

PUEBLOS INDIGENAS-Titulares de derechos fundamentales y sujetos de especial protección constitucional

ACCION DE TUTELA PARA LA PROTECCION DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Único mecanismo judicial eficaz para garantizar que los pueblos indígenas sean consultados

La acción de tutela es, por regla general, el medio judicial adecuado y preferente para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y, en especial, del derecho a la consulta previa.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Fundamentos normativos

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

CONSULTA PREVIA-Alcance y subreglas

PARTICIPACION, CONSULTA PREVIA Y CONSENTIMIENTO DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD-Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

CONSULTA PREVIA-Ámbito material de procedencia

CONSULTA PREVIA-Afectación directa para determinar su procedencia

POBLACION NATIVA RAIZAL DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA-Protección del Estado

REGIMEN ESPECIAL DE CONTROL DE DENSIDAD POBLACIONAL EN ARCHIPIELAGO DE SAN
ANDRES-Alcance dado en sentencia C-530/93 al Decreto 2762 de 1991

DIVERSIDAD DEL PUEBLO RAIZAL-Decisiones constitucionales del período 1994-1999

PARTICIPACION Y TERRITORIO RAIZAL-Jurisprudencia constitucional

CONSULTA PREVIA AL PUEBLO RAIZAL-Precedente relevante en la Sentencia T-800 de 2014

COMUNIDADES RAIZALES DEL ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA
CATALINA-Historia y rasgos socioculturales

MUSICA Y CULTURA EN LA FORMACION DE LA IDENTIDAD ETNICA RAIZAL-Contexto

Referencia: Expediente T-5618422

Acción de tutela instaurada por Carmelina Newball Bryan y otros contra Ministerio de Cultura y otros.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el veintiuno (21)

de enero de dos mil dieciséis (2016); y en segunda instancia, por la Sección Segunda, Subsección “A”, del Consejo de Estado, el catorce (14) de abril de dos mil dieciséis (2016), dentro de la acción de tutela promovida por Carmelina Newball Bryan y otros miembros del pueblo raizal contra el Ministerio de Cultura, el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres representada por la Fiduciaria La Previsora S.A., el Ministerio de Relaciones Exteriores, el municipio de Providencia y Santa Catalina y el Consorcio Teatro R101-Llorona conformado por la Fundación para el Desarrollo Gestión y Difusión Cultural Llorona y la entidad sin ánimo de lucro Teatro R101.

El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por medio de Auto del catorce (14) de julio de dos mil dieciséis (2016), proferido por la Sala de Selección Número Siete.

I. ANTECEDENTES

Carmelina Newball Bryan, Robert Peñaloza Britton, Zully Archbold, Jennifer Archbold Ramírez, Katia Bowie Gómez, Aminta Robinson Archbold, John Brandt Archbold, Carlos Archbold Yip, Arelis Howard Archbold, Evaristo Archbold García, Harry Cuy Robinson, Ángela Peñaloza Britton, Alph Williams Pomare, Edgard Figueredo Robinson y Josefina Huffington Archbold interpusieron acción de tutela contra el Ministerio de Cultura, el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres representada por la Fiduciaria La Previsora S.A., el Ministerio de Relaciones Exteriores, el municipio de Providencia y Santa Catalina y el Consorcio Teatro R101-Llorona conformado por la Fundación para el Desarrollo Gestión y Difusión Cultural Llorona y la entidad sin ánimo de lucro Teatro R101.

Consideraron que las entidades demandadas desconocieron su derecho fundamental a la consulta previa al no haber agotado dicho trámite respecto del Convenio 9677-SAPII0013-445-2015 suscrito entre el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres representada por la Fiduciaria La Previsora S.A., el Ministerio de Relaciones Exteriores, el

Ministerio de Cultura el municipio de Providencia y Santa Catalina y el Consorcio Teatro R101-Llorona, a través del cual “aúnan esfuerzos humanos, técnicos, financieros y administrativos para la generación de estrategias de desarrollo integral a través de la cultura en el Municipio de Providencia y Santa Catalina, a través de la operación del Complejo Cultural Midnight Dream, la construcción de modelos para su sostenibilidad y gestión integral y la capacitación de agentes locales para su operación y dirección futura”

1. Hechos

1. %1.1. Luego de proferirse el fallo de diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012) por parte de la Corte Internacional de Justicia en el que se estableció la delimitación marítima entre Colombia y Nicaragua, el Ministerio de Relaciones Exteriores a través del Plan Fronteras para la Prosperidad -PFP efectuó un taller de formulación de proyectos en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el veintinueve (29) y treinta (30) de noviembre de dos mil doce (2012). En la mesa de cultura se identificó la necesidad de fortalecer la industria musical en Providencia. Allí, se presentó la idea de un proyecto que contemplaba la realización del Rainbow festival así como la adecuación de un estudio de grabación, una sala de práctica y una sala de producción y edición de videos.

1.2. El cinco (5) de junio de dos mil trece (2013) se firmó el Decreto 1191, por el cual se definen los programas estratégicos y los proyectos de inversión a realizarse en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en los sectores de educación, cultura y deporte. En dicho decreto se adopta el “Programa San Andrés, Providencia y Santa Catalina -Fase III-” suscrito por los Ministerios de Educación Nacional, Relaciones Exteriores, Cultura y por Coldeportes. En el anexo señala dentro de los compromisos adquiridos por la Cancillería que el Plan Fronteras para la Prosperidad: “(...) coordinar[ía] de la mano del Grupo de Emprendimiento Cultural del Ministerio de Cultura la estrategia para fortalecer la industria musical en Providencia y la dotación de un espacio como estudio de grabación o laboratorio con herramientas audio digitales. Para este

propósito se estudia la posibilidad de que el mismo esté situado en las instalaciones del Teatro Midnight Dream, que está siendo intervenido por la Dirección de Infraestructura del Ministerio de Cultura”.

En cuanto al Sunset fest, entre la Dirección de Concertación, el Grupo de Emprendimiento del Ministerio de Cultura y el Plan Fronteras para la Prosperidad del Ministerio de Relaciones Exteriores se definió que la Dirección de Concertación asumiría su financiación, siempre que cumpliera con los lineamientos técnicos exigidos por el Ministerio de Cultura.

1.3. El veinte (20) de septiembre de dos mil trece (2013) se suscribió el convenio de asociación No. 12 entre Plan Fronteras para la Prosperidad del Ministerio de Relaciones Exteriores, el Grupo de Emprendimiento Cultural del Ministerio de Cultura y la Fundación Poliedro con el fin de “aunar esfuerzos técnicos, humanos, financieros y administrativos (...) para desarrollar el proyecto de fortalecimiento de la industria cultural musical en Providencia como una estrategia para generar desarrollo social y económico”, por medio del cual se realizó la dotación del Centro de Producción de Contenidos Culturales (CPCC) en el segundo piso del Teatro Midnight Dream que cuenta con la dos espacios, la sala de producción y, la sala de edición, postproducción y de contenidos digitales, que se entregó a la Alcaldía de Providencia el tres (3) de mayo de 2014.

1.4. Posteriormente, el alcalde de Providencia solicitó a la Cancillería a través del PFP como al Ministerio de Cultura el acompañamiento para la operación y sostenibilidad del CPCC, ante lo cual se realizaron diversas reuniones por parte de los ministerios para socializar a las autoridades municipales y a miembros del sector cultura las alternativas de operación que incluía una junta directiva que estuviera compuesta mayoritariamente por la comunidad de Providencia, el estado del proyecto piloto de sostenibilidad (objeto y productos esperados) y la socialización de la programación, la estrategia de formación y el análisis de los estudios previos para la operación del centro . Así, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Cultura, el municipio de Providencia y Santa Catalina y la Fundación Poliedro firmaron el

convenio No. 10 el veintiséis (26) de noviembre de dos mil catorce (2014) por el término de seis (6) meses, el proyecto piloto que tenía por objeto “desarrollar el centro de producción de contenidos culturales como una estrategia para fortalecer la industria cultural, generar desarrollo social y económico”.

1.5. Luego de la firma del plan piloto, las partes del mismo dieron a conocer el convenio así como la hoja de ruta y la propuesta de planta. No obstante, el cuatro (4) febrero de dos mil quince (2015), personas del sector cultura se reunieron con el fin de expresar las inconformidades respecto del operador del convenio, que no pertenecía al pueblo raizal y desconocía el plan originario propuesto por la comunidad. Estas molestias fueron puestas en conocimiento de las entidades del nivel nacional, quienes convocaron a una reunión llevada a cabo el cinco (5) de febrero de dos mil quince (2015). Para el veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015) los suscriptores del convenio No. 010 así como los integrantes de la comunidad eligieron la junta asesora del Teatro Midnight Dream. Al ser latentes los inconvenientes entre la Fundación Poliedro y la comunidad, esta solicitó la cesión del convenio, siendo otorgado por parte de las entidades del nivel central a la Fundación Llorona el treinta y uno (31) de marzo de dos mil quince (2015), entidad que dio a conocer a la junta asesora las actividades a desarrollar en el marco del convenio.

1.6. En la reunión de la junta asesora del teatro y del centro sostenida el veinticuatro (24) de abril de dos mil quince (2015) se hizo referencia al “proceso de estructuración del convenio de sostenibilidad para el teatro y el CPCC por dos años (...) con recursos aportados por el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres por la subcuenta del Plan San Andrés (...) De dicho convenio harán parte el operador que se seleccione mediante un proceso de invitación”. El veintiocho (28) de abril de dos mil quince (2015) se remitieron a los miembros de la Junta Asesora del teatro y del centro, los estudios previos preparados por el Ministerio de Cultura para la selección del operador del convenio de implementación del esquema de sostenibilidad del teatro y del CPCC con el fin de que se retroalimentara. Asimismo, el veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015), el Ministerio de Relaciones Exteriores solicitó a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior una certificación acerca de

la necesidad de efectuar consulta previa del convenio de sostenibilidad. Tal dirección, dio respuesta el doce (12) de junio siguiente; en esta indicó que no se requería adelantar dicho procedimiento al considerar que no se generaba una afectación directa al pueblo raizal de Providencia.

Al mismo tiempo, el Grupo de Emprendimiento del Ministerio de Cultura envió invitación a nueve (9) organizaciones, incluidas aquellas conformadas por raizales, con el fin de que presentaran una propuesta de trabajo integral para el Teatro Midnight Dream y el CPCC y luego de hacer una revisión de factores cuantitativos (idoneidad y experiencia de la entidad y del director) y cualitativos (desarrollo de los componentes propuestos, identificación de expertos y entidades sociales y proceso de concertación y participación), habían escogido al consorcio Teatro R101-Llorona.

1.7. El veinte (20) de agosto de dos mil quince (2015) se socializó a los veintiún (21) miembros de la comunidad el convenio de asociación y de las acciones a desarrollar con ellos para concertar el plan de acción. Para ello, se realizaron encuestas a miembros del pueblo raizal que pertenecen al sector cultural con el fin de que contestaran cuestionamientos relativos a las dimensiones del sector cultural: formación, creación, investigación y apropiación, con el fin de identificar las problemáticas de cada una de ellas. Con base en la información recolectada, el veintinueve (29) de octubre de dos mil quince (2015) se realizó la convocatoria al comité técnico del convenio para la aprobación del plan de acción.

1.8. Finalmente, algunos de los accionantes llevaron a cabo una huelga de hambre en las instalaciones del Teatro Midnight Dream causada por la no realización de la tercera versión del Sunset Fest y con el fin de manifestar su descontento por la elección de un operador del interior del país y por haber sido excluidos del manejo del proyecto. Ante ello, el diecisiete (17) de diciembre de dos mil quince (2015) integrantes del pueblo raizal presentaron un comunicado ante la opinión pública respecto de dicha situación en la que apoyaban la labor desarrollada en el teatro y el CPCC.

1.9. Con fundamento en lo expuesto, los accionantes presentaron acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la consulta previa. En consecuencia, solicitaron que “se deje sin efectos todo el trámite contractual vinculado con el Convenio No. 9677-SAPII0013-445-2015 celebrado entre las entidades demandadas, para que en su lugar se ordene la apertura de un procedimiento de consulta previa”.

1.10. Los solicitantes sostuvieron que el hecho de no haber consultado con el pueblo raizal de Providencia el Convenio:

“lesiona uno de los componentes esenciales de nuestra identidad, como [es] la conservación de nuestro patrimonio musical [pues] planificar y ejecutar un programa en donde se piensa dar espacio al pueblo raizal para expresar sus muestras artísticas, principalmente musicales, en orden a preservar el patrimonio cultural (numeral 18), cuidar, proteger y estimular nuestro patrimonio musical (numeral 19) y recuperar nuestra identidad isleña fortaleciendo el sentido de pertenencia, demanda adelantar un procedimiento de consulta previa para que se tuviera en cuenta la forma en que nosotros pensábamos que debían ser administrados esos espacios y determinar los aspectos que debían ser rescatados de nuestra identidad isleña, pues somos nosotros quienes hemos vivido en esta Isla durante generaciones y concebimos la música como la esfera fundamental que nos identifica”.

2. Respuesta de las entidades demandadas y vinculadas de oficio

El Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina admitió la demanda el dieciséis (16) de diciembre de dos mil quince (2015) y ordenó notificar a las entidades accionadas para que en el término de dos (2) días ejercieran el derecho de defensa y contradicción.

2.1. Respuesta del Ministerio de Cultura

El Coordinador de Grupo de Emprendimiento Cultural del Ministerio de Cultura dio contestación al requerimiento judicial. En su escrito sostuvo que el veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015), el Ministerio de Relaciones Exteriores solicitó a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior la certificación acerca de la necesidad de realizar consulta previa respecto del convenio para la operación del Complejo Cultural Midnight Dream. Tal concepto se emitió el doce (12) de junio de dos mil quince (2015), antes del perfeccionamiento del convenio, en el que se señaló que no era necesario adelantar el proceso de consulta previa.

Aclaró que, en todo caso, llevaron a cabo “reuniones de trabajo y socialización” en las que participaron miembros de la comunidad que tenían interés en la implementación de este convenio, particularmente quienes hacían parte de sectores artísticos y culturales y de veeduría de Providencia y Santa Catalina con el fin de hacerlos partícipes de los componentes del proyecto. Manifestó que de tales reuniones, surgió la propuesta del Gobierno Nacional de la conformación de una junta asesora del Teatro Midnight Dream y del Centro de Producción de Contenidos Culturales en el que tuviera participación los sectores culturales, religiosos, turístico, educativo e institucional “con el fin de reconocer la importancia de la retroalimentación de los actores locales en pro del fortalecimiento de la cultura raizal”.

Resaltó que el Consorcio TR-101 Llorona Records, previa aprobación del Comité Operativo del Convenio, la Unidad de Gestión del Riesgo de Desastres y el Ministerio de Relaciones Exteriores, contrató trece (13) personas nativas raizales de dieciséis (16) que trabajan en el proyecto, quienes en este momento se encuentran en capacitación para que dirijan las actividades del teatro y las complementarias del proyecto.

Por último, manifestó que la tutela es improcedente porque existen otros mecanismos de defensa judicial para la solución del problema jurídico -sin indicar cuáles-. Respecto del caso particular de los demandantes, dicen que la Casa de la Cultura “fue invitada a participar en el proceso de selección del operador del convenio y por su intermedio, se recibió propuesta que posterior a la evaluación del Ministerio de Cultura no fue seleccionada, y es ahí cuando surgen todas clases de descontentos que conllevaron a la impetración de varios de derechos de petición, sobre los criterios de selección del operador y otros aspectos del proceso, los cuales han sido debidamente respondidos (...) Es preciso anotar que durante el desarrollo de la etapa precontractual del proceso, los accionantes de esta tutela, no manifestaron formalmente ninguna inconformidad en los términos que la Ley determina para estos casos”.

2.2. Respuesta del Ministerio de Relaciones Exteriores

El Coordinador del grupo interno de trabajo del Plan Fronteras para la Prosperidad del Ministerio de Relaciones Exteriores presentó contestación de la demanda y solicitó que fuera declarada improcedente la acción de tutela, pues, como lo pretendido es dejar sin efectos “todo el trámite contractual vinculado con el convenio No. 9677-SAPII0013-445-2015”, los actores debían acudir a acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa para debatir estos asuntos y añade que, en todo caso, los accionantes no demostraron la existencia de un perjuicio irremediable.

Advirtió que habían presentado petición, previo perfeccionamiento del convenio, ante la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior acerca de la necesidad de realizar consulta previa del convenio cuestionado, ante lo cual el doce (12) de junio de dos mil quince (2015) dicha entidad indicó que no se requería efectuar tal procedimiento.

2.3. Respuesta de la Fiduprevisora

Mediante escrito del doce (12) de enero de dos mil dieciséis (2016), la representante legal de la Fiduciaria La Previsora y vocera y administradora del Fondo Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres solicitó que se desestimaran las pretensiones de la acción de tutela, toda vez que el convenio no requería el agotamiento de consulta previa para su desarrollo. Que la finalidad del reclamo judicial “obedece más a unos intereses personales que al interés de proteger los arraigos culturales de una comunidad, que más bien ha sido beneficiada por el desarrollo de estos proyectos que se impulsan a través del Plan Fronteras para la Prosperidad y el Plan San Andrés y que buscan integrar otras instituciones del nivel central en pro de las comunidades de frontera”.

Reiteró lo manifestado por el Ministerio de Cultura, respecto del concepto elevado por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Ministerio del Interior sobre la necesidad de adelantar el proceso de consulta previa, emitido previo al perfeccionamiento del convenio, quien respondió que no se requería, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2613 de 2013.

Luego de enunciar los mismos mecanismos que se habrían adelantado para hacer partícipe al pueblo raizal referidos por el Ministerio de Cultura en su contestación, sostuvo que la implementación del convenio “ha contado con un procedimiento cultural y étnicamente adecuado donde se ha respetado las costumbres y tradiciones del pueblo raizal y se ha dirigido a garantizar y proteger los derechos fundamentales de las comunidades étnicas, mediante instrumentos de participación reales que inciden en la definición, alcance, contenido y sostenibilidad del proyecto objeto del convenio”

Particularmente, respecto de la Casa de la Cultura, representada por Carmelina Newball -una de las accionantes-, manifestó que fue invitada a participar en el proceso de selección del operador del convenio y su propuesta no fue escogida, ante lo cual presentaron varios

derechos de petición respecto de la selección del operador y otros aspectos del proceso, los cuales han sido oportunamente contestados.

2.4. Respuesta del Consorcio Teatro R101- Llorona

El representante legal del Consorcio Teatro R101-Llorona dio contestación a la demanda de tutela. Sostuvo que luego de haber sido invitado por parte del Ministerio de Cultura a presentar una propuesta de trabajo de treinta (30) meses para la celebración de un convenio de asociación de sostenibilidad del Teatro Midnight Dream y el Centro de Producción de Contenidos Culturales, fue notificado que su propuesta había sido seleccionada, la cual contaría con el apoyo y soporte del Ministerio de Cultura, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Presidencia de la República a través de la Unidad para la Gestión de Riesgo de Desastres y la Alcaldía de Providencia. Tal convenio se suscribió el veinticuatro (24) de junio de dos mil quince (2015) y el veintiocho (28) de agosto de dos mil quince (2015) se firmó el acta de inicio del mismo.

Señaló que el veintiuno (21) de agosto de dos mil quince (2015) adelantó socialización del convenio y de las acciones a desarrollar para concertar con la comunidad el plan de acción, el cual fue aprobado por el comité técnico del convenio el veintiocho (28) de octubre de dos mil quince (2015). Resaltó que Carlos Archbold Yip, Roberto Peñaloza Britton, Jennifer Archbold y Carmelina Newball participaron activamente en la construcción y ajustes hechos al plan de acción.

Manifestó que el proceso de selección del personal del teatro y del CPCC se realizó bajo dos modalidades: invitación directa por continuidad de aquellas personas que habían estado vinculadas con anterioridad a otros procesos desarrollados por el Ministerio de Cultura, Ministerio de Relaciones Exteriores, la Alcaldía de Providencia y Santa Catalina y; contratación de personal.

Mencionó respecto del mecanismo de consulta previa que el Ministerio de Relaciones Exteriores elevó petición ante el Ministerio del Interior con el fin de determinar si se requería adelantar dicho procedimiento ante lo cual se indicó que no era necesario. No obstante, subrayó que previo a la firma del convenio se adelantaron reuniones de trabajo y socialización en las cuales participaron miembros de la comunidad que tenían interés en la implementación del convenio que pertenecían a sectores artísticos, culturales y de veeduría de Providencia y Santa Catalina, con el fin de hacerlos partícipes del proyecto, adelantó la contratación de trece (13) miembros del pueblo raizal, lo cuales se están capacitando con el fin de que una vez se terminé la implementación del convenio, puedan continuar con la operación del teatro y del centro de producción.

Precisó, finalmente, que el mecanismo de tutela no es el idóneo toda vez que el asunto debe debatirse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de una acción de controversias contractuales.

3. Decisiones que se revisan

3.1. Decisión de primera instancia

El Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina mediante fallo de veintiuno (21) de enero de dos mil dieciséis (2016) amparó parcialmente el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad étnica raizal.

Este Tribunal estimó que el Convenio No. 9677-SAPII0013-445-2015 no establece un modelo definitivo de contenidos que garantice la oferta cultural, sino que apunta al diseño de este modelo por lo que, en principio, podría concluirse que no se requería consulta previa.

No obstante, dentro de las obligaciones y actividades contenidas dentro del convenio estableció que aquellas relacionadas con la implementación de las alternativas sí deberían ser objeto de consulta, puesto que pueden generar una afectación directa al pueblo raizal. En ese sentido, indicó que estaban sujetos a consulta previa las siguientes:

“1. Diseño e implementación del esquema de operación funcionamiento y mantenimiento del teatro y el CPCC, en lo que respecta con la actividad de: ‘Diseñar e implementar un modelo de programación y desarrollo de contenidos que garantice una oferta cultural permanente mediante el fortalecimiento de la oferta cultural del archipiélago y el Gran Caribe, las alianzas con circuitos nacionales e internacionales y el fomento de programas de turismo de formación y creativo’; y cualquier otra actividad, sea que se encuentre o no contemplada de manera explícita en el Convenio, pero que genere una afectación directa al pueblo raizal del municipio de Providencia y Santa Catalina. 2. Diseño e implementación de la estrategia de mercadeo y comunicación, en lo que tiene que ver con las actividades de ‘Diseñar e implementar una estrategia de mercadeo y de comunicaciones que sirva para posicionar y promociona el Teatro y el CPCC y su capacidad de desarrollo de proyectos culturales, según los distintos grupos de interés o públicos (sic) (...)’ y ‘Diseñar un manual de identidad gráfica de manera concertada con la comunidad local.’ 3. Diseño e implementación de estrategias de formación a través de la práctica y el trabajo colaborativo”.

En consecuencia, el Tribunal citado ordenó que tales actividades se suspendieran hasta tanto no se surtiera la consulta previa.

Estimó que no hay lugar a llevar a cabo el mecanismo de la consulta previa respecto de las obligaciones relacionadas con el cumplimiento del convenio (diseño de esquemas de operación, funcionamiento y mantenimiento para el teatro y CPCC; operación del teatro y pagos de la operación; desarrollo de los mapas de procesos, manual de funciones,

reglamento operativo; desarrollo de un plan de mantenimiento y cuidado de equipos; realización de diagnósticos permanentes de la infraestructura y dotación y; desarrollo e implementación de una metodología de archivo y memoria de los procesos) y con la propuesta de establecer alternativas jurídicas, financieras, presupuestales de esquemas público-privados para la operación del teatro y CPCC.

3.2. Escrito de impugnación

3.2.1. Impugnación presentada por los accionantes

Los accionantes inconformes parcialmente con la decisión adoptada en primera instancia, presentaron impugnación. Reiteraron que el juez de primera instancia debió suspender todo el trámite del convenio al considerar que el “diseño del objeto del convenio” debía someterse a consulta previa al considerar que los numerales dieciocho (18), diecinueve (19) y veintiséis (26) establecen actividades que afectan la identidad cultural y étnica en el “aspecto musical” las cuales debían ser diseñadas de manera concertada y previa suscripción del convenio con la comunidad.

3.2.2. Impugnación presentada por la Fiduprevisora

El representante legal de la Fiduprevisora presentó escrito de impugnación en el que, luego de reiterar los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, solicitó modificar el fallo de primera instancia desvinculando al Fondo de Gestión del Riesgo de Desastres al considerar que cumplió con todas las actuaciones que por ley le correspondían.

3.2.3. Impugnación presentada por el Ministerio de Cultura

El Coordinador del Grupo Defensa Judicial del Ministerio de Cultura presentó impugnación en la que solicitó que se revocara la decisión proferida por la primera instancia. Para ello, manifestó que la manera en que se impartieron las órdenes en la sentencia tiene el efecto de suspender el Convenio 9677-SAPII0013-445-2015 al tornarse imposible ejecutar y hacer exigibles algunas de las obligaciones del acuerdo al tener el carácter de concordantes y complementarias y, sobretodo, cuando los términos para adelantar una consulta previa, de acuerdo con los protocolos adoptados son bastante amplios ya que su organización requiere de la apropiación de recursos, determinar el objeto de la consulta, la logística, convocatoria, realización y obtención de resultados.

En todo caso, resaltó que no hubo vulneración del derecho a la consulta previa dado que antes de la suscripción del convenio se solicitó concepto a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, y esta señaló que no era necesario efectuar la consulta previa atendiendo el objeto y finalidad del convenio.

Adujo que en la sentencia no aparece una determinación precisa acerca de la afectación directa generada por el convenio, más cuando este se trata de crear un modelo de programación y de desarrollo de contenidos para un escenario como el teatro al que deben concurrir la mayor cantidad de expresiones culturales a fin de atender todas las inquietudes del público al que está dirigido. Advirtió que el juez de primera instancia incurrió en error al someter no sólo las obligaciones determinadas sino también de manera genérica “cualquier otra que pueda generar afectación directa al pueblo raizal sea que se encuentre determinada de manera explícita o no en el mencionado convenio pero que para el cumplimiento del objeto del convenio se deba ejecutar”.

Por último, sostuvo que el juez de primera instancia no había valorado las pruebas aportadas

al expediente, en especial aquella en la que consta que el Ministerio del Interior había establecido que no se requería el agotamiento de la consulta previa para ese convenio.

3.2.4. Impugnación presentada por el Consorcio Teatro R101- Llorona

El representante legal del Consorcio Teatro R-101 - Llorona presentó igualmente impugnación en contra de la decisión adoptada en primera instancia. Manifestó que el Tribunal no había valorado el concepto emitido por el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, autoridad competente para determinar si es obligatorio realizar consulta previa, quien luego de analizar de manera integral el proyecto, concluyó que no se requería de dicho trámite.

Afirmó que, en todo caso, el proyecto de diseño e implementación del esquema de sostenibilidad del Teatro Midnight Dream y el Centro de Producción de Contenidos Culturales CPCC no requieren de consulta previa ya que no genera una afectación directa al pueblo raizal.

Recordó que previo a la firma del convenio se efectuaron reuniones de trabajo y socialización con los interesados, se propuso por parte del Gobierno de conformar una junta asesora del teatro y del CPCC en la que tuvieran participación cada uno de los miembros del sector cultural, religioso, turístico, educativo e institucional. En ese sentido, indicó que se demuestra que la implementación contó con un procedimiento cultural y étnicamente adecuado “dirigido a garantizar y proteger los derechos de las comunidades étnicas, mediante instrumentos de participación reales que inciden en la definición, alcance, contenido y sostenibilidad del proyecto objeto del convenio”.

Finalmente, sostuvo que la ejecución parcial de las obligaciones del convenio tal como lo estableció el Tribunal en la sentencia impugnada es imposible de cumplir toda vez que se

encuentran interrelacionadas y coordinadas entre sí.

3.2.5. Impugnación presentada por el Ministerio de Relaciones Exteriores

El Coordinador del Grupo Interno de Trabajo del Plan Fronteras para la Prosperidad del Ministerio de Relaciones Exteriores impugnó la decisión de primera instancia. Al igual que las demás entidades demandadas, indicó que el Tribunal no había valorado el concepto de doce (12) de junio de dos mil quince (2015) en el que indicó que no era obligatorio efectuar la consulta previa. Precisó que de todas maneras procuraron la participación de la comunidad a través de actividades en las que participaron los sectores interesados en el proyecto antes y después de la firma del convenio. Resaltó que después de la entrada en vigencia del convenio, en los meses de agosto y septiembre de dos mil quince (2015) se adelantó un proceso de recolección de información con artistas gestores, líderes comunitarios y demás personas que tuvieran relación con el teatro y el CPCC y la construcción de un plan de acción con la comunidad del sector artístico y cultural de Providencia y Santa Catalina, con el fin de desarrollar los componentes de formación, circulación/ programación y producción de contenidos.

Subrayó que no se tuvo en cuenta que doscientas tres (203) personas del sector cultural de la comunidad de las islas “están de acuerdo con el diseño y la implementación del mismo y resaltan los beneficios que ha tenido el proyecto para el sector cultural de la isla, lo cual se hace evidente en el comunicado enviado por estas personas el 17 de diciembre de 2015”.

Manifestó que el juez constitucional se abrogó competencias propias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo al modificar las actividades del convenio, previamente pactadas por las partes, lo cual sería propio de una acción de controversias contractuales.

3.3. Decisión de segunda instancia

En sentencia de catorce (14) de abril de dos mil dieciséis (2016), la Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado revocó el fallo impugnado, al considerar que no hubo afectación al derecho a la consulta previa, ya que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, autoridad competente para conceptuar acerca de la obligatoriedad de este trámite, había certificado que no se requería adelantarlo pues el convenio no afectaba directa a la comunidad y que tal concepto, es “el soporte legal con el que cuenta el Gobierno para el desarrollo de los proyectos que involucre a las minorías nacionales (...) razón por la cual es válido afirmar que el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina invadió las competencias que le corresponden a otra autoridad, pues al modificar las actividades del convenio, las cuales fueron previamente convenidas por las partes, penetra el campo de una discusión contractual que es propia de la jurisdicción contenciosa administrativa y no del juez constitucional”.

Que, por lo demás, las entidades demandadas “antes y después de suscribir el convenio procedieron de buena fe a socializar el proyecto con la comunidad, hasta el punto que más de 200 habitantes, en su mayoría raizales, firmaron una comunicación de rechazo frente a las protestas que un grupo de personas había iniciado en contra del mentado proyecto”

4. Actuaciones surtidas en sede de revisión

4.1. La Presidenta de la Veeduría Cívica Old Providence presentó escrito en el que coadyuva las pretensiones de la demanda de tutela. Manifiesta que el procedimiento administrativo que culminó con las suscripción del convenio censurado “afecta directamente la autonomía e integridad raizal, en tanto se impuso sobre el derecho de los isleños definir las prioridades de desarrollo” Indicó que tal situación se agravó con las irregularidades en la forma de contratación y “por el hecho de que el Ministerio de Cultura y los contratistas estén

gestionando propuestas propias de los isleños sin nuestra autorización ni participación”.

4.2. La magistrada ponente de esta decisión manifestó impedimento por “eventual interés en la actuación procesal” por haber cumplido funciones de representación legal en la Previsora S.A. Compañía de Seguros, sociedad que tiene participación mayoritaria sobre Fiduciaria La Previsora, demandada en el presente asunto.

Por medio de auto de siete (7) octubre de dos mil dieciséis (2016), proferido por los magistrados Luis Guillermo Pérez Guerrero y Alejandro Linares Cantillo, el impedimento fue rechazado, porque no se configura un interés directo, cierto y actual en la Magistrada Ponente, toda vez que (i) en el convenio objeto de censura no tuvo participación La Previsora S.A. Compañía de Seguros, en donde la ponente se desempeñó como gerente jurídica de Casa Matriz y vicepresidenta jurídica; (ii) el convenio fue firmado 6 años después de que la magistrada dejara la vicepresidencia jurídica de La Previsora S.A. Compañía de Seguros y; (iii) El convenio se creó en el marco del Plan Estratégico para el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina adoptado mediante Decreto de veinticinco (25) de marzo de dos mil quince (2015), cinco (5) años y once (11) meses después de que la magistrada se apartó de dicho cargo.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los

artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

Presentación del caso y problema jurídico

2. Los accionantes, quienes pertenecen al pueblo raizal de Providencia, presentaron acción de tutela, porque consideran que se vulneró su derecho a la consulta previa al tramitarse y celebrarse el convenio suscrito entre el Ministerio de Cultura, el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres representada por la Fiduciaria La Previsora S.A., el Ministerio de Relaciones Exteriores, el municipio de Providencia y Santa Catalina y el Consorcio Teatro R101-Llorona, en el marco de un proyecto conjunto para fortalecer la industria musical dentro del Archipiélago.

Concretamente, el convenio mencionado tiene por objeto diseñar e implementar un esquema de operación, mantenimiento y funcionamiento del Complejo Cultural Midnight Dream (compuesto por el Teatro y el Centro de Producción de Contenidos Culturales o CPCC) así como la capacitación de agentes locales para su operación.

3. El Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Cultura, la Fiduciaria La Previsora y el Consorcio Teatro R101-Llorona contestaron la acción de tutela, señalando que: (i) previo a la suscripción del convenio se solicitó concepto a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior acerca de la necesidad agotar el procedimiento de consulta previa, y esta autoridad determinó que no se requería, porque el convenio para el fortalecimiento de la industria musical en la isla no acarreaba una afectación directa al pueblo raizal de Providencia; y (ii) porque, en su criterio, las autoridades dispusieron mecanismos adecuados para hacer partícipe al pueblo raizal, en especial a quienes hacen parte del sector cultural de Providencia, de las decisiones relacionadas con la operación del teatro y del CPCC; y (iii) que debe declararse la improcedencia de la acción y porque la acción de tutela es un mecanismo residual para la protección de derechos cuando existe otra vía eficaz, como en este caso ocurre con la acción de controversias contractuales ante la jurisdicción de lo contencioso

administrativo.

4. El juez constitucional de primera instancia concedió parcialmente al amparo, al considerar que algunas de las cláusulas del convenio (diseño e implementación de un modelo que garantice el fortalecimiento de la oferta cultural y las alianzas con circuitos nacionales e internacionales; diseño e implementación de la estrategia de mercadeo y comunicación y; diseño e implementación de estrategias de formación a través de la práctica y el trabajo colaborativo) pueden generar una afectación directa al pueblo raizal, por lo que ordenó que estas se suspendieran hasta que se surtiera la consulta previa.

Esta decisión fue revocada por el juez de segunda instancia. Este Despacho consideró que el Ministerio del Interior, que es la autoridad competente para para conceptuar sobre la obligatoriedad de este trámite, manifestó que el convenio no generaba ninguna afectación directa a la comunidad y que, por lo tanto, no era obligatorio adelantar el proceso de consulta. Agregó que, de todas formas, las entidades demandadas, antes y después de la suscripción del convenio, procedieron de buena fe al socializar el proyecto con la comunidad, y que, así como algunos se oponen a esta iniciativa, otros artistas y gestores culturales de la isla lo apoyan.

5. De conformidad con los hechos expuestos, corresponde a la Sala Plena de la Corte Constitucional establecer si en este caso las autoridades nacionales y municipales accionadas violaron el derecho a la consulta previa del pueblo raizal de Providencia al adoptar y ejecutar un convenio que tiene por objeto el diseño e implementación de un esquema de operación, mantenimiento y funcionamiento del Complejo Cultural Midnight Dream (compuesto por una Sala de Teatro y un Centro para la Producción de Contenidos Culturales) y la capacitación de agentes locales para su operación, en el marco más amplio de preservar, fortalecer y promocionar la cultura isleña, dentro de la política pública denominada Plan Fronteras para la Prosperidad.

6. A efectos de resolver el interrogante planteado, la Sala se referirá a la procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la consulta previa.

Luego, (i) presentará una información de contexto acerca de algunos elementos culturales del pueblo raizal, y el déficit jurisprudencial que se percibe en la protección de sus derechos; en ese marco, reiterará la jurisprudencia sobre (ii) el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa; y (iii), la protección especial de la que es titular el pueblo raizal del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Finalmente, (iii) se abordará el estudio del caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la consulta previa.

7. Durante el trámite de este proceso, algunas de las partes accionadas o vinculadas, así como el juez de segunda instancia han considerado que la acción objeto de estudio no cumple el principio de subsidiariedad, pues por regla general la tutela no procede contra actos administrativos.

8. Esta afirmación puede considerarse cierta en el marco de la regulación de la acción de tutela (Decreto 2591 de 1991, artículo 6º), siempre que se mantenga presente que se trata de una regla general, que admite determinadas excepciones, especialmente, aquellas construidas en el marco de la jurisprudencia constitucional.

9. La regla de improcedencia de la acción de tutela obedece en principio a dos razones, relevantes desde el punto de vista constitucional: la presunción de legalidad que cobija a los

actos administrativos y la existencia de una jurisdicción especializada, con un conocimiento experto en los problemas jurídicos que surgen de las relaciones entre el Estado y las personas (o entre entidades públicas, asunto que no atañe al caso objeto de revisión). Así, esta regla específica se conjuga con el principio de subsidiariedad, que reserva el uso de la acción de tutela a los eventos en que no existan mecanismos ordinarios de protección judicial.

10. Pero, así como el principio de subsidiariedad admite también la procedencia de la acción cuando los recursos disponibles carecen de eficacia e idoneidad, en el marco del caso concreto, o cuando se ejerce para evitar un perjuicio irremediable, la Corte Constitucional ha establecido una excepción expresa en el caso de los derechos de los pueblos indígenas, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, que han enfrentado patrones históricos de discriminación –aún no superados– y cuyos derechos inciden en la satisfacción de los fines esenciales del Estado, como se reitera en lo que sigue.

11. Desde el año 1993 la Corte Constitucional ha señalado que los pueblos indígenas son titulares de derechos fundamentales. Este reconocimiento tiene sustento en los principios de participación y pluralismo (art. 1º Superior); diversidad étnica y cultural (art. 7º Constitucional); e igualdad general, material e igualdad de culturas (arts. 13 y 70 de la Carta).

12. Inicialmente, la Corte Constitucional atribuyó el carácter fundamental de estos derechos a partir de la prohibición de desaparición forzada, llevada al plano de estos grupos humanos. Posteriormente, la comprensión de estos bienes jurídicos ha avanzado en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, y a partir de los mandatos de protección reforzados establecidos por el constituyente a favor de las comunidades indígenas y los demás grupos étnicamente diferenciados.

13. Los pueblos indígenas son sujetos de especial protección constitucional (arts. 7, 10, 70, entre otros; Convenio 169 de la OIT), pues se encuentran en situación de vulnerabilidad y tienen el derecho a que el Estado revierta los procesos históricos en que la sociedad mayoritaria ha amenazado sus modos de vida, produciendo incluso la extinción de diversos pueblos. Como lo ha indicado la Corte, esta afirmación obedece a (i) la existencia de patrones aún no superados de discriminación, que afectan a los pueblos y las personas étnicamente diversas; (ii) la presión que la cultura mayoritaria ejerce sobre sus costumbres, su percepción sobre el desarrollo y la economía o, en términos amplios, su modo de vida bueno (usualmente denominado cosmovisión); y (iii) la especial afectación que el conflicto armado del país ha generado en las comunidades indígenas y otros grupos étnicamente diversos, entre otros motivos, por el despojo o uso estratégico de sus tierras y territorios, aspecto grave en sí mismo.

14. En ese contexto, la Corte Constitucional ha considerado, en jurisprudencia constante, pacífica y uniforme, que la acción de tutela procede como mecanismo preferente para la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Del amplísimo conjunto de sentencias en las que se ha establecido y reiterado esta regla, vale la pena retomar lo expresado por la Sala Novena en sentencia T-576 de 2014, en el ámbito de la consulta previa:

“[...] La idea de que los procesos consultivos son un escenario esencial para asegurar la pervivencia física y la protección de las costumbres y tradiciones de esas colectividades explica, en efecto, que la Corte haya respaldado, desde sus primeras sentencias, la competencia del juez de tutela para impartir las órdenes que aseguren que estas sean informadas oportunamente sobre los proyectos que impacten sobre sus territorios o sus formas de vida y para que cuenten con la oportunidad de evaluar su impacto y de incidir en la formulación de la decisión de que se trate.

Así lo hizo la Sentencia SU-039 de 1997, que revisó la tutela del Defensor del Pueblo, actuando en representación de varios integrantes del grupo indígena u'wa, promovió contra un acto administrativo mediante el cual se concedió una licencia ambiental para realizar trabajos de exploración petrolífera en territorio de esa comunidad, sin que, antes, se hubiera

agotado el respectivo proceso de consulta. || Dado que las accionadas se opusieron a la solicitud de amparo con el argumento de que el escenario idóneo para cuestionar la licencia no era la acción de tutela, sino la de nulidad y restablecimiento del derecho, la Corte precisó su jurisprudencia sobre la compatibilidad de la acción constitucional y las acciones contencioso administrativas, en especial, ante la posibilidad de que a través de estas últimas se ordene la suspensión provisional del acto administrativo que causó la infracción iusfundamental [...] El hecho de que la perspectiva del juez contencioso administrativo sea distinta a la del juez constitucional explica que la acción de tutela y las acciones contenciosas sean compatibles, incluso, si el afectado no solicitó la suspensión provisional del acto administrativo que habría infringido sus derechos fundamentales, o si lo hizo, pero el juez contencioso adoptó una decisión adversa a sus intereses. La tutela, concluyó la Corte, es procedente en ambos eventos porque es el juez constitucional quien tiene la misión de lograr la efectividad de los derechos fundamentales.

La sentencia SU-383 de 2003 invocó los mismos argumentos al resolver la tutela que formuló la Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonía colombiana con el objeto de que se protegiera el derecho de sus comunidades a ser consultadas sobre el programa de erradicación de cultivos ilícitos que se estaba adelantando en sus territorios. Esta vez, la Corte resaltó el compromiso de las autoridades con la conservación de la autonomía de las minorías étnicas y llamó la atención sobre la importancia de facilitar el ejercicio de sus derechos fundamentales, dadas las condiciones de opresión, explotación y marginalidad que han enfrentado históricamente. Sobre estos supuestos, determinó que ‘no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata a su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia’.

5.7. Las reglas de procedencia que formularon esas decisiones de unificación han sido reiteradas de forma constante y pacífica en la jurisprudencia de la Corte [T-547/10, T-379/11, T-376/12]”.

15. Ahora bien, en contra de la subregla descrita, podría argumentarse que, en la medida en que el Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo incluyó el desconocimiento de la consulta previa como una causal de nulidad de los actos administrativos, entonces ahora debe acudir al mecanismo de control de la jurisdicción contencioso administrativa, y no a la acción de tutela, para la protección de derechos derivados de la diversidad étnica y cultural, como la consulta previa.

16. En concepto de la Sala la inclusión de esta norma sin duda comporta un avance sustancial en la regulación administrativa, en la medida en que la decisión legislativa mencionada brinda claridad a todos operadores jurídicos acerca de la obligatoriedad de la consulta previa a las actuaciones administrativas que afecten directamente a los pueblos indígenas y las demás comunidades étnicamente diferenciadas.

Sin embargo, no desvirtúa ninguna de las razones a las que ha acudido la Corte Constitucional para concluir que la tutela es el mecanismo preferente para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, tales como la discriminación histórica, la consideración de los pueblos como sujetos de especial protección constitucional y la dimensión constitucional particularmente intensa de estos conflictos, en tanto no sólo se refieren a derechos fundamentales, sino a las bases del orden político establecido por el Constituyente de 1991.

Esta decisión legislativa, por demás, no genera una modificación de hecho de la jurisprudencia constitucional, ni puede llevar a la restricción del derecho al acceso a la administración de justicia de estos colectivos. Vale la pena señalar, en contra del argumento mencionado, que ya las causales de nulidad prevén la violación del orden superior, es decir que, en ese sentido, ya el Código de 1984, interpretado a la luz de las normas constitucionales, involucra la causal de nulidad descrita. Sin embargo, la Corte explicó en un amplio conjunto de decisiones la diferencia entre ese control de legalidad sobre el acto y la defensa de los derechos fundamentales que se persigue por la vía de amparo.

17. Es cierto que una sentencia reciente (Sentencia T-288 A de 2016) contravirtió lo recién expresado. Sin embargo, en la medida en que las salas de Revisión no tienen competencia para modificar la jurisprudencia en vigor, y en esta decisión no se asumió una decisión explícita de modificar la regla de procedencia reiterada en esta ocasión, la Sala Plena recuerda, una vez más, que la acción de tutela es, por regla general, el medio judicial adecuado y preferente para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y, en especial, del derecho a la consulta previa.

18. Además, es oportuno señalar que, en la sentencia T-800 de 2014, al examinar el caso particular del pueblo raizal del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la Sala Cuarta sostuvo, de acuerdo con la línea jurisprudencial reiterada, que (i) en el ordenamiento constitucional no existe mecanismo diferente a la acción de tutela encaminado a que las minorías soliciten el amparo de su derecho a ser consultados y (ii) que a pesar de la procedencia de acciones judiciales ante las jurisdicciones ordinaria o administrativa, la procedibilidad de la acción de tutela se constituye como la vía idónea para proteger la integridad cultural de los grupos étnicos.

El derecho fundamental a la consulta previa: fundamentos normativos, procedencia y criterios de aplicación de la consulta. Reiteración jurisprudencial.

19. El Convenio 169 de 1989, instrumento internacional que por primera vez habló de la consulta previa, tiene como ejes esenciales: la autonomía de los pueblos indígenas y tribales, el respeto por la diferencia cultural, la defensa de los territorios y la participación, elementos que permean todo su articulado y se convierten en las herramientas centrales para su interpretación. En ese marco, la consulta previa no es una garantía aislada, sino un elemento transversal al Convenio, en tanto condición de eficacia de su derecho a adoptar decisiones autónomas sobre su destino, sus prioridades económicas, sociales y culturales y a participar

en todas las decisiones que les conciernen.

20. En el ámbito interno, esta Corporación ha sostenido de manera constante y uniforme que la consulta previa posee el carácter de derecho fundamental. En el fallo de unificación SU-039 de 1997, precisó que esta calificación surge de la forma en que la consulta concreta mandatos constitucionales, como el principio de participación de grupos particularmente vulnerables, la diversidad cultural y los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, frente a los pueblos étnica o culturalmente diversos.

21. En ese marco, el artículo 40 constitucional, en su numeral 2º, establece el derecho de participación de todos los ciudadanos en los asuntos que los afecten, garantía que se ve reforzada en el caso de los pueblos indígenas y las comunidades afro descendientes, por su relación con otros mandatos constitucionales. El artículo 330 de la Constitución Política prevé, a su turno, la obligación estatal de garantizar la participación de las comunidades indígenas, previa la explotación de recursos naturales en sus territorios, enmarcando esa obligación dentro de un amplio conjunto de potestades asociadas a la protección y promoción de la autonomía en materia política, económica y social, y al ejercicio del derecho a la propiedad colectiva sobre las tierras y territorios colectivos. Además, en concordancia con esas disposiciones constitucionales, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 55 transitorio de la Constitución Política, el Congreso de la República expidió la Ley 70 de 1993, en la que desarrolló el derecho de las comunidades negras a la consulta previa.

22. El artículo 6, inciso 1º, literal a) del Convenio 169 de 1989 hace referencia a la consulta previa en los siguientes términos: “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;|| b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos

administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; [y] || c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin”.

Además, el literal 2º del artículo 6º, ibídem, plantea elementos centrales de la consulta, como la aplicación del principio de buena fe, la flexibilidad de la consulta, entendida como adaptabilidad al pueblo concernido, y la finalidad de obtención del consentimiento de los pueblos interesados.

23. Como lo ha explicado la Corte (T-376 de 2012) el artículo 6º del Convenio 169 debe leerse en armonía con el conjunto de disposiciones del mismo instrumento que se dirigen a asegurar la participación de las comunidades indígenas en toda decisión relacionada con sus derechos y modo de vida; y a fomentar relaciones de diálogo y cooperación entre los pueblos interesados y los Estados parte del Convenio, algunas de las cuales se destacan a continuación:

24. El artículo 5º ordena reconocer y proteger los valores sociales, culturales y religiosos de los pueblos interesados y tomar en consideración sus problemas colectivos e individuales, y adoptar medidas para “allanar” sus dificultades al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo, con su “participación y cooperación”; el artículo 7º plantea la obligación de garantizar su participación en los planes de desarrollo nacionales y regionales, propendiendo al mejoramiento de sus condiciones de salud, trabajo y educación, y la de realizar estudios sobre el impacto de las medidas en la forma de vida y el medio ambiente de sus territorios, con la participación y cooperación directa de los pueblos interesados; el artículo 4º establece la obligación genérica de adoptar medidas para la protección de los derechos e intereses de los pueblos interesados sin contrariar sus deseos “expresados de forma libre”.

25. En relación con sus territorios, el artículo 15 hace referencia a la obligación de consultar a los pueblos concernidos, con el propósito de determinar si sus intereses serán perjudicados antes de emprender programas de prospección o explotación de los recursos existentes en

sus tierras, al derecho a participar de los beneficios que reporten esas actividades, y recibir indemnizaciones equitativas por los daños que les ocasionen, en tanto que el artículo 16 establece la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos siempre que el Estado pretenda efectuar un traslado desde su territorio ancestral, y concertar las medidas de reparación adecuadas ante tales eventos.

26. La exposición de las anteriores disposiciones demuestra la importancia de enmarcar la consulta en un espectro más amplio de normas destinadas a asegurar la intervención de los pueblos indígenas, bajo mecanismos de participación, la consulta previa, la cooperación, el consentimiento de la comunidad, la participación en los beneficios y la indemnización en determinados eventos. Todos estos derechos y garantías constituyen un continuum de protección de los pueblos indígenas y tribales, pues cumplen la función de (i) proteger y respetar la autodeterminación de los pueblos; (ii) asegurar que su punto de vista sea escuchado por las autoridades del orden nacional; y (iii) propiciar la defensa de sus demás derechos (especialmente, pero no exclusivamente, los territoriales).

Alcance de la consulta y subreglas constitucionales que orientan su interpretación y aplicación

27. La jurisprudencia constitucional, así como las normas de derecho internacional relevantes, han definido los contornos de la consulta previa, mediante un conjunto de subreglas, principios y criterios que pueden ser concebidos como guías para los órganos competentes de adelantarla, los pueblos interesados y los particulares que se vean inmersos en el proceso consultivo. Así, en la sentencia T-129 de 2011 se recogieron las principales subreglas, que pueden sintetizarse, así:

Criterios generales de aplicación de la consulta: (i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afro descendientes

sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (iv) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afro descendientes.

Reglas específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta: (vii) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (viii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (pre consulta o consulta de la consulta); (ix) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad interesada; y, (x) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (xi) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social.

Participación, consulta previa y consentimiento desde el punto de vista del principio de proporcionalidad. Reiteración de jurisprudencia.

28. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del pueblo Saramaka contra el Estado de Surinam, señaló que en aquellos supuestos en que el Estado pretenda implantar una medida que afecte especialmente el derecho territorial de un pueblo indígena debe obtener su consentimiento previo.

29. La Corte Constitucional colombiana, en las sentencias T-769 de 2009 (relativa a la explotación minera en territorios colectivos de diversos resguardos ubicados entre los departamentos de Chocó y Antioquia) y T-129 de 2011 (caso en el que se estudió la presunta violación al derecho a la consulta de la comunidad de Pescadito y el resguardo de Chidima-Tolo, previa la implantación de diversas medidas de desarrollo, como la construcción de una carretera y el proyecto de conexión eléctrica entre Colombia y Panamá) efectuó similares consideraciones, explicando que, en aquellos eventos en que se presente una afectación especialmente intensa al territorio colectivo, el deber de asegurar la participación de la comunidad indígena o afro descendiente no se agota en la consulta, sino que es precisa la obtención del consentimiento libre, informado y expreso como condición de procedencia de la medida.

30. En ese orden de ideas, en las sentencias citadas (T-769 de 2009 y T-129 de 2011), la Corporación estableció que si bien el deber general del Estado, en materia de consulta previa, consiste en asegurar una participación activa y efectiva de las comunidades con el objeto de obtener su consentimiento; cuando la medida represente una afectación intensa del derecho al territorio colectivo, es obligatoria la obtención del consentimiento de la comunidad, previa la implantación de la medida, política, plan o proyecto.

31. La Sala estima que una adecuada comprensión de las reglas sobre el consentimiento requiere algunas consideraciones adicionales, que se dirigen a interpretar las diferentes disposiciones del Convenio 169 de 1989, la Constitución Política y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas a partir del principio de proporcionalidad.

En tal sentido, la consulta previa no es una garantía aislada, sino un derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales, normativamente complejo (es decir, compuesto por diversas

facetas jurídicas), con consecuencias de la mayor relevancia para la preservación de las culturas ancestrales, en tanto manifestación de los principios y derechos de participación y autodeterminación y medio imprescindible para articular a las comunidades indígenas y afro descendientes a la discusión, diseño e implementación de medidas que les atañen y evitar así que sus prioridades sean invisibilizadas por el grupo social mayoritario.

32. Es necesario recordar que la consulta refleja un equilibrio o ponderación entre el interés general, representado en los proyectos o medidas que potencialmente pueden incidir en los derechos de los pueblos indígenas y tribales, y el goce efectivo de estos, particularmente, en materia de autodeterminación, autonomía, territorio, recursos y participación.

33. La ponderación, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y la doctrina autorizada sobre la aplicación y límites de los derechos constitucionales, se identifica con el principio de proporcionalidad estricta, pues se concreta en determinar si la eficacia que se pretende alcanzar frente a un derecho o principio justifica una restricción de otro principio constitucional determinado.

34. La consulta es entonces un balance adecuado para ese potencial conflicto en la mayoría de los casos. El consentimiento expreso, libre e informado, sin embargo —y siempre dentro de la lógica de la proporcionalidad—, es un balance constitucionalmente diverso, en el cual los derechos de los pueblos indígenas y tribales obtienen una garantía reforzada, debido a que la medida bajo discusión puede afectar más intensamente sus derechos.

35. Desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, la participación de los pueblos indígenas y las comunidades afro descendientes se concreta en tres facetas del mismo derecho, que pueden sintetizarse así: (i) la simple participación, asociada a la intervención de las comunidades en los órganos decisorios de carácter nacional, así como en la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier

motivo les interesen; (ii) la consulta previa frente a cualquier medida que los afecte directamente; y (iii) el consentimiento previo, libre e informado cuando esa medida (norma, programa, proyecto, plan o política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial.

36. Ahora bien, según lo ha expresado la Corte, la subregla sobre el consentimiento puede generar algunas inquietudes. Al parecer, ello obedece a que podría resultar incompatible con el principio según el cual la consulta es un diálogo entre iguales y no un derecho de veto consagrado en cabeza de las comunidades indígenas o tribales, de manera que podría surgir una contradicción normativa cuando, en un evento determinado en que es aplicable la regla del consentimiento, una medida no logra alcanzar la aceptación de la comunidad o pueblo interesado pues, en términos prácticos, la medida no puede realizarse, así que la comunidad concernida habría efectuado un veto de la misma. La Corte Constitucional, sin embargo, ha expresado que mientras la consulta previa a las comunidades indígenas es el estándar general, el consentimiento previo, libre e informado es un estándar excepcional que procede en los eventos descritos por la jurisprudencia constitucional y el derecho internacional, asociados al traslado o reubicación de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural o uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios.

Ámbito material de procedencia de la consulta previa. El concepto de afectación directa.

37. De acuerdo con el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de esta Corte, el ámbito material de aplicación de la consulta no se ciñe a determinados supuestos hipotéticos. Si bien los eventos explícitamente mencionados en la Constitución Política y los documentos relevantes del DIDH deben considerarse relevantes, estos no agotan la obligación estatal, pues el concepto clave para analizar la procedencia de la consulta previa es el de afectación directa.

38. Esta expresión, por supuesto, es amplia e indeterminada, lo que puede ocasionar distintas disputas interpretativas. Sin embargo, actualmente, la Corte ha desarrollado un conjunto de estándares que permiten evaluar al operador jurídico, si una medida, norma o proyecto afecta directamente a los pueblos indígenas: (i) la afectación directa hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica; (iv) la interferencia en elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo involucrado; y (v) se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados.

39. Evidentemente, son criterios de apreciación que no cierran de manera definitiva la vaguedad del concepto de afectación directa y mantienen de esa forma la importancia de una evaluación caso a caso sobre la obligatoriedad de la medida. Con todo, ese conjunto de parámetros de comprensión de la afectación directa constituyen orientación suficiente para el desempeño de esa tarea, en términos acordes a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y en el marco de la jurisprudencia constitucional, aspecto que será analizado a fondo en el siguiente acápite.

El pueblo raizal y la jurisprudencia constitucional. Una doctrina insular.

40. Con base en los artículos 1º, 7º y 70 de la Constitución, que reconocen la existencia de distintas etnias y culturas dentro del territorio, ordenan proteger esa diversidad, y declaran la igualdad, el Constituyente de 1991 estableció, en el artículo 310 constitucional, un régimen especial destinado a la protección del pueblo raizal del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Según esta disposición, la entidad territorial se regiría, además, de la Constitución y las leyes, por normas especiales, que incluyen temas de administración, fiscales, financieros, restricción del derecho de circulación y residencia para controlar la densidad poblacional de las islas, regulación del suelo para proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales.

41. El artículo 42 transitorio de la Carta estableció que, mientras el Congreso expide las leyes de que trata el artículo 310 de la Constitución, el gobierno adoptará por decreto, las reglamentaciones necesarias para controlar la densidad de población del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en procura de los fines expresados en el mismo artículo”.

42. Si bien existe un número amplio de pronunciamientos constitucionales relacionados con el pueblo raizal, la Sala Plena observa que estos pueden agruparse en tres conjuntos. De una parte, las decisiones que, de forma temprana, destacaron la diversidad cultural del pueblo raizal, en un discurso incipiente y que sólo fue retomado, con especial fortuna, en la decisión T-599 de 2016; casos asociados a las tensiones que han suscitado las normas especiales de control poblacional sobre las islas, con diversos derechos fundamentales y, especialmente, con el debido proceso; y un limitado conjunto de pronunciamientos relacionados con la participación y el territorio raizal (en realidad, solo dos).

43. A continuación la Sala esboza las características centrales de cada una de estas líneas. Sin embargo, en respuesta a esta situación, también se presentará un contexto histórico y social un poco más amplio, al momento de iniciar el estudio del caso concreto, con el propósito explícito de hacer visibles los problemas especiales que ha enfrentado la población raizal, en el contexto de la insularidad de su territorio y en épocas previas a la propuesta multicultural y pluriétnica de la Carta de 1991.

Decisiones acerca del control poblacional en el Archipiélago

44. En la sentencia C-530 de 1993, la Corte se refirió por primera vez a la especificidad de la cultura isleña, en un caso que cuestionaba la constitucionalidad del Decreto 2762 de 1991,

por el cual 'se adoptan medida para controlar la densidad poblacional en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina'. Además de declarar la exequibilidad del Decreto, la Corte expresó:

"la cultura de las personas raizales de las Islas es diferente de la cultura del resto de los colombianos, particularmente en materia de lengua, religión y costumbres, que le confieren al raizal una cierta identidad. Tal diversidad es reconocida y protegida por el Estado y tiene la calidad de riqueza de la Nación. El incremento de la emigración hacia las Islas, tanto por parte de colombianos no residentes como de extranjeros, ha venido atentando contra la identidad cultural de los raizales, en la medida en que por ejemplo en San Andrés ello no son ya la población mayoritaria, viéndose así comprometida la conservación del patrimonio cultural nativo que es también patrimonio de toda la Nación".

45. En esta decisión, la Corte Constitucional consideró que las limitaciones que impuso este Decreto para ingresar, circular, residir, trabajar, elegir y ser elegido obedecían a una finalidad constitucional y eran necesarias, adecuadas y proporcionales dado que, para mil novecientos noventa y uno (1991), el archipiélago había sufrido un acelerado y perjudicial incremento poblacional. Para ese entonces, San Andrés era la Isla del Caribe con mayor cantidad de personas por kilómetro cuadrado (57.023 habitantes en 27 km²). Debido a esto, estaba en riesgo su frágil ecosistema, le era imposible al gobierno local conseguir los recursos necesarios para satisfacer las necesidades de toda la población, la supervivencia de sus habitantes no estaba plenamente garantizada y la preservación de las diferencias y la identidad cultural de los raizales era cada vez más difícil.

46. Posteriormente, la Sala ha conocido casos relacionados con tensiones entre diversos derechos constitucionales y las normas de control poblacional de San Andrés. Si bien los casos han sido muy diversos, y las decisiones de la Corte han respondido a estas diferencias, resulta especialmente relevante mencionar la manera en que la Corte Constitucional han explicado la importancia de las normas de control poblacional de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, como un asunto en el que está de por medio la supervivencia de las islas y el pueblo raizal, la adecuada prestación de servicios públicos y el cuidado ambiental de esta

reserva de la biósfera.

“Con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el medio ambiente y los recursos naturales del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la Constitución Política permitió limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, establecer controles a la densidad de su población, regular el uso de su suelo y someter a condiciones especiales la enajenación de los bienes inmuebles ubicados en dicho territorio. En desarrollo de esta norma, y haciendo uso de las facultades que le otorgó el artículo transitorio 42 superior, el Presidente de la República expidió el Decreto 2762 de 1991 con el objetivo de controlar la densidad poblacional en las Islas.

De esta manera, lo que aquí se debate no es una mera restricción al derecho a la libre circulación y residencia. La tensión jurídica suscitada a la luz de este tipo de casos tiene que ver con la sobrevivencia del archipiélago. Teniendo en cuenta el interés particular de los residentes irregulares y temporales, por un lado, y el interés colectivo y nacional, por el otro, la discusión debe responder a la pregunta de cómo garantizar la frágil sobrevivencia cultural, ambiental y social de las Islas (que ha estado y que sigue en riesgo), sin restringir radicalmente los derechos de aquellos colombianos y extranjeros que cumplen con las condiciones para ser residentes”.

La diversidad del pueblo raizal. Decisiones constitucionales del período 1994-1999

47. Además de reiterar de forma constante lo expresado en la sentencia C-530 de 1993, la Corte se refirió durante este período a la validez de un conjunto de normas legales en las que se establecían medidas especiales o excepcionales para las islas, y que eran cuestionadas por ciudadanos del continente, principalmente, por considerarlas violatorias del derecho a la igualdad.

48. Así, en la sentencia C-086 de 1994, la Corte analizó normas que establecían como requisito para ser Gobernador del Departamento Archipiélago y exigían el inglés para el ejercicio de cargos públicos en la isla, si estos suponían atención al público, entre otras. La Corporación recordó la cultura especial de los isleños y defendió las restricciones como razonables y proporcionadas, en el marco de las políticas de control demográfico, indispensables para la preservación de la calidad de vida de la población isleña, y en la importancia del inglés y el creole para los raizales.

49. En la sentencia C-053 de 1999 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), en la que se estudió la demanda de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley 47 de 1993, la Corte reconoció como territorio del pueblo raizal al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina: ‘El territorio propio de la comunidad nativa del archipiélago lo constituyen las islas, cayos e islotes comprendidos dentro de dicha entidad territorial. El eventual repliegue de la población raizal en ciertas zonas de las islas no es más que el síntoma de la necesidad de brindar una real protección a los derechos culturales de los raizales’.

50. En la sentencia C-454 de 1999 se pronunció sobre la decisión legislativa de reservar un cupo para la población raizal en el Consejo Nacional de Planeación. “Además de destacar la importancia de la medida, dadas las especiales necesidades del archipiélago, dijo la Corte: Como quedó consignado en el acápite precedente, esta Corporación ha connotado en forma reiterada las particularidades que justifican, hacen razonable y constitucionalmente válido el trato diferenciado para las comunidades isleñas raizales del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a las que el Constituyente reconoció una especial protección en los artículos 2º., 13, 79 y 310 de la Carta Fundamental que, paradójicamente, el demandante estima conculcados”.

Sentencias sobre la participación y el territorio raizal.

51. En la sentencia T-111 de 1995, la Corte Constitucional negó la tutela presentada por líderes del pueblo raizal, que cuestionaban la decisión de la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo, en el sentido de vender, entre otros activos, el hotel Isleño y terrenos aledaños en la Isla. Si bien se llevó a cabo un cabildo abierto sobre la enajenación de bienes inmuebles, los accionantes, de la organización Sons of the Soil señalaban que, después de sufrir el desalojo violento del sector, durante los años 50 y la expropiación de sus tierras, se suponía que el Departamento no lo vendería a privados.

52. La Corte Constitucional declaró la improcedencia de la acción por pretender amparar un derecho colectivo, y por no hallarse demostrada la existencia de un perjuicio irremediable y, al tiempo que presentó una interesante narración sobre la historia del hotel, descartó la posición de los accionantes, argumentando que la Gobernación estaba en plena capacidad de disponer de los bienes del Departamento. Acerca de la relación del pueblo raizal de san Andrés con su geografía, expresó la Corte:

“Las pruebas que obran en el expediente, dan cuenta de los usos tradicionales del suelo en el área conocida como Sprat Bight: lugar de reposo de los antepasados y del culto que allí se les rendía, sitio de reunión social de la comunidad después del servicio religioso dominical, pista para las carreras de caballos –el deporte tradicional de los isleños–, patio de recreo de los estudiantes del colegio anglicano y residencia de algunas familias.|| Como se desprende de los testimonios de los antiguos propietarios nativos Delia James de Whitaker, Jedidiah Hooker James, Ralston James Watson, Antonio James Bernard, etc, tales prácticas comunitarias y familiares fueron truncadas en la década de los cincuentas, por la expropiación traumática que adelantó en esa zona el Gobierno del General Rojas Pinilla, el posterior traslado del cementerio y la construcción del hotel El Isleño, las canchas de tenis, la base militar, la sede de Protuistas, etc. Los declarantes y el demandante concuerdan en que los isleños aprendieron a vivir con los cambios que introdujo en el archipiélago esa intervención del Gobierno, consolándose con la promesa de que los terrenos expropiados se conservarían como propiedad pública y sus frutos se dedicarían a mejorar la calidad de vida

de los nativos.

53. Además, estimó que la población sí tuvo la oportunidad de participar, en el cabildo abierto llevado a cabo en la Asamblea Departamental. Más aún, del acta del cabildo abierto celebrado en el recinto de esa Corporación, se desprende que la comunidad raizal y los otros intervinientes en ese debate, consideran que la construcción de un hotel de lujo y centro de convenciones en Sprat Bight es viable, si se adelanta como parte del plan de desarrollo del departamento, previa la adquisición de las cuotas que en la actualidad pertenecen a la Corporación Nacional de Turismo”.

54. En decisiones más recientes, finalmente, ha comenzado a discutirse la violación del derecho a la consulta previa del pueblo raizal, por medidas que impactan su territorio y modo de vida, y que han sido impuestas sin adelantar previamente el trámite consultivo. Dejando de lado la sentencia T-471 de 2014, por ser un caso en el que se declaró la carencia actual de objeto, es imprescindible a continuación hacer referencia a la providencia T-800 de 2014, precedente relevante para el caso que debe decidir la Sala.

La sentencia T-800 de 2014 como precedente relevante en materia de consulta previa al pueblo raizal.

55. En la sentencia mencionada, la Sala Cuarta de Revisión analizó la acción de tutela presentada por el pueblo raizal de la ciudad de Old Providence, por la decisión de iniciar la construcción de un Spa (complejo turístico) en un lote de la Isla denominado South West, sin haber agotado el procedimiento de consulta previa con la comunidad afectada. Después de reiterar la regla de procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la consulta previa y la jurisprudencia que define los contornos constitucionales del mismo, la Sala recordó que el pueblo raizal es sujeto de especial protección constitucional.

56. La Sala Cuarta señaló que resulta clara la presencia del pueblo raizal en la Isla de Providencia, donde constituye el 96% de la población total, y específicamente en el sector donde se planteaba la construcción del Spa. En ese orden de ideas, resultaba evidente que este proyecto afectaba directamente al pueblo raizal, en el uso de su territorio, en su concepción cultural del turismo, en materia ambiental y en el plano económico. A pesar de ello, indicó la Corte, no se consultaron el conjunto de medidas administrativas destinadas a su construcción, entre las que se contaban decretos, convenios inter administrativos y licencias ambientales. Las actuaciones estatales, sin embargo, se limitaron a reuniones de carácter informativo, ajenas a los estándares definidos por la Corte Constitucional para el derecho fundamental a la consulta previa. También encontró la Sala Cuarta la existencia de conceptos contradictorios del Ministerio del Interior acerca de la necesidad de realizar la consulta, conducta que calificó como ambigua, contradictoria y lesiva de los derechos del pueblo accionante.

57. Destacó también la Sala citada la importancia del turismo para el pueblo raizal, la manera en que se viene desarrollando, de forma armónica con su identidad étnica y cultural, en posadas nativas y su relevancia como fuente de ingreso para los pobladores de la Isla. Sobre la relación de la población raizal con el territorio, explicó la Sala:

“La relación de los raizales con la isla y el territorio es, tanto económica como de carácter cultural y ambiental. La intervención de personas externas a la comunidad raizal con fines económicos, como ocurre con la construcción del proyecto “Spa-Providencia”, representa una amenaza a la integridad cultural de esta comunidad étnica, como consecuencia de la incursión de nuevas formas de entender la economía y la cultura que se ha desarrollado alrededor del turismo en esta zona del país. De allí que el proceso de consulta se haga imperioso para que los raizales comprendan la magnitud del proyecto bajo sus usos y costumbres. Se abunda en razones cuando el Decreto 295 del 27 de febrero de 2013 que hace referencia al proyecto “SPA en Providencia”, asigna recursos del “Fondo de Promoción Turística para construir un SPA en la isla de Providencia” y precisa que debido al potencial

turístico del Departamento y a su riqueza cultural nativa, en el funcionamiento y manejo del “SPA en Providencia” debe tener presencia la población raizal”.

58. A partir de esas consideraciones acerca del pueblo raizal, su presencia en la Isla de Providencia, la importancia del turismo para su cultura y sustento, y las actuaciones equívocas de las autoridades, que a pesar de conocer todo lo expuesto hasta el momento, omitieron el trámite de consulta, la Sala Cuarta concedió el amparo y ordenó la iniciación y realización del proceso consultivo.

A continuación, la Sala abordará el estudio del caso concreto, en el marco de la jurisprudencia reiterada hasta el momento.

Del caso concreto.

59. La Corte Constitucional ha construido líneas jurisprudenciales sólidas en torno a los distintos elementos derivados del reconocimiento del estado pluralista, multicultural, intercultural y diverso, gestado por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y asumido como un compromiso por el Estado en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.

60. A manera esquemática, en la construcción de estas líneas, la Corte Constitucional se ocupó en un primer momento de los derechos de los pueblos indígenas y, al poco tiempo, consideró que las normas de derechos fundamentales que los cobijan son, en términos generales, extensibles a las comunidades afro descendientes. Sin embargo, sólo hasta la sentencia C-169 de 2001, explicó y justificó con detalle las razones de adscripción de estos derechos a las comunidades afro descendientes. Es esa dirección, hizo alusión a la situación

de vulnerabilidad social y a los patrones históricos y no superados de discriminación de los que ambos pueblos o minorías han sido víctimas en igual medida, razones que justificarían la adscripción igualitaria de los derechos étnicos y culturales.

61. En aquella oportunidad (Sentencia C-169 de 2001) la Corte Constitucional añadió que lo expresado acerca de las comunidades negras o afrocolombianas era predicable también de las comunidades palenqueras, raizales y rom, afirmación que sirvió como base a una doctrina garantista frente a los derechos de las minorías mencionadas y progresiva en la construcción del estado multicultural y pluralista. Una doctrina que cobija a todos los pueblos, comunidades o grupos humanos que conviven en el país, comparten un sentimiento nacional y defienden al tiempo una cultura diversa.

62. Lo expresado en la sentencia C-169 de 2001 lleva implícita, sin embargo, otra tendencia que se mantuvo por muchos años en la jurisprudencia constitucional y que se cifra en igualar a todos los pueblos étnicamente diversos y remitir la protección de sus derechos y culturas a la doctrina ya establecida a favor de los pueblos indígenas, sin reparar en que los procesos históricos de cada uno comparten obvias similitudes, pero también notables diferencias; y sin observar que sus necesidades actuales coinciden, parcialmente, pero presentan también especificidades relevantes.

63. Esta situación se torna paradójica, pues, con el ánimo de asegurar un conjunto de derechos especiales a todas las poblaciones diversas desde el punto de vista cultural, el Estado podría terminar por homogenizarlas; y es una paradoja que puede acarrear consecuencias jurídicas indeseables, pues un presupuesto esencial de la defensa de estos derechos es el diálogo entre culturas, en el que se parta de la igual dignidad de todas las culturas pero también de la base de sus diferencias.

64. En ese contexto, las comunidades negras o afrocolombianas, que constituyen un conjunto

poblacional particularmente amplio, enfrentaron un enorme desafío para ser escuchados con voz propia en el ámbito constitucional. Si la comprensión y, en esa medida, el destino de los derechos de las comunidades negras o afrocolombianas estuvieron atados al devenir de los derechos de los pueblos indígenas, una segunda dependencia, menos conocida, surgió entre los derechos de las demás comunidades étnicamente diferenciadas y los de las comunidades afro descendientes, como ocurre en el caso del pueblo raizal.

Así las cosas, si la jurisprudencia sobre los derechos de las comunidades negras se inició en una relación de dependencia a los derechos de los pueblos indígenas, la que se refiere al pueblo raizal sufre de una doble dependencia, en tanto se ató, sin mayores consideraciones, a la de las comunidades negras.

65. Por ese motivo, la Sala Plena estima necesario presentar un breve contexto del pueblo raizal, antes de dar solución al problema jurídico planteado. En esa dirección, hará referencia a un mínimo de elementos geográficos, históricos, sociales y culturales que definen o condicionan los intereses y necesidades actuales de los habitantes del Departamento Archipiélago para, en ese marco, lograr una comprensión adecuada del problema jurídico que debe resolver la Corte Constitucional.

El archipiélago de San Andrés y Providencia.

66. El archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se encuentra ubicado en el mar caribe y se compone por un conjunto de islas que conforman el único departamento del país sin territorio continental. Este conjunto de islas se localiza sobre una plataforma volcánica del caribe suroccidental, aproximadamente a 730 kilómetros del noroeste de la costa colombiana. La presencia del archipiélago en Las Antillas explica que Colombia tenga fronteras marítimas con Costa Rica, Nicaragua, Honduras, Jamaica, Haití y República Dominicana.

67. El último censo del DANE, efectuado en 2005, reporta que actualmente 30.565 personas se auto reconocen como raizales, y que en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se encuentran 23.396 de estas. Como lo expresó la Sala Novena en sentencia T-599 de 2016:

“190. El pueblo raizal de las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina comparte una historia social y cultural común con el complejo de sociedades afrodescendientes que habitan el caribe anglófono occidental. Su lenguaje creole, esencialmente oral y de base inglesa y Akán, es similar a la de otros pueblos asentados en islas vecinas como Jamaica y Corn Islands, y a lo largo de la costa caribe de Centroamérica en Panamá, Costa Rica, Nicaragua y Belice. De igual forma, estos pueblos comparten su afiliación al cuerpo de creencias y prácticas religiosas de origen Akán denominado obeah. En San Andrés y Providencia esta herencia cultural africana se complementa con la herencia anglosajona de la religión protestante (principalmente bautista) y el inglés como la lengua de la iglesia y la escuela”.

69. La Isla de San Andrés fue la primera en ser colonizada, aunque posteriormente Providencia (también conocida como Old Providence) alcanzó gran relevancia para la colonia inglesa por tratarse de una isla volcánica, “muy montañosa, con suelos pródigos y las imprescindibles fuentes de agua dulce”, condiciones que la hacían a la vez fértil y relativamente fácil de defender de ataques de piratas y españoles. Allí se trasladaron entonces los primeros pobladores, con el consecuente abandono de San Andrés.

70. En un primer momento, las inversiones inglesas se centraron en el cultivo de tabaco, pero debido a la ausencia de conexiones para el comercio del producto y a la lejanía entre Providencia y otras colonias inglesas, el éxito de este fue moderado, al tiempo que la ausencia de mano de obra fomentó la llegada de personas, por vía de la trata. Posteriormente, los principales comerciantes británicos encontraron en la piratería y el pillaje

un modo más productivo de conseguir recursos.

71. Esta situación preocupó a la corona Española, lo que la llevó a una toma de las Islas y al desalojo de los puritanos ingleses, hacia 1640. Estos se repartieron en otras colonias inglesas, como Saint Kitts (punto de partida para la conquista de Jamaica), la región continental de la Mosquitia y las Islas de la Bahía de Honduras. Fue el primer intento, fallido, de establecer el idioma español y la religión católica en las islas.

72. Hacia 1660, Henry Morgan –el pirata legendario– atacó Providencia y la ocupó durante cuatro años, para conquistarla nuevamente en nombre del Gobierno inglés en 1670, con el fin de mantener el dominio británico en el Caribe Occidental. Así, el panorama de este primer poblamiento se resume en las migraciones inglesas, los intentos de colonización española, la frecuente presencia de marinos, comerciantes y piratas; al tiempo que el desarrollo de la agricultura se asocia a la llegada de personas esclavizadas como fuerza laboral, primero, en cultivos de tabaco y algodón. A todo lo expuesto se suman migraciones francesas, portuguesas y holandesas, como fuente del conjunto de raíces del pueblo raizal.

73. A raíz de los enfrentamientos entre España e Inglaterra, que se extendieron por más de un siglo, el archipiélago quedó casi abandonado y deshabitado, a pesar de las visitas aisladas de pobladores jamaíquinos, en busca de maderas y tortugas [Aguilera; 2010].

“191. En 1786 España e Inglaterra suscribieron el tratado de Versalles mediante el cual las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (junto con la costa Mosquitia) pasaron de manera definitiva a manos españolas. Este tratado puso fin a una larga disputa entre los dos imperios, la cual comenzó en 1641 cuando los españoles invadieron las plantaciones esclavistas de Providencia que habían sido levantadas por puritanos ingleses y cautivos africanos una década atrás. A partir de ese año el archipiélago fue objeto de forcejeo entre los dos imperios, que se expresó en tomas, reconquistas, abandonos y apropiación por parte

de bucaneros. Estos hechos aplazaron el poblamiento del territorio insular hasta 1730, cuando una nueva oleada de colonización llegó a las islas provenientes del Caribe Angloparlante, Escocia, Irlanda y la Costa de Oro en África Occidental. Cuando en 1786 España e Inglaterra suscribieron el tratado, esta comunidad ya había constituido un asentamiento permanente y duradero en el archipiélago, del cual descende la actual comunidad raizal” (T-599 de 2016).

74. Hacia 1778, se inició una nueva colonización de las islas, fecha en que Francis Archbold, con permiso de la corona española, llegó con un grupo de personas esclavizadas para trabajar en la siembra de algodón y explorar los densos bosques de las Islas. La esclavitud en la isla, como se expondrá, surgió con ocasión de los cultivos de algodón y se extendió hasta mitad del siglo XIX, aunque las primeras medidas de emancipación fueron previas a las del país continental.

75. Posteriormente, el territorio sería transformado en un cantón de la jurisdicción de Cartagena, al mando del Gobernador Tomás O’Neill (1795) y el gobierno local de Philip Beekman Livingston, quien fue alcalde de la ciudad. Tiempo después, hacia 1818, el revolucionario francés Louis Aury instauró un gobierno y un conjunto de fuertes en Providencia que se extendió durante solo tres años, debido a la muerte accidental de Aury, ocurrida al caer de su caballo. En 1822, los pobladores de las Islas deciden su anexión voluntaria a la Gran Colombia, y acogen la Constitución de Cúcuta del mismo año, aunque este hecho no presenta mayores consecuencias en la ya mixta y diversa cultura raizal.

76. La Iglesia Bautista llega a las Islas hacia 1830 y juega un papel trascendental en la alfabetización y la adhesión mayoritaria del pueblo raizal a este culto, basado en la disciplina y el amor al trabajo. Los hechos descritos, al tiempo, van configurando el idioma nativo de la Isla, el creole, una mezcla de inglés, francés, algunas palabras africanas y con diversas variaciones según cada comunidad. Sin embargo, su cercanía con el inglés hace de estas dos las lenguas más habladas por el pueblo raizal.

“192. Si bien en 1822 los isleños, junto a los habitantes de la Mosquitia, adhirieron a la Gran Colombia y a la Constitución de la República de Cúcuta, las instituciones del Estado no hicieron presencia permanente en el territorio insular. Gracias a esto, los isleños pudieron seguir desarrollando de manera autónoma sus formas particulares de vida durante el Siglo XIX y, en parte, durante la primera mitad del Siglo XX.

El abandono del sistema esclavista en el Caribe fue un proceso gradual: inició en 1807 cuando Inglaterra prohíbe la trata y continúa en 1834 con el decreto abolicionista en todo el Caribe Angloparlante. Ese año, el reverendo Phillip Beekman Livingston, regresa a la isla proveniente de Estados Unidos, para liberar a sus esclavos, repartir parte de su tierra y fundar la Primera Iglesia Bautista en el sector de La Loma y la primera escuela. Beekman Livingston fundó también la primera Iglesia Bautista de San Andrés y en la noche, durante la catequesis, impartía enseñanzas en el idioma inglés. “A fines del siglo XIX, aproximadamente el 95% de la población de las islas era bautista, y más del 90% sabía leer y escribir, estándar imposible de imaginar en la época para la población continental de Colombia. (Clemente, 1989 b; pg 185)”.

77. Así se establece el estrecho nexo, aún presente, entre la religión, el idioma, la emancipación de las personas esclavizadas, enseñanza y la cultura raizal. Con todo, vale aclarar que la esclavitud no desapareció del todo de las islas hasta el año 1853, cuando se hallaba vigente en todo el territorio la Ley 51 del mismo año.

78. La población reducida de las islas durante los siglos XVII a XIX se percibe también en la permanencia de un conjunto reducido de apellidos en su base poblacional, así como la posibilidad de rastrear sus orígenes y hallar por esas vías los lazos que unen al pueblo raizal de San Andrés y Providencia con otros pobladores de las Antillas. (Archbold, O'Neill, Mitcell o Pomare). Además, pese a la adhesión voluntaria de la población de las Islas a la Gran

Colombia, en 1822, “los isleños pudieron seguir desarrollando de manera autónoma sus formas particulares de vida durante el Siglo XIX y, en parte, durante la primera mitad del Siglo XX”.

79. Desde inicios del siglo XX comienza un proceso que pretende una incorporación cultural más amplia de las Islas a la cultura continental. Según las fuentes consultadas, las principales estrategias para esta integración se encuentran en la evangelización, la entrega de los programas de educación a la orden católica de los capuchinos y la implementación del Español como lengua de enseñanza de los isleños. Veamos

80. La Iglesia Católica, a través de la Compañía de Jesús, llega a las islas hacia 1902, a través de los jesuitas, donde es ampliamente reconocida la figura del alemán Stroebeli, quien bautizó en esta fe a 32 isleños, en diciembre de 1902. Los esfuerzos de los jesuitas se concentraron en la población descendiente de personas esclavizadas en las plantaciones. Posteriormente, y mediante actuaciones acordadas con el Gobierno Central, la Orden de los Hermanos Capuchinos hace también presencia en las islas, con la misión de evangelizar, hispanizar y llevar la religión católica a sus pobladores. Según Clemente (1989; pg. 201), el apoyo del Gobierno y la nunciatura apostólica permitió a los capuchinos organizar por primera vez una instrucción escolar gratuita.

81. En los años 60 del siglo pasado, se creó un fuerte movimiento de defensa de la autonomía y la autodeterminación del pueblo raizal, al tiempo que sus reclamos encuentran, al menos parcialmente, eco en el cambio constitucional de 1991.

Conclusión

82. Son evidentes las relaciones entre la ubicación insular, historia y procesos sociales y

económicos del pueblo raizal y su modo de vida actual, en el que se percibe la consolidación de una comunidad humana que defiende una diferencia cultural con la población mayoritaria y otros grupos étnicos; y reclama, eventualmente con fuerza, su derecho a la autodeterminación como colectivo protegido por el derecho internacional de los derechos humanos (Convenio 169) y la Constitución Política Colombiana.

83. La mixtura de su composición demográfica, con ancestro indígena, afro y europeo, especialmente británico, la religión protestante (en su mayoría bautista), el idioma inglés y el creole local, las bajas tasas de analfabetismo, pioneras en el país y su hermandad con las islas de las Antillas hacen parte de sus características identitarias.

El archipiélago, en términos políticos y económicos, ha sido sucesivamente bastión de las coronas inglesa y española; lugares de interés para el comercio internacional, la piratería y el pillaje; centro de cultivos como el algodón (asociado a la llegada de las personas esclavizadas), el tabaco y la copra o coco. Sin embargo, el archipiélago ha sentido especialmente durante el siglo XX un conjunto de cambios intensos, con consecuencias muy relevantes para la Isla, que actualmente definen su relación con la zona continental del país, sus necesidades, luchas e intereses.

84. El crecimiento de la población en una Isla es un asunto de especial relevancia constitucional, pues, en caso de que ocurra sin control y sin una adecuación oportuna de la capacidad e infraestructura, se traduce en la pérdida de calidad de vida, la escasez de recursos, la insuficiencia e ineficiencia en la prestación de servicios públicos, o el acceso a los derechos como la salud –condicionada a la disponibilidad de transporte al continente, para los casos más graves–.

85. La Isla de Providencia muestra otra cara de la moneda, no menos preocupante. La marginalización, al tiempo que los conflictos inter estatales, han generado nuevas presiones

sobre una de sus fuentes esenciales de subsistencia, la pesca, y han generado amenazas a su forma de turismo, adecuada culturalmente y respetuosa del ambiente, como lo demuestra el caso conocido por la Corte Constitucional en sentencia T-800 de 2014 (de la que se hablará posteriormente).

En este proceso, los demandantes asocian la creación del Teatro y Centro de Producción de Contenidos Culturales de Providencia al resultado del diferendo limítrofe sostenido con Nicaragua y resuelto por la Corte Internacional de Justicia.

86. Si bien no corresponde a la Corte juzgar la oportunidad de las decisiones estatales en el sentido de establecer una política pública para las zonas fronterizas, dentro de la que se enmarca la creación del centro de producción de contenidos culturales en Providencia, la Corte es consciente de la fragmentación de su territorio ocasionada por un conflicto entre dos países, y la forma en que esta situación genera amenazas a su seguridad, dificultades para el acceso al mar y a los productos que históricamente han sido fuente de subsistencia, al tiempo que fragmenta la relación entre un pueblo y su territorio. Un territorio que, en el caso del pueblo raizal, es un conjunto de tierras de mares.

87. Por ello, la Corte Constitucional considera imprescindible advertir sobre la necesidad de fortalecer la participación del pueblo raizal en cada una de las políticas públicas y decisiones estatales que les conciernan; pero, al mismo tiempo, preservar en estos espacios la decisión constitucional de propiciar al máximo la autonomía y auto determinación de este pueblo étnico, en la definición de sus prioridades sociales, económicas y culturales. Ambas premisas serán esenciales al momento de abordar el estudio del caso concreto.

Música y cultura en la formación de la identidad étnica raizal. Contexto.

88. Una descripción de la música raizal y de su papel en la conformación de la cultura isleña es un propósito que escapa a los conocimientos y a la competencia del Tribunal Constitucional. Sin embargo, dada la naturaleza del problema jurídico planteado, es también

imprescindible una mirada al panorama musical del archipiélago. A efectos de cumplir este propósito, la Sala efectuará una presentación esquemática acerca de los distintos géneros que se distinguen en la isla a partir de fuente secundaria. Si bien se trata de una información de contexto, a partir de esta será evidente la relevancia de la música en la formación, significación y construcción de la identidad étnica del pueblo raizal.

89. Para comenzar, se destaca la importancia de la música religiosa, que se desarrolla principalmente asociada a la liturgia y en la que predomina la tendencia protestante bautista, aunque se presentan también otras corrientes protestantes y católicas apostólicas. La música religiosa se comenzaría a presentar en las Islas, al menos desde la fundación de la First Baptist Church, en 1853, a través de los coros que se nutrirían especialmente de dos fuentes. El 'canto florido anglicano' y una tradición surgida en la región de Bohemia, tras la reforma de Lutero, basada principalmente en la incorporación de melodías populares en los himnos religiosos.

90. Cuando estas tendencias llegan a los Estados Unidos, se incrementa el uso de melodías populares, fenómeno conocido como revivalismo. Sankey (Director de coro) y Dwight Moody (Predicador) trabajaron en el ámbito rural del país, donde predominaba la población negra que aparecía en los spirituals: cantos de origen afro, a veces improvisados, y con una estructura distinta, 'sincopada', diversa a la tradición europea. Estas tendencias se encuentran aún vigentes.

91. Las Iglesias, de acuerdo con Rianochiari tienen actualmente entre uno y cuatro coros, los que organizan por criterios de edad o nivel de 'profesionalización', y efectúan encuentros anuales, de los que surge un repertorio uniforme entre protestantes y católicas.

92. La música típica sanandresana, vocablo utilizado con ciertas reservas por su amplitud semántica abarca el conjunto de ritmos que, hacia mediados del siglo pasado, y provenientes

de los salones de baile europeos dieron lugar a la creación de un repertorio ubicado entre lo popular, lo profano y lo tradicional, cuya difusión actualmente es menor, aunque aparece en eventos culturales, institucionales o turísticos, junto con el uso de trajes típicos. Esta segunda influencia refleja entonces una herencia europea, como se percibe en las manifestaciones de ritmos como “Quadrille, vals, slow vals, mazurka, polka, schottische y también foxtrot y pasillo”. Los conjuntos típicos de este tipo de música se caracterizan por el uso de la guitarra, la mandolina o el violín, las maracas, el jaw-bone (quijada de caballo) y el tub-bass (o tináfono).

93. Algunos autores mencionan la existencia, en otros períodos, de canciones de trabajo (como las digging songs, en la siembra) o de juego (como maypole), cercanas a la cultura africana y actualmente extintas. El cuadro de las músicas típicas lo completan dos ritmos de especial relevancia en tanto vínculo con otras islas de las Antillas. El mento y el calypso, provenientes de Jamaica y Trinidad y actualmente comunes a todas las Antillas. El primero aparece después de la segunda guerra mundial y se difunde en night clubs, con el jazz y la música cubana; el segundo remonta sus raíces hasta 1700 y se relaciona con el Festival de Trinidad, donde se daban dos tendencias marcadas hacia comienzos del siglo pasado: las masqueradas o mas bands y las chantwell tends. Estas últimas, al cabo de un tiempo se denominaron calipsos y dieron el nombre al ritmo mencionado.

94. A finales de los 70, surge la soca, como un subgénero del calypso, con ritmo más acelerado y letras breves y repetitivas, el cual se mantiene aún en discotecas y pick ups. Las letras críticas y los comentarios sociales comunes en el calypso prepararon el terreno para el surgimiento del roots reggae y otras formas de fusión “propuestas en años más recientes por agrupaciones como el Creole Group” (Ranochiari, 2013).

95. El roots reggae ocupa un capítulo especial, por su significado en la conexión de San Andrés y Providencia con las islas del Caribe anglo parlantes, especialmente con Jamaica, y en esa medida, como una respuesta cultural a la ya mencionada colombianización. Tanto en

Colombia, como en San Andrés, el uso de la expresión reggae se extiende a otras músicas, como la soca, el zouk y el compás haitiano. El adjetivo roots, entonces, opera para describir de forma más estricta el ritmo proveniente de Jamaica, con los contornos que a continuación se mencionan.

96. La expansión del raggae roots, a través de músicos como Jimmy Cliff y Bob Marley (y en su momento, este con The Wailers) en el ámbito internacional no lo privó de seguir recibiendo influencias tradicionales, lo que hace que algunos se refieran al interesante proceso de globalización e indigenización, que explica el papel de la expresión roots (o raíces) en la nominación del género. La jamaicanización, indican, se percibe en la estructura musical, en sus invocaciones sagradas, la influencia afroprotestante y rastafaria y en la presencia de temas sociales, en oposición a una hegemonía colonial blanca y la creación de una nueva conciencia africana (King, 2002, p. xxiii).

97. El reggae ha tenido cierta influencia en la música popular continental y la experiencia del Green Moon Festival (cuyo auge se dio entre 1987 y 1994) como tribuna del reggae con presencia de la música caribeña continental en las islas es percibida con valoraciones tanto positivas, por tratarse de un amplio escenario de difusión musical que dio a conocer el ritmo a buena parte del país, como negativas, por la inevitable exotización de la música de las islas y su contribución al imaginario turístico de las islas donde el mar tiene siete colores, la luna es verde, “la gente es alegre y canta y baila bajo los palmares – canta y baila reggae, agitando sus rastas”, aspectos que eventualmente incidieron en el declive del Festival.

La música urbana

98. Una vez más, la categorización resulta riesgosa, por las obvias relaciones que la música urbana puede tener con ritmos ya descritos, especialmente el calypso y el roots. La expresión hace referencia a un conjunto de géneros de amplia popularidad y actualidad, destinados principalmente al público joven, y en el que se percibe una dinámica de

colaboración entre los músicos, en el contexto de producción y difusión, con trabajos que trascienden el ámbito local.

99. El dancehall se desprende de la tradición de los sound systems que, desde los 1950s, desempeñan un papel fundamental en la música jamaicana. Es un género y una cultura musical ideológica y temáticamente menos homogénea que la del roots y sin su alcance de crítica y protesta social.

100. En San Andrés, los sound systems se conocieron inicialmente como pick ups y fueron fundamentales para la circulación de los géneros urbanos. Aunque actualmente no existen como empresas cuyo capital consiste en la posesión de ciertas grabaciones musicales y los equipos para reproducirlas al máximo volumen en lugares públicos, sí permanece vigente, como en buena parte de Latinoamérica, la práctica de alquilar y montar altavoces poderosos detrás de furgonetas para amenizar fiestas de baile.

La música de banda

101. Para culminar, la música de banda tiene un peso cultural relevante en las islas. Esta se ha expresado principalmente en tres vertientes. La Banda Intendencial, posteriormente Juvenil, de naturaleza institucional, que funciona en la Casa de la Cultura, y opera como semillero musical; las bandas escolares, con un papel protagónico en las fiestas patrias y regionales; y la incipiente aparición de bandas privadas.

102. El papel de la Banda Juvenil: “es fundamental a la hora de interpretar su historia en el marco de las representaciones sociales de la identidad regional del archipiélago [...]”.

103. Se introdujeron arreglos para banda de ritmos antillanos como el roots reggae, el

calypso y el mento. “Ya era común tocar en Paipa piezas de géneros folklóricos nacionales [...] pero la otredad cultural de los ritmos antillanos no podía poner otra vez en discusión a la colombianidad de los isleños, sobre todo en un contexto musical en el que lo que se busca es precisamente establecer pública e institucionalmente cuáles son las músicas legítimas de la nación colombiana”. Pero también refleja un escenario de desencuentro en el diálogo inter cultural y la percepción del pluralismo, ya específicamente dentro del ámbito musical.

104. Las bandas escolares son el equivalente en los colegios de los coros de las iglesias y desempeñan un papel de integración entre los alumnos y representación pública de cada institución frente a sus iguales y al Departamento [...] Recientemente es frecuente que las bandas estén a cargo de profesores de música, cuya labor extracurricular los beneficia exclusivamente en el ámbito del prestigio personal.

105. Uno de los autores consultados se pregunta por la aparente paradoja de la importancia de las fiestas nacionales y el papel que juegan en ellas las bandas escolares, proponiendo una interesante interpretación. En un primer nivel, estas bandas y sus desfiles, en efecto, tienen el papel de celebrar las fiestas patrias; en un segundo nivel, más profundo, a través de variaciones de ritmo, pasos y coreografías, o a través del uso de ollas, cacharros y sartenes en lugar de los instrumentos de percusión propios de la banda generan performances que revierten el significado evidente del desfile e irrumpen como crítica social y autonómica.

106. Independientemente de los detalles y anécdotas incorporados en esta narración, algunos elementos resultan evidentes de la exposición efectuada: los ritmos y la música de las islas está imbricada en su religiosidad, su idioma, sus herencias culturales, su relación con las Antillas, e incluso los choques, desencuentros y afinidades con la Colombia continental. Los espacios donde se realiza la música, iglesias, colegios, calles, hoteles, pick ups (tanto los originales, al modo de sound systems, como los actuales, de menor alcance) o colaboraciones en la música urbana actual muestran también cómo esta hace parte del

devenir cotidiano de los isleños y, tanto los anécdotas descritos en este acápite, como la mención final a la importancia de la música de banda sugieren también la existencia de dificultades o la necesidad de avanzar el diálogo inter cultural, también en el ámbito de la construcción, difusión y producción musical.

Las autoridades del orden nacional y municipal vulneraron el derecho a la consulta previa del pueblo raizal de Providencia al no haber agotado el mecanismo de consulta respecto del convenio de sostenibilidad firmado con el Consorcio Teatro R101-Llorona

107. La Sala Plena de la Corte Constitucional considera que el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Cultura, el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres representada por la Fiduciaria La Previsora S.A., el municipio de Providencia y Santa Catalina vulneraron el derecho fundamental a la consulta previa así como al Consorcio Teatro R101-Llorona conformado por la Fundación para el Desarrollo Gestión y Difusión Cultural Llorona y la entidad sin ánimo de lucro Teatro R101.

108. En el proceso de implementación de algunas acciones afirmativas frente a dicho grupo étnico, históricamente excluido y, luego de concertar con miembros del sector-cultura de la isla, decidió fortalecer la industria musical, a través de dos (2) medidas: la primera, robustecer el festival musical Rainbow Fest y la segunda, adecuar un estudio de grabación, una sala de práctica y una sala de producción y edición de videos.

109. En cuanto al festival musical, el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio de Cultura concertaron que sería este último, a través de su Dirección de Concertación, el encargado de financiar el proyecto.

110. En relación con el segundo conjunto de medidas, se construyó lo proyectado en el segundo piso del Teatro Midnight Dream, objeto de reconstrucción por parte del Ministerio de Cultura, lo que se conoce en este momento como el Centro de Producción de Contenidos Culturales Old Providence, entregado en mayo de dos mil catorce (2014) al alcalde de Providencia, quien solicitó a los ministerios de Cultura y Relaciones Exteriores crear un modelo de sostenibilidad del Complejo Cultural. Así, tales entidades en un primer momento, propusieron un plan piloto a seis (6) meses, financiado con recursos del Plan Fronteras para la Prosperidad de la Cancillería de la República y escogió en un proceso de selección a una fundación del interior del país. Ello generó el descontento de parte de la población raizal que consideraba que el operador debía ser de las Islas. Posteriormente, algunas dificultades que se presentaron en el desarrollo del convenio, llevaron a que las autoridades lo cedieran a un consorcio, proveniente también del continente.

Efectivamente, el operador escogido para adelantar el plan piloto era la Fundación Poliedro, de Bogotá. Conforme con lo indicado por la Cancillería, en respuesta al derecho de petición de dieciocho (18) de febrero de dos mil quince (2015) presentado por miembros de las comunidad raizal de Providencia “se contrató a una empresa del interior del país [debido] al análisis de idoneidad realizado en su momento para la suscripción del convenio de asociación”.

El nombramiento de esta fundación generó molestias entre los miembros de la comunidad raizal de Providencia que se hicieron tangibles en la reunión de los miembros del sector cultura de la isla el cuatro (4) febrero de dos mil quince (2015). En dicha cita se expresaron las inconformidades respecto del operador del convenio, consistentes básicamente en que el operador: (i) no pertenecía a la comunidad raizal, razón que no facilitaba la comprensión del plan; y (ii) desconocía el plan originario propuesto por la comunidad. Estas molestias fueron puestas en conocimiento de las entidades del nivel nacional, quienes convocaron a una reunión llevada a cabo el cinco (5) de febrero de dos mil quince (2015). Al ser latentes los inconvenientes entre la Fundación Poliedro y la comunidad, esta solicitó la cesión del convenio, siendo otorgado por parte de las entidades del nivel central a la Fundación Llorona

(también del continente) el treinta y uno (31) de marzo de dos mil quince (2015), quien dio a conocer a la junta asesora las actividades a desarrollar en el marco del convenio.

111. Mientras se desarrollaba el plan piloto, las autoridades del orden nacional y municipal plantearon la necesidad de suscribir un convenio que tuviera por objeto el mantenimiento, operación y funcionamiento del Complejo Cultural así como la capacitación de agentes locales para su futura administración. El Ministerio de Cultura invitó a los artistas y gestores locales a presentar sus propuestas, pero finalmente fue seleccionado el Consorcio Teatro R101- Llorona, igualmente del interior del país.

112. Una vez más, el sector cultural del pueblo raizal de Providencia manifestó su inconformidad, principalmente debido a que el operador no era isleño y porque la comunidad, que concibió originalmente el proyecto no fue tomada en cuenta para su desarrollo.

113. Las autoridades del orden nacional, por el contrario, afirman que dispusieron de todas las herramientas para que el pueblo raizal de Providencia participara en dicho trámite, bien a través de los representantes o directamente en reuniones programadas para tal efecto.

114. En ese marco, los accionantes que se identifican como miembros del pueblo raizal de Providencia, solicitaron la protección del derecho fundamental a la consulta previa, violado en su criterio al adoptar las medidas administrativas tendientes a la selección del operador y a la suscripción del convenio de asociación No. 9677-SAPII0013-445-2015 entre el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Cultura, el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres representada por la Fiduciaria La Previsora S.A., el municipio de Providencia y Santa Catalina y el Consorcio Teatro R101-Llorona, para el manejo del complejo cultural que funcionará en el Teatro Midnight.

115. En concepto de la Corte Constitucional esta medida afecta directamente al pueblo raizal de Providencia, primero, por su naturaleza cultural; segundo, por el impacto sobre el territorio y la economía del pueblo raizal y su sector cultural; tercero, porque incide negativamente en el ejercicio de su autonomía, como se explicará a fondo en los párrafos sucesivos.

116. Además, las autoridades accionadas desconocieron el derecho a la consulta previa del pueblo raizal de Providencia, no sólo al momento de elegir el operador del plan, sino durante todo el trámite administrativo tendiente a la puesta en marcha de la política de fortalecimiento de su industria musical. Con todo, dado que los accionantes únicamente solicitan dejar sin efecto el convenio suscrito para la operación del mismo entre diversas autoridades y la Fundación Llorona, la exposición se centrará en esa medida.

117. Entra la Corte a explicar las razones por las que la medida cuestionada generaba una afectación directa y evidente al pueblo raizal.

117.1. La medida que se cuestiona se enmarca en una política pública de largo alcance, destinada a fortalecer las zonas fronterizas colombianas (Plan Fronteras para la Prosperidad), que usualmente presentan diversos déficit de atención en la prestación de servicios públicos y la satisfacción de derechos fundamentales por parte del Estado colombiano. De conformidad con la información disponible en el portal de Internet de la Cancillería de la República, se trata de zonas con importante presencia de comunidades étnicamente diversas, y en la que obviamente se encuentra el pueblo raizal, al cual Colombia debe sus fronteras con un amplio conjunto de países centroamericanos y antillanos. Por ello, en los lineamientos generales de esta política se prevé de antemano verificar la necesidad de adelantar las consultas previas y, de ser el caso, llevarlas a término.

El archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina es evidentemente una zona de

fronteras; el Departamento del cual surgen los linderos de Colombia con países centroamericanos y antillanos y la frontera más lejana, en razón a su ubicación geográfica y de su condición insular.

117.2. La población de las fronteras exhibe notable presencia de comunidades y pueblos étnicamente diferentes, al tiempo que el pueblo raizal, étnicamente diverso, constituye un componente esencial en la población y la demografía de las islas. La Cancillería no ignora esta situación, primero, por tratarse de un hecho notorio y, segundo, porque en la configuración de fronteras para la prosperidad se prevé, de antemano, la necesidad de verificar la obligación de realizar las consultas previas correspondientes, cuando una medida a desarrollar en el marco de esta política amplia afecte directamente a pueblos y comunidades étnicamente diferenciadas.

117.3. En el marco de la jurisprudencia constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, aquellas medidas que se relacionen con la cultura de un pueblo étnicamente diferenciado deben ser objeto de consulta previa. Además, en virtud de las premisas presentadas en los párrafos precedentes, existe una obligación para las autoridades, en el sentido de asegurar la participación de pueblos originarios y otros colectivos que defienden una diferencia cultural y étnica desde la concepción original de esta política pública.

117.4. La medida objeto de estudio incide en la cultura del pueblo raizal y se desarrolla en su territorio.

117.5. Uno de los criterios esenciales para evaluar la afectación directa es que esta incida en los derechos de los pueblos concernidos, o en la construcción y auto percepción de su identidad étnica y cultural, en tanto que la imposición de esta en su territorio es otro de los elementos que, necesariamente (aunque no exclusivamente) generan una afectación directa.

117.6. Esta medida se dirige a fortalecer la industria musical de Providencia. La música es, por definición, uno de los elementos constitutivos de la cultura de un grupo humano. En el curso de la exposición contextual de este asunto se explicó cómo, en el caso de los raizales, se encuentra ligada a elementos de su identidad tan relevantes como el idioma (inglés o creole, según el caso), la religión (protestante), los lazos de hermandad con los pueblos antillanos, las relaciones familiares, las festividades locales y nacionales, y la no siempre fácil relación con la población mayoritaria.

117.7. El hecho de que el convenio que finalmente se demandó haya sido destinado exclusivamente a establecer un protocolo para el funcionamiento del centro de producción de contenidos culturales no resta en modo alguno trascendencia cultural a la medida, ni desvirtúa los argumentos esbozados hasta el momento.

117.8. La producción de la música dista de ser un asunto de naturaleza técnica, ajeno a las discusiones culturales.

Como se indicó también en el acápite sobre la música raizal, aparte de los géneros que han marcado la identidad musical de su pueblo y que se relacionarán directamente con esta medida, en lo que tiene que ver con los contenidos que se pretenden producir, todo lo relacionado con las decisiones sobre el centro cultural tendrán incidencia en la manera en que se construye la música, se relacionan y definen sus horizontes los artistas y gestores entre sí y en los ámbitos local, regional (su relación con las islas del Caribe), nacional (su relación con la sociedad mayoritaria) e internacional. Los modos de difusión y las técnicas de producción marcan el devenir actual de la música isleña, como lo muestra el mode up (género y modo de hacer música). Y, en lo que hace a la construcción de la identidad, la música se manifiesta en los lugares y contextos de danza, teatro turismo, coros, bandas, parties familiares, entre otros.

La relación entre música e identidad, y su importancia no sólo en la construcción de una cultura diferenciada, sino también en el diálogo con la sociedad mayoritaria es innegable.

118. Es comprensible entonces el profundo descontento de parte de los artistas y gestores locales con el desenvolvimiento de las decisiones relacionadas con el centro de producción de contenidos culturales, con manifestaciones tan serias como una huelga de hambre o la negativa a participar en un concurso para la producción de un disco, cuando, precisamente, ese concurso debería tener como ganador a un artista raizal.

119. En este punto es preciso mencionar la posición de la Dirección de Consulta Previa ante la solicitud de la Cancillería, en el sentido de informar si resultaba necesaria la consulta previa.

La autoridad, encargada en términos legales de viabilizar el desarrollo de las consultas previas en el país, respondió, primero, que esta medida no debía ser consultada porque hace parte del Plan Fronteras para la Prosperidad, que favorece a las zonas fronterizas, en contravía con lo recién expresado acerca de la importancia relativa de los pueblos y comunidades étnicas en la composición poblacional de estas zonas; y añadió que la consulta sólo procede cuando una medida constituya una intrusión inadmisibile en la cultura.

Esta segunda afirmación es, si cabe, aún más preocupante que la primera, pues el criterio de afectación directa no exige adjetivos ni calificaciones adicionales como intrusión ni admisibilidad. La afectación directa hace referencia a la forma en que una medida incide en la vida, derechos o cultura de estas comunidades y no lleva implícita una carga negativa. Afectación no significa impacto negativo, sino impacto, pues sólo en el marco de la consulta y el diálogo inter cultural podrá decidirse si la medida es percibida de forma positiva o

negativa, si constituye un aporte a estas comunidades, un beneficio al goce de sus derechos, o si la perjudica.

120. El contenido de la afirmación del Ministerio, en el sentido de que todas las medidas del Plan Fronteras para la Prosperidad benefician a sus destinatarios tampoco se ajusta a la jurisprudencia de este Tribunal en lo que tiene que ver con la consulta previa como un escenario de diálogo inter cultural.

Esta afirmación supone que, cuando el Estado central considere que una medida beneficia a un pueblo étnicamente diferenciado, aun sin conocer su punto de vista, ni arbitrar espacios de participación adecuados, puede imponerla unilateralmente. Lo expuesto no sólo se opone a la jurisprudencia y a la vigencia y efectividad de los derechos de los pueblos étnicos, sino que refleja una profunda incomprensión del Estado multicultural, el principio de igualdad de culturas y el derecho (deber) de respetar proteger y garantizar, tanto la integridad, como las diferencias culturales.

Actuaciones como esta no contribuyen al respeto por la autonomía, autodeterminación, participación y diferencia cultural del pueblo raizal. Por ello, advierte la Sala que, si bien es una obligación imperiosa del Estado hacer presencia en todo el territorio nacional, y llevarlo a cabo con el propósito de materializar los derechos fundamentales, incluido el diseño de medidas especiales para la población de las fronteras, ello no puede traducirse en el desconocimiento de los derechos de los pueblos étnicamente diferenciados, a partir de la imposición de medidas unilaterales, o en las que su participación se limita a reuniones informativas.

121. La Corte Constitucional debe señalar que el pronunciamiento posterior de un pequeño sector de las islas a favor del proyecto no desvirtúa la violación al derecho a la consulta previa, pues esta medida no puede suplantarse con una manifestación a posteriori de los

afectados; menos aún, cuando sólo parte de los raizales apoya la medida. La aceptación o el rechazo del proyecto por parte de la comunidad son, precisamente, asuntos que debieron discutirse en el marco del proceso consultivo.

122. Los dos hechos anteriores, es decir, las manifestaciones de protesta (incluida la huelga de hambre, la negativa a participar en el concurso mencionado y la presentación de la acción de tutela que ahora revisa la Sala) son una muestra clara de lo que implica la violación de la consulta previa. En lugar de un espacio de construcción de las decisiones que afectan a las comunidades étnicas, basado en el diálogo inter cultural y respetuoso de su autonomía y su derecho a decidir sus prioridades, en este caso culturales, se presenta una ruptura del tejido social y se frustra el propósito en principio loable de la iniciativa estatal.

Pero, además de lo expuesto, la medida supone un conjunto de afectaciones adicionales para el pueblo raizal. Primero, la llegada o el paso constante de las personas escogidas de manera inconsulta por su territorio; segundo, destina un monto determinado de los ingresos del programa al operador y, tercero, disminuye el margen de acción de la comunidad raizal, sus artistas y gestores locales, en el manejo del centro de producción de contenidos culturales.

123. Estas afectaciones se tornan especialmente graves en el marco de los problemas que enfrenta la Isla para la preservación de su territorio y un ambiente sano, situación reconocida por el Estado colombiano desde la Constitución Política y las normas relacionadas con el control poblacional de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

124. Todo lo expuesto lleva a la Corte a reiterar que, en este caso, se produjo la vulneración al derecho a la consulta previa. Pero, además de ello, a diferencia de lo conceptuado por el Ministerio del Interior, se trata de una afectación intensa, pues supone la imposición al pueblo raizal y a la comunidad artística de Providencia, de un operador del convenio ajeno a la Isla.

Según relatan los actores, luego de la remodelación del teatro, entre los meses de enero y abril de 2014, se instalaron en el segundo piso de la edificación el estudio de grabación y la sala de edición. Agregan que para desarrollar el proyecto de sostenibilidad del centro de producción de contenidos culturales (compuesto por la sala de edición y la sala de grabación), se escogió a la Fundación Poliedro. Sin embargo, para elaboración de los estudios que sirvieron de base a la selección del operador, no se invitó a la comunidad raizal, ni fue consultada.

Posteriormente, como ya se mencionó, se celebró el convenio No. 9677-SAPII0013-445-2015 entre las entidades demandadas y el Consorcio Teatro R101-Llorona (compuesta por sociedades del territorio continental) el veinticuatro (24) de junio de dos mil quince (2015) por treinta (30) meses cuyo objeto, según la cláusula primera, es: “En virtud del presente convenio el FONDO NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES; EL MINISTERIO DE CULTURA; EL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES; EL MUNICIPIO DE PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA ISLAS Y EL CONSORCIO TEATRO R101-LLORONA, aúnan esfuerzos humanos, técnicos, financieros y administrativos para la generación de estrategias de desarrollo integral a través de la cultura en el Municipio de Providencia y Santa Catalina, a través de la operación del Complejo Cultural Midnight Dream, la construcción de modelos para su sostenibilidad y gestión integral y la capacitación de agentes locales para su operación y dirección futura”.

En cuanto a las funciones a cargo de las carteras ministeriales, de la Fiduprevisora como administradora del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo y del municipio de Providencia y Santa Catalina islas se encontraban: 1. supervisión del convenio a través del funcionario designado para ello, 2. vigilancia del cumplimiento de las obligaciones; 3. Colaboración al operador para la ejecución del objeto del convenio; y 4. Participar en el “Comité Técnico Operativo (...) y generar recomendaciones técnicas para su correcta implementación”.

Este convenio inició su ejecución el veintiocho (28) de agosto de dos mil quince.

En este caso se contrató un operador que incidiría en un tema que hace parte inescindible e inevitable de la cultura raizal, como es la creación, producción y difusión de contenidos culturales, especialmente, musicales.

125. En consecuencia, la decisión a adoptar en este trámite, no sólo debe respetar el proceso consultivo, adecuado al pueblo raizal y guiado por el principio de buena fe; además, debe contar con el consentimiento previo, libre e informado de los raizales. En este punto, resulta imprescindible recordar las palabras expuestas por los accionantes sobre el significado de esta medida: “este teatro fue creado como un proyecto de vida y que existen profesionales de todas las áreas y que por lo tanto no se necesitan profesionales traídos del continente. Se aclara que este fue un proyecto impulsado con y para la comunidad de Providencia y que se considera preciso para la sostenibilidad de este realizar unos acompañamientos y fortalecimientos de formación para que la comunidad cuente con las herramientas para que precisamente sea un proyecto de vida sostenible”. Como es apenas natural, el operador escogido, nativo o del continente, deberá estar en capacidad de comunicarse en español y en inglés.

Alcance del amparo

126. En virtud de lo expuesto, se revocará la sentencia proferida en segunda instancia y, en su lugar, se concederá el amparo del derecho a la consulta previa del pueblo raizal de Providencia. La Sala ordenará a las autoridades públicas vinculadas en este trámite que adelanten las acciones necesarias y conducentes para la suscripción de las actas parciales de obra, tendientes a liquidar las obligaciones derivadas del convenio que se hayan llevado a

cabo por el contratista hasta la fecha, por concepto del Convenio de asociación No. 9677-SAPII0013-445-2015 suscrito entre el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Cultura, el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres representado por la Fiduciaria La Previsora S.A., el municipio de Providencia y Santa Catalina y el Consorcio Teatro R-101-Llorona, el cual se suspende hasta que se realice el trámite consultivo.

127. Además, se ordenará al Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Cultura, y el municipio de Providencia y Santa Catalina con la participación de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior, adelantar un proceso de consulta con un comité compuesto por representantes del pueblo raizal de la Isla de Providencia y Santa Catalina, mediante un procedimiento apropiado, previamente consultado, en orden a establecer los criterios que deben adoptarse para el diseño e implementación futura del esquema de operación, mantenimiento y funcionamiento del Complejo Cultural Midnight Dream y para que el encargado de la operación atienda los parámetros establecidos por la comunidad como resultado de la consulta.

128. En síntesis, el pueblo raizal es una comunidad étnica diferenciada con características especiales y diferentes al resto de pueblos que defienden tal especificidad y son protegidos por la Constitución Política y el Convenio 169 de 1989; su ubicación geográfica, la condición de archipiélago de su territorio y una historia de dificultades en la construcción del diálogo intercultural entre este pueblo y la población mayoritaria o continental, así como los problemas especiales que enfrentan en materia de preservación, autonomía y defensa de su cultura, control de población, acceso a los servicios sociales y dificultades para el ejercicio de su autodeterminación en el manejo de los asuntos propios son algunos de los aspectos que marcan la necesidad de una perspectiva constitucional adecuada, que tome en cuenta su cultura, su titularidad de todos los derechos de las comunidades étnicas, pero también su particularidad entre estas últimas.

Parte de la exposición que contiene esta sentencia se enfoca en la música raizal, no con una pretensión etnográfica, sino con el único propósito de explicar cómo la música es un

elemento definitorio de la cultura raizal, cómo se proyecta sobre muchos aspectos de su vida diaria, y cómo los escenarios de producción, creación, difusión y disfrute de la música poseen una relevancia innegable en el ser del pueblo raizal de San Andrés y Providencia.

Es en ese marco que el Gobierno inicia conversaciones con el pueblo raizal y asume dentro de la política Fronteras para la prosperidad adoptar un conjunto de medidas para proteger la música de la Isla de Providencia. Entre estas, la realización del Rainbow Fest (ahora Sunset Fest), la restauración del teatro Midnight Dream y la creación de un centro de producción de contenidos culturales, especialmente, de tipo musical.

Como la consulta previa procede frente a toda medida que afecte a un pueblo raizal, y la afectación directa, entre otras hipótesis se presenta cuando la medida suponga una incidencia en la configuración de la identidad cultural y, según las premisas descritas, en este caso tal incidencia es evidente; y como en esta oportunidad el diálogo intercultural se limitó a las reuniones previas que dieron como diagnóstico la necesidad de las medidas destinadas a proteger y promover la música de la Isla de Providencia; pero, posteriormente, no se consultó con ésta el modo de operación del centro de producción de contenidos culturales (aspecto sobre el que se elevan las quejas del pueblo raizal de Providencia), la Sala concluye que su derecho a la consulta previa fue vulnerado y que la consulta debe efectuarse para determinar cómo operará a futuro este espacio de creación musical y, por lo tanto, de afirmación y desenvolvimiento de la cultura del pueblo raizal.

La Sala advierte que la operación del centro de producción de contenidos culturales no puede concebirse como una medida de menor impacto, sino como una que toca directamente uno de los elementos definitorios de la identidad raizal. La imposición unilateral de una medida en esa dirección supondría una afectación irrazonable y desproporcionada de la autonomía, el territorio y la cultura del pueblo raizal de Providencia.

129. En adición a lo expuesto, se prevendrá al Municipio de Providencia para que, en el futuro, se abstenga de permitir cualquier medida administrativa que intervenga sobre los territorios habitados por comunidades raizales, sin agotar el requisito de consulta previa en las condiciones precisadas en esta providencia. Asimismo, se exhortará a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación para que brinden su apoyo y acompañamiento al proceso de consulta dispuesto en esta providencia y vigilen el pleno cumplimiento del presente fallo, con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos aquí protegidos. Para el anterior efecto, por las Secretaría General de esta Corporación se oficiará a las entidades referenciadas.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- Levantar la suspensión de términos ordenada en el proceso T-5618422.

Segundo.- REVOCAR la sentencia proferida, en segunda instancia, por la Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado el catorce (14) de abril de dos mil dieciséis (2016) que negó el amparo invocado dentro de acción de tutela presentada por Carmelina Newball y otros contra el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Cultura, el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres representada por la Fiduciaria La Previsora S.A., el municipio de Providencia y Santa Catalina y el Consorcio Teatro R101-Llorona conformado

por la Fundación para el Desarrollo Gestión y Difusión Cultural Llorona y la entidad sin ánimo de lucro Teatro R101. En su lugar CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la consulta previa.

Cuarto.- ORDENAR a las autoridades administrativas vinculadas a este trámite que, de forma inmediata a la notificación de esta providencia, adelanten las acciones necesarias y conducentes para la suscripción de actas parciales de obra a través de las cuales se establezca y reconozca el costo de las obligaciones ejecutadas hasta la fecha por el contratista.

Quinto.- ORDENAR al Ministerio del Interior que inicie un proceso de consulta previa con un comité compuesto por representantes del pueblo raizal de la Isla de Providencia y Santa Catalina, mediante un procedimiento previamente consultado (preconsulta), establezca los criterios de diseño, e implementación futura del esquema de operación, funcionamiento y mantenimiento del complejo cultural Midnight Dream, así como las condiciones que deberá acreditar su operador.

Para implementar las medidas correspondientes, deberá contarse con el consentimiento previo, libre e informado del pueblo raizal.

De la anterior actuación se informará a la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para que en el término de diez (10) días evalúe el proceso de consulta adelantado.

Sexto.- PREVENIR al Municipio de Providencia para que, en el futuro, se abstenga de

permitir cualquier medida administrativa que intervenga sobre los territorios habitados por comunidades raizales, sin agotar el requisito de consulta previa en las condiciones precisadas en esta providencia.

Séptimo.- SOLICITAR a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación que brinden su apoyo y acompañamiento al proceso de consulta dispuesto en esta providencia y que vigilen el pleno cumplimiento del presente fallo, con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos aquí protegidos. Para el anterior efecto, por las Secretaría General de esta Corporación ofíciase a las entidades referenciadas.

Octavo.- ORDENAR al Ministerio del Interior que adelante los trámites pertinentes para la traducción de esta sentencia al idioma inglés, en un término improrrogable de 15 (días) comunes, contados desde su notificación.

Noveno.- LÍBRESE, por la Secretaría General de esta Corporación, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Comuníquese y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Presidente

Con salvamento de voto

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado (e)

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA SU097/17

ACCION DE TUTELA PARA LA PROTECCION DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-La naturaleza del asunto en debate era meramente técnica y, por esa razón, no incidía ni afectaba directamente los derechos del pueblo raizal (Salvamento parcial de voto)

PARTICIPACION Y TERRITORIO RAIZAL-No hay relación entre el elemento territorial y el modelo de sostenibilidad de un complejo cultural (Salvamento parcial de voto)

No hay una relación ni estrecha ni directa entre el elemento territorial y el modelo de sostenibilidad de un complejo cultural, pues la presunta afectación directa e intensa que se predica en el proyecto, no se presenta sobre ninguno de los elementos que componen el

territorio. En adición a lo anterior, no considero ni adecuado ni apropiado afirmar que la medida se impone sin consulta en territorio colectivo de la comunidad, pues el territorio colectivo es una categoría jurídica que implica la titulación de predios a comunidades afro descendientes, lo cual no se acreditó en este caso

PARTICIPACION Y TERRITORIO RAIZAL-La comunidad participó activamente e intervino en la defensa de aspectos propios de su identidad (Salvamento parcial de voto)

La participación de la comunidad raizal, si bien es claro que los espacios de concertación no pueden ser considerados escenarios de consulta previa, ello si da cuenta de que la comunidad participó activamente en su implementación e intervino en la defensa de aspectos propios de su identidad

Referencia: Expediente T-5618422.

Acción de tutela presentada por Carmelina Newball y otros contra el Ministerio de Cultura, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo (representado por Fiduciaria La Previsora S.A., el Municipio de Providencia y Santa Catalina y el Consorcio Teatro R-101-Llorona.

Asunto: Consulta previa de convenios de asociación con grupos raizales.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación presento las razones que me conducen a salvar parcialmente el voto en la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena, en sesión del 16 de febrero de 2017.

Breve resumen de la decisión.

La providencia de la que me aparto analizó la tutela interpuesta por varios miembros de la comunidad raizal de Providencia, quienes consideraban vulnerado su derecho a la consulta previa, pues no se les preguntó su opinión antes de la celebración de un convenio cuyo objeto era aunar "...esfuerzos humanos, técnicos, financieros y administrativos para la generación de estrategias de desarrollo integral a través de la cultura en el Municipio de Providencia y Santa Catalina, a través de la operación del Complejo Cultural Midnight Dream, la construcción de modelos para su sostenibilidad y gestión integral y la capacitación de agentes locales para su operación y dirección futura".

Dicho convenio fue suscrito entre el Ministerio de Cultura, el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres representada por la Fiduciaria La Previsora S.A., el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Municipio de Providencia y Santa Catalina y el Consorcio Teatro R101 - Llorona, en el marco de un proyecto de fortalecimiento de la industria musical de la isla.

En concreto, los peticionarios manifestaron que el convenio objeto de controversia debía ser operado por la comunidad raizal y no por industrias continentales, pues ello podía causar una grave afectación sobre las costumbres, tradiciones y cultura de la isla, en especial, su música. En consecuencia, solicitaron que se (i) deje sin efectos el trámite contractual que dio origen al Convenio No. 9677-SAPII0013-445-2015 y (ii) realice el procedimiento de consulta previa.

La mayoría de la Sala Plena concluyó que en este caso el Convenio afectaba directamente al pueblo raizal de Providencia por varios motivos. En primer lugar, encontró que el objeto del contrato guardaba relación con la música, como quiera que es un elemento constitutivo de la cultura raizal. En segundo lugar, porque el convenio se desarrollaría en su territorio y por ello generaba un impacto sobre su entorno y su economía. En tercer lugar, porque incidía negativamente en el ejercicio de su autonomía.

La ponencia resalta que el hecho de que el convenio haya sido destinado exclusivamente a establecer un protocolo para el funcionamiento del Complejo Midnight Dream, no resta en modo alguno trascendencia cultural a la medida. Por lo anterior, se consideró que todo asunto relacionado con las decisiones sobre el centro cultural tendría incidencia en la manera en la que se construye la música, lo cual impacta directamente la construcción de la identidad del grupo étnico.

Respecto de las actuaciones del Ministerio del Interior, la Sala Plena resaltó que no era admisible que esta entidad hubiera certificado que no era necesario adelantar un proceso de consulta previa, pues en este caso era evidente que el convenio afecta directamente a la comunidad, toda vez que la medida incidía en la cultura de las comunidades raizales. También refirió que si bien la medida cuenta con el apoyo de parte del sector cultural de las islas, ello no desvirtuaba la violación del derecho a la consulta previa, ya que su apoyo o rechazo era un asunto que debió discutirse en el marco del proceso consultivo.

Adicionalmente, el proyecto afirma que el convenio supone un conjunto de afectaciones adicionales para el pueblo raizal tales como la llegada o el paso constante de personas elegidas de manera inconsulta por su territorio; la destinación de recursos al operador no raizal del convenio; la disminución del margen de acción de la comunidad raizal, sus artistas y gestores locales en el manejo del centro de producción de contenidos culturales, lo que demuestra una afectación grave o intensa de los derechos de los raizales, pues se trata de la imposición de una medida estatal en su territorio colectivo sin participación previa de la comunidad y que incide en un aspecto inescindible de la cultura raizal como lo es la creación, producción y difusión de contenidos culturales.

Con base en lo anterior, la mayoría de la Sala Plena decidió que en este caso no solo se debía realizar la consulta previa, sino que se requería el consentimiento, libre, previo e informado de los raizales para el establecimiento tanto de los criterios de operación del Complejo Midnight Dream, como de las condiciones que debía acreditar su operador.

Me aparto no solo de las razones que motivaron el fallo sino también de las decisiones adoptadas por la mayoría de la Sala Plena. Para explicar los motivos de mi disenso, expondré primero mis diferencias con la ratio de la sentencia y, posteriormente, haré referencia a la discrepancia con las órdenes impartidas.

No comparto la sentencia por las siguientes cinco razones:

En primer lugar, en virtud de lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT y la interpretación que de éste ha hecho la jurisprudencia, la consulta previa a los pueblos indígenas, raizales y

nativos es obligatoria cuando se adopten decisiones administrativas y/o legislativas que los “afecten directamente”. Dicho concepto ha sido desarrollado por la jurisprudencia en múltiples oportunidades, para indicar que se afecta directamente a estos grupos constitucionalmente protegidos cuando la medida objeto de análisis constitucional es específica, esto es, cuando “altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”. De este modo, se reconoce la existencia de derechos específicos de los indígenas, afrocolombianos, palenqueros y raizales cuando se involucra su territorio, su identidad étnica, existe una vinculación intrínseca con su cosmovisión o se adoptan medidas diferenciadas, no uniformes o específicas para el grupo particular.

En este asunto, considero que la naturaleza del convenio en debate era meramente técnica y, por esa razón, no incidía ni afectaba directamente los derechos del pueblo raizal y, por el contrario, la “nulidad” del convenio decretada por la Sala Plena no solo produciría un efecto dañino para los recursos públicos del Archipiélago, sino también afectaba negativamente el desarrollo técnico, objetivo y sostenible de la cultura raizal.

En efecto, la ponencia refirió que el convenio se dirigía al establecimiento de un protocolo para el funcionamiento del Complejo Midnight Dream, pero omitió el hecho de que este protocolo no incide en los contenidos culturales que se produzcan durante su ejecución. Considero que medidas tales como el diseño de esquemas de sostenibilidad, modelos de negocio, propuestas de figuras jurídicas para la operación y gestión del Proyecto, estrategias de mercadeo y comunicación, entre otros, no inciden directamente en la creación de contenidos culturales, pues se trata de parámetros y estructuras dirigidas a garantizar la sostenibilidad del complejo a largo plazo. Se trataba entonces, de un convenio de cooperación, impulso y apoyo a la cultura raizal, pero no de una intromisión del Estado ni de los particulares a la especial cosmovisión minoritaria.

En segundo lugar, de los hechos y consideraciones del proyecto se desprende que el

convenio y sus anexos contemplaron una serie de espacios de socialización y concertación de actividades para su implementación con los miembros de la comunidad raizal. En efecto, dentro de las obligaciones del Consorcio se encontraba la de capacitar personal local con miras a que fueran los miembros de la comunidad raizal quienes se encargan del manejo y operación en el futuro del complejo cultural, pues el convenio no tenía como objetivo la perpetuación del Consorcio como operador, pues se firmó por un periodo de 30 meses. En esa medida, era indudable que el convenio buscaba el fortalecimiento de la capacidad humana y la protección de la identidad cultural de la comunidad, pues buscaba que ellos, dentro de su autonomía, tuvieran herramientas de gestión que les permitiera un ejercicio de administración y gestión en forma sostenible en el largo plazo.

En esa medida, estimo que la ponencia desconoció el objeto del convenio y el sentido de la intervención del Estado en el fomento de culturas minoritarias que no cuentan con recursos económicos para su desarrollo. La ponencia sostiene que el convenio incide directamente en un aspecto inescindible de la cultura raizal, debido a que afecta la creación, producción y difusión de contenidos musicales, cuando en realidad se dirigía a la creación técnica de parámetros y estructuras objetivas para garantizar la sostenibilidad del complejo a largo plazo.

En tercer lugar, no comparto la argumentación según la cual el convenio es una medida que afecta el territorio de los raizales, por cuanto su ejecución se desarrolla en ese espacio geográfico. Estimo que no hay una relación ni estrecha ni directa entre el elemento territorial y el modelo de sostenibilidad de un complejo cultural, pues la presunta afectación directa e intensa que se predica en el proyecto, no se presenta sobre ninguno de los elementos que componen el territorio. En adición a lo anterior, no considero ni adecuado ni apropiado afirmar que la medida se impone sin consulta en territorio colectivo de la comunidad, pues el territorio colectivo es una categoría jurídica que implica la titulación de predios a comunidades afro descendientes, lo cual no se acreditó en este caso.

En cuarto lugar, respecto de la participación de la comunidad raizal, si bien es claro que los espacios de concertación no pueden ser considerados escenarios de consulta previa, ello si da cuenta de que la comunidad participó activamente en su implementación e intervino en la defensa de aspectos propios de su identidad. De hecho, en la contestación presentada por el Ministerio de Relaciones Exteriores en el proceso constitucional se advirtió que no solo han participado sino que existe un grupo amplio de raizales que apoyaban el convenio. Ese hecho lastimosamente no se tuvo en cuenta por la Sala.

Finalmente, me preocupa el impacto económico que tiene la decisión en las finanzas del Municipio involucrado y en el éxito del proyecto dirigido a impulsar el complejo cultural Midnight Dream. La existencia de apropiaciones presupuestales por proyecto y su vigencia anual, me generan dudas sobre el posible abandono de la propuesta y la imposibilidad futura para asumir la propuesta. Considero que afectaba directamente y en mayor medida impedir que el proyecto continúe ejecutándose.

Discrepancias con las órdenes impartidas.

En relación con las decisiones respecto del caso sub iudice, considero que estas son excesivas y carecen de razonabilidad y pertinencia por las siguientes razones:

a. a) La orden de suspensión del contrato y suscripción del acta de liquidación parcial del convenio implica un retroceso en las medidas afirmativas tomadas para fortalecer la cultura en la isla de Providencia. Teniendo en cuenta que el Complejo Cultural ya se encuentra en operación, suspender la ejecución del convenio implicaría cerrar este centro. Ello comporta un perjuicio aun mayor para la cultura raizal, pues las producciones musicales se dejarían de realizar. Adicionalmente, desde el punto de vista financiero, los costos de administración y mantenimiento del lugar se incrementarían sustancialmente por los ingresos dejados de percibir. Además, ante la inactividad del centro, una nueva puesta en marcha implicaría

gastos adicionales. Ello sin tener en cuenta las posibles acciones judiciales contra el Estado derivados de la terminación intempestiva del convenio.

b) Someter el nuevo trámite contractual a la obtención del consentimiento libre, previo e informado de la comunidad implica condicionar la operación del centro a una situación indeterminada, puesto que dicho proceso no está sometido a plazo. Considero que esta decisión contraviene la jurisprudencia constitucional, pues el consentimiento libre, previo e informado es una medida excepcional que se adopta para los casos asociados al traslado o reubicación de la comunidad por amenaza de extinción física o cultural o uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios, lo cual no se evidenció en este caso.

Por las razones antes señaladas concluyo que la decisión adoptada, en vez de aportar al avance en la garantía de los derechos de los raizales en Providencia, es un retroceso en esta materia, comoquiera que la medida de suspensión indefinida hasta obtener el consentimiento libre, previo e informado causaría el abandono del centro cultural, situación que contribuiría al abandono estatal a que ha sido sometida la población raizal de la islas que hacen parte de este Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

De esta manera, expongo las razones que me llevan a salvar el voto con respecto a las consideraciones y la decisión que se adoptó para el expediente T-5618422.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada