el caso concreto, porque el ejercicio argumentativo del juez de tutela consiste en disponer la improcedencia de la acción por la simple existencia de otros mecanismos ordinarios “ágiles y novedosos” de protección, y además, a tal conclusión se llega, sin que medie prueba de su eficacia e idoneidad.

Por ello aclaro mi voto en estos casos, con apoyo en los argumentos de los Consejeros disidentes, entre los que se cuenta la suscrita, que ahora traigo como propios a este escrito, pues condensan con total claridad las razones por las cuales no comparto la decisión que asumió la Sala de lo Contencioso Administrativo en pleno, y que la Sección Quinta en esta oportunidad adecuó al tema de la consulta previa, creando una sub-tesis, por cuanto he abanderado la posición atinente a que sin distingo del asunto de que se trate, en caso de existir acto administrativo, las medidas cautelares contencioso administrativos no son per se mecanismos idóneos

y eficaces frente al amparo, pero tampoco pueden ser descalificados ab initio frente a la tutela, porque, precisamente, cada caso debe ser analizado en su propio contexto fáctico, normativo, y probatorio, que permite al operador jurídico de la tutela tener la certeza de cuál para el caso subjúdice es el mecanismo (cautelar o tutelar) es medio de defensa idóneo para proteger los derechos fundamentales y proceder a las decisiones correspondientes.

En los anteriores términos dejo presentada mi aclaración de voto.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Consejera de Estado

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

[1] Escrito presentado en la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 29 de abril del 2015.

[2] Folio 15.

[3] Folio 894.

[4] De acuerdo con lo previsto en el artículo 19 de la Ley 388 de 1997, los planes parciales son los instrumentos mediante los cuales se desarrollan y complementan las disposiciones de los planes de ordenamiento, para áreas determinadas del suelo urbano y para las áreas incluidas en el suelo de expansión urbana, además de las que deban desarrollarse mediante unidades de actuación urbanística, macroproyectos u otras operaciones urbanas especiales, de acuerdo con las autorizaciones emanadas de las normas urbanísticas generales, en los términos previstos en la presente ley".

[5] Folio 917.

[6] Folio 26. ACTA DE APERTURA DEL PROCESO DE CONSULTA PREVIA Y ACTA DE TALLERES DE IMPACTOS Y MEDIDAS DE MANEJO. TALLER No. 1. ACTA No. 2.

[7] Folio 33. ACTA DE TALLERES DE IMPACTOS Y MEDIDAS DE MANEJO. ACTA No. 2. PROYECTO PLAN PARCIAL EL EDEN-EL DESCANSO.

[8] Folio 53. ACTA DE TALLERES DE IMPACTO Y MEDIDAS DE MANEJO.

[9] Folio 61. ACTA DE PROTOCOLIZACION DE LA CONSULTA PREVIA EL EDEN EL DESCANSO DE LA COMUNIDAD MUISCA DE BOSA. ACTA DE PREACUERDOS.

[10] Folio 78.

[11] Folio 89.

[12] Folio 850.

[13] Folio 517. Cuaderno No. 2 del expediente de tutela.

[14] Folio 664.

[15] Folio 687.

[16] Folio 707.

[17] Escrito del 9 de marzo del 2016. Folio 813.

[18] Folio 842. Memorial del 9 de marzo del 2016.

[19] Folio 886. Memorial del 9 de marzo del 2016.

[20] Folio 1184. Solicitud del 14 de abril del 2016.

[21] Folio 1192.

[22] Folio 1204.

[23] Folio 1236.

[24] Folio 1250.

[25] Folio 1265.

[26] Folio 1300.

[27] Folio 1285

[28] González Rodríguez, Miguel. Derecho Procesal Administrativo. Ed. Gustavo Ibáñez. Décima Edición, Bogotá-Colombia, 2002. Pág. 115.

[29] Devis Echandía, Hernando. Teoría General del Proceso, Tomo I. Biblioteca Jurídica Dike, 1994. Medellín Colombia. Pág. 270.

[30]Palacio Hincapié, Juan Ángel, Derecho procesal Administrativo, Ed. Librería Jurídica Sánchez. Octava Edición. Bogotá, Colombia, 2013: Pág. 231.

[31] Expediente 13001-23-33-000-2015-00505-01. M.P. Alberto Yepes Barreiro (E).

[32] Corte Constitucional. Sentencia C-175 del 2009.

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

[34] Ídem.

[35] Expediente 11001-23-33-000-2015-00505-01. M.P. Alberto Yepes Barreiro (E). En la sentencia dictada en dicho expediente, se declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por los miembros del Consejo Comunitario Mamajari del Níspero y otros contra la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, ello en atención a la posibilidad de acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir la legalidad de una licencia ambiental otorgada, así como la posibilidad de que se soliciten medidas cautelares, incluso, de urgencia.

[2 (sic)] ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares

[37] ARTICULO 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

[38] ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

[39] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de 17 de marzo de 2015. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

[40] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de 17 de marzo de 2015. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

[41] Ibídem.

[42] Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencias del 16 de octubre del 2014 (Radicación 25000-23-36-000- 2014-01162-01), C.P. Alberto Yepes Barreiro; 15 de abril del 2015 (Radicación 13001-23-31-000-2014-00018- 01), C.P. Alberto Yepes Barreiro; 15 de abril del 2015 (Radicación 25001-23-42-000-2015-00826-01) C.P. Alberto Yepes Barreiro; 3 de agosto del 2015 (25000-23-42-000-2015-02823-01); C.P. Alberto Yepes Barreiro; 4 de febrero del 2016 (25000-23-42-000-2015-005591-01) C.P. Rocío Araújo Oñate; 4 de febrero del 2016 (11001-03-15-000-2015-02999-00) C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; 7 de abril del 2016 (25000-23- 41-000-2015-02465-01) C.P. Rocío Araújo Oñate; entre otros.

[43] Corte Constitucional. Sentencia T-397 del 30 de junio del 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[44] C.P.: Alfonso Vargas Rincón. Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego, demandado: Procuraduría General de la Nación.

[45] Gerardo Arenas Monsalve, Martha Teresa Briceño de Valencia, Stella Conto Díaz Del Castillo, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Ramiro Pazos Guerrero, Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Danilo Rojas Betancourth, Guillermo Vargas Ayala y la suscrita Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

[46] “ARTICULO 8o. LA TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado. En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. Si no la instaura, cesarán los efectos de éste. Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.”

[47] Indicó el doctor Vargas Ayala en su intervención en el salvamento de voto de la sentencia proferida en el caso Petro: “…nos encontramos ante un evidente cambio jurisprudencial que defrauda la confianza legítima del actor, como quiera que éste tenía la esperanza fundada y objetiva de que la acción que interpuso era el mecanismo idóneo para ello, habida cuenta de que el precedente judicial imperante para el momento en que acudió a la jurisdicción así lo indicaba. Por ende, el intempestivo cambio en las reglas de

acceso a la administración de justicia debía ser aplicado a casos subsiguientes so pena de menoscabar la expectativa que razonadamente depositan los usuarios de la justicia en el aparato judicial, bajo la firme convicción de que este debe ser mínimamente coherente."

48 A lo que se suma el hecho de que esta Corporación, como lo indicó el doctor Ayala, siempre ha reprochado la aplicación retroactiva de cambios jurisprudenciales, pues ello impide que se dé un acceso a la administración de justicia, por imponer reglas de procedibilidad para solicitar el amparo de derechos fundamentales.

49 (1) "falta absoluta de competencia"; (2) "actuación al margen del procedimiento establecido"; (3) "ausencia de apoyo probatorio"; (4) decisión fundamentada en normas inexistentes o en un engaño"; (5) "ausencia absoluta de fundamentos fácticos y jurídicos"; (6) "desconocimiento del precedente con fuerza vinculante"; (7) "evidencia de una violación directa de la Constitución".

50 Indicó el doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren que: "Precisamente esta circunstancia estimula el choque de trenes, y la ruptura de límites cuando se trata de analizar por el juez constitucional actos que normalmente tienen mecanismos ordinarios de protección."

51 Sobre la falta de idoneidad la doctora Martha Teresa Briceño de Valencia indicó que el trámite y demás requisitos previstos para la presentación de la solicitud de suspensión provisional, deben interpretarse de manera que "…la acción de tutela no pierde su independencia y autonomía como acción constitucional por el hecho de que el Legislador haya previsto algunas reglas para la adopción de medidas cautelares…", pues el Decreto 2591 de 1991 "…ya traía una regulación general en cuanto a las medidas provisionales para proteger derechos fundamentales…", las cuales no pueden ser desconocidas sino complementadas.

52 Dijo la doctora Stella Conto Díaz del Castillo que la acción de tutela como derecho fundamental y la estrecha relación que se presenta entre perjuicio irremediable y existencia de un recurso judicial efectivo: por tratarse de un derecho fundamental, la tutela no puede ser limitada por ley ordinaria mediante Decreto-Ley 2591 de 1991 el gobierno nacional –habilitado expresa y directamente por el artículo 5º transitorio de la Constitución –, reguló la acción de tutela y es necesario insistir en que esa norma no puede ser alterada o modificada por una norma de inferior categoría –esto es, por una ley ordinaria–, menos cuando de lo que se trata es de introducirle nuevos requisitos de procedibilidad, no previstos ni en la Constitución –art. 86 C. P.–, ni en el Decreto-Ley reglamentario.