

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LA COMUNIDAD RAIZAL / REMOCIÓN DE MONUMENTO - Cañón de Morgan / CONSTRUCCIÓN DE MUSEO DE HISTORIA ÉTNICA / CRITERIO DE AFECTACIÓN DIRECTA

[Corresponde a la sala determinar si] ¿(...) el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina [vulneró] el derecho a la consulta previa de la comunidad raizal por haber proyectado y ejecutado (...) la remoción de un monumento y la construcción de un museo de historia étnica? (...) [E]l monumento al «Cañón de Morgan», que por más de 40 años ha permanecido en un mismo sitio en la isla de San Andrés, no puede considerarse un objeto más del mobiliario urbano del municipio, pues hace parte de la identidad de la comunidad raizal, en tanto ícono de la historia del territorio del Archipiélago que recuerda y representa los orígenes de sus habitantes. (...) En ese sentido, la Sala confirmará la decisión del a quo, al estimar 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. (...) [Respecto al Museo Histórico de la cultura raizal] (...) 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. (...) [L]a Sala (...) considera que en el presente caso la Administración, en cabeza de la Gobernación del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, amenaza el derecho fundamental a la consulta previa del pueblo raizal del mencionado archipiélago y, en consecuencia, confirmará la decisión del Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que concedió el amparo respecto de los proyectos «remoción del Cañón de Morgan» y «Museo Histórico de la cultura raizal».

FUENTE FORMAL: CONVENIO 169 DE LA OIT - ARTÍCULO 6 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 7 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 330 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 40 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 79

NOTA DE RELATORÍA: La Corte Constitucional se refirió a la consulta previa como un derecho fundamental, al respecto, consultar la sentencia SU-039 de 1997. Sobre la existencia de una afectación directa como requisito para la procedencia de la consulta previa, ver la sentencia T-698 de 2011.

PEATONALIZACIÓN DE VÍA NO VULNERA EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD RAIZAL / AUSENCIA DE AFECTACIÓN DIRECTA

[E]sta Sala considera 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 y, por lo tanto, comparte la decisión del a quo de no amparar el derecho a la consulta previa respecto de esta petición. (...) 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.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., veintidós (22) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 88001-23-33-000-2017-00077-01(AC)

Actor: REMIGIO BARKER

**Demandado: DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA Y OTROS**

Se decide la impugnación presentada por la parte accionada en contra de la sentencia del 28 de septiembre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

1. Antecedentes

1.1. La acción de tutela

El ciudadano Remigio Barker, en nombre propio y en el de la comunidad raizal de San Andrés y Providencia¹, promueve acción de tutela en contra del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con el fin de proteger sus derechos fundamentales a la consulta previa, debido proceso, libre determinación y territorio, los cuales considera vulnerados con ocasión del proyecto de renovación urbana de las avenidas Providencia y Américas y de la construcción de un museo histórico raizal en la isla de San Andrés.

1.1.1. Pretensiones

¹ Es necesario resaltar, que aunque el accionante se identifica como miembro de la mencionada comunidad, no aporta ninguna prueba de ello; es más, ni tan siquiera allega copia de su cédula de ciudadanía, lo cual, a pesar de que la acción constitucional es un mecanismo sumario, sencillo e informal, no le exime de ciertos requisitos mínimos de identificación para facilitar la labor del juez.

El accionante solicita la protección de sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se ordene a las accionadas: i) consultar los proyectos de peatonalización de las avenidas Providencia y Américas y la construcción del museo de historia raizal de conformidad con el Convenio 169 de la OIT; y, ii) conminar al gobernador del Departamento Archipiélago para que, en lo sucesivo, respete el derecho fundamental a la consulta previa del grupo étnico raizal.

1.1.2. Hechos de la solicitud

Los hechos que narra el accionante son, en síntesis, los siguientes:

1.1.2.1. Sin especificar fechas, indica que el gobierno departamental de San Andrés comenzó la peatonalización de la avenida Providencia con avenida Américas (en el centro de la isla), pero que omitió llevar a cabo el trámite de la consulta previa con la comunidad raizal.

1.1.2.2. Al respecto, señala que a los raizales les interesa saber hasta dónde se extenderá dicha vía peatonal, el impacto que tendrá sobre el transporte y, sobre todo, el destino de un monumento que por 40 años estuvo en una glorieta y fue removido por las obras.

1.1.2.3. Asimismo, aduce que en el plan de desarrollo de la Gobernación para los años 2016-2019 se proyectó la construcción de un museo de historia raizal, pero que, a pesar de que la obra tiene un impacto directo sobre la comunidad, tampoco fue consultada.

1.1.2.4. Por último, sostiene que de permitirse la ejecución de dichos proyectos sin el trámite de la consulta previa, se afectarían de manera directa los derechos a la identidad cultural y étnica, y a la autodeterminación y territorio de la comunidad raizal que dice representar.

1.1.3. Fundamentos jurídicos del accionante

Sostiene que la realización de las diferentes obras de infraestructura «en partes de San Andrés», afectan de manera directa a la comunidad raizal, tanto en su territorio como en su identidad cultural y étnica, por lo que considera inexcusable que se les consulte y se les dé la oportunidad de participar y tomar decisiones sobre dichos proyectos.

En concreto, el solicitante sostiene que el hecho de no haber consultado con el pueblo raizal de San Andrés el proyecto de peatonalización de la avenida Providencia con Américas y el futuro museo de historia: « (...) afecta los derechos fundamentales de las personas que conforman dicha comunidad [previstos] en la Constitución en los artículos 7 (territorio), 330 (autodeterminación), [y] 40 y 79 (participación social y comunitaria)».

1.1.4. La sentencia impugnada

Mediante fallo de 28 de septiembre 2017, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina amparó el derecho a la consulta previa de la comunidad raizal de San Andrés sobre la posible remoción del monumento «al cañón de Morgan y la implementación del museo histórico de la cultura raizal», pero negó las demás pretensiones de la tutela.

En ese sentido, en primer lugar, ordenó al Departamento Archipiélago y al Ministerio del Interior para que dentro de los 3 meses siguientes a la notificación de la providencia «realiza[ran] los ajustes y termi[naran] la elaboración del proyecto del museo histórico de la cultura raizal» y, en segundo lugar, ordenó que una vez terminado el anterior lapso, «inici[aran] el proceso de consulta previa con la comunidad (...) para concertar lo relacionado con el monumento del cañón de Morgan y la implementación del museo histórico (...)».

Finalmente, previno al gobernador del Departamento para que terminara la obra de rehabilitación, construcción y embellecimiento del espacio público de la avenida Providencia «tal como se tiene prevista, en el entendido [de] que el cañón de Morgan será motivo de consulta».

En síntesis, el fundamento de su decisión giró en torno a la importancia de las obras públicas sobre el desarrollo económico, social y cultural de los raizales,

considerando que, aunque los proyectos estuvieran destinados a la mejora de los espacios urbanos de la isla, esta no era una razón suficiente para desconocer la opinión de dicha comunidad, puesto que la propia Corte Constitucional, en la sentencia C-053 de 1999, había establecido que el territorio de los nativos no se limitaba a determinadas zonas, sino que lo constituían todas las islas, islotes y cayos del archipiélago.

1.1.5. La impugnación

i) Impugnación presentada por el accionante

Mediante escrito con fecha de 3 de octubre de 2017, el señor Remigio Barker impugnó la decisión del Tribunal, al considerar que había sido un error vincular al Ministerio del Interior al proceso, toda vez que «este tipo de consultas (...) son proyectos del orden local y (...) se llevan a cabo con presencia de la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo», y, además, porque en estos casos, los informes de la Oficina de Consulta Previa tienden a ser negativos.

Asimismo, insiste en la vulneración del derecho a la consulta previa respecto de la obra de peatonalización de las avenidas Providencia y Américas, y considera una muestra de «ignorancia total» la decisión del Tribunal sobre el derecho al territorio de los raizales, pues, a su juicio, este desconoce que la propia Corte Constitucional ha determinado que el Archipiélago es el «único departamento del país cuya totalidad de[l] territorio es étnico y por lo tanto no [se] puede hablar de área de influencia de un proyecto (...)».

ii) Impugnación presentada por el Ministerio del Interior

Por escrito del 2 de octubre de 2017, el director de la Oficina de Consulta Previa de la entidad, Jorge Eliecer González Pertuz, impugnó la decisión de primera instancia y solicitó revocar los numerales segundo, tercero y cuarto, al considerar inconsistentes los argumentos en que se basó el juzgador para desplegar el amparo.

En síntesis, señaló que la decisión del Tribunal no tuvo en cuenta la totalidad del acervo probatorio allegado al proceso, pues «carece de un análisis riguroso sobre la afectación que tiene las comunidades frente a los proyectos de remoción del Cañón de Morgan y el Museo de Histórico (sic) de la Cultura Raizal», además de aplicar jurisprudencia de la Corte Constitucional que «no se ajusta al (...) caso objeto de [estudio]». De igual manera, indicó que era necesario haber hecho un examen más profuso de la afectación de la comunidad en relación con ambas obras, pues, a su juicio, «no tienen incidencia verificable en la conformación de la identidad, ni resultan virtualmente nocivas, [como] tampoco [que vayan] a generar un menoscabo a su entorno cultural y en la integridad de su territorio (...)».

2. Consideraciones

2.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, en cuanto estipula que «Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente», esta Sala es competente para conocer de la impugnación interpuesta contra la sentencia del Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si modifica, confirma o revoca la sentencia del 28 de septiembre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a través de la cual se concedió parcialmente el amparo sobre el derecho a la consulta previa de la comunidad raizal de San Andrés respecto de la construcción de un museo de historia y la remoción de un monumento municipal. En ese sentido, la Sala deberá dar solución al siguiente problema jurídico:

¿Vulneró el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el derecho a la consulta previa de la comunidad raizal por haber

proyectado y ejecutado la peatonalización de una vía urbana, la remoción de un monumento y la construcción de un museo de historia étnica?

Para el efecto, la Sala considera necesario abordar el estudio de los siguientes temas: i) generalidades de la acción de tutela; ii) marco normativo y jurisprudencial: a) el alcance del derecho fundamental a la consulta previa a la luz de la jurisprudencia constitucional vigente, b) ámbito material de procedencia de la consulta previa: el concepto de afectación directa; iii) hechos probados; iv) análisis de la Sala; y, v) conclusión.

2.3. Generalidades de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como un mecanismo judicial para dar protección inmediata a los derechos fundamentales de los ciudadanos, en aquellos eventos en los cuales adviertan su amenaza o vulneración por la acción u omisión de cualquiera autoridad pública o la de los particulares en los casos que determine la ley.

En cuanto instrumento constitucional, la acción de tutela se caracteriza por tener un procedimiento preferente y sumario, mientras que su ejercicio es subsidiario ante la existencia de otros mecanismos judiciales de protección. Por ello, cuando el afectado tiene a su alcance alguna de las acciones ordinarias, eficaces para la protección de sus derechos fundamentales, y prescinde de ella para beneficiarse de las características del amparo, la acción de tutela se tornará improcedente.

Así lo previó el legislador al momento de desarrollar el ejercicio de la acción, por lo que en el numeral 1.º del artículo 6.º del Decreto 2591 de 1991 estableció expresamente como causal de improcedencia que «existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable». De igual manera, la jurisprudencia constitucional² ha insistido en que el juez de tutela debe analizar los asuntos observando estrictamente el carácter subsidiario y residual de la acción; es decir, que la acción de tutela únicamente deberá resultarle procedente

² Corte Constitucional, sentencias T-030 de 2015, T-871 de 1999, T-069 de 2001, T-1268 de 2005, T-972 de 2006, T-074 de 2009, T-954 de 2010, T-177 de 2011, T-595 de 2011, T-890 de 2011 y T-205 de 2012, entre muchas otras.

cuando dentro de los diversos medios legales existentes, ninguno de ellos se muestre idóneo para proteger objetivamente el derecho fundamental invocado.

Ahora bien, frente a lo anterior, dentro del citado precepto del Decreto 2591 de 1991 aparece una excepción y el amparo puede resultar procedente. Así, a pesar de que el afectado disponga de otros medios ordinarios de defensa (idóneos para la protección de su derecho), pero acude a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, podrá ejercerla con carácter preferente. Con una salvedad: que dicho perjuicio sea probado, al menos, sumariamente.³

En efecto, para que el amparo proceda excepcionalmente, cuando el accionante dispone de otros mecanismos jurídicos de defensa, es necesario que este pruebe la necesidad de la intervención del juez constitucional para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, dicha intervención será limitada, pues tendrá efectos hasta tanto el juez natural decida de fondo en el proceso ordinario. De no tenerse en cuenta estos parámetros, se desconocería el principio de subsidiariedad de la acción de tutela y el juez constitucional actuaría en contravía del sistema jurídico.

2.4. Marco normativo y jurisprudencial

a) Alcance del derecho fundamental a la consulta previa a la luz de la jurisprudencia constitucional vigente

La Corte Constitucional ha señalado que la Consulta Previa es un derecho fundamental, del cual son titulares los grupos étnicos del país y que a su vez hacen parte de las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas⁴.

Desde la jurisprudencia constitucional, este derecho se ha configurado como una manifestación de los principios constitucionales de pluralidad, participación, respeto a la diversidad étnica y cultural, y derecho al medio ambiente, de tal modo

³ Al respecto, ver entre otras la Sentencia T-440 de 2012.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997.

que la Corte se ha visto en la necesidad de establecer, a través de su jurisprudencia, criterios para limitar la explotación y exploración de los recursos naturales que pertenecen al Estado pero que son indispensables para la supervivencia de dichas comunidades.

En sentencia T-800 de 2014, la Corte Constitucional manifestó que la obligación estatal de consultar previamente a los grupos étnicos y afrodescendientes cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten, es expresión concreta del derecho a la libre determinación de estos pueblos, que, como grupo especialmente diferenciado, «deben poder decidir sobre las prioridades que influyen en sus procesos de desarrollo, de acuerdo con lo señalado por el Convenio 169 de la OIT y las normas de la Constitución Política que estructuran el bloque de constitucionalidad».

Ahora bien, en lo que concierne a la determinación de cuáles son las medidas que deben ser sometidas a consulta, la forma en que esta debe llevarse y sus finalidades, la Corte en la sentencia C-882 de 2011 indicó, respecto del alcance del derecho a la consulta previa, que esta resulta obligatoria «cuando las medidas que se adopten sean susceptibles de afectar específicamente a las comunidades atrás diferenciadas, por lo que en cada caso concreto resulta necesario distinguir dos niveles de afectación: **(i)** el que se deriva de las políticas y programas que de alguna forma les conciernen y **(ii) el que se desprende de las medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos directamente**». De lo anterior, se dedujo que existían varios escenarios ante los cuales existe el deber de consulta, a saber: « **(i)** Decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo: licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras, entre otros, **(ii)** Presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto nacional, **(iii)** Decisiones sobre la prestación del servicio de educación que afectan directamente a las comunidades, y **(iv)** Medidas legislativas.»

En este caso, tratándose de decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo, las que son atacadas por vía de tutela, es necesario ahondar en este tipo de medida, teniendo en cuenta lo señalado por la sentencia en comento:

Sobre la naturaleza de este tipo de decisiones a consultar, la jurisprudencia ha tenido una evolución importante. Parte importante de la jurisprudencia en la materia se ha concentrado en **medidas administrativas –especialmente licencias ambientales y contratos de obra o concesión- ligadas a proyectos de desarrollo que afectan directamente a las comunidades étnicas**, particularmente decisiones que permitan la explotación o el aprovechamiento de recursos naturales ubicados en sus territorios. Por ejemplo, en la **sentencia SU-039 de 1997**, la Corte tuteló el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad indígena Uwa, debido a que el Ministerio de Medio Ambiente había otorgado licencia ambiental a Occidental de Colombia Inc. para realizar actividades de explotación de hidrocarburos en áreas del resguardo de la comunidad, sin llevar a cabo un proceso previo de consulta. [Negrilla fuera del texto]

En cuanto a la finalidad del proceso de consulta y sus características, dicha sentencia concluyó:

Finalidad de la consulta

La Corte ha precisado que la consulta previa tiene la **finalidad** de **(i)** dotar a las comunidades de conocimiento pleno sobre los proyectos y decisiones que les conciernen directamente -como los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, así como los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; **(ii)** ilustrar a las comunidades sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares; **(iii)** brindar la oportunidad a las comunidades para que libremente y sin interferencias extrañas, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valoren conscientemente las ventajas

y desventajas del proyecto; sean oídas en relación con las inquietudes y pretensiones que tengan en lo que concierne a la defensa de sus intereses y puedan pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto.

Es por ello que en reciente jurisprudencia se ha resaltado que con la consulta previa se debe buscar el **consentimiento libre e informado** de las comunidades étnicas frente a las **medidas que puedan afectar directamente sus intereses**. Tal consentimiento es además indispensable cuando las medidas, entre otros casos extremos, “**(i)** impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; **(ii)** estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o **(iii)** representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros”. En estos casos, dada la gravedad de sus posibles consecuencias, el deber de las autoridades de llevar a cabo procesos de concertación con las comunidades étnicas se refuerza, sin que ello signifique en modo alguno que se dote a las comunidades de un poder de veto. [Negritas fuera del texto]

La Corte además ha precisado que la Consulta Previa es procedente siempre que se determine que exista una **afectación directa**, la cual debe entenderse como cualquier medida, acutación o política pública que altere el estatus de una comunidad protegida, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes o, por el contrario, le confiere beneficios.

Bajo estas circunstancias, es claro que las actividades objeto de consulta previa, de conformidad con la Corte Constitucional, son aquellos proyectos que constituyen medidas «susceptibles de afectar específicamente a las comunidades étnicas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos»⁵.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2008.

Adviértase que la consulta previa es, además, un proceso de concertación en el que deben discutirse los intereses del Estado frente a los intereses de grupos étnicamente constitucionalmente protegidos. En ese sentido la consulta previa se encuentra determinada por tres elementos inescindibles: (I) por el principio de la buena fe; a la vez, (II) debe ser informada; y (III) un medio para llegar a un acuerdo.

En relación al principio de la buena fe, este se encuentra contemplado como un criterio mínimo de la Consulta Previa, de conformidad con el artículo 6.º del Convenio 169 de la OIT, el cual establece que:

[L]as 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.

Ahora, el contenido del concepto de la buena fe ha sido tema de debate al interior de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, la cual ha señalado que «el concepto de la consulta a las comunidades indígenas [...] comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común»⁶. De lo que se trata, por tanto, es de establecer un clima de confianza entre las comunidades indígenas y el Estado para poder llevar a cabo un diálogo productivo.

En resumen, la Consulta Previa no debe considerarse como un simple procedimiento por el cual se negocian algunas decisiones ya tomadas sobre una medida específica al margen de las opiniones de las comunidades afectadas, sino como un verdadero mecanismo de consulta, participación y conciliación, cuyo propósito es el de lograr un acuerdo entre la Administración y los grupos protegidos.

⁶ Al respecto: <http://www.conflictosmineros.net/agregar-documento/estudios-e-informes/legislacion-y-derechos/bolivia/ceacr-observacion-individual-convenio-169-pueblos-indigena-y-tribales-1989-boliviapublicacion-2005/detail>

b) Ámbito material de procedencia de la consulta previa: el concepto de afectación directa

De acuerdo con el Convenio 169 de la OIT⁷ y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el ámbito material de aplicación de la consulta no se ciñe a determinados supuestos hipotéticos. Si bien los eventos explícitamente mencionados en la Constitución Política y en los documentos del Derecho Internacional deben considerarse relevantes, «estos no agotan la obligación estatal, pues el concepto clave para analizar la procedencia de la consulta previa es el de **afectación directa**».⁸

Ahora, si bien dicha expresión puede dar lugar a distintas interpretaciones por su amplia e indeterminada concepción, la Corte Constitucional ha hecho un grande esfuerzo con el fin de desarrollar un conjunto de estándares que permiten evaluar al operador jurídico si una medida, norma o proyecto, afecta directamente a los pueblos indígenas.

En efecto, la Corte ha considerado como elementales, para la determinación del concepto de afectación directa, las siguientes pautas: (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) se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados.⁹

⁷ **El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo** sobre pueblos indígenas y tribales, también conocido como Convención 169 de la OIT o Convenio 169 de la OIT, es una convención adoptada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1989. El Convenio establece para los Estados parte el deber de consultar las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos originarios, estableciendo procedimientos apropiados de consulta a los pueblos interesados, de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

⁸ Corte Constitucional, sentencia SU097 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

⁹ Sentencias C-030 de 2008 (MP. Rodrigo Escobar Gil), C-175 de 2009 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Cristina Pardo Schlesinger. SPV. Humberto Antonio Sierra Porto y Nilson Pinilla Pinilla), C-371 de 2014 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. AV. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva, T-376/12 y T-766 de 2015 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Gloria Ortiz Delgado).

De acuerdo con lo anterior, a pesar de que dichos criterios son de apreciación y, por tanto, no cierran de manera definitiva la vaguedad del concepto de afectación directa, sirven para mantener la importancia de una evaluación caso por caso sobre la obligatoriedad de la medida y constituyen una orientación suficiente para el desempeño de esa tarea, en términos acordes con los principios de razonabilidad y proporcionalidad en el marco de la jurisprudencia constitucional.

2.5. Hechos probados

2.5.1. Mediante el Decreto 0354 de 20 de diciembre de 2007, el gobierno departamental del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina adoptó el Plan Vial y de Transporte para la isla de San Andrés, cuyo principal objetivo era mejorar la circulación insular e incentivar el uso de medios alternativos de transporte.¹⁰

2.5.2. Dentro de las medidas adoptadas por el Plan Vial y de Transporte, la «rehabilitación, construcción y embellecimiento del espacio público de un tramo de la Avenida Providencia para uso y tránsito peatonal» era una prioridad. Por ello, una vez surtido el trámite licitatorio, el gobernador departamental, mediante Resolución 04379 de 13 de octubre de 2016, adjudicó la obra a la firma Bent González.¹¹ Posteriormente, a través del Acta 1561 de 2016 se dio inicio a las obras.¹²

2.5.3. El 19 y 20 de mayo de 2016, la gobernación del Departamento - Archipiélago y la Autoridad Raizal de San Andrés, Providencia y Santa Catalina firmaron el «Acta de Protocolización de Acuerdos con el Pueblo Raizal y el Gobierno Departamental (...)», donde acordaron, entre otros puntos «la implementación del Museo Histórico de la cultura propia del pueblo Raizal».¹³

2.5.4. Por Oficio número 564 de 23 de febrero de 2017, la coordinadora de la organización raizal «The Convergence of Raizal Organizations and People of San Andrés, Providence and Santa Catalina», solicitó al gobernador del departamento

¹⁰ Folios 57 al 59 del expediente de tutela

¹¹ Folios 83 al 85 ibídem

¹² Folio 88 ibídem.

¹³ Folios 23 al 30 del cuaderno de 1º instancia.

la socialización de los proyectos de peatonalización «de la avenida», del parque Hospital Timothy Britton y el presupuesto para el año 2017.¹⁴

2.5.5. El 23 de febrero de 2017, el gobernador del Archipiélago, Ronald Housni Jaller, contestó al anterior requerimiento y le informó a la peticionaria que «no había ningún proyecto de peatonalización de la Avenida de las Américas», y que en el antiguo lote del Hospital se iba a construir un Museo Histórico de la cultura Raizal «el cual fue pactado con el pueblo raizal durante la jornada de consulta previa del Plan de Desarrollo “Los que Soñamos Somos Más”». ¹⁵

2.5.6. Entre el 15 de mayo y el 30 de junio de 2017, la trabajadora social del Departamento, designada para el seguimiento de las actas de vecindad, informó que la satisfacción de los comerciantes directamente afectados por la obra era del 50%, la cual podría mejorar si tuvieran mayor información sobre el impacto positivo que traería la peatonalización una vez terminada.¹⁶

2.5.7. En agosto de 2017, el secretario de Infraestructura del Departamento, Alejandro Lozano Bowie, al rendir informe sobre el cumplimiento del fallo de tutela de primera instancia, indicó que el Cañón de Morgan, una de las preocupaciones del accionante, iba a ser reubicado en la misma zona de donde fue removido, pero en un lugar con mayor visibilidad.¹⁷

3. Análisis de la Sala

En el presente asunto, el señor Remigio Barker, en calidad de miembro de la comunidad raizal de la isla de San Andrés, reclama la protección de su derecho fundamental a la consulta previa, arguyendo que no fue tenida en cuenta por la Administración departamental para la socialización de los proyectos de peatonalización de la avenida Providencia con Américas y el futuro museo histórico de la cultura raizal, los cuales considera de vital importancia para el pleno goce de sus derechos al territorio, autodeterminación y participación social y comunitaria. En ese sentido, pretende que se ordene a la Gobernación del Departamento consultar dichos proyectos de conformidad con el Convenio 169 de

¹⁴ Folio 8 ibídem.

¹⁵ Folio 9 ibídem.

¹⁶ Folios 25 al 35 del expediente de tutela.

¹⁷ Folio 17 ibídem.

la OIT¹⁸, respetando en lo sucesivo el derecho fundamental a la consulta previa del grupo étnico raizal.

El Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante sentencia de 28 de septiembre de 2017, amparó el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad étnica raizal de la isla de San Andrés. En función de ello, ordenó una serie de medidas tendientes a evitar una posible conculcación del derecho derivada de la construcción y desarrollo del museo de historia raizal y del traslado del monumento «Cañón de Morgan». No obstante, negó el amparo respecto de la peatonalización del tramo de vía en la avenida Providencia.

Inconformes con la anterior decisión, el accionante y el vinculado Ministerio del Interior impugnaron el fallo. La parte actora insistió en la vulneración del derecho a la consulta previa respecto de la obra de peatonalización de las avenidas Providencia y Américas, y considera una muestra de «ignorancia total» la decisión del Tribunal sobre el derecho al territorio de los raizales, pues, en su criterio, este desconoce que el Archipiélago es el «único departamento del país cuya totalidad de[l] territorio es étnico y por lo tanto no [se] puede hablar de área de influencia de un proyecto (...)». Por su parte, el Ministerio del Interior alegó que es necesario hacer un examen más profuso de la afectación de la comunidad en relación con las obras, pues, a su juicio, «no tienen incidencia verificable en la conformación de la identidad, ni resultan virtualmente nocivas, [como] tampoco [que vayan] a generar un menoscabo a su entorno cultural y en la integridad de su territorio (...)».

Pues bien, como se indicó en el apartado correspondiente, el problema jurídico en el presente caso radica en determinar si la Administración departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina estaba en la obligación de dar trámite a la consulta previa para la proyección y ejecución de las obras municipales de San Andrés, consistentes en la peatonalización de un tramo de la avenida Providencia, la remoción del monumento «Cañón de Morgan» y la construcción del futuro museo de historia raizal. Para ello, al igual que lo hiciera el *a quo*, la Sala, con base en las pruebas aportadas al proceso y la actual jurisprudencia constitucional, deberá establecer la procedencia de la consulta según el grado de afectación (directa) de las obras sobre la comunidad raizal de la isla.

¹⁸ Óp. cit.

3.1. Reglas jurídicas de procedencia de la consulta previa

En reciente jurisprudencia, la Corte Constitucional se ha referido a las reglas jurídicas de procedencia de la consulta previa, determinando los eventos en los cuales resulta obligatoria. Así, en la sentencia T-698 de 2011, al estudiar la acción de tutela presentada por el Resguardo Indígena Cañamomo Lomapieta en contra de la Secretaria de Planeación del municipio de Riosucio (Caldas), porque esta había concedido una licencia de construcción en un predio que, a pesar de ser privado, también era territorio ancestral de la Comunidad, la Corte reiteró la regla constitucional de la **afectación directa** a comunidades étnicamente diferenciadas, como **criterio determinante para establecer la obligatoriedad o no de la consulta previa**. Además, sostuvo que el título de propiedad privada del predio no era lo esencial para que la consulta previa resultara obligatoria, pues el criterio esencialmente determinante para identificar la procedencia de la consulta previa «es la afectación directa a la comunidad étnicamente diferenciada en su hábitat natural».¹⁹

En resumen, lo relevante de esta sentencia es que para la Corte la procedencia de la consulta previa depende del criterio de la afectación directa, según el cual no toda medida administrativa o legislativa genera el deber de realizar la consulta previa, sino solo aquellas actividades, obras o proyectos que tengan capacidad de afectar directamente a la comunidad en lo social, en lo económico, en lo cultural y en lo ambiental, mediante la modificación de su estatus jurídico como sujeto constitucionalmente protegido.

Otro ejemplo que aclara el alcance jurídico de la consulta previa es la sentencia T-348 de 2012. En esa ocasión, la Corte resolvió el conflicto iniciado por la Asociación de Pescadores de las Playas de Comfenalco en contra del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, el Consorcio Vía al Mar, el Ministerio de Ambiente y de Desarrollo, el Instituto Nacional de Concesiones y el Instituto Nacional de Vías, por cuanto no se les garantizó la consulta previa en el proyecto «Anillo Vial – Malecón del Barrio Crespo».

La Corte se planteó estudiar si el Consorcio Vía al Mar y las demás entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales de la comunidad pesquera,

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-698 de 2011.

al omitir garantizarle un espacio de participación y concertación previo a la construcción del mentado proyecto. En ese sentido, respecto del alcance de la consulta previa y su fundamento, argumentó lo siguiente:

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

[...]

Comprende la facultad de comunidades étnicas de determinar sus propias instituciones y estructuras, conservar sus normas, costumbres y visión del mundo y opción de desarrollo y proyecto de vida y adoptar las decisiones que se muestren más acordes con su cosmovisión y la protección de sus objetivos. Lo anterior tiene específicamente tres aristas: a) el derecho a participar de cualquier decisión que pueda afectarles directa o indirectamente, prerrogativa que se manifiesta en el derecho a la consulta previa y respecto al derecho general de participación; b) la participación en las decisiones políticas; y c) el derecho al autogobierno de las autoridades étnicas.

Sin embargo, a pesar de reconocer que a la Asociación debía consultársele como organización posiblemente afectada en sus actividades económicas y en su mínimo vital, la Corte no tuteló el derecho fundamental a la consulta previa, por cuanto «no e[ra] aplicable, en razón de que no se esta[ba] ante un grupo culturalmente diferenciado titular de este derecho especial de participación, como [lo] son los indígenas y [los] afrodescendientes».

Ahora bien, respecto de los ámbitos de participación, la Corte distinguió tres: (i) el de **simple participación**, (ii) el dado por el **ámbito de participación por afectación directa** a los derechos del grupo étnico diferenciado y, (iii) el **ámbito**

de la participación directa e intensa de grupos con las anteriores condiciones.

En ese orden, cuando la medida legislativa o administrativa afecta directamente a grupos culturalmente diferenciados, debe realizarse el procedimiento de consulta previa antes de implementar cualquier medida legislativa y administrativa. Si la afectación es directa, pero además es intensa en la medida en que toca con las condiciones esenciales del grupo, debe obtenerse el consentimiento de la comunidad o de las comunidades para poder expedir la medida administrativa. Pero **si la afectación es indirecta**, deben brindarse espacios de participación a las comunidades en las decisiones que les puedan interesar «al menos en condiciones de igual naturaleza a los que tiene el resto de la población a disposición».

3.2. Aplicación de las reglas para la procedencia de la consulta previa

Analizado el caso *sublite*, una vez estudiado el acervo probatorio obrante en el proceso, y en aplicación de la jurisprudencia anteriormente relacionada, la Sala, respecto de las tres obras objeto del debate constitucional de la consulta previa, llega a las siguientes conclusiones:

a) De la peatonalización de la avenida Providencia en la isla de San Andrés

De acuerdo con las pruebas arrimadas al proceso por las partes, y aquellas decretadas por el tribunal en la primera instancia²⁰, esta Sala considera 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 y, por lo tanto, comparte la decisión del *a quo* de no amparar el derecho a la consulta previa respecto de esta petición.

En efecto, tal como lo manifestó el Tribunal, el hecho de que la obra vial llevara una ejecución cercana al 80% al momento de la interposición de la acción de tutela, y de que su impacto, si bien notorio para los residentes y comerciantes de la zona, no repercutía de forma directa en los aspectos social, económico, cultural

²⁰ Consúltense los testimonios obrantes en los folios 111 a 114, 115 a 117 y el informe del Departamento visible a folios 125 a 127 del expediente de tutela.

y ambiental de la comunidad raizal accionante, hace que se torne improcedente la consulta previa como requisito para la ejecución del proyecto.

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.

b) De la remoción del monumento «Cañón de Morgan»

Como lo expresara de manera amplia y documentada el Tribunal Administrativo de San Andrés, el monumento al «Cañón de Morgan», que por más de 40 años ha permanecido en un mismo sitio en la isla de San Andrés, no puede considerarse un objeto más del mobiliario urbano del municipio, pues hace parte de la identidad de la comunidad raizal, en tanto ícono de la historia del territorio del Archipiélago que recuerda y representa los orígenes de sus habitantes. Por ello, es preciso 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.

En ese sentido, la Sala confirmará la decisión del *a quo*, al estimar 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.

c) Sobre el museo histórico de la cultura raizal

En relación con este proyecto en ciernes, la Sala no puede apartarse del preciso y esmerado análisis llevado a cabo por el *a quo*, y desde ahora anticipa que confirmará el amparo, a pesar de las razones expuestas por el Ministerio del Interior en su impugnación.

En efecto, si bien el Ministerio alega que el proyecto del Museo Histórico de la

cultura raizal «no implica una afectación o intromisión a su calidad de vida [porque] los isleños son titulares de los principios constitucionales de transporte, libre circulación, seguridad, priorización peatonal (...)»²¹, lo cierto es que tal apreciación carece de fundamento jurídico para determinar la procedencia o no de la consulta previa en este escenario.

Para la Sala, a pesar de que en el proceso no se encuentra suficiente información sobre el proyecto del Museo Histórico de la cultura raizal (lo único que se acredita es un acuerdo entre las partes para implementar en la isla de San Andrés el museo²²), 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.

4. Conclusión

A partir de las anteriores consideraciones, la Sala, de conformidad con el acervo probatorio obrante dentro del proceso, y de la jurisprudencia que sobre la consulta previa ha proferido la Corte Constitucional, considera que en el presente caso la Administración, en cabeza de la Gobernación del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, amenaza el derecho fundamental a la consulta previa del pueblo raizal del mencionado archipiélago y, en consecuencia, confirmará la decisión del Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que concedió el amparo respecto de los proyectos «remoción del Cañón de Morgan» y «Museo Histórico de la cultura raizal».

En mérito de lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por la autoridad que la ley le confiere,

Falla:

²¹ Ver reverso del folio 180 del expediente de tutela.

²² Ver el «Acta de protocolización de acuerdo» entre el pueblo raizal y el Gobierno Departamental, obrante a folios 23 a 30 del cuaderno de primera instancia.

CONFIRMAR el fallo de tutela de 28 de septiembre de 2017, proferido por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión llevada a cabo en la fecha *ut supra*.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS