

Sentencia T-308/18

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

CONSULTA PREVIA-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAS-Protección constitucional e internacional

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAS-Fundamental

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

CONSULTA PREVIA-Alcance y subreglas

“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”.

CONSULTA PREVIA-Criterios utilizados para identificar en qué casos procede por existir una afectación directa de los grupos étnicos

Para especificar aún más los supuestos en los que se produce tal afectación, esta Corte ha fijado los siguientes criterios: (i) cuando la medida administrativa o legislativa altera el estatus de las comunidades porque impone restricciones o concede beneficios; (ii) cuando las medidas son susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas como tales y no aquellas decisiones que son generales y abstractas; (iii) cuando se trata de aplicar las disposiciones o materias del Convenio 169, por ejemplo la regulación de explotación de yacimientos de petróleo ubicados dentro de los pueblos indígenas y (iv) cuando las medidas a implementar se traten sobre explotación y aprovechamiento de recursos naturales en territorios indígenas.

AFECTACION DIRECTA DE COMUNIDADES ETNICAS O TRIBALES-Sentido y alcance del concepto de afectación directa y su relación con el área de influencia directa

COMUNIDADES RAIZALES DEL ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA-Jurisprudencia constitucional

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

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

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Orden a Gobernación Departamental iniciar proceso de consulta e información junto con representantes del pueblo raizal de San Andrés respecto de la reubicación del monumento “cañón Morgan”

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Orden a Gobernación Departamental
realizar consulta previa con la comunidad raizal respecto del proyecto “Museo Histórico de
la Cultura Raizal”

Expediente: T-6.631.055

Referencia: Acción de tutela interpuesta por Remigio Barker contra la Gobernación del
Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Magistrado Ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los
Magistrados Carlos Bernal Pulido, Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas, quien
la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente
sentencia.

I. ANTECEDENTES

Remigio Barker interpuso acción de tutela el 9 de agosto de 2017 contra la Gobernación del
Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por considerar
que vulneró los derechos fundamentales a la consulta previa, al territorio y a la
autodeterminación de los pueblos de la comunidad raizal. Para fundamentar la acción relató
los siguientes:

Hechos

1. El señor Remigio Barker interpuso acción de tutela contra la Gobernación del
Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por considerar
que se vulneraron los derechos fundamentales a la consulta previa, al territorio y a la
autodeterminación de los pueblos del grupo étnico raizal, toda vez que se inició el proyecto
de peatonalización de la Avenida Providencia con la Avenida las Américas en la Isla de San
Andrés, se removió la escultura denominada “cañón de Morgan” del sitio en el que había

permanecido por más de 50 años se inició la construcción de un Museo Histórico de la Cultura Raizal, sin cumplir con los requisitos de participación y consulta previa con dicha comunidad.

2. El accionante indicó en el escrito de tutela que “el Gobierno Departamental ha dado inicio al proyecto de peatonalización de la Avenida Providencia con la Avenida Las Américas, sin realizar el proceso de consulta previa con la comunidad raizal”[1].

3. Manifestó que “la comunidad no tiene la menor idea hasta donde llegará dicha peatonal, tampoco sabemos cuál será el impacto sobre la comunidad con relación a la movilidad, tanto vehicular como peatonal, como tampoco qué se hará en el Round Point en donde estuvo por más de 40 años un cañón, como símbolo de nuestra historia. Es decir no se ha hecho un estudio de impacto social y cultural de este proyecto”[2].

4. Afirmó que el proyecto de la construcción de un Museo Histórico implica necesariamente la participación de la comunidad porque la obra tendrá una afectación directa positiva o negativa sobre la comunidad raizal.

5. Señaló que “si bien es cierto que en la consulta previa del Plan de Desarrollo se pactó la construcción de un Museo Histórico de la Cultura Raizal, también es cierto que a la comunidad no se le dio la oportunidad de participar en la formulación del mismo, por lo tanto no tenemos la menor idea de cómo será el Museo Histórico de la Cultura Raizal”[3].

6. Finalmente, puntualizó diciendo que “con la ejecución del proyecto de peatonalización de la avenida y la construcción de un Museo Histórico de la Cultura Raizal, sin el cumplimiento del requisito de la participación y consulta con la comunidad raizal, se afectaron los derechos fundamentales de las personas que conforman dicha comunidad”[4].

Trámite procesal

7. Mediante auto del 1º de agosto de 2017[5], el Juzgado Segundo Penal del Circuito de San Andrés Isla admitió la acción de tutela. En dicha providencia se ordenó vincular a la Secretaría de Planeación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, para que haga parte del asunto. Asimismo se corrió traslado de la acción a la parte accionada, Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y

Santa Catalina, para que se pronuncie respecto de los hechos y pretensiones del amparo y allegue los documentos y pruebas que estimen convenientes para su defensa.

Respuestas a la acción.

8. La Oficina Asesora Jurídica de la Gobernación dio respuesta a la acción constitucional[6] y aseguró que “(...) en la actualidad no se encuentra en el banco de Programas y proyectos (sic) de la Gobernación del Departamento ningún proyecto para la peatonalización de la Avenida las Américas (...)”[7] . Adicionalmente, manifestó que el proyecto del Museo Histórico de la Cultura Raizal hace parte del Plan de Desarrollo 2016-2019 y que “los PLANES DE DESARROLLO NO SON CONSULTABLES (...) no obstante, la Gobernación del Departamento insular sí lo sometió, cumpliendo con un proceso participativo de la convocatoria, mesas de trabajo y aprobación, teniendo muy en cuenta en la socialización con la comunidad raizal (...) Ahora bien, es preciso advertir que el proyecto aún no se encuentra en fase de ajuste de diseño, esto se explica porque que (sic) la propia Comunidad Raizal la que solicitó hacer algunas modificaciones al diseño, lo que prueba que si ha tenido en cuenta, en el proyecto, es decir que no se ha vulnerado el derecho a la CONSULTA PREVIA”[8]. (Mayúsculas, negrillas y subraya hacen parte del texto).

Primera instancia

9. El 15 de agosto de 2017, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de San Andrés Isla, amparó el derecho fundamental a la información del señor Remigio Barker, quien actúa en representación de la Comunidad Étnica Raizal al considerar que “al accionante le asiste la razón en cuanto al informe que solicitan acerca de la reubicación del cañón de Morgan pues la comunidad raizal está en todo el derecho de saber lo que se hace con los monumentos o esculturas que resaltan su identidad cultural. No obstante, y teniendo en cuenta que la obra de peatonalización de las Avenidas providencia con Américas ya se encuentra prácticamente terminada, el Despacho considera que la Gobernación del Departamento Insular deberá rendir un informe claro y explícito en donde le comunique a la comunidad raizal cada uno de los detalles de la realización de tal obra, y específicamente acerca de la reubicación del cañón de Morgan y el tamaño de la obra”[9].

Impugnación

10. El 22 de agosto de 2017[11], Remigio Barker impugnó el fallo de primera instancia bajo los siguientes argumentos: (i) que la tutela no solicitó el amparo del derecho a la información pero sí el de la consulta previa de los proyectos “Paseo Peatonal” y Museo Histórico de la Cultura Raizal; (ii) que el fallo no contempló los derechos vulnerados por la Gobernación del Departamento toda vez que el único mecanismo idóneo con que cuentan los grupos étnicos para sus derechos es la consulta previa; (iii) que no se puede asemejar la consulta previa a reuniones informativas, como lo indica la Gobernación en relación con la socialización del Proyecto Museo Histórico y (iv) que la Gobernación como dueña del proyecto está en la obligación de solicitar la certificación de la presencia del grupo étnico en el territorio donde se va a realizar la obra.

Segunda instancia y declaración de nulidad de todo lo actuado

11. Mediante sentencia de 13 de septiembre de 2017[12], el Tribunal Superior de Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina declaró la nulidad de todo lo actuado, a partir del auto admisorio proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de San Andrés (1º de agosto de 2017), salvo las pruebas practicadas dentro del trámite. Lo anterior porque no se vinculó al Ministerio del Interior. Como consecuencia ordenó remitir por Secretaría las presentes diligencias a la Oficina de Coordinación Administrativa de San Andrés para que fuese repartido al Tribunal Superior de Distrito Judicial.

12. El 15 de septiembre de 2017, el Tribunal Contencioso Administrativo de Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Islas admitió la acción constitucional y corrió traslado a la parte accionada para que ejerciera su derecho de defensa. Asimismo, vinculó al Ministerio del Interior e igualmente corrió traslado con el mismo fin. Finalmente, decretó la medida provisional de suspender inmediatamente las obras de peatonalización de la Avenida Providencia con Avenida las Américas, hasta tanto se profiriera un pronunciamiento de fondo.

13. El 18 de septiembre de 2017, el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior allegó respuesta al Tribunal Contencioso Administrativo de Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Islas, mediante la cual solicitó declarar improcedente la acción, toda vez que no se vulneró el derecho a la consulta previa. Argumentó que “es preponderante tener en cuenta que para el caso particular la

peatonalización de la avenida Providencia con avenida las Américas, trata de obras ubicadas en el área urbana, tema que en nada toca la misionalidad y alcance de consulta previa, ya que los proyectos referenciados por el accionante, no tienen el elemento determinante para la procedencia de la Consulta Previa, como es afectación de la comunidad raizal dentro del área de influencia del Proyecto, el proceso consultivo no procede”[13].

14. El 19 de septiembre de 2017, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Gobernación respondió que la accionada no ha vulnerado los derechos fundamentales de la comunidad étnica raizal toda vez que “(...) el Gobernador del Departamento Insular tiene la inevitable obligación de cumplir con la Constitución Política en lo que tiene que ver con medio ambiente, circulación, espacio público, condiciones materiales, etc. Y que carece absolutamente de excusa para dejar de cumplir las funciones y obligaciones previstas en el ordenamiento jurídico”[14]. Además enfatizó que el accionante no determinó el daño causado a la comunidad raizal así como tampoco describió cómo se vulneraron los derechos al debido proceso y a la consulta previa. En relación con el proyecto de Museo Histórico de la Cultura Raizal reiteró que fue objeto de discusión y aprobación por parte de la comunidad raizal que participó en la formulación y aprobación del Plan de Desarrollo Departamental. Finalmente, sostuvo que la consulta previa es un derecho reservado para minorías y no puede extenderse a toda la ciudadanía.

15. El 26 de septiembre de 2017, el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés ordenó el levantamiento de la medida cautelar de suspensión decretada sobre la obra porque la peatonalización de la avenida Providencia, “si bien puede generar un impacto, lo hace sobre la generalidad de la comunidad isleña y no de manera exclusiva y directa sobre la comunidad raizal”[15]. Asimismo ordenó al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina abstenerse de adelantar cualquier obra y/o trámite respecto del cañón de Morgan, hasta que se profiriera un pronunciamiento de fondo sobre el asunto[16].

Sentencias objeto de revisión

16. El 28 de septiembre de 2017, el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina profirió una nueva sentencia de primera instancia, por un lado

negó el amparo del derecho fundamental a la consulta previa respecto del proyecto de peatonalización de la Avenida Providencia con Avenida las Américas bajo el argumento que “(...) el cierre de una vía en la zona urbana de la isla, que no es de tránsito exclusivo de los raizales ni se encuentra en zona de influencia exclusiva o predominante del grupo étnico, no genera una afectación a los derechos del grupo raizal”[17]. Por otro lado, amparó el derecho a la consulta previa de la comunidad raizal en relación con las medidas administrativas que se adopten sobre el cañón de Morgan y sobre la implementación del Museo Histórico de la Cultura Raizal. En consecuencia, ordenó al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina realizar los ajustes y terminar la elaboración del proyecto de dicho Museo Histórico y, junto con el Ministerio del Interior, iniciar el proceso de consulta previa con la comunidad raizal para concertar lo relacionado con el cañón de Morgan y la implementación del Museo[18].

17. El 3 de octubre de 2017, el accionante impugnó el fallo de primera instancia al considerar que fue un error vincular al Ministerio del Interior porque el proyecto en mención es de orden local y las consultas previas de ese orden se llevan a cabo con la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo y porque la peatonalización se desarrolla en territorio exclusivo de los raizales[19].

19. El 22 de enero de 2018, la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado confirmó el fallo de primera instancia porque encontró en primer lugar que “la intervención de -un tramo- de la avenida Providencia - para uso y tránsito peatonal-, no supone una afectación directa para la comunidad raizal de la isla de San Andrés (...) Para la Sala, resulta desproporcionado considerar, como lo hace el impugnante, que un tramo de una vía urbana, destinada en su mayoría al comercio y a la hostelería para turistas, deba calificarse como -territorio exclusivo de los raizales-, cuando no existe ninguna evidencia fáctica dentro del proceso que indique la importancia, necesidad o relación cultural o económica de ese pequeño sector con la comunidad accionante”[22]. Adicionalmente respecto del cañón de Morgan, estimó “necesario implementar el trámite de la consulta previa por parte de la Administración departamental, en relación con cualquier medida que afecte, positiva o negativamente, al mentado monumento histórico”[23].

Finalmente, en lo que respecta al Museo Histórico de la Cultura Raizal agregó que “(...) la implementación de un museo de historia, que seguramente tendrá por finalidad la

exposición a residentes y visitantes del camino sociocultural surtido por los raizales desde sus orígenes hasta la actualidad, no puede quedar a merced de decisiones meramente administrativas, y por tanto, deberá ser consultado con la comunidad de manera previa e inmediata”[24].

Pruebas que obran en el expediente

20. El despacho sustanciador recibió dos cuadernos[25] que integran el expediente T-6.631.055, los cuales contienen las actuaciones de primera instancia surtida en sede de tutela por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de San Andrés Isla y de segunda instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado. Las pruebas que obran en el expediente son las siguientes:

i) Copia de la solicitud enviada por la señora Ofelia L. de Barker como coordinadora de la Organización “The convergence of raizal organizations and people of San Andres, Providence and Santa Catalina” al Gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, de fecha 22 de febrero de 2017[26].

ii) Copia de la respuesta a la solicitud de consulta previa de proyectos enviada por el Gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina al señor Ferris Watson de fecha 22 de mayo de 2017[27].

iii) Copia del comunicado de prensa firmado por el Secretario de Planeación mediante el cual “invita a la comunidad en General y a todas las iglesias a la reunión de socialización del Plan de Desarrollo Departamental LOS QUE SOÑAMOS SOMOS MÁS 2016-2019, el martes 24 de mayo de 2016: casa de la cultura de la Loma Tamarind Treee. Hora 6:00 P.M.”[28].

iv) Copia del acta de protocolización de acuerdos con el pueblo raizal y el Gobierno Departamental del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Islas de fecha 19 y 20 de mayo de 2017[29].

v) Copia del informe de cumplimiento sobre la Obra de Peatonalización de la Avenida de las Américas con Providencia, de 14 de septiembre de 2017 allegado al Juzgado Segundo

Penal del Circuito de San Andrés por la Asesora Jurídica de la Gobernación[30].

vi) Copia del informe de cumplimiento sobre Obras de “Rehabilitación”, Construcción y Embellecimiento del Espacio Público de un tramo de la avenida Providencia para uso y tránsito peatonal en San Andrés Islas, enviado al señor Remigio Barker por el Secretario de Infraestructura[31].

vii) Copia del informe social consolidado de mayo 15 a junio 30 de 2017 de la Rehabilitación, Construcción y Embellecimiento del Espacio Público de un tramo de la avenida Providencia para uso y tránsito peatonal en San Andrés. (Contrato N°. 1561, Interventor Consorcio Providencia) firmado por la trabajadora social Melissa Vásquez Rodríguez[32].

viii) Escrito de 21 de septiembre de 2017, enviado por el contratista Carlos Rafael Bent González al Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés por medio del cual señaló que la publicación del pliego del proyecto “Rehabilitación, Construcción y Embellecimiento del Espacio Público de un tramo de la avenida Providencia para uso y tránsito peatonal en San Andrés” fue el 11 de agosto de 2016 y que el proyecto fue adjudicado mediante Resolución No. 004379 de 13 de octubre de 2016. La fecha de inicio de la obra fue el 7 de febrero de 2017 y actualmente está en curso[33].

ix) Copia de la respuesta del Representante Legal del Consorcio Avenida Providencia de 25 de septiembre de 2017 allegada al Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés mediante la cual expresó que desconoce si la entidad contratante realizó la consulta previa, pues es la competente para esto[34].

x) Inspección judicial fijada el 26 de septiembre de 2017 por el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, a la obra de peatonalización de la Avenida Providencia con Avenida las Américas, con el fin de verificar lo relacionado con el cañón de Morgan[35].

xi) Copia del testimonio de Sally Taylor, miembro de la comunidad raizal, de 25 de septiembre de 2017 por medio del cual indicó entre otras cosas que “(...) retirar el cañón de Morgan atentaría contra la identidad raizal (...)” y que “(...) no se debe pensar que el pueblo en general esté en contra de que se mejore el acceso a vías y transporte (...) hay que preguntarse qué tanto de las acciones llevadas hasta el momento si están reflejando el

sentir de la gente [36].

xii) Copia del testimonio de Samuel Robinson, miembro de la comunidad raizal de 25 de septiembre de 2017 por medio del cual indicó que “(...) el cañón de Morgan es un ícono del archipiélago (...) es un símbolo de la influencia del pirata (...) el monumento es importante para nosotros, no sé si se va a volver a colocar o a desaparecer. Lo ideal sería que se quedara ahí porque es un monumento que forma parte de nuestra identidad como pueblo raizal (...) Debería existir una valla para indicar a la comunidad qué se va a hacer. Yo no sé lo que se va a hacer. Si se va a dejar el cañón ahí, estamos de acuerdo. Se debería colocar una valla que diga que el cañón va a permanecer y se va a mejorar el entorno donde está el cañón (...) Estoy de acuerdo con modificaciones, con los cambios que representa un valor histórico, es importante que el cañón de Morgan se prevalece (sic) en el sitio como tal. Hay que mejorar y preservar”[37].

xiii) Copia de la respuesta allegada al Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés por parte del apoderado judicial de la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el 26 de septiembre de 2017, mediante la cual se ratificó lo manifestado por el Secretario de Infraestructura “el CAÑÓN DE MORGAN no se retira del lugar donde por años se encuentra ubicado, solo que era forzosamente necesario removerlo temporalmente para realizar trabajos de embellecimiento, mejoramiento, ornamentación y adecuación, buscando fortalecer su visibilización, acreditación, simbolización y trascendencia cultural, aportando a la consolidación de la conciencia colectiva que caracteriza a la etnia raizal, como se puede apreciar en los renders que se aportan con este escrito”[38].

iv) Copia de acta de audiencia de pruebas No. 025-17 y de inspección judicial decretada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina de 26 de septiembre, mediante la cual el Apoderado de la Gobernación manifestó que “(...) el cañón de Morgan vuelve a su lugar, se retiró para hacerle mantenimiento y va a ser ubicado en... (y el lugar fue señalado)”[39]. De igual manera, el funcionario de la Secretaría de Infraestructura señaló que la obra estaba en un 78%-80% de avance y el arquitecto urbanístico José María Mejía Rubio rindió un informe detallado del proyecto y dijo que el cañón se va a reubicar en la zona más o menos céntrica de la peatonalización y las esculturas van a ser reubicadas también y que en principio la fecha de culminación de la

obra es el 7 de octubre pero como se suspendió no se sabe cuándo se podrá terminar[40].

Actuaciones en sede de revisión

21. El expediente de la referencia fue seleccionado para su revisión por la Sala de Selección de Tutelas número Tres (3), mediante auto de 12 de marzo de 2018 y comunicado el 3 de abril de 2018.

Decreto de pruebas

22. Durante el trámite adelantado en esta sede, el Magistrado Sustanciador consideró necesario contar con suficientes elementos de juicio para mejor proveer. En ese sentido ordenó mediante auto de 10 de mayo de 2018 la práctica de las siguientes pruebas:

- Solicitar a la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y específicamente al Despacho del Gobernador Departamental que allegara un informe detallado sobre el estado de la obra de peatonalización de la avenida Providencia con avenida las Américas y que indicara en dónde quedó ubicado el cañón de Morgan, asimismo que informara si se realizó el proceso de consulta previa con la comunidad raizal para concertar lo relacionado con el monumento cañón de Morgan y la implementación del Museo Histórico de la Cultura Raizal.

- Solicitar a la Secretaría de Infraestructura del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, al contratista Carlos Rafael Bent González y al señor Remigio Barker que allegaran un informe detallado del estado de la obra de peatonalización de la avenida Providencia con avenida las Américas e indicaran la ubicación del monumento cañón de Morgan.

23. Mediante correo electrónico allegado a esta Corporación el día 18 de mayo de 2018, el Secretario de Infraestructura (E) del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Islas, remitió un informe detallado en el cual indicó que el Plan de Desarrollo Departamental 2016- 2019 “LOS QUE SOÑAMOS SOMOS MAS” fue socializado antes de su aprobación con la comunidad raizal y residentes de la isla. Además, que la administración departamental, incluyó dentro de su presupuesto un proyecto de inversión

denominado “Rehabilitación, construcción y embellecimiento del espacio público de un tramo de la avenida providencia para uso y tránsito peatonal en San Andrés Islas”. Resaltó que “se hacía necesario su intervención y garantizar la peatonalización de todos los que transitan en la zona, ya que antes funcionaba en todo este tramo como una zona de parqueo de motos y carros, los cuales no permitían a turistas y residentes en la localidad ser transitable. Actualmente se observa que hay mayor flujo de transpirabilidad peatonal y un embellecimiento turístico atractivo para turistas y residentes como se evidencia en el sitio”[41].

Respecto del proceso de consulta previa con la comunidad raizal en relación con el cañón de Morgan y la implementación del Museo Histórico de la Cultura Raizal, la Secretaría de Infraestructura guardó silencio.

Sin embargo, concluyó que “las obras fueron recibidas a satisfacción y se encuentra en funcionamiento de acuerdo a sus necesidades contempladas en el proyecto se anexa plano de los sitios intervenidos y ubicación del cañón de Morgan, conservando su característica tal cual como estaba”[42].

24. El 18 de mayo de 2018, Remigio Barker envió por correo electrónico la respuesta al auto de 10 de mayo de la misma anualidad, manifestando lo siguiente:

“1.-La obra de la Peatonalización de la Avenida Providencia con Avenida las Américas se encuentra totalmente concluida.

2.- En relación con el cañón de Morgan, este fue trasladado de su sitio original y ubicado en la nueva peatonal en frente al Edificio Leda. Incumpliendo con la orden judicial y a su vez en contra vía con lo manifestado por la asesora jurídica en la impugnación del fallo de tutela, que consideró que dicha sentencia carecía de fundamento porque el cañón de Morgan no sería removido del sitio.

Se demolió el Round Point en donde se encontraba ubicado el cañón de Morgan y en su lugar se construyó una plazoleta, y se trasladó el árbol que allí se encontraba a otro lugar de la peatonal, así como el cañón y las estatuas que se encontraban en Round Point las cuales fueron ubicadas a lo largo de la peatonal”[43].

En relación con el trámite consultivo no dio ninguna respuesta.

25. El 21 de mayo de 2018, el contratista Carlos Rafael Bent González allegó mediante correo electrónico la respuesta al auto de 10 de mayo del mismo año, en la cual dio cuenta del estado de la obra “Rehabilitación, construcción y embellecimiento del espacio público de un tramo de la avenida providencia para uso y tránsito peatonal en San Andrés Islas”. Señaló que “el contrato de obra #1561 del 2016 el cual fue iniciado en el mes de febrero del año 2017 y finalizó en octubre del mismo año (2017), bajo póliza #7544101079895: 75-40101025745 de seguros del estado S.A.”[44]. Además señaló que una de las inquietudes de la administración para la ejecución del contrato era el lugar donde se ubicarían las esculturas tales como el cañón de Morgan y se decidió que quedaría frente al centro comercial Leda, junto con otras esculturas típicas de la isla. Agregó que “el cañón de Morgan y el pirata quedaron juntos y alrededor de 15 a 20 metros están los distintos establecimientos de comercio, lo cual ha generado cambios en la zona, tanto económicos por el embellecimiento y cultura (sic) para los turistas y hasta los mismos residentes (...). No está afectando de ninguna y otra manera ni a los establecimientos ni a los turistas ni a la misma comunidad”[45]. Finalizó diciendo que el cañón de Morgan quedó en la avenida Providencia, frente al centro comercial Leda y rodeado de otras esculturas.

26. El despacho del Gobernador Departamental del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Islas no envió comunicación alguna durante el término otorgado por esta Corporación.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

La Sala es competente para analizar los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

1. El señor Remigio Barker interpuso acción de tutela contra la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por considerar

que se vulneraron los derechos fundamentales a la consulta previa, al territorio y a la autodeterminación de los pueblos del grupo étnico raizal, toda vez que se inició el proyecto de peatonalización de la avenida Providencia con la avenida las Américas en la Isla de San Andrés, se removió la escultura denominada “cañón de Morgan” del sitio en el que había permanecido por más de 50 años se inició la construcción de un Museo Histórico de la Cultura Raizal, sin cumplir con el requisito de la participación y la consulta con la comunidad raizal.

2. A partir de lo expuesto, corresponde en este caso a la Sala Octava de Revisión resolver lo siguiente:

¿Vulneró la Gobernación Departamental el derecho a la consulta previa de la comunidad raizal de San Andrés al no adelantar el proceso referido con la misma respecto de la (i) peatonalización de las Avenidas Providencia y las Américas, (ii) de la ubicación final del paradero del cañón de Morgan y (iii) del proyecto de construcción del Museo Histórico de la Cultura Raizal?

Para responder lo anteriormente planteado, la Corte abordará los siguientes puntos: (i) la procedencia de la acción de tutela para garantizar el derecho a la consulta previa; (ii) el derecho fundamental a la consulta previa; (iii) el pueblo raizal en la jurisprudencia constitucional; y (iv) por último se examinará el caso concreto.

La procedencia de la acción de tutela para garantizar el derecho a la consulta previa

3. El artículo 86 de la Constitución[46] estableció la acción de tutela como el mecanismo que tienen las personas para la protección inmediata de un derecho fundamental que se encuentra lesionado o en riesgo de ser vulnerado. No obstante, es una herramienta subsidiaria que busca evitar que se reemplacen los medios ordinarios para resolver controversias jurídicas y se convierta en un instrumento supletorio cuando no se han empleado oportunamente dichos mecanismos[47], salvo que no resulten idóneos ni eficaces para amparar las garantías constitucionales.

4. Debido a las condiciones de vulnerabilidad, pobreza extrema, actos de discriminación a los que han sido sometidos los pueblos indígenas y las comunidades negras y raizales, esta Corporación ha sido más flexible con la procedencia de la acción de tutela para estos

grupos y le ha otorgado un carácter prevalente para garantizar sus derechos constitucionales. Sobre el particular ha manifestado lo siguiente:

“Ante controversias relativas al amparo del derecho a la consulta previa en las que se plantee la necesidad de que los accionantes agoten otros mecanismos ordinarios de defensa, el juez constitucional debe considerar las condiciones especiales de vulnerabilidad que suelen enfrentar las comunidades indígenas y tribales justifica que sea esta vía excepcional el escenario idóneo para evitar la lesión de sus derechos[48]”.

Por lo general, la ejecución de proyectos de infraestructura o de explotación de recursos naturales en su territorio, vulnera los derechos de dichas comunidades étnicas, toda vez que son directamente afectadas por los mismos y carecen de escenarios de participación efectiva. Debido a la situación de indefensión de este colectivo, además de la discriminación histórica contra los pueblos indígenas y tribales, la jurisprudencia constitucional los ha calificado con la condición de sujetos de especial protección. [49]

Asimismo esta Corporación ha reconocido que las personas afrocolombianas y las comunidades a las que pertenecen son titulares de derechos fundamentales y gozan de una especial protección constitucional, “[t]anto a compensarlas por las difíciles circunstancias sociales, políticas y económicas que han enfrentado tras décadas de abandono institucional, como a salvaguardar su diversidad étnica y cultural, en armonía con el marco constitucional y los compromisos internacionales que el Estado colombiano ha adquirido en esa materia”[50].

5. Así las cosas, los procesos de consulta son un escenario esencial para asegurar la protección de las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas y tribales, por lo cual la Corte desde sus primeras sentencias, ha reconocido la competencia del juez de tutela para proteger sus derechos fundamentales e 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 y de incidir en la reformulación de la decisión de que se trate.[51]

6. Finalmente, vale la pena traer a colación la sentencia T-800 de 2014, mediante la cual este Tribunal estudió el caso particular del pueblo raizal del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y sostuvo 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.

7. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989 (en adelante OIT), fue el primer instrumento internacional en determinar que se deben consultar con los pueblos indígenas y tribales las medidas de carácter legislativo o administrativo[52] susceptibles de afectarles directamente; y que el objetivo de realizar dicha consulta, es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos interesados.

8. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007, estableció en sus artículos 19 y 38[53] que se deberá consultar con los pueblos interesados previa adopción y aplicación de medidas administrativas o legislativas que puedan afectarlos.

9. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha sostenido la necesidad de consultar a las comunidades sobre las medidas legislativas que los afectan. En el caso de *Saramaka vs Surinam*[54], la Corte ordenó que se le debían consultar a dicho pueblo las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que fueran implementadas para proteger el territorio del pueblo, entre otras cosas.

10. La Corte Constitucional desde la SU-039 de 1997, precisó que la consulta previa tiene el carácter de derecho fundamental toda vez que concreta mandatos constitucionales, como el principio de participación de grupos vulnerables, la diversidad cultural y los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, étnica o culturalmente diversos:

“Con fundamento en los arts. 40-2, 330 parágrafo de la Constitución y las normas del Convenio 169 antes citadas, estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas” || “A

juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades”.

En ese sentido, el artículo 40 superior[55], estableció, entre otros, el derecho a la participación de todos los ciudadanos en los asuntos que los afecten, garantía que se ve reforzada en el caso de los pueblos indígenas y tribales, por su relación con otros mandatos constitucionales.

11. En la sentencia C-169 de 2001, este Tribunal se pronunció respecto de la obligatoriedad de la consulta previa a los grupos étnicos afectados y dispuso que de conformidad con el artículo 6, numeral 1, literal a) del Convenio 169 de 1989 de la OIT, ratificado por Colombia a través de la Ley 21 de 1991, los Estados Partes tienen la obligación de consultar a las comunidades étnicas que habiten en sus territorios, “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”. Asimismo, el artículo 7 del Convenio reconoce a tales colectividades “el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

De ahí la existencia de un compromiso internacional que obliga al Estado colombiano a

efectuar el proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida, legislativa o administrativa, que tenga la virtud de afectar en forma directa a los grupos étnicos que habitan en su territorio nacional.

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 mismo artículo 6º, 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[56].

12. En la sentencia T-376 de 2012, la Corte expuso que el artículo 6º del Convenio 169 debía 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.

Así por ejemplo 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”[57] y el 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[58].

13. Este Tribunal ha desarrollado una serie de criterios aplicables a casos concretos, en lo relativo al deber de consultar previamente a las comunidades. En la sentencia SU-097 de 2017 se recogieron los siguientes criterios, al tiempo que se fijaron reglas específicas para su aplicación:

“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”[59].

Asimismo, la Corte 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 fin 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[60].

En suma, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado unos criterios generales para la aplicación de la consulta, los cuales orientan a las autoridades y particulares en esta clase de procesos. Igualmente, ha establecido unas reglas específicas que deben ser atendidas al momento de concertar aquellas medidas que afecten directamente a los pueblos indígenas y tribales.

El concepto de afectación directa

14. El concepto clave para analizar la procedencia de la consulta previa es el de afectación directa. Sin embargo este no ha sido definido ni por el Convenio 169 de la OIT ni por la legislación interna. Ha sido un concepto desarrollado en sede judicial tanto por la Corte Constitucional como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

15. Este Tribunal ha señalado que para saber qué debe consultarse con los pueblos tribales se deben tener en cuenta dos niveles de afectación: (i) uno general que deriva por ejemplo de las políticas y programas que de alguna manera conciernen a las comunidades indígenas y afrocolombianas y (ii) uno directo que se desprende de las medidas que pueden afectarlos específicamente[61]. Ha dicho también que debe consultarse siempre que exista una afectación directa sobre los intereses del pueblo indígena involucrado, es decir cuando la comunidad vaya a ser objeto de una intromisión intolerable en sus dinámicas sociales, económicas y culturales.[62]

16. Para especificar aún más los supuestos en los que se produce tal afectación, esta Corte ha fijado los siguientes criterios: (i) cuando la medida administrativa o legislativa altera el estatus de las comunidades porque impone restricciones o concede beneficios[63]; (ii) cuando las medidas son susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas como tales y no aquellas decisiones que son generales y abstractas[64]; (iii) cuando se trata de aplicar las disposiciones o materias del Convenio 169, por ejemplo la regulación de explotación de yacimientos de petróleo ubicados dentro de los pueblos

indígenas[65] y (iv) cuando las medidas a implementar se traten sobre explotación y aprovechamiento de recursos naturales en territorios indígenas[66].

17. Concretamente esta Corporación ha identificado la presencia de una afectación directa en los casos de medidas legislativas[67], presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto general de la Nación[68], decisiones sobre prestación del servicio de educación que afecten directamente a las comunidades[69], decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo, como licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras entre otros[70].

18. En este orden de ideas, la lectura del desarrollo jurisprudencial del derecho fundamental a la consulta previa se debe hacer desde tres puntos de vista: (i) la verificación de la afectación directa como presupuesto para conceder el derecho a la consulta previa, (ii) la consulta previa como requisito indispensable en el marco de procesos de licenciamiento ambiental y (iii) la aplicación de un juicio de ponderación para el amparo del derecho a la consulta previa.

19. En la sentencia T-376 de 2012[71], la Corte estudió el caso de uso del espacio público en el que la administración de Cartagena entregó en concesión un sector de la playa sin tener en cuenta el derecho a la consulta previa de la comunidad negra de La Boquilla, que alegaba que el turismo y la pesca hacían parte de su modo de vida y su identidad étnica. Para esta Corporación la concesión se entendía como un proyecto o medida que hacía parte de una política pública adelantada en Cartagena, que debería asegurar la participación de todos los interesados, pero muy especialmente de las comunidades étnicas que mantienen un contacto culturalmente significativo con el sector de la playa dado en concesión y por lo tanto la obligación de preservar todo uso tradicional que la comunidad de La Boquilla efectuara sobre dicho territorio.

20. En síntesis, la Corte ha determinado la existencia de afectación directa, especialmente en aquellos casos en los que se encuentra un impacto a tradiciones culturales significativas que implican afectaciones a sus identidades como grupo étnico.

El pueblo raizal en la jurisprudencia constitucional[72]

21. En la jurisprudencia constitucional se advierte la existencia de cuatro pueblos con

identidad étnica diferenciada: indígenas, comunidades negras y palenqueras, pueblo raizal y pueblo ROM o gitano. A su vez, la doctrina, ha resaltado el carácter diverso de cada uno de ellos: “Si se observa con atención, las características de estos cuatro grupos, comunidades o pueblos es bien diferente. Mientras los indígenas estaban en el continente americano desde mucho antes de la traumática conquista española, la presencia de una nutrida población afrodescendiente es producto de esa misma colonización, al ser traída a la fuerza en condición de esclavitud a lo que hoy es Colombia. Y si bien el archipiélago de San Andrés no registraba población originaria al momento de generarse la disputa europea por los bienes y territorios americanos, los grupos que posteriormente se asentaron en él se corresponden más con la matriz de poblamiento de las colonias inglesas y holandesas. En el caso del pueblo ROM, finalmente, existe una particularidad importante en la conformación de derechos: es el único caso en que éstos se otorgan a una población cuyos miembros han migrado voluntariamente hacia Colombia”.^[73]

22. Por su parte, los artículos 1º, 7º y 70 de la Constitución, reconocen la existencia de distintas etnias y culturas dentro del territorio, ordenan proteger esa diversidad y declaran la igualdad, el artículo 310 Superior estableció 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, preservar el ambiente y los recursos naturales.

23. Si bien existe un número amplio de pronunciamientos constitucionales relacionados con el pueblo raizal, esta Corte observa que estos pueden agruparse en tres grupos. De una parte, (i) la primera sentencia que destacó la diversidad cultural del pueblo raizal; (ii) los 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 (iii) la participación y el territorio raizal.

24. 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 medidas para controlar la densidad poblacional en el

Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina”. Además de declarar la exequibilidad del Decreto, expresó:

“[L]a 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 (artículo 7º) y tiene la calidad de riqueza de la Nación (artículo 8º). Ahora bien, 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 ellos no son ya la población mayoritaria, viéndose así comprometida la conservación del patrimonio cultural nativo que es también patrimonio de toda la Nación”.

25. 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. Este Tribunal 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.

26. En la sentencia C-053 de 1999 se estudió la demanda de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley 47 de 1993 y en la cual 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”.

27. La expresión raizal con la que se identifica parte de la población de las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina hace referencia al conjunto de raíces sobre las que se edifica su cultura, entre las cuales se encuentran, entre otras, las siguientes: los primeros pobladores de las islas, por lo general puritanos y bucaneros, migrantes desde Inglaterra; la familia extensa de las Antillas; el pueblo indígena miskito de la costa caribe de

Nicaragua[74]; los descendientes de esclavos y sucesivas migraciones desde la Colombia continental[75].

28. En la reciente sentencia T-599 de 2016[76], esta Corporación señaló que:

“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”.

“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”.

“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”.

29. 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, Mitchell o Pomare)[77].

30. En el siglo XX el archipiélago sufrió el llamado proceso de colombianización. Este intento de civilización dirigida se llevó a cabo mediante la educación impartida por órdenes religiosas encomendadas por el gobierno central para “civilizar”, catolizar e hispanizar las islas, pasando por encima de la religión bautista y de la lengua creole. La violencia se intensificó a partir de la década de 1950 con la declaratoria de puerto libre en San Andrés y la puesta en marcha de proyectos de desarrollo turístico dirigidos a continentales y extranjeros. El turismo dio paso a un desalojo progresivo de los raizales y al deterioro ambiental de la isla, lo cual hace hoy más precaria y difícil la vida de los raizales. El último evento que amenazó con exterminar la cultura del archipiélago tiene que ver con el fallo de la Corte Internacional de Justicia de la Haya en 2012 sobre el litigio entre Colombia y Nicaragua, que se tradujo en una pérdida de soberanía marítima y alimenticia para el pueblo raizal[78].

31. La Corte se pronunció respecto de la consulta previa al pueblo raizal en la sentencia T-800 de 2014, en donde 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.

Este Tribunal 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 que no se consultaron las 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 esta Corporación para el derecho fundamental a la consulta previa.

En esta ocasión, la Corte concedió el amparo y ordenó la iniciación y realización del proceso de consulta previa para llevar a cabo la construcción del “Spa”, debido, principalmente, a la presencia fácilmente verificable de comunidades raizales en la Isla de Providencia y específicamente en la zona en la que se pretendía desarrollar el proyecto. El Ministerio de Industria Comercio y Turismo no realizó la consulta previa necesaria para el desarrollo del proyecto, pues está probado que se dio inicio a la intervención del territorio habitado por la comunidad raizal.

Caso concreto

Procedibilidad de la acción de tutela

32. Tal y como se mencionó en un acápite anterior, el artículo 86 de la Constitución, establece que la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual, sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; (ii) cuando existiendo, ese medio carece de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto; así mismo, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental.

Alegación de afectación de un derecho fundamental

33. El señor Remigio Barker alega la vulneración del derecho a la consulta previa (Convenio 169 de la OIT), al territorio ancestral (artículos 286, 329 y 357 C.P.) y a la autodeterminación de los pueblos de la comunidad raizal (artículo 1º C.P.).

Legitimación por activa

34. El accionante es el titular de los derechos presuntamente vulnerados por ser parte de la comunidad raizal.

Legitimación por pasiva

35. La accionada Gobernación del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina dada su naturaleza pública es susceptible de la acción de amparo.

Inmediatez

36. La tutela debe ser interpuesta en forma oportuna, dentro de un plazo razonable, puesto que busca la protección inmediata de los derechos fundamentales frente a su vulneración o amenaza. Para la Sala, este requisito se encuentra satisfecho toda vez que entre la conducta que causó la presunta vulneración y la fecha de interposición de las acciones de tutela transcurrió un término prudente y razonable para solicitar la protección de los derechos fundamentales. La presunta vulneración se causó con el inicio de la obra de peatonalización que fue el 7 de febrero de 2017 y con el acta de protocolización de acuerdos con el pueblo raizal y el gobierno departamental del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el 19 y 20 de mayo de 2017, mediante la cual se acordó la implementación del Museo Histórico de la cultura propia del pueblo Raizal.

37. El amparo constitucional, en principio es improcedente para aquellos casos en que existen mecanismos ordinarios de protección. En el caso concreto, el accionante podía atacar el acto administrativo por medio del cual se adjudicó el contrato correspondiente al proceso de licitación pública No. 009 de 2016, esto debía dilucidarse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, inciso 3 del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, e incluso solicitar medidas cautelares conforme a lo regulado por el artículo 229 del mismo Código.

38. Este requisito de procedencia demanda que el medio a disposición del accionante no sea eficaz e idóneo para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales amenazados o para garantizar los derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, como por ejemplo, la comunidad raizal.

39. No obstante lo anterior, considera la Sala que en el presente caso la acción de nulidad

y restablecimiento del derecho no es la adecuada para lograr los cometidos ventilados por el actor, como lo es que se lleve a cabo el procedimiento de la consulta previa, para los cuales la mencionada acción judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no sería idónea ni eficaz.

40. En otros términos, la cuestión debatida no es la legalidad del contrato correspondiente al proceso de licitación pública, sino la ausencia de consulta previa y en ese sentido el amparo es procedente de conformidad con el artículo 86 de la Constitución y el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991.

41. En síntesis, el señor Remigio Barker interpuso acción de tutela contra el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina al considerar vulnerados sus derechos fundamentales y los de su comunidad raizal a la consulta previa, al territorio y a la autodeterminación de los pueblos, toda vez que se realizó la peatonalización de las Avenidas Providencia y las Américas sin adelantar el proceso consultivo con el pueblo raizal, asimismo se removió el monumento “cañón de Morgan” de la vía vehicular mientras construían la peatonal, no consultaron a la ciudadanía qué pasaría con el símbolo isleño ni en donde lo ubicarían mientras concluía la obra y finalmente se aprobó la construcción de un Museo Histórico de la Cultura Raizal sin que la comunidad hubiera participado en su implementación.

42. El Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina negó el amparo del derecho fundamental a la consulta previa respecto de la obra de peatonalización de las Avenidas Providencia y las Américas toda vez que la vía no es de tránsito exclusivo de la comunidad raizal y no genera una afectación a la misma. En relación con el cañón de Morgan y sobre la implementación del Museo Histórico de la Cultura Raizal, amparó el derecho a la consulta previa de la comunidad raizal en relación con las medidas administrativas que se adopten sobre estos. En consecuencia, ordenó al Departamento realizar los ajustes y terminar la elaboración del proyecto del Museo y, junto con el Ministerio del Interior, iniciar el proceso de consulta previa con la comunidad raizal para concertar lo relacionado con el monumento y la implementación del Museo.

43. La Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado confirmó el fallo de primera instancia porque encontró que la intervención de un tramo de una avenida de la isla para

tránsito peatonal no afecta directamente a la comunidad raizal y resulta desproporcionado considerar que dicha vía es territorio exclusivo de los raizales, más aun cuando no obra prueba de la importancia, necesidad o relación cultural o económica de este sector de la isla con el pueblo raizal. Respecto del cañón de Morgan, estimó que se debe iniciar el proceso consultivo en relación con cualquier medida que afecte, positiva o negativamente a dicho monumento histórico. Finalmente, en lo que respecta al Museo Histórico de la Cultura Raizal agregó que se debe consultar con la comunidad porque la finalidad de aquel es exponer la cultura de esta población.

44. Respecto de la procedencia de la acción de tutela, la Corte encuentra que se acredita, toda vez que la acción de tutela fue interpuesta por el ciudadano Remigio Barker miembro del pueblo raizal del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, contra la Gobernación del mismo Departamento. Como se dijo en la parte dogmática de esta providencia, los raizales son considerados sujetos de especial protección constitucional por las difíciles situaciones sociales, económicas, políticas y culturales a las que se han enfrentado a través del tiempo y la única herramienta que tienen a su alcance para la protección de sus derechos al territorio y a la autodeterminación de los pueblos es la consulta previa.

45. Ahora es importante establecer el grado de afectación de los distintos proyectos llevados a cabo en San Andrés y mencionados por el actor.

46. Para eso basta recordar que la Corte ha desarrollado un conjunto de estándares que permiten al operador jurídico evaluar, 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, (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) si se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados[79].

47. Así las cosas, es necesario consultar a los pueblos indígenas y garantizar su

participación efectiva, libre e informada, cuando se establece que la medida legislativa o administrativa genera un impacto sobre su “autonomía, diversidad e idiosincrasia”[80], en los siguientes casos:

(i) En los eventos señalados expresamente en la Constitución en los artículos 329 y 330, es decir, cuando se van a crear entidades territoriales indígenas y, la adopción de decisiones relacionadas con la explotación de recursos naturales que se encuentren en los territorios indígenas[81].

(ii) A partir de la SU-383 de 2003 esta Corte ha sostenido que debe agotarse el procedimiento de consulta previa cuando existe una afectación directa de otros aspectos inherentes a la subsistencia de la comunidad indígena como grupo reconocible.

48. En relación con el proyecto de peatonalización de las avenidas Providencia y las Américas que se tituló “Rehabilitación, Construcción y Embellecimiento del Espacio Público de un tramo de la avenida Providencia para uso y tránsito peatonal en San Andrés”, para la Sala esta fue una obra destinada a mejorar una vía del territorio de la isla, a darle un nuevo uso y a embellecerla para beneficio de los peatones, ya fueran turistas o raizales, para que pudieran movilizarse con facilidad y aprovechar el sendero amplio que pasa por locales comerciales y en el que además se pueden ver los monumentos emblemáticos de la cultura raizal, tal como lo es el cañón de Morgan y las estatuas propias de la isla.

49. Por otro lado, el accionante no demostró que la obra de peatonalización fuera a afectar directamente y exclusivamente a la comunidad raizal, pues del escrito de tutela lo único que se puede rescatar es que “la comunidad no tiene la menor idea hasta donde llegará dicha peatonal, tampoco sabemos cuál será el impacto sobre la comunidad con relación a la movilidad, tanto vehicular como peatonal, como tampoco qué se hará en el Round Point en donde estuvo por más de 40 años un cañón, como símbolo de nuestra historia. Es decir no se ha hecho un estudio de impacto social y cultural de este proyecto”[82]. Sin embargo, no se hace alusión a los daños directos que recaen en la comunidad ni como su cultura o economía raizal se van a ver afectadas por el embellecimiento de dicho tramo peatonal.

50. De esta manera, para la Corte, la construcción de la vía peatonal no afecta de manera directa al pueblo raizal pues este hecho no modifica la situación jurídica de la comunidad, así como tampoco interfiere con su identidad o cultura y finalmente es una medida general

que se tomó y ejecutó para volver más moderna y bella a la isla raizal, donde antes existía una zona de parqueo de motos y carros, lo cual no permitía transitar por dicha zona[83]. Es decir, que esta vía vehicular se venía utilizando de manera inadecuada, pues generaba embotellamientos y caos a los turistas y raizales que transitaban por ahí. Lo anterior llevó a las autoridades departamentales a promover la recuperación del espacio público para el correcto uso de las vías. Así las cosas, no es posible predicar una afectación directa de un sitio donde la comunidad raizal no tiene un arraigo específico ni donde se afectan sus costumbres ancestrales. En suma, la consulta previa no procedía para la peatonalización de este tramo.

51. Respecto del paradero del cañón de Morgan mientras culminaban las obras de peatonalización de las avenidas Providencia y las Américas, esta Corporación comparte aquello dicho por la Sección Segunda del Consejo de Estado relativo a que “cualquier medida administrativa, bien sea encaminada a su reubicación, alteración o modificación, sea previamente consultada con los raizales, quienes deberán dar su consentimiento para llevar a cabo dichas actuaciones”[84], toda vez que remover el monumento y no consultarlo con la comunidad supone una interferencia en la identidad del pueblo raizal, ya que este símbolo lleva muchos años en el mismo lugar de la isla y es un referente histórico tanto para los raizales como para los turistas. Asimismo, con la reubicación de este cañón se modificó la situación de la comunidad raizal pues quedaron desprovistos, por un tiempo, de uno de los elementos que los identifica como grupo raizal.

52. Tomando en consideración el testimonio de Samuel Robinson del 25 de septiembre de 2017, este Tribunal evidencia que los miembros de la comunidad raizal están de acuerdo con que se deje el cañón en su lugar, es decir que no se remueva de forma permanente del sitio donde se encontraba por años y que por la historia que tiene este monumento y lo importante que es para los isleños, se considera necesario que se implemente el trámite de la consulta por parte de la Gobernación con el pueblo raizal. Lo anterior, con el fin de que la comunidad sepa qué pasó con dicho símbolo previa culminación del tramo peatonal.

53. Además de las fotografías[85] aportadas por el accionante en sede de revisión se evidencia que la obra de peatonalización se encuentra totalmente terminada, en buen estado y que el cañón de Morgan, como la estatua de Henry Morgan y los demás representantes de la cultura raizal se encuentran ubicados en frente del edificio “Leda”,

también en buen estado.

54. En consecuencia, le corresponde a la Gobernación Departamental realizar el trámite de consulta previa.

55. Finalmente, en lo que respecta al Museo Histórico de la Cultura Raizal, se entiende del material probatorio que se llevaron a cabo reuniones (19 y 20 de mayo de 2016) entre la administración departamental y la comunidad raizal respecto de la consulta previa concertada para el Plan de Desarrollo Departamental 2016-2019[86], mediante la cual se acordó la implementación de dicho museo, sin embargo, a pesar de que el proyecto fue socializado con la población, aun no se adelantan las etapas de diseño por la falta de recursos económicos. Así las cosas, se comprueba que en este momento el proyecto del museo está en pausa debido a que el Departamento no tiene los fondos para seguir con la construcción del mismo.

56. Sin embargo, es importante hacer énfasis en que este proyecto cultural tendrá un impacto directo en la comunidad, pues de lo que se trata es de contar la historia del pueblo raizal desde sus orígenes hasta el día de hoy, por lo que los más interesados en que el museo esté en consonancia con la experiencia vivida es esta población en esta isla en particular. Es así como deberá llevarse a cabo el proceso de consulta con el grupo raizal y entre todos llegar a acuerdos para implementar dicho museo.

57. A continuación se enunciarán las etapas o fases del proceso de consulta previa sin perjuicio de lo que se establezca con posterioridad en la ley y la jurisprudencia constitucional[87]:

- “Certificación sobre la presencia de las comunidades étnicas[88]: Las entidades públicas y los ejecutores de los proyectos, obras o actividades deben verificar si en los lugares donde pretenden ejercer sus labores hay presencia o no de grupos étnicos minoritarios que puedan ser titulares del derecho a la consulta previa.

La Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior[89] es el ente encargado de certificar si en el área de influencia de los proyectos, obras y/o actividades hay o no presencia de grupos étnicos minoritarios. Dicha dependencia, con base en un registro, determina si alguna comunidad étnica se halla en el lugar del proyecto, obra o actividad. Si

no hay presencia, la ejecución y trámite continúa su curso, mientras si son detectadas debe surtir el proceso de consulta previa.

Adicionalmente, es necesario e indispensable, que se establezca un Registro Único de Comunidades Étnicas Minoritarias, en el cual conste toda la información actualizada sobre las comunidades étnicas, en aras de identificar y garantizar de forma transparente y expedita el derecho fundamental a la consulta previa.

- Apertura del proceso y convocatoria[90]: Una vez se tenga la constancia que efectivamente hay comunidades asentadas territorialmente en el lugar de localización geográfica del proyecto, obra o actividad, o pueblos aledaños perjudicados directamente, se deberá dar inicio formal al proceso de consulta previa.

En tal supuesto, el ejecutor del proyecto, obra o actividad y la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior deberán convocar a las partes y terceros interesados para formar parte del proceso de consulta previa mediante una convocatoria pública que deberá incluir a las comunidades potencialmente afectadas o interesadas, a las autoridades ambientales[91] y territoriales, a los órganos de control como lo son la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la Nación o la Defensoría del Pueblo y a los demás terceros interesados.

Dicha convocatoria deberá contener una breve síntesis del proyecto o actividad a ejecutar con el fin de que los participantes tengan una noción precisa de qué será objeto de debate y discusión en la consulta previa. La convocatoria deberá también tener un cronograma en el cual se indicará, de manera general, cuáles serán los tiempos, espacios y plazos de los que dispondrán los participantes para inscribirse y participar en el proceso.

Para lo anterior, previo a iniciar el contacto con las comunidades concernidas, la Dirección de Consulta Previa podrá realizar una reunión de coordinación entre las distintas entidades públicas y organizaciones involucradas con el fin de determinar el plan de trabajo y de optimizar los recursos para la realización de la consulta. Se reitera lo dicho por la jurisprudencia constitucional desde sus inicios: las simples notificaciones, informaciones, reuniones o audiencias públicas, no agotan el requisito de consulta previa.

- Pre-consulta: Su finalidad es identificar las instancias de gobierno local y los

representantes de la comunidad, así como socializar el proyecto, y concertar la metodología de la consulta[92]. Una vez se surta la apertura y la inscripción de los interesados y se tenga plena certeza de quiénes participarán en el proceso de consulta previa, deberán facilitarse distintos espacios de discusión y dialogo abierto, como lo son los Talleres de Identificación y Análisis y Concertación de Medidas de Manejo[93] de los proyectos, obras o actividades y sus posibles impactos o repercusiones; los participantes podrán exponer sus argumentos, presentar afectaciones directas y esgrimir sus propuestas y contra propuestas con el fin de construir un acuerdo viable que satisfaga en mayor medida los intereses de cada uno de los participantes mediante un consenso fruto de una discusión democrática, participativa y deliberativa, tal cual lo ha señalado la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional en materia de consulta previa.

Esta etapa deberá surtirse en el plazo establecido en la convocatoria o en aquel que las partes consideren pertinente dependiendo de la complejidad o magnitud del proyecto, obra o actividad en cuestión, y finalizará con la elaboración de un preacuerdo que será fruto de la deliberación democrática heterogénea de los distintos involucrados.

Este preacuerdo contendrá los resultados del diálogo constructivo de buena fe, entre iguales en el cual se definirán las medidas de manejo a partir de los impactos identificados, se establecen las condiciones de ejecución de los proyectos, obras o actividades que se adelantarán en el espacio o área de influencia de los mismos y las obligaciones a cargo de cada una de las partes involucradas en el proceso. Finalmente, se puntualizan de manera preliminar los posibles acuerdos y compromisos.

- Consulta previa y protocolización: Una vez se obtenga un consenso de las obligaciones pactadas en el proceso de consulta previa, se suscribirá un preacuerdo. El mismo, deberá ser elaborado por escrito para que con la anuencia de las partes sea debidamente protocolizado, bajo la supervisión de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y los organismos de control. Los contenidos de este acuerdo serán vinculantes para las partes, y sus participantes deberán atenerse rigurosamente a lo pactado “pacta sunt servanda”[94], salvo que de común acuerdo y con el consentimiento de los obligados, decidan voluntariamente modificar sus términos y condiciones.

La protocolización le imprime formalidad y oficializa ante terceros y autoridades el acuerdo

de consulta previa suscrito; en esta fase deben quedar totalmente claras las responsabilidades, deberes y obligaciones de cada una de las partes. Además se deberá proceder a conformar un Comité de Seguimiento.

Los proyectos, obras o actividades con licenciamiento ambiental deberán ser protocolizados por la autoridad ambiental (Corporaciones Autónomas Regionales o ANLA). Los proyectos, obras o actividades que no identifiquen deterioro grave a los recursos naturales renovables, al medio ambiente, ni introduzcan modificaciones considerables o notorias al paisaje, deberán ser protocolizados por la Dirección de Consulta Previa.

Así mismo, sería aconsejable que las partes establezcan términos y garantías ante un eventual incumplimiento de las partes.

- Seguimiento al cumplimiento: La ejecución de los acuerdos y de las obligaciones contenidas en ellos se hará en los mismos términos pactados y en concordancia con los principios de buena fe y pacta sunt servanda.

Las partes podrán y deberán ejecutar las obligaciones que les corresponden con celeridad y eficiencia.

La ejecución y verificación de lo acordado se verificará mediante las actuaciones realizadas por el Comité de Seguimiento[95], que será liderado por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior. Dicho Comité, podrá requerir periódicamente a las entidades públicas y a los ejecutores del proyecto, obra o actividad, el cumplimiento de lo acordado. Además, podrá acudir a los organismos de control y promover acción de tutela en caso de presentarse un incumplimiento objetivo y recurrente que afecte la existencia de la comunidad étnica.

- Cierre del proceso de consulta previa: Una vez verificado el cumplimiento de lo pactado, se deberá realizar un acta de cierre del proceso de consulta previa por consenso recíproco.

En caso de incumplimiento a lo acordado por las partes, no podrá cerrarse el proceso de consulta previa por cuanto en esta etapa se realiza el último seguimiento al cumplimiento del acuerdo de consulta previa. Las partes podrán suscribir el acta una vez se verifique el

cumplimiento del 100% de lo pactado”.

59. En virtud de lo anterior, esta Corporación confirmará las decisiones del Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina que concedió el amparo del derecho fundamental a la consulta previa respecto del monumento “cañón de Morgan” y del proyecto “Museo Histórico de la Cultura Raizal”.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el 28 de septiembre de 2017 y por la Sección Segunda- Subsección A de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 22 de enero de 2018, las cuales ampararon el derecho a la consulta previa respecto del monumento “cañón de Morgan” y del proyecto “Museo Histórico de la Cultura Raizal”.

Segundo.- ORDENAR a la Gobernación Departamental que dentro del mes siguiente a la notificación de esta providencia inicie un proceso de consulta e información junto con los representantes del pueblo raizal de San Andrés, respecto de la reubicación del “cañón de Morgan”.

Tercero.- ORDENAR a la Gobernación Departamental que una vez se reinicie el proyecto de la implementación del Museo Histórico de la Cultura Raizal, este deberá ser consultado con la comunidad raizal de manera previa e inmediata.

Cuarto.- 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.

Notifíquese, cópiese, comuníquese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA T-308/18

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA-Se debió declarar improcedencia por cuanto no se evidencia una afectación directa a la comunidad raizal respecto del monumento “cañón Morgan” y del proyecto “Museo Histórico de la Cultura Raizal” (Salvamento de voto)

Magistrado Ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

En atención a la decisión adoptada por la Sala Octava de Revisión en el expediente mencionado en la referencia, presento Salvamento de Voto, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Comparto la conclusión sobre remodelación urbana generada por la peatonalización, la cual no evidencia afectación directa a los derechos de la comunidad raizal, y como lo expresa la providencia (f.j. 49), “el accionante no demostró que la obra de peatonalización fuera a

afectar directa y exclusivamente a la comunidad raizal”, y más adelante agrega que (f.j.50) “para la Corte, la construcción de la vía peatonal no afecta de manera directa al pueblo raizal pues este hecho no modifica la situación jurídica de la comunidad, así como tampoco interfiere con su identidad o cultura y finalmente es una medida general [...] Así las cosas, no es posible predicar una afectación directa de un sitio donde la comunidad no tiene un arraigo específico ni donde se afectan sus costumbres ancestrales. En suma, la consulta previa no procedía para la peatonalización de este tramo.”

Estas consideraciones son claras al concluir que la remodelación no tuvo afectación directa, y la providencia precisa (f.j.53) que “de las fotografías aportadas por el accionante en sede de revisión se evidencia que la obra de peatonalización se encuentra totalmente terminada, en buen estado y que el cañón de Morgan, como la estatua de Henry Morgan y los demás representantes de la cultura raizal se encuentran ubicados al frente del edificio “Leda”, también en buen estado”.

Con fundamento en estas consideraciones, no comparto la conclusión (f.j. 54) sobre la necesidad de realizar una “consulta e información sobre la obra realizada, aún después de la ejecución del proyecto, por haber sido perfeccionado sin consentimiento de la comunidad raizal afectada por haber sido perfeccionado sin consentimiento de la comunidad raizal afectada a fin de proteger su integridad física, cultural y espiritual, toda vez que al mover el cañón del lugar original, pudo haber afectación al pueblo raizal” toda vez que no se evidenció una afectación o interferencia a su “identidad o cultura y finalmente es una medida general” y el cañón permanece en el mismo corredor vial, el cual paso de ser vial a peatonal, solamente cambió su ubicación en algunos metros.

Por estas consideraciones, no se requiere de una consulta previa para la reparación o compensación de daños de una afectación indirecta con ocasión de la remoción momentánea del cañón de Morgan.

En cuanto al proyecto de Museo de la Cultura Raizal no comparto la protección de la consulta previa sobre el proyecto del Museo Histórico de la Cultura Raizal, considerando que no se ha evidenciado una amenaza, ya que el proyecto solamente fue incluido en el plan de desarrollo del ente territorial y el departamento de San Andrés realizó reuniones con la comunidad raizal para la socialización y (f.j. 55) “aún no se adelantan las etapas de diseño

por falta de recursos económicos”.

Por lo tanto, frente a las decisiones, no comparto la orden de realizar consulta previa, al no evidenciarse una afectación directa a la comunidad raizal, y deberían revocarse las órdenes de instancia.

Respetuosamente,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

[1] Cuaderno de primera instancia, folio 3.

[2] Ibídem.

[3] Ibídem.

[4] Ibídem.

[5] Cuaderno de primera instancia, folio 11.

[6] Cuaderno de primera instancia, folios 14 a 16. No se indicó la fecha en que la se dio contestación a la acción de tutela por parte de la Oficina Asesora Jurídica.

[7] Cuaderno de primera instancia, folio 16.

[8] Ibídem.

[9] Cuaderno de primera instancia, folio 37.

[10] Ibídem.

[11] Cuaderno de primera instancia, folio 42.

[12] El 30 de agosto de 2017, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina admitió la acción (cuaderno de segunda instancia, folio 3).

- [13] Cuaderno de segunda instancia, folios 65 a 68.
- [14] Cuaderno de segunda instancia, folio 51.
- [15] Cuaderno de segunda instancia, folios 118 a 121.
- [16] Cuaderno de segunda instancia, folio 121.
- [18] Cuaderno de segunda instancia, folios 128 a 154.
- [19] Cuaderno de segunda instancia, folios 170 a 172.
- [20] Cuaderno de segunda instancia, folios 174 y 175.
- [21] Ibídem.
- [22] Cuaderno de segunda instancia, folio 226.
- [23] Ibídem.
- [24] Cuaderno de segunda instancia, folio 227.
- [25] El primero con un total de 44 folios y el segundo con un total de 232.
- [26] Cuaderno de primera instancia, folio 8.
- [27] Cuaderno de primera instancia, folio 9.
- [28] Cuaderno de primera instancia, folio 21.
- [29] Cuaderno de primera instancia, folios 23 a 30.
- [30] Cuaderno de segunda instancia, folio 15.
- [31] Cuaderno de segunda instancia, folios 17 a 24.
- [32] Cuaderno de segunda instancia, folios 25 a 35.
- [33] Cuaderno de segunda instancia, folios 69 y 70.

[34] Cuaderno de segunda instancia, folios 98 a 100.

[35] Cuaderno de segunda instancia, folio 43.

[36] Cuaderno de segunda instancia, folios 111 a 114.

[37] Cuaderno de segunda instancia, folios 111 y 115 a 117.

[38] Cuaderno de segunda instancia, folios 125 a 127.

[39] Cuaderno de segunda instancia, folios 105 a 110 y 111. Video de la inspección judicial llevada a cabo el 26 de septiembre de 2017.

[40] Ibíden.

[41] Cuaderno de revisión, folios 29 a 32.

[42] Ibídem.

[43] Cuaderno de revisión, folios 33 a 38.

[44] Cuaderno de revisión, folios 40 y 41.

[45] Ibídem.

[46] “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el defensor del pueblo y los personeros municipales”.

[47] Ver sentencias T-313 de 2005, T-774 de 2010, T- 826 de 2012, T-268 de 2013, T-179 de 2015, T-244 de 2015, T-597 de 2015, T-690 de 2015 y T-691 de 2015, entre otras.

[48] Sentencia T-576 de 2014.

[49] Sentencia T-485 de 2015.

[50] Sentencia T-576 de 2014.

[51] Ibídem.

[52] Parágrafo. A, numeral 1, artículo. 6, Convenio 169 de 1989.

[53] “Artículo 19. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado. Artículo 38. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración.”

[54] http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

[55] Artículo 40. “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 1. Elegir y ser elegido. || 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática. || 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas. || 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley. || 5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas. || 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley. || 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse. || Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública”.

[56] Convenio 169. Artículo 6º. Numeral 2º. “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

[57] Artículo 5. “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de

dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; || d) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; || c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo”.

[59] Sentencias T-693 de 2011 y T-129 de 2011.

[60] Sentencias T-769 de 2009 y T-129 de 2011.

[61] Sentencia C-882 de 2011 y T-800 de 2014.

[62] Sentencia T-745 de 2010.

[63] Sentencia C-030 de 2008.

[64] Ibídem.

[65] Sentencia C-175 de 2009.

[66] Sentencias C-030 de 2008, C-175 de 2009, C-366 de 2011, C-196 de 2012 y C-317 de 2012.

[67] Sentencias C-030 de 2008, C-175 de 2009, C-702 de 2010, C-366 de 2011 y C-331 de 2012.

[68] Sentencia C-461 de 2008.

[69] Sentencias C-208 de 2007, T-907 de 2011, T-801 de 2012 y T-049 de 2013.

[70] Sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998, T-547 de 2010, T-745 de 2010, T-129 de 2011, T-693 de 2011, T-993 de 2012 y T-172 de 2013.

[71] Sentencia T-376 de 2012, se refirió a la afectación directa así: “(...)se concreta de diversas maneras: en primer término, debido a que la concesión inconsulta sobre la playa creó una amenaza cierta para el mínimo vital de algunos de sus miembros (concretamente,

los que vienen ejerciendo labores en la playa) pero también para la comunidad, considerada en su conjunto, debido a la presión que ejerció sobre el ejercicio de la pesca, como modo de vida y forma de producción esencial de los boquilleros.

(...) la afectación directa se concreta en la exclusión de la comunidad en la implantación de medidas destinadas al uso del espacio público y, lo que resulta más preocupante desde el punto de vista constitucional, la imposibilidad de defender sus prioridades en la elección de su destino, en virtud del principio de autodeterminación y el derecho de autonomía, con la consecuente desarticulación de la visión de las comunidades a la política pública del tránsito, asociada al turismo y el manejo de las playas”

[72] La Sala citará en su gran mayoría las consideraciones de la sentencia T-599 de 2016.

[73] Borrero García, Camilo. Derechos multiculturales (étnicos) en Colombia. Una dogmática ambivalente. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2014.

[74] Geografía económica del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. María Aguilera Díaz (citado).

[75] Los puritanos ingleses, quienes buscaban la pureza de su religión, una vida sencilla y austera, fundaron en (1629 -1641) una nueva colonia en el continente americano: San Andrés y Providencia. Luego de atravesar Bermuda, dominado por españoles “encontraron en San Andrés, una isla entonces deshabitada y productiva, condiciones agrarias de partida particularmente propicias (...)”. Con la fundación de una sociedad de desarrollo (“The Company of adventurers of the city of Westminster for the Plantation of the Islands Providencie or Catalina, Henrietta or Andrea and the adjacent islands lying upon the coast of America”), vinieron comerciantes interesados en el lucro y un número significativo de puritanos quienes, en tiempos de amenaza y persecución anglicanas en Inglaterra, querían hacerse a un refugio como pequeños agricultores muy lejos en los mares tropicales”. (Pg. 59, RC). Hacia 1635, la colonia se convirtió principalmente en base de piratería contra España y defensa de una colonia inglesa en américa central (Newton 1985; Aguilera, 2010).

[76] Reiterado en la SU-097 de 2017.

[77] “Los apellidos más comunes y sus orígenes en la historia de la colonización permiten ser reconstruidas hasta la fecha. A causa de la pequeñez y el número de pobladores relativamente limitado, uno se encuentra, como en diminutas comunas cerradas, con unos pocos apellidos, siempre repetidos. De esta manera, Francis Archbold se mudó en 1787 con su familia y algunos esclavos de Jamaica a Providencia ‘... era también capitán de la marina inglesa y negociaba con negros traídos de África, y de algunas islas del Caribe. Es el tronco ancestral de más de la mitad de los actuales habitantes de Providencia y de muchos de los de San Andrés’ (Petersen, 1989, p. 22; RC 66). En 1789 llegaron los progenitores de la familia O’Neill y pocos años después los fundadores de las familias Mitchell y Pomare. Ambos nombres son también derivados de originales franceses: Michelle y Pomier (ibíd., ibíd.)”.

[78] Sentencia T-599 de 2016.

[79] Sentencias C-030 de 2008, C-175 de 2009, C-371 de 2014, T-376/12 y T-766 de 2015.

[80] Sentencias T-698 de 2011, T-857 de 2014, T-005 de 2016.

[81] Según la sentencia T-857 de 2014, el concepto de territorio de las comunidades étnicas “no solamente se refiere a las áreas “tituladas, habitadas y explotadas por la comunidad”, sino también en las que tradicionalmente se desarrolla la vida social de la misma. En ese sentido, para efectos de establecer el derecho a la consulta previa, no basta con examinar de manera exclusiva que el grupo étnico tenga un asentamiento permanente en determinada ubicación geográfica, sino que el lugar resulte tener una verdadera vinculación con el desarrollo de actividades propias de su cosmovisión y de su identidad cultural.”

[83] De acuerdo con la respuesta del Secretario de Infraestructura de la Gobernación Departamental de San Andrés Islas. Cuaderno de revisión, folios 38 y 39.

[84] Cuaderno de primera instancia, folio 227.

[85] Cuaderno de revisión, folios 41 a 44.

[86] Cuaderno de segunda instancia, folio 25.

[87] Sentencia T-002 de 2017.

[88] Ver precedente sobre certificación de comunidades en Sentencias T-652 de 1998, SU 383 de 2003, T-880 de 2006, T-547 de 2010, T-693 de 2011, T-698 de 2011, T-693 de 2012, T-933 de 2012, T-172 de 2013, T-294 de 2014 y T-436 de 2016, T-704 de 2016, entre otras.

[89] Decreto 2613 de 2013: “Artículo 4. Certificación de presencia de comunidades étnicas. La Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior ejercerá la competencia exclusiva de certificación de presencia de

comunidades étnicas para efectos de celebración de consultas previas. El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER- suministrará oportunamente a la Dirección de Consulta Previa la información actualizada relativa a los resguardos legalmente constituidos, y en proceso de constitución, de comunidades indígenas y de títulos colectivos de comunidades negras. No obstante, el INCODER conservará la potestad de certificación en asuntos ajenos al ámbito de la consulta previa. La Dirección de Consulta Previa podrá solicitar a cualquier autoridad pública información necesaria para la expedición de la certificación de presencia de comunidades étnicas. Los requerimientos deberán responderse de manera expedita”.

[90] Decreto 2613 de 2013: “Artículo 10. Convocatorias. La Dirección de Consulta Previa es la autoridad encargada de realizar las convocatorias y de dirigir las reuniones de consulta previa. La Dirección de Consulta Previa dirigirá las reuniones del proceso de consulta, garantizará la participación de todos los sujetos involucrados y buscará, en lo posible, la suscripción de acuerdos entre las autoridades, los responsables del POA y las comunidades étnicas.

Si durante el desarrollo de la consulta surgen temas que requieren tratamiento especializado de una autoridad no convocada por la Dirección de Consulta Previa, esta podrá citarla para que intervenga en las discusiones.

No obstante, si los temas a que se refiere el inciso anterior son ajenos al objeto de la consulta, la Dirección podrá remitirlos a las autoridades competentes para que estas presten el apoyo correspondiente”.

[91] Decreto 2613 de 2013: “Artículo 11. Intervención de la autoridad ambiental competente en la consulta previa. La autoridad ambiental competente deberá participar en aquellas reuniones del proceso de consulta previa en que se prevea la identificación de impactos y medidas de manejo de aquellos proyectos para los que se deba expedir licencia ambiental”.

[92] C-461 de 2008. “...La manera en la que se habrá de realizar cada proceso de consulta previa, habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad: ‘el proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo’.”

[93] En estos talleres se deben hacer recorridos para identificar los impactos con base en sus usos y costumbres, también se deben conformar grupos focales para analizar e identificar los impactos de las comunidades, concertados con la comunidad, el ejecutor del proyecto o actividad y la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior. Permanentemente debe existir socialización respetuosa y retroalimentación interna a las comunidades de los resultados obtenidos en las reuniones de consulta previa.

[94] Locución latina que traduce “Lo pactado obliga”.

Consulta Previa, el ejecutor del proyecto, los organismos de control, autoridades ambientales y los representantes de las comunidades. El comité tendrá a su cargo la verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos en la consulta. Para estos efectos deberá reunirse periódicamente con la comunidad étnica consultada. Una vez el Comité de Seguimiento verifique el cumplimiento de los compromisos de la consulta, solicitará a la Dirección de Consulta Previa que convoque a las partes a la Reunión de Cierre de Consulta Previa”.