

Auto 260/14

Referencia: Solicitud de nulidad de la Sentencia T-376 de 2012. Expediente T-3331151.

Acción de tutela presentada por Jovannys Pardo Castro contra la Dirección General Marítima de la Capitanía de Puerto de Cartagena (Dimar), con vinculación los Consejos Comunitarios de la Comunidad Negra de Unidad Comunera del Gobierno Rural de La Boquilla, Localidad de la Virgen y Turística del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena (en adelante, Comunidad de La Boquilla).

Magistrada Ponente
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil catorce (2014)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en uso de sus facultades constitucionales y legales, procede a resolver la solicitud de nulidad de la sentencia T-376 de 2012, proferida por la Sala Primera de Revisión.

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito radicado en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 5 de diciembre de 2012, la empresa Inversiones Talamare SAS, actuando a través de apoderado judicial, solicitó la declaratoria de nulidad de la sentencia T-376 de 2012. A continuación se exponen el contenido de la sentencia citada y los argumentos en los que se funda la solicitud de la referencia.

La sentencia T-376 de 2012

1. En la sentencia T-376 de 2012, la Sala Primera de Revisión se pronunció sobre la violación al derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad Negra de La Boquilla, derivada de la entrega en concesión de un área de playa de 8194 mts² en el sector de Cielo Mar, corregimiento de La

Boquilla (Cartagena DT)¹, efectuada por la Dimar a Inversiones Talamare S.A.S., mediante Resolución 0497 de veinticuatro (24) de noviembre de dos mil nueve (2009).

La acción de tutela fue presentada por una ciudadana, perteneciente a la comunidad, que ejercía el oficio de '*carpera*' en el sector de playa concesionado, desde hacía 15 años, al igual que otros miembros de la comunidad negra de La Boquilla. En su concepto, la concesión otorgada violaba su derecho fundamental al debido proceso y el principio de constitucional de confianza legítima; así como el derecho a la consulta previa de su comunidad.

Desde la primera instancia, se vincularon al trámite de tutela la sociedad Inversiones Talamare SAS (Hotel Las Américas), beneficiaria de la concesión y la Comunidad Negra de La Boquilla, a través de su representante legal, quien ratificó el interés de la comunidad en acudir al amparo constitucional de su derecho a la consulta previa. A su juicio, la concesión afectaba directamente a la comunidad, pues no solo impedía el ejercicio de labores relacionadas con la prestación de servicios turísticos como lo indicó la señora Jovannys Pardo Castro, sino que además restringió la libertad de locomoción de los habitantes del sector, obstaculizó el ejercicio de las faenas de pesca debido y de prácticas culturales de la comunidad.

La Dimar, por su parte, argumentó que la concesión se tramitó por los cauces legales, con respeto por el debido proceso, basándose en certificaciones sobre la inexistencia de comunidades étnicas en la zona concesionada, y añadió que los miembros de La Boquilla únicamente iniciaron su oposición tras conocer la existencia de la concesión, sin haberse hecho presentes en los momentos previstos en el trámite administrativo para el efecto.

Inversiones Talamare, finalmente, señaló que no violó ningún derecho fundamental. Añadió que se limitó a aprovechar de manera legítima el área concesionada dentro de los límites previstos en la resolución administrativa correspondiente y que nunca ha impedido el uso de la playa a los miembros de la Comunidad Negra de La Boquilla. Puntualizó, finalmente, que ninguna comunidad étnica puede alegar un derecho de propiedad sobre las playas por tratarse de bienes de uso público y, por lo tanto, tampoco pueden reivindicarse como titulares del derecho a la consulta previa por el manejo que den las autoridades a las playas.

¹ La demanda fue presentada por una ciudadana que se identificaba como miembro de la comunidad de La Boquilla, y dirigida exclusivamente contra la Dirección Marítima de Cartagena (Dimar). Sin embargo, desde la primera instancia el juez constitucional competente decidió (i) solicitar al Representante de la Comunidad Negra informar su posición sobre el litigio y, de considerarlo pertinente, ratificar la solicitud de amparo; y (ii) vincular a Sociedades Talamare SAS (Hotel La Américas).

La tutela fue concedida en primera instancia, y revocada en segunda, y el asunto fue escogido para su revisión por parte de la Corte Constitucional, dando origen a la sentencia T-376 de 2012, ahora cuestionada en sede de nulidad.

En los fundamentos de esa sentencia, la Sala Primera de Revisión efectuó una amplia reiteración de jurisprudencia sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa, y posteriormente, recordó un conjunto de decisiones en que la Corte Constitucional ha ordenado a la administración pública adoptar medidas para proteger a las comunidades y personas vulnerables de la población que puedan verse afectados por las políticas públicas atinentes al ordenamiento territorial y los planes de desarrollo urbano. Los fundamentos de la consulta previa y sus fines constitucionales fueron descritos mediante jurisprudencia reiterada, en los siguientes términos:

“Fundamentos normativos del derecho fundamental a la consulta previa.

1. Los pueblos indígenas y las comunidades negras, afrodescendientes o afrocolombianas² son titulares de derechos

² En relación con el uso de los etnónimos (nombres de grupos étnicos) “afrocolombiano”, “afrocolombiana”, “afrodescendiente”, “negro” o “negra”, la Sala toma en cuenta, al utilizarlos como adjetivos calificativos de comunidades étnicamente diversas, el hecho de que las distintas denominaciones han sido utilizadas en las reivindicaciones de los pueblos titulares de tales derechos diferenciados en Colombia. Así, el término *afrodescendientes*, que es el de mayor aceptación, o uso recurrente en el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente desde la proclamación de la Declaración de Durban, toma como referencia la línea de descendencia con personas esclavizadas y víctimas de la trata en época de la colonia; la palabra *afrocolombiano*, por su parte, mezcla ese aspecto con la identidad nacional, en tanto que la palabra *negra*, es usada por algunas comunidades, líderes y organizaciones en Colombia, precisamente, como criterio de auto identificación, de acuerdo con el análisis que sobre los censos efectuó el autor, aclarando que el vocablo posee también actualmente implicaciones reivindicatorias, según se explicará, a continuación. Así, el antropólogo Jaime Arocha explica cómo la denominación y especialmente el auto reconocimiento de las comunidades étnicas ha sido un elemento que ha generado diversas discusiones entre los titulares de los derechos, evidenciados en las preguntas que se estructuran al realizar censos con el propósito de orientar las políticas públicas asociadas a la realización de sus derechos. Explica el autor cómo el proceso de auto identificación (aspecto relevante para establecer la titularidad de los derechos de los grupos étnicos) es complejo, debido a situaciones históricas como (i) la pérdida del nombre de pila en época de la conquista y la colonia, seguida de su reemplazo por una mezcla entre la denominación del lugar de nacimiento y un nombre o apellido de origen español (por ejemplo, los nombres María Carabalí o Juan Congo); la posterior utilización de la palabra *negra* o *negro* para designar las personas víctimas de la trata en la época, y la reciente concientización de las comunidades sobre los etnónimos *afrodescendiente* y *afrocolombiano*, a partir del trabajo de algunas organizaciones de base y de incidencia política. Indica también el citado autor cómo los apelativos *zambo*, *mulato* y otros semejantes aluden a un criterio de pureza de la raza, siendo no sólo erróneos científicamente sino jurídicamente especialmente discriminatorios, mientras que, por el contrario, etnónimos de gran valor para las reivindicaciones de las comunidades como *libres*, utilizado en el Cauca, no han tenido eco en las instituciones jurídicas. En síntesis, es posible concluir del estudio que los etnónimos “afrocolombiana”, “afrodescendiente”, “negro” y “negra”, son de uso frecuente por las comunidades, haciendo parte los primeros de un reciente proceso de articulación de las exigencias jurídicas de las comunidades a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; y los dos últimos porque, a pesar de que inicialmente hacían alusión directa al comercio de personas hacia América, actualmente son usados por las comunidades, bien sea como criterio de auto reconocimiento; bien sea como una forma de recordar la lucha contra la discriminación histórica. || A su turno, las expresiones “*palenqueras*”, para aquellas comunidades que escaparon durante la colonia y organizaron parte de la resistencia más recia a la dominación y que actualmente se ubican principalmente en Cartagena y “*raizales*”, la cual hace referencia a los habitantes del

fundamentales y sujetos de especial protección constitucional. Desde la sentencia T-380 de 1993³ la Corte Constitucional señaló que el reconocimiento de sus derechos es imprescindible para garantizar la supervivencia de grupos humanos poseedores de una cultura diferente a la mayoritaria y que se encuentran en situación de vulnerabilidad desde el punto de vista constitucional, debido, entre otras razones, a (i) la existencia de patrones históricos de discriminación que les impiden el pleno ejercicio de sus derechos y su cultura; (ii) la presión ejercida sobre sus territorios, su forma de ver el mundo, su organización social, sus modos de producción y su concepción sobre el desarrollo, originada en la explotación de los recursos naturales y la formulación de proyectos de desarrollo de diversa naturaleza en sus territorios ancestrales; (iii) el grave impacto que el conflicto armado ha generado en su modo de vida, reflejado en desplazamiento forzado y afectaciones de especial gravedad a sus territorios ancestrales, usados como corredores estratégicos o escenarios directos del conflicto; y (iv) la marginación económica, política, geográfica y social que, por regla general, enfrentan como grupos minoritarios.⁴

2. Los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes constituyen además, concreción de diversos mandatos, principios y valores constitucionales, entre los que cabe destacar: la concepción de la democracia acogida por el Constituyente, a la vez participativa y pluralista, visión que reivindica la coexistencia de diversas formas de ver el mundo y propicia la activa intervención de todas las culturas para la construcción del Estado (artículos 1º y 2º, CP); el principio de igualdad que, de una parte, se concreta en el carácter general de la ley y la prohibición de discriminación⁵; y, de otra, ordena la adopción de medidas especiales, de carácter favorable, frente a

Departamento de San Andrés y Providencia, quienes comparten un origen diverso caracterizado a muy grandes rasgos por su ascendencia primordialmente europea, la lengua *creole* y una orientación religiosa predominantemente bautista, son etnónimos que han logrado establecerse como parámetros de un de auto identificación por parte de los pobladores de las islas, así como de un amplio reconocimiento jurídico. || Con esas precisiones en mente y especialmente respetando los criterios de auto reconocimiento y el significado político y jurídico que las comunidades étnicas y el cuerpo de protección de los derechos humanos les han otorgado a tales expresiones, la Sala utilizará indistintamente las expresiones *comunidad negra*, *comunidad afrodescendiente* y *comunidad afrocolombiana*. (Publicado en la compilación Dossier Colombia. Revista Observatorio Latinoamericano, Número 5. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. 2010).

³ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴ Al respecto, ver sentencias T-282 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), Autos 004 y 005 de 2009 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

⁵ Los derechos de los pueblos indígenas tocan diversas esferas del principio de igualdad: así, los mandatos de igualdad formal e igualdad de derechos para toda la población, propios del inciso primero del artículo 13; la igualdad material, en atención a los diversos factores de vulnerabilidad que enfrentan los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes (13.2 y 13.3), el respeto por la igualdad en las diferencias, derivado de los principios de diversidad cultural e igualdad entre culturas (arts. 7º y 70 CP).

grupos vulnerables o personas en condición de debilidad manifiesta (artículo 13 CP); la diversidad étnica (artículo 7º CP) que prescribe el respeto y conservación de las diferencias culturales como elemento constitutivo de la Nación; el principio de igualdad de culturas (artículo 70 CP) que prohíbe imponer las formas de vida mayoritarias como las únicas válidas o como opciones prevalentes sobre la visión del mundo de los pueblos originarios, y diversos compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁶

3. Un elemento imprescindible para una adecuada interpretación y aplicación de las normas y principios asociados a la protección, respeto y garantía de los derechos de las comunidades cultural o étnicamente diversas, es el enfoque de *diversidad y autonomía* planteado por la comunidad internacional desde la aprobación del Convenio 169 de 1989⁷ de la OIT. Ese enfoque, en síntesis, plantea que las culturas indígenas o afrodescendientes⁸ poseen vocación de permanencia y que los Estados deben respetar al máximo su derecho a definir sus prioridades y asuntos propios, como manifestación del principio de autodeterminación de los pueblos.⁹

⁶ En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, debe destacarse (i) el Convenio 169 de la OIT, instrumento incorporado al bloque de constitucionalidad por remisión del artículo 93 (inciso 1º) de la Constitución Política; (ii) la interpretación de las obligaciones estatales en relación con los pueblos indígenas, en materia de consulta previa, a partir de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete autorizada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y (iii) la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, donde se recoge la visión actual de la comunidad internacional sobre el alcance mínimo de los derechos de los pueblos indígenas. Como herramientas relevantes para la interpretación del derecho a la consulta previa, la Sala tomará también en consideración (iv) los informes de la Relatoría de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, (v) la Guía de Aplicación del Convenio 169 de la OIT, y el reciente informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre territorios indígenas, como doctrina autorizada: “*Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*” (2010) Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 diciembre 2009

⁷ Al respecto, en la sentencia C-461 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. S.V. Jaime Araújo Rentería) expresó la Corte: “4.3. *Es importante precisar en esta oportunidad que los grupos étnicos titulares del derecho a la consulta previa cobijan, en Colombia, tanto a los grupos indígenas como a las comunidades afrodescendientes constituidas como tal bajo el régimen legal que les es propio. Las comunidades negras son grupos étnicos titulares de los derechos constitucionales fundamentales a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, al uso, conservación y administración de sus recursos naturales, y a la realización de la consulta previa en caso de medidas que les afecten directa y específicamente.*” Ver también, sentencia T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), Auto 005 de 2009 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

⁸ El Convenio 169 de la OIT hace referencia a “pueblos tribales en países independientes”. En el contexto colombiano, sus normas cobijan a las comunidades negras y los pueblos indígenas, considerados como grupos étnicamente diversos. (Ver sentencias C-169 de 2001 M.P. Carlos Gaviria Díaz. Unánime) y C-461 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. SV Jaime Araújo Rentería).

⁹ El enfoque del Convenio 169 plantea un abierto contraste con el modelo *asimilacionista*, previamente defendido por el Convenio 107 de 1957 de la OIT, caracterizado por el propósito de igualar las condiciones de los pueblos indígenas con las de la sociedad mayoritaria para una paulatina integración de las comunidades originarias a las formas de vida dominantes, como lo señaló la Corte en la sentencia de unificación SU-383 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis. SPV Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández. SPV Jaime Araújo Rentería). Al respecto, en el preámbulo del Convenio, se expresa: “Considerando que la evolución de derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores.”

En el mismo sentido, el Convenio 169 de 1989 “*asume que [los] pueblos [originarios] pueden hablar por sí mismos, que tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones que los afectan, y que su contribución, además, será beneficiosa para el país en que habitan*”, reivindicando la capacidad y derecho de los pueblos indígenas de interactuar en condición de igualdad con el grupo mayoritario y aportar de esa forma a la construcción del Estado.¹⁰

La orientación del Convenio 169 de 1989 permea todas sus disposiciones y, por lo tanto, plantea un criterio finalista de interpretación de los derechos de los pueblos indígenas vinculante para los operadores jurídicos, de acuerdo con el cual la aplicación de las normas que involucran el goce de sus derechos debe tener como norte la maximización de su autonomía, la preservación de su cultura y el respeto por la diferencia.

4. En ese marco, la consulta previa no debe considerarse como una garantía aislada. Constituye el punto de partida y encuentro de todos los derechos de los pueblos indígenas, en tanto condición de eficacia de su derecho a adoptar decisiones autónomas sobre su destino, sus prioridades sociales, económicas y culturales.

En esa dirección, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, ha expresado que la consulta previa constituye la piedra angular del Convenio 169, en la que se fundamentan todas sus disposiciones, por su importancia para el goce de los derechos diferenciados de los pueblos indígenas y porque realiza los principios de democracia y soberanía popular, al rechazar el gobierno “*por imposición*”.¹¹

5. En el ámbito interno, la Corporación ha sostenido de manera constante que la consulta previa posee el carácter de derecho

¹⁰ SU-383 de 2003, citada.

¹¹ Ver, al respecto, Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/12/34. 15 de junio de 2009. “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”. En similar sentido, afirmó la Corte en la sentencia C-030 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil. Unánime): “En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, la Corte ha dicho que el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.”

fundamental¹². En el fallo de unificación SU-039 de 1997, la Corte precisó que la consulta es un derecho fundamental porque concreta mandatos constitucionales, como el principio de participación de grupos particularmente vulnerables, la diversidad cultural y los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, frente a los pueblos étnica o culturalmente diversos:

“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”.

6. En ese marco, el artículo 40 constitucional¹³, en su numeral 2º, establece el derecho de participación de todos los ciudadanos en los asuntos que los afecten, garantía que se ve reforzada en el caso de

¹² Lo que a su vez implica que es una norma de la mayor jerarquía constitucional, cuya protección puede exigirse por vía de la acción de tutela, tema que se abordará nuevamente al analizar la procedencia formal de la acción.

¹³ 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.

los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, por su relación con otros mandatos constitucionales. El artículo 330 de la Constitución Política¹⁴ prevé, a su turno, la obligación estatal de garantizar la participación de las comunidades indígenas previa la explotación de recursos naturales en sus territorios, enmarcando esa obligación dentro de un amplio conjunto de potestades asociadas a la protección y promoción de la autonomía en materia política, económica y social, y al ejercicio del derecho a la propiedad colectiva sobre las tierras y territorios colectivos.

En concordancia con esas disposiciones constitucionales, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 55 transitorio de la Constitución Política, el Legislador expidió la Ley 70 de 1993¹⁵, donde estableció el derecho de las comunidades negras a ser consultadas previa la adopción de las siguientes medidas:¹⁶

“[procede la consulta] a) en la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades negras que desarrollen prácticas tradicionales (art. 22); b) en la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (art. 38); y c) en la conformación de la "unidad de gestión de proyectos" que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social, para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (art. 58). Además [...] ‘como un mecanismo de protección de la identidad cultural, las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley’.”¹⁷

7. El Convenio 169 de la OIT -última de las fuentes citadas en la sentencia SU-039 de 1997 como fundamento del derecho a la consulta previa- es el instrumento de mayor relevancia en la interpretación y aplicación de los derechos de los pueblos indígenas en el orden interno, no sólo por el avance que supuso en el respeto

¹⁴ Constitución Política. [Artículo 330](#): “De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: (...) [Parágrafo](#). La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.”

¹⁵ Por la cual se desarrolla el artículo 55 transitorio de la Constitución Política.

¹⁶ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁷ Sentencia C-169 de 2001. (MP. Carlos Gaviria Díaz. Unánime).

por su autodeterminación, sino también porque hace parte del bloque de constitucionalidad, así que sus disposiciones son aplicables directamente en el orden interno, con fuerza constitucional.

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”*.

Diversas obligaciones y conceptos se desprenden de la disposición citada. En primer término, la regla general de consultar a las comunidades originarias, previa la adopción de medidas administrativas o legislativas que las afecten directamente; en segundo lugar, la definición de los medios para asegurar su participación en instituciones vinculadas con el diseño e implementación de políticas y programas que les conciernan; y finalmente, la destinación y provisión de recursos necesarios para el cumplimiento de esos propósitos. Además, el literal 2º del artículo 6º, plantea elementos centrales de la consulta, como la aplicación del principio de buena fe, la flexibilidad de la consulta y la finalidad de obtención del consentimiento de los pueblos interesados¹⁸.

Sin embargo, el artículo 6º del Convenio no constituye una disposición aislada. Debe leerse en armonía con el conjunto de disposiciones del convenio que se dirigen a asegurar la participación de las comunidades indígenas en toda decisión que les concierna, y a fomentar relaciones de diálogo y cooperación entre los pueblos interesados y los estados parte del Convenio, algunas de las cuales se destacan a continuación:

¹⁸ 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”.

Así, el artículo 5° 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 dificultados al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo, con su “*participación y cooperación*”¹⁹; el artículo 7° plantea la obligación de garantizar su *participación* en los planes de desarrollo nacionales y regionales, propendiendo por un 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 interesados²⁰; el artículo 4° establece la obligación genérica de adoptar medidas para la protección de los derechos e intereses de los pueblos interesados sin contrariar sus deseos “*expresados de forma libre*”²¹.

En relación con los territorios indígenas, el artículo 15 hace referencia a la obligación de *consultar* a los pueblos concernidos, con el propósito de determinar si sus intereses serán perjudicados antes de emprender programas de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, al derecho a *participar de los beneficios* que reporten esas actividades, y recibir indemnizaciones equitativas por los daños que les ocasionen²², en tanto que el artículo 16 establece la obligación de obtener el *consentimiento* de

¹⁹ 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, prácticos 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.

²⁰ , numeral 1°, prescribe que “(l)os pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a 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. || 2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento. || 3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas|| 4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.

²¹ Artículo 4°, Convenio 169 de la OIT: “1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. || 2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados. || 3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales”.

²² Ver, Artículo 15, *ibidem*.

los pueblos siempre que el Estado pretenda efectuar un traslado desde su territorio ancestral, y *concertar* las medidas de reparación adecuadas ante tales eventos.²³

La exposición de esas disposiciones demuestra la importancia de enmarcar la consulta en un espectro más amplio de garantías que incluyen la *participación*, la *consulta previa*, la *cooperación*, el *consentimiento de la comunidad*, la *participación en los beneficios*, y la *indemnización* en determinados eventos. Todas esos derechos y garantías constituyen un *continuum* de protección de los pueblos indígenas, pues cumplen la función de (i) proteger y respetar la autodeterminación de los pueblos; (ii) asegurar que su punto de vista sea escuchado por las autoridades del orden nacional; y (iii) propiciar la defensa de sus demás derechos (especialmente, pero no exclusivamente, los territoriales).²⁴

8. En septiembre de 2007, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (DNUDPI)²⁵, documento que refleja la actual opinión de la comunidad internacional y los pueblos concernidos sobre el alcance, contenido e interpretación de sus derechos fundamentales.

Los ejes centrales de la Declaración son (i) el principio de no discriminación, de acuerdo con el cual (i.1) las personas indígenas gozan de iguales derechos al resto de la población y (i.2) el goce de sus derechos especiales, asociados a la diversidad étnica, no debe convertirse en obstáculo para el ejercicio de los demás derechos humanos²⁶; (ii) el derecho a la autodeterminación, principio

²³ Ver, Artículo 16, *ibídem*.

²⁴ Otras disposiciones relevantes en la materia son el artículo 8º, referente al respeto por sus costumbres y derecho propio, y a la obligación de establecer mecanismos de coordinación en caso de que ello suscite conflictos (pluralismo jurídico); el artículo 13, sobre la obligación de respetar los territorios indígenas y la relación espiritual entre los pueblos y sus territorios, en la medida en que la consulta es un medio de protección al territorio colectivo y a los recursos naturales de sus territorios; el artículo 17, numeral segundo, que dispone “Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.” El artículo 20, numeral 1º, atinente a la protección laboral de las personas indígenas; el artículo 22, concerniente a la creación de programas de formación profesional que promuevan la participación voluntaria de los miembros de los pueblos interesados. El artículo 25, sobre los sistemas de seguridad social, y concretamente, los planes de salud y educación que deberán diseñarse con base en la participación y cooperación de las comunidades indígenas, de donde se infiere que la participación de los pueblos se prevé como medio de implantación del Convenio, no frente a asuntos específicos, sino como condición de un adecuado desarrollo y comprensión de los derechos allí previstos, entre otros.

²⁵ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el trece (13) de septiembre de dos mil siete (2007).

²⁶ *Afirmando* que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales (...) *Afirmando* que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales, (...) *Reconociendo y reafirmando* que los indígenas tienen sin

fundacional de los derechos de los pueblos indígenas²⁷; (iii) la relevancia del principio de *no asimilación*, considerado como derecho fundamental de las comunidades²⁸; y (iv) la participación²⁹, la consulta previa y el consentimiento libre e informado frente a las medidas que los afecten, aspecto que será abordado con mayor detalle, en acápites posteriores.

Así, en armonía con el artículo 6° del Convenio 169 y la jurisprudencia constitucional, el artículo 19 establece la regla general de procedencia de la *consulta*, previa la adopción de medidas que afecten a los pueblos interesados, con el propósito de obtener su consentimiento libre e informado antes de la implementación de la medida: *“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”*.

Además de ello, la Declaración prevé estándares de protección específicos, como el derecho de los pueblos a establecer sus prioridades y estrategias de desarrollo y a participar en la elaboración y determinación de programas de salud, vivienda, y otros de carácter económico y social, así como a la administración

discriminación todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos, (Preámbulo), así como los artículos 1° y 2°

²⁷ *Reconociendo* que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales² y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos², así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena³ afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural, *Teniendo presente* que nada de lo contenido en la presente Declaración podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho a la libre determinación, ejercido de conformidad con el derecho internacional, (Preámbulo). Artículo 3°: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Artículo 4. “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”.

²⁸ “Artículo 5. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.” “Artículo 8: 1. Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura. || 2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de: a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica; b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos; c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos; d) Toda forma de asimilación o integración forzada; e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos.

²⁹ Artículo 18. Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

de tales programas.³⁰ El derecho a la reparación por la toma inconsulta y no consentida de sus tierras y recursos naturales³¹. La *consulta previa* a la utilización de sus tierras o territorios para actividades militares, y la limitación de estas últimas a razones de interés público pertinente, o a un acuerdo libre con los pueblos interesados³². La *celebración de consultas para obtener el consentimiento libre e informado* antes de aprobar proyectos que afecten sus tierras, territorios y recursos³³. La obligación de adoptar medidas para alcanzar los fines de la Declaración, en *consulta y cooperación* con los pueblos indígenas, así como el establecimiento de medios para la movilización de la cooperación internacional y la asistencia técnica, necesarias para la consecución esos propósitos (artículos 38 y 41)³⁴.

El consentimiento es abordado explícitamente en diversas disposiciones, asociadas a (i) la prohibición de desplazamiento de los pueblos indígenas de sus tierras o territorios sin consentimiento expreso y un acuerdo sobre una indemnización justa y equitativa cuando no sea posible el regreso;³⁵ (ii) la obligación de reparar adecuada y eficazmente a los pueblos indígenas por la privación de bienes “culturales, intelectuales, religiosos y espirituales”, sin su consentimiento libre, previo e informado, o por la privación de tierras y territorios tradicionalmente poseídos y ocupados por los pueblos originarios (Artículo 28), privilegiando en ambos casos las medidas de restitución; (iii) la prohibición de almacenar o eliminar materiales peligrosos en tierras indígenas sin su consentimiento previo, libre e informado.³⁶

³⁰ Ver, Artículo 23, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

³¹ Ver, Artículo 28.1, *Ibídem*.

³² Ver, Artículo 30.1. *Ibídem*.

³³ Ver, Artículo 32.1. *Ibídem*.

³⁴ Ver, artículos 38 y 41, *Ibídem*. Otras disposiciones relevantes son el artículo 11.1 sobre el derecho a practicar y revitalizar sus culturas y la reparación por la privación de bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres. El artículo 12 sobre la repatriación de objetos de culto mediante mecanismos establecidos con los pueblos interesados. El artículo | *Artículo 17*. 1. Sobre la protección de los niños indígenas de la explotación laboral, mediante medias consultadas y construidas con la cooperación de los pueblos interesados; el artículo 22 sobre la adopción de medidas para erradicar la violencia y discriminación que afecta a mujeres y niños indígenas, definidas conjuntamente con los pueblos concernidos; el artículo 27 sobre el derecho de los pueblos indígenas a participar en la creación de medidas para el reconocimiento de sus sistemas de tenencia de la tierra, incluso de carácter legislativo, entre otros.

³⁵ *Artículo 10*. Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

³⁶ *Artículo 29*. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación. || 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado. || 3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para asegurar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.

En síntesis, la Declaración refuerza el deber de consulta, no sólo recalcando su procedencia general frente a cualquier medida que afecte a los pueblos indígenas, sino previendo su *participación y cooperación* en todas las decisiones asociadas a los programas que incidan en su forma de vida; precisa algunos eventos en que una medida sólo procede con el consentimiento libre e informado de la comunidad, y desarrolla la obligación de adoptar medidas de reparación e indemnización concertadas con las comunidades en eventos en que se ha presentado una afectación a intereses protegidos de las comunidades sin consulta o, de ser el caso, sin consentimiento expreso”

De igual manera, la Sala Primera destinó un acápite de la sentencia T-376 de 2012 a la exposición de las *subreglas* y criterios de decisión que ha venido decantando la Corporación para determinar si una medida determinada comporta la afectación directa de comunidades étnicas y debe ser, por lo tanto, objeto de consulta, previa su adopción, así:

“La afectación directa.

20. Como se explicó previamente, el concepto clave para analizar la procedencia de la consulta es el de *afectación directa*, cuyo alcance será abordado en los siguientes párrafos, a partir de dos bases: en primer término, se partirá de la jurisprudencia ya reiterada, que evidencia cómo la Corte Constitucional partió de la evaluación de supuestos concretos de procedencia de la consulta hasta establecer en sentencia de unificación SU-383 de 2003, un concepto amplio de consulta, basado en lo dispuesto por el literal a del artículo 6 del Convenio 169, que abandona la enumeración taxativa y se concentra en la evaluación de la afectación directa de cualquier derecho de las comunidades. De otra parte, se hará referencia a las consideraciones vertidas en sentencias de constitucionalidad sobre el concepto.

En efecto, la consulta previa a la adopción de medidas legislativas es el escenario en donde la Corte ha asumido mayores esfuerzos por definir lo que significa que una medida afecte directamente a una comunidad indígena o afrodescendiente; esos esfuerzos obedecen a que la Ley, por su carácter general y abstracto, afecta directamente a todos sus destinatarios, por lo que la Corte consideró, en el primer análisis del tema, que la consulta no era viable frente a medidas legislativas (C-169 de 2001), sino más bien en el momento de desarrollo reglamentario de la Ley o en la instancia de aplicación del derecho.

Con posterioridad, y en un proceso surgido desde el año 2002 y consolidado en el año 2008, la Corporación terminó por establecer en jurisprudencia uniforme y constante que la consulta sí es procedente, siempre que se acredite la afectación directa, y presentó los siguientes criterios para evaluar ese aspecto³⁷:

“[...] En principio, las leyes, por su carácter general y abstracto, no generan una afectación directa de sus destinatarios, la cual sólo se materializa en la instancia aplicativa. Sin embargo, puede señalarse que hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios. || (...) procede la consulta cuando la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa a los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta (...) lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. [...] puede señalarse que no toda medida legislativa que de alguna manera concierna a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población.

[...]

Con todo, es preciso tener en cuenta que la especificidad que se requiere en una determinada medida legislativa para que en relación con ella resulte predicable el deber de consulta en los términos del literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido material de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercute de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales.”³⁸

³⁷ Ver sentencias C-030 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y C-175 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. SV Nilson Pinilla Pinilla, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Cristina Pardo Schlesinger y Humberto Antonio Sierra Porto).

³⁸ “En los anteriores términos, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios.” (C-175 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Posteriormente, en el fallo C-175 de 2009³⁹, la Corporación precisó:

“Según lo expuesto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la preservación de la identidad diferenciada de los pueblos indígenas y tribales y, de esta manera, la eficacia del mandato superior de reconocimiento y protección de la diversidad étnica, se logra a través de, entre otros mecanismos, la consulta previa. Para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica sólo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar *directamente* los intereses de las comunidades. Por lo tanto, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma (...) uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están *prima facie* sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses”.

21. En similar sentido, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los indígenas ha explicado el concepto de afectación directa como asociado a *afectación diferencial*, en estos términos:

“[...] una interpretación de los diversos artículos pertinentes de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas basada en el propósito de dichos artículos, teniendo en cuenta otros instrumentos internacionales y la jurisprudencia conexas, conduce a la siguiente conclusión sobre el ámbito de aplicación del deber de celebrar consultas: es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas”.⁴⁰

³⁹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁰ Ver, Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, (A/HRC/12/34. 15 de julio de 2009). Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo.

22. De la exposición realizada hasta este punto se desprenden entonces diversos estándares para la determinación de la afectación directa. (i) De los fallos de revisión de tutela y unificación reiterados en el acápite precedente, se desprende que 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; a su turno, las sentencias de constitucionalidad recién reiteradas plantean como supuestos de afectación directa, (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica. Finalmente, (iv) el Relator de las Naciones Unidas sobre la situación de derechos de los indígenas plantea que la afectación directa consiste en una incidencia *diferencial* de la medida frente a los pueblos indígenas y en comparación con el resto de la población.

Evidentemente se trata de criterios de apreciación que no cierran por completo la vaguedad del concepto de afectación directa y mantienen de esa forma la importancia de una evaluación caso a caso sobre la obligatoriedad de la medida. Pero constituyen, sin embargo, una orientación suficiente para el desempeño de esa tarea en términos acordes a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, aspecto que será analizado a fondo en el siguiente acápite”.

Con base en esos fundamentos normativos, la Sala asumió el estudio del caso concreto. Comenzó por realizar una descripción del contexto en que se desarrolla la cultura de la comunidad negra de La Boquilla a partir de conceptos antropológicos y del estudio etnográfico incorporado por el Incoder a la Resolución por medio de la cual fue reconocido su título colectivo (resolución 0467 de 2012) y, posteriormente, inició el análisis sobre la existencia de una afectación directa a sus derechos como consecuencia de la concesión del sector de playa de Cielo Mar, previamente mencionada.

Aclaró que la comunidad negra de La Boquilla no reclama un derecho territorial sobre la playa, como erróneamente lo consideró Inversiones Talamare SAS, sino la necesidad de una consulta previa la concesión de un sector de playa con relevancia cultural y económica para la población de La Boquilla, asociada a la subsistencia de la comunidad y la realización de eventos culturales, como las “Fiestas del pescador”.

Indicó que la posibilidad de ingresar a la playa con esos fines es imprescindible para evitar la desintegración de la comunidad, derivada de la necesidad de emprender nuevas opciones productivas, lejos del corregimiento,

y añadió que la especial ubicación geográfica de La Boquilla, entre la Ciénaga de la Virgen, espacio de protección ambiental, y la playa de La Boquilla, caracterizada por un constante desarrollo representado principalmente en la construcción de complejos turísticos y residenciales, de manera que la concesión inconsulta objeto de estudio sí generó una afectación directa a la comunidad.

Esa afectación se veía reflejada en obstáculos para el ejercicio de labores de pesca, la celebración de fiestas tradicionales, y en la exclusión de la comunidad de los planes de desarrollo urbano del Corregimiento de La Boquilla. En ese estado de la argumentación, la Sala citada recalcó que la consulta previa es un derecho complejo que se proyecta tanto en la participación (Derecho fundamental de acuerdo con el artículo 40 Superior) como en la autonomía y autodeterminación de las comunidades étnicamente diferenciadas, por lo que la definición del destino del corregimiento de La Boquilla de espaldas a la comunidad negra del mismo nombre, no es compatible con sus derechos fundamentales como comunidad étnicamente diferenciada. A continuación se presenta el razonamiento efectuado por la Sala Primera de Revisión en el estudio del caso concreto:

“70. Contexto cultural y etnográfico. La comunidad negra de La Boquilla.

[...]

La Sala presenta a continuación algunas consideraciones etnográficas sobre la Comunidad Negra de La Boquilla, que servirán de contexto para el análisis constitucional sobre la decisión de la Dimar, objeto de controversia.⁴¹

70.2. Recientemente, el Incoder expidió la resolución 0467 de 2012, por la cual se reconoce el título colectivo a la Comunidad de La Boquilla.⁴² En el acápite del acto administrativo referente a los datos etnográficos, tomando como fuente la tradición oral de la propia comunidad, se explica su proceso histórico, las transformaciones que han tenido lugar en su seno, y la forma en que el entorno ha incidido

⁴¹ De similar manera ha actuado la Corte en un amplio conjunto de casos. Ver, por ejemplo, las sentencias T-903 de 2009, en la que se destacó la situación del pueblo kankuamo, como marco de decisión, de un conflicto jurídico entre dos comuneros, en relación con la sucesión de una mejora. Las sentencias T-244 de 2011 y T-348 de 2011 (ambas con ponencia del magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), sobre la situación de comunidades de pescadores afectadas por decisiones asociadas al uso del espacio público), La sentencia T-1253 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), sobre la división de dos comunidades de la etnia coyaima-natagaima en el Tolima. La situación de división dentro del pueblo tutelante llevó a la Corte a privilegiar los medios propios de solución de conflicto, sobre una intervención del juez constitucional.

⁴² Por la cual se adjudican en calidad de “Tierras de las Comunidades Negras” los terrenos baldíos rurales ocupados colectivamente por las Comunidades Negras integradas en el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra del Gobierno Rural de La Boquilla, correspondiente a la Localidad de la Virgen y Turística del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, departamento de Bolívar.

en su forma de vida. A continuación se presenta una síntesis de esa información, acompañada de las conclusiones extraídas en recientes estudios antropológicos sobre La Boquilla y la situación de sus pobladores, *‘los boquilleros’*.

“La tradición oral del pueblo de mar de La Boquilla, reconoce tres momentos históricos: el primero comienza entre finales del siglo XVII y principios del XIX, cuando los pueblos en principio esclavos, inician un proceso de adaptación a las actividades pesqueras en la Ciénaga de la Virgen que definirían su condición y vocación económica. [...] para entender la transición, rupturas o continuidades poblacionales entre el cimarrón y [los] esclavos que venían a la Ciénaga a pescar Mojarras, Lebranches y Róbalos para satisfacer el paladar de los amos en casas señoriales aledañas [...] Ambos grupos tomaron presencia activa como fundadores de lo que ahora es La Boquilla. Esta memoria, además soporta y legitima la condición homogénea [...] de ser comunidades negras, a pesar de los orígenes heterogéneos en la pasada condición de libertad personal.

[...]

El segundo momento es durante el siglo XIX, cuando [...] empiezan a llegar nuevas familias [...] estos nuevos habitantes sólo llegan a jornadas de pesca por temporadas [...] En la transición entre el siglo XIX al XX, ocurre lo que los Boquilleros reconocemos como la prosperidad económica [ligada a la construcción del Canal de Panamá], que igualmente permite una transición en nuestras ocupaciones económicas, generando capital de inversión para algunos trabajadores migrantes. La comercialización de productos pesqueros, especialmente por mujeres y la incursión en la ganadería fueron los principales renglones económicos para estos Boquilleros inversionistas.

[...]

En esta época también se consolidan prácticas culturales que son reflejo hasta cierto punto de las condiciones materiales en La Boquilla; así, la inexistencia de centros de salud, educación, agua potable o energía eléctrica, promueve la autogestión hacia el curanderismo y la profesión de partera [...] La ausencia de escuelas oficiales promueve los banquitos, primera escuela gestionada por la señora Isabel Ariza Castillo⁴³.

⁴³ También surgen métodos autóctonos de aprovisionamiento de agua, [como] las Casimbas, cavando en la arena e introduciendo medio tanque de hierro de doce latas para impedir que se derrumbaran las orillas de la arena [de donde brotaba el agua, o] recolectando agua lluvia en los alares de las casas. Para el alumbrado doméstico, primero fueron confeccionadas mechas de tela sumergidas en manteca de cerdo luego [...] aparecen unos recipientes de latón funcionando con petróleo o gas y que dependiendo de su capacidad se les llamaba mechones para más de un ligero y guarichas, los más pequeños. [Por] estos tipos peculiares de iluminación nocturna, se precia el Boquillero de explicar su extraordinaria agudeza visual.

El tercer momento [... va] desde la década de 1920 hasta la década de los 60, [y está] marcado por el inicio de conflictos alrededor de la tenencia de la tierra. Cuando arriban en 1920 a La Boquilla tres extranjeros de distintas nacionalidades (un español, un jamaquino y un inglés), introducen nuevas técnicas para la pesca en la Ciénaga de la Virgen. Es así, mediante el *trolling* y el arrastre, se logra transformar el arte de la pesca impulsando aumento en la producción y excedente económico para los Boquilleros. Asociado a esto, está la consolidación de roles de género [...] donde los hombres pescan y las mujeres son las encargadas de hallar nuevas formas de procesar y comerciar el producto [...] en la ciudad de Cartagena.

[...]

Un último período reciente, comienza –y no ha concluido- en 1991, cuando nuevas oleadas de migración del interior del país, combinados con la necesidad de expandir el espacio para las viviendas, exacerbaban conflictos explícitos entre la autoridad ambiental, los intereses privados, y algunas instituciones del Gobierno. || Es año en que algunos habitantes realizan tomas activas de tierras reservadas que ellos consideraron siempre como legítimamente suyas; [...] La combinación entre factores como la ausencia de regulación política para el desarrollo apropiado de los Boquilleros, la demanda de espacios de expansión económica generando competencia desigual entre intereses privados turísticos y habitantes, la preocupación por la degradación ecológica, crean conflictos por la forma de propiedad acordes con el territorio, es decir, con las bocas conectando ciénaga y mar. || La diversidad de los actores con capacidad económica y poder político desiguales, sugieren converger sobre planes dialogados desde el territorio, tomando en cuenta la forma y ciclos hídricos, para adaptar la forma de propiedad donde el beneficio de uno no signifique el perjuicio del otro.”

70.3. En similar sentido, en reciente investigación sobre la situación actual de la Comunidad de La Boquilla, se aportan los siguientes elementos de análisis:

“Los *boquilleros* emplean múltiples estrategias que se complementan entre sí, para lograr su subsistencia en medio de la escasez. Estas estrategias son *tradicionales* como la pesca y su comercialización, y *recientes* como las actividades vinculadas a la economía informal del turismo y los oficios poco calificados que realizan en Cartagena como albañiles, vigilantes y empleadas domésticas. De esta manera, las diferentes actividades que realizan

los *boquilleros* son diversas formas de usar y apropiar los mismos lugares. [...]

[L]os *boquilleros* reafirman su relación con su territorio, demarcándolo y apropiándolo en el ámbito simbólico, mediante prácticas como las Fiestas del Pescador, las cuales se celebran durante la última semana de junio, cuando tiene lugar el solsticio de verano. Como parte de estas celebraciones se realizan varias actividades como la procesión de San Juan Bautista, patrono de los pescadores, que recorre toda la población, un *fandango* y un desfile de carrozas por la playa, una regata en el mar, y un concurso de belleza en el cual cada sector, el de arriba, el de abajo y el del medio tienen su representante. Todas estas actividades se dan en lugares que son importantes dentro de la vida de la población, como sus calles, la playa, y el mar. || Por otra parte, las Fiestas del Pescador son muy importantes para sus habitantes, porque en ellas se reafirman las relaciones entre los miembros de la comunidad y el territorio, pues, es un evento en el cual manifiestan con mayor claridad su identidad como *boquilleros*. (Streicker, 1997: 117).

[...]

La Boquilla es un *territorio estratégico* [...] porque varios actores sociales han construido y transformado el espacio y el paisaje mediante sus conocimientos, prácticas, usos y representaciones. La valorización que se ha dado en la zona en las dos últimas décadas, ha ocasionado que sea estratégica desde diferentes puntos de vista para cada uno de los actores. Para los *boquilleros*, es la garantía de una vida digna y de seguir existiendo como comunidad; para los empresarios es una zona de potencial desarrollo turístico y urbano; y para las instituciones locales, es un ecosistema que debe ser conservado para beneficio de todos los ciudadanos. || [L]os *boquilleros* consideran que su ocupación y aprovechamiento de los recursos es legítima porque son *nativos* –personas nacidas en La Boquilla y que pertenecen a una de las familias extensas– [...] Las autoridades distritales [parten de] la designación de las playas y los terrenos de bajamar como bienes [...] de uso público [y] la definición del ecosistema de manglar de la Ciénaga de la Virgen, como un ecosistema de gran importancia ecológica [...] [L]a población de La Boquilla se encuentra actualmente en una estrecha franja de tierra [que] limita por el norte con la Hacienda Los Morros (propiedad privada). Por el oriente [con] la Ciénaga de la Virgen [...] por el sur (con) el Hotel Las Américas Resort[...] conjuntos residenciales, casas de veraneo y el restaurante Don Blas del Teso. Al sur [...] está la Bocana Estabilizadora, un canal artificial construido para disminuir la contaminación de la Ciénaga de la Virgen, el Aeropuerto Internacional Rafael Núñez, y por último el

barrio residencial de Crespo. Por el occidente se encuentra el Mar Caribe y sus amplias playas.”⁴⁴

70.4. A partir de lo expuesto, puede sostenerse que la comunidad de La Boquilla refleja una cultura, modos de producción y organización social propios, contruidos en un proceso histórico que los ha definido como grupo culturalmente diverso. Esa cultura tradicionalmente ha girado en torno a la pesca, aunque los boquilleros en el transcurso de la historia han incursionado en otras actividades en atención a la modificación de su entorno, lo que a su vez ha incidido en su organización social.

Los datos etnográficos presentados como contexto de análisis demuestran que la comunidad ha sufrido diversas adaptaciones en el tiempo. Siguiendo las consideraciones del Incoder, la transformación de grupos de esclavos en pescadores, integrados “*al cimarrón*” del lugar; la diversificación hacia la ganadería en una etapa de prosperidad económica asociada a la construcción del canal de Panamá; la división del trabajo entre hombres y mujeres, los primeros encargados de la pesca y las segundas de encontrar nuevas formas de distribución del producto; la incursión en el comercio a través de la venta de artesanías, y el incipiente ingreso de miembros de la comunidad a la prestación de servicios turísticos muestran cómo los boquilleros son una comunidad que, en virtud de su ubicación geográfica y de las difíciles condiciones materiales que han caracterizado la mayor parte de su historia, se adaptan

⁴⁴ Cfr. *Rodeados por las murallas*. Ángela Buitrago, en Revista Memorias. Universidad del Norte. Barranquilla. Número 5, Año 3. (Investigación realizada entre los años 2003 y 2005). La investigadora María Aurea de Oliveira a su turno plantea: “*El corregimiento de La Boquilla tiene poblamiento raizal de pescadores asentados en zona histórica y turística; en consecuencia, por su condición de Paisaje Cultural Pesquero merece constituirse en Parque Natural por su privilegiada ubicación entre la ciénaga de la Virgen y el mar Caribe. || Es menester abordar el problema de la permanencia en las zonas. Al subir la estratificación con el aumento de los impuestos y el alza de los servicios públicos, sus legítimos pobladores o moradores se ven obligados a abandonar su cultura ancestral, lo que se traduce en abandono de sus tierras y costumbres. Los nuevos habitantes, no raizales, generalmente ya son poseedores de varios inmuebles. A muy bajo precio adquieren propiedades en estas zonas turísticas, afectando a familias enteras de pescadores [...] Hace falta una visión clara de para dónde queremos que se mueva el Caribe colombiano, y esta visión debe ser compartida por los principales agentes del poder: la Alcaldía de Cartagena, la Corporación Turismo Cartagena, la comunidad, la prensa, los particulares y los inversionistas. La ausencia de consenso entre los intereses de las clases altas y bajas y entre el sector dirigente y las comunidades nativas sobre el manejo de la economía y la inversión social para equilibrar la iniquidad (...) puede generar situaciones de conflicto, alto desgaste y pérdida económica para todos los interesados (...) Los empresarios y técnicos del sector hotelero deben asociarse y aliarse con las comunidades operadoras turísticas en la formulación de políticas y diseño de micro y megaproyectos, estableciendo sinergias que propicien el crecimiento del producto interno bruto del país para beneficio de los sectores interesados y de la población en general. El centro y la razón de ser del turismo étnico y cultural deben ser favorecer la consolidación y el fortalecimiento del patrimonio humano, de los recursos naturales y se su inclusión en la repartición de los dividendos de la macroeconomía.*” Comunidad de La Boquilla: lo patrimonial en el escenario global, en “*Afro-reparaciones: memorias de la esclavitud y justicia reparativa para negros, afrocolombianos y raizales*. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Humanas, Centro de Estudios Sociales, Bogotá, 2007.

continuamente al cambio social y a las exigencias del entorno.

70.5. Desde el punto de vista geográfico, la Comunidad Negra de La Boquilla, se encuentra entre la ciénaga de La Virgen, el mar Caribe y los complejos turísticos y habitacionales que actualmente se construyen en el lugar. Según se desprende de la información etnográfica recién presentada, la calificación de las playas como bienes de uso público (acompañada de la efectiva entrega de concesiones para su uso), y la caracterización de la ciénaga de la Virgen como espacio de biodiversidad sujeto a estrictas regulaciones ambientales, han llevado a la comunidad a una suerte de encerramiento natural y jurídico (incluso producido por normas de rango legal y constitucional) que se convierte en una barrera de acceso a los medios tradicionales de subsistencia del grupo y amenaza, aun en el corto plazo, el mínimo vital de sus miembros y las condiciones de subsistencia material del grupo.

El desarrollo del sector a través del turismo y la construcción, acompañado del cierre de los espacios usualmente utilizados por la Comunidad en virtud de los elementos enunciados, permite apreciar cómo los boquilleros se ubican en una situación de debilidad económica y exclusión social. En otros términos, el desarrollo del corregimiento de La Boquilla al margen de las actividades tradicionales de los boquilleros genera una amenaza seria para el mínimo vital de sus miembros y, en términos colectivos, para la subsistencia material de la comunidad.

71. El caso concreto es ejemplo de lo recién afirmado: la entrega de una concesión sobre un área de playa en el corregimiento a un operador privado ocasionó el retiro de los *carperos* de la comunidad. La peticionaria, en su momento, interpuso acción de tutela con el propósito de defender sus derechos junto con los de otros comuneros de La Boquilla. Sin embargo, tras el pago de una suma de dinero, abandonó el espacio tradicional en busca de nuevas oportunidades de subsistencia.

Ese tipo de movilidad laboral, aunque permitida por la Constitución Política, en virtud del libre desarrollo de la personalidad, la libertad contractual y la libertad de escoger profesión y oficio, representa sin embargo un costo importante para la forma de vida de la comunidad negra de La Boquilla, en la medida en que su cultura gira en torno a la pesca realizada en los sectores adyacentes a su territorio. El abandono de espacios comunes de trabajo, con significados espirituales, religiosos y culturales, afecta a su vez la cohesión de los boquilleros como grupo humano que defiende su diversidad.

72. Los hechos recién mencionados ilustran entonces cómo el destino del corregimiento de La Boquilla avanza por un camino distinto al de la comunidad afrodescendiente del mismo nombre, a pesar de que los principios de pluralismo, participación, igualdad material y diversidad étnica y cultural deberían orientar las actuaciones públicas a convertirla en actor protagónico en la construcción del mismo. Esa premisa guiará el análisis del caso concreto”.

Y, en un extenso análisis sobre la concreción de una afectación directa, expuso la Sala citada:

“75. *La afectación directa.*

75.1. La comunidad negra de La Boquilla planteó como fundamento de su solicitud de amparo al derecho a la Consulta Previa, el hecho de que algunos de sus miembros actualmente prestan servicios turísticos en la playa concesionada. Por ese motivo, afirmó su representante, el turismo hace parte de su modo de vida y su identidad étnica. El juez de primera instancia acogió ese argumento, considerando además que la comunidad ha sido desplazada de sus actividades tradicionales por los proyectos de infraestructura turística y habitacional que se desarrollan en el corregimiento de La Boquilla.

75.2. El razonamiento planteado por la comunidad y acogido por el juez de instancia es constitucionalmente plausible, *prima facie*. En efecto, destaca la Sala en armonía con ese razonamiento, que la identidad étnica diferenciada no está condicionada a la petrificación de una sociedad o cultura. Este derecho comprende también la posibilidad de recrear costumbres o modificarlas en el tránsito de la vida social de una comunidad afrodescendiente o pueblo indígena, pues se trata de un aspecto cobijado por el derecho a la autodeterminación de los pueblos aborígenes y tribales”.

“[...] El juez de primera instancia partió de una premisa normativa plausible desde el punto de vista del derecho constitucional y el DIDH, pero llegó a una conclusión injustificada, porque no guarda una relación de solidaridad con las premisas fácticas construidas por medio del material probatorio allegado al expediente.

76. *Naturaleza de la medida adoptada por la Dimar.*

En el orden jurídico colombiano, las playas son bienes de uso público y hacen parte del espacio público. Las características del espacio público, desde el punto de vista constitucional, se concretan en (i) su afectación al interés general y (ii) su utilización en beneficio de la comunidad. Esos elementos operan como objetivos constitucionales a los que deben ceñirse las autoridades al definir las políticas públicas, o adoptar medidas específicas sobre el manejo del espacio público, incluidas las concesiones otorgadas a particulares para su uso y aprovechamiento.⁴⁵

En el caso de las concesiones sobre las playas, su fundamento normativo directo se encuentra en el Decreto Ley 2324 de 1984, *“Por el cual se reorganiza la Dirección General Marítima y Portuaria”*, norma de carácter reglamentario que establece esa función en cabeza de la Dirección Marítima. No corresponde a la Sala pronunciarse sobre la validez de esa norma (por su carácter reglamentario). Sin embargo, sí debe advertirse que, al ejercer esa competencia, la Dirección Marítima está obligada a respetar los fines constitucionales previstos en el artículo 82 de la Constitución Política para el espacio público (recién recordados), y abstenerse de afectar de forma irrazonable o desproporcionada los derechos de los ciudadanos, especialmente, si se trata de grupos vulnerables.

En el caso concreto, la concesión otorgada al Hotel Las Américas Global Resort o a Talamare SCA para el uso exclusivo de la playa del sector de Cielo Mar, corregimiento de La Boquilla, se enmarca dentro de las políticas de desarrollo de la ciudad encaminadas a solucionar problemas asociados con la ocupación de las playas por comerciantes informales y, en términos más amplios, como una decisión relacionada con la promoción del turismo como prioridad de desarrollo del distrito⁴⁶.

Esos fines no se oponen, en principio, a la Constitución Política, siempre que resulten también concordantes con el interés público y que cumplan con el propósito de entregar beneficios a la

⁴⁵ Sobre la obligación de preservar los bienes de uso público para el uso de la colectividad, ver artículo 82 CP, y sentencias SU-360 de 1999 y T-331 de 2011.

⁴⁶ Al respecto, en relación con la gestión del espacio público, se expresó en el Plan de Desarrollo 2008-2011, artículo 4º: “Este programa pretende garantizar la preservación del espacio público libre de apropiaciones privadas, en condiciones físicas que permitan su disfrute y aseguren su accesibilidad para todos y todas y con el equipamiento necesarios para su uso (...) Co este propósito de se deberá: a) Adelantar las acciones necesarias para recuperar el espacio indebidamente ocupado por actividades comerciales, vehículos estacionados en lugares prohibidos de conformidad con lo dispuesto por el Código de Tránsito, cerramiento y obstáculos que impidan o dificulten la movilidad, publicidad exterior visual sin autorización y otras maneras de ocupación indebida. || En los casos de recuperación de espacios públicos ocupados por vendedores informales, garantizar a quienes gozan de confianza legítima que se les ofrezca una alternativa para el ejercicio de su actividad o de otra de generación de ingresos (...) con preferencia por la reconversión económica que facilite su inserción en la economía formal.

colectividad. En ese marco, debe destacarse que el interés público involucra, de forma prioritaria,⁴⁷ la atención de grupos vulnerables y su participación en las decisiones sobre el desarrollo de la ciudad⁴⁸ y que la entrega de concesiones sobre bienes de uso público no puede llevar a una desnaturalización de estos, mediante la creación de un privilegio individual equivalente, en la práctica, al ejercicio del derecho de propiedad. En el caso de las playas, esta Corte expresó en sentencia T-1186 de 2004⁴⁹:

“Las playas marítimas son bienes de dominio público. Este punto que, en otras épocas pudo suscitar duros debates en nuestro país, en especial, cuando las grandes cadenas hoteleras internacionales o nacionales, establecidas en Colombia, quisieron que las autoridades les permitieran hacer uso exclusivo de las playas aledañas a sus hoteles, excluyendo de su uso y goce a personas distintas a las que estaban alojadas en sus habitaciones, fue claramente resuelto a favor del uso común de las playas, desde la perspectiva de que hacen parte del espacio público, y en virtud de ello, todas las personas pueden disfrutar de las mismas, con las restricciones propias de todo espacio público, en el sentido de que su uso no perturbe a los demás, ni que implique el abuso de los propios derechos (art. 95 de la Carta)”.

Ahora bien, en la mayoría de las sentencias en que la Corte se ha referido al espacio público, lo ha hecho al abordar casos sobre posibles violaciones a derechos fundamentales, ocasionados en la ejecución de medidas de recuperación del espacio para el uso

⁴⁷ En el Plan de Desarrollo de Cartagena, 2008-2011 (vigente al momento de los hechos objeto de análisis), se estableció: “Artículo 4°. Objetivo General. La adopción y ejecución de este Plan permitirá sentar las bases para superar las condiciones de exclusión que han fragmentado la ciudad desde el punto de vista social, físico, ambiental, cultural y económico. El propósito de la acción colectiva será tener UNA SOLA CARTAGENA, cohesionada socialmente e integrada físicamente. Una ciudad en la que se han erradicado los comportamientos discriminatorios por etnia, por género, por edad, o por cualquier otra condición (...) || A su turno, en el artículo 5° se planteó como principio de acción de las políticas distritales, la participación ciudadana, la redistribución de los beneficios económicos y la tarea de enfrentar la pobreza exclusión e inequidad, así como la obligación de tomar en cuenta la diversidad “regional, étnica y cultural” de los habitantes del Distrito, entre otros”. (Plan de Desarrollo 2008-2011. “Por una sola Cartagena”.

⁴⁸ En efecto, de acuerdo con el programa “Reconocimiento de la diversidad étnica y cultural”, incluido en el Plan de Desarrollo 2008-2011, previamente citado, se expresa: “Este Plan propicia una concepción del desarrollo que reconoce la diversidad étnica y la multiculturalidad de Cartagena y respeta los diversos patrones culturales y la diversidad. Las políticas públicas distritales se dirigirán a cumplir y hacer efectivos los derechos étnicos, sociales, ambientales y culturales que reconoce la Constitución y las leyes e incorporarán acciones afirmativas, en términos de reparaciones y de justicia compensatoria a favor de los pueblos afrodescendientes para garantizar la igualdad de oportunidades y potenciar la equidad social y combatir la marginalidad. ||El plan incorpora de manera transversal y específica a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras; de igual manera a la s minorías indígenas que residen en la ciudad. La Administración Distrital estimulará y garantizará la participación de la población afrodescendiente en la toma de decisiones, la formulación y la ejecución de los programas y proyectos distritales. || Regular el uso de bienes públicos tales como las playas para garantizar la oferta de bienes y servicios requeridos por la ciudadanía para su disfrute de manera ordenada”.

⁴⁹ M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

directo de las comunidades, cuando este se encuentra ocupado por comerciantes informales. El problema individual que planteó la peticionaria en esta oportunidad, se enmarca dentro de esos presupuestos. Como lo expresó la Corte en la sentencia T-244 de 2012 (ya reiterada):

“(…) esta Sala debe advertir que en las políticas de recuperación del espacio de uso público, y en general en los proyectos de renovación urbana, la autoridad municipal no sólo debe proteger los derechos de las personas que ocupan el espacio público y que están amparadas por el principio de confianza legítima, sino que está en la obligación de proteger los derechos de todas las personas que pudieran resultar afectadas con la puesta en marcha de dicha política, con mayor razón a las **personas en situación de vulnerabilidad**. (...)”⁵⁰.

Sin embargo, en el asunto bajo análisis, la medida objeto de discusión no es propiamente una decisión destinada a la “recuperación” del espacio público, sino más bien al “manejo” del mismo. No se trata de despejar un área irregularmente ocupada para que toda la comunidad acceda a ella, sino de perseguir beneficios para la ciudad de forma mediata, a través de la entrega de una concesión a un particular.

Así mismo, desde el punto de vista colectivo (derechos de la comunidad de La Boquilla) el problema presente ciertas diferencias frente a los casos de recuperación al espacio público, que tienen relevancia constitucional. Concretamente, las medidas de reubicación, indemnización, compensación, acceso a créditos blandos, que caracterizan el equilibrio constitucional en el caso de los comerciantes informales, pueden resultar insuficientes, e incluso abiertamente incompatibles con los intereses de una comunidad o grupo étnico culturalmente diverso, en aquellos eventos en que sus derechos constitucionales requieren, principalmente, garantías asociadas a la participación, como condición para el ejercicio de su autonomía, autodeterminación y sus derechos diferenciales.

Dentro de ese marco, la pregunta a resolver en esta oportunidad es si la entrega de la concesión a Inversiones Talamare SCA representa una afectación directa para la comunidad negra de La Boquilla,

⁵⁰ “Corresponde a la Sala examinar si la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias –Secretaría de Infraestructura-, el Consorcio Cartagena 2010 y Transcribe están vulnerando los derechos fundamentales de los accionantes al trabajo, a la igualdad, a la dignidad humana y al debido proceso, por no incluirlos, debido a la labor que desempeñan en el mercado de Bazurto como “patinadores”, dentro de un plan de reubicación o, en su defecto, por no otorgarles un reconocimiento económico para resarcirles los perjuicios que les están causando como consecuencia de la ejecución de las obras en el sector de Bazurto, cuyo propósito es poner en marcha el sistema de transporte masivo en la ciudad” (Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-244 de 2012, citada).

grupo cultural y étnicamente diverso, que alega tener interés en el uso de la playa, tanto para la obtención de bienes de subsistencia como para la realización de actividades culturales y religiosas o espirituales y la prestación de servicios turísticos. Para solucionarla, la Sala utilizará dos herramientas planteadas en los fundamentos de la decisión: con base en el concepto de afectación directa, analizará la forma en que la medida incide en la vida de la Comunidad de La Boquilla; con base en la aplicación de las *subreglas* sobre el derecho general de participación, consulta y consentimiento de las comunidades indígenas, determinará el alcance de la decisión.

77. La concesión otorgada a Inversiones Talamare SCA es una medida que afecta directamente a la Comunidad Negra de La Boquilla.

Según se recordó en el fundamento 22 de esta decisión, los estándares para valorar si una medida afecta directamente a un grupo indígena son los siguientes: (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; (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; el análisis acerca de si la medida impone cargas o establece beneficios para la comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica y (iv) la incidencia *diferencial* de la medida frente a los pueblos indígenas, en comparación con el resto de la población.

Durante el trámite de instancia, la Comunidad Negra de La Boquilla planteó que la concesión afecta el mínimo vital de los miembros que actualmente ejercen labores turísticas y obstaculiza el ejercicio de las labores de pesca tradicionales de la comunidad, para las cuales es necesario el uso de la playa. La información etnográfica ilustra que las playas del corregimiento también son transitadas por la Comunidad en algunas de sus celebraciones tradicionales.

En tanto la concesión otorgada a Inversiones Talamare SCA de forma gratuita por la Dimar no prevé ninguna medida para preservar esos concretos usos tradicionales de la playa, o evitar que se produzca una restricción desproporcionada en derechos fundamentales de la Comunidad Negra de La Boquilla, sin importar si se trata de actividades permanentes (como la pesca) o esporádicas (como las celebraciones culturales aludidas), resulta claro que la concesión produce una afectación directa en la comunidad: le impone cargas, incide en la eficacia de sus derechos fundamentales,

y todo ello de una manera que puede considerarse diferencial, en comparación con el resto de la población.

La situación se asemeja a la planteada en el caso decidido por sentencia T-348 de 2012: en esa oportunidad, la construcción de un tramo de carretera en el sector de Crespo ocasionó la afectación a la forma de vida de una comunidad de pescadores que involucró el acceso a los lugares desde donde se inicia la pesca, la afectación de la vida marítima y por lo tanto, una amenaza para la seguridad alimentaria de la comunidad y al ejercicio de labores asociadas a su modo de producción, al derecho al trabajo y a la libertad de escoger profesión u oficio.

En este asunto, al adoptar una decisión administrativa sobre el espacio público, enmarcada dentro de la visión de desarrollo del ente territorial, tal como la concesión sobre el sector de playa de Cielo Mar entregada a Inversiones Talamare SCA, se pasaron por alto los intereses de una comunidad que posee una cultura construida en torno a la pesca, y que viene utilizando tradicionalmente la playa para el ejercicio de actividades asociadas a sus tradiciones ancestrales, como grupo afrocolombiano. Además, esa decisión limita el acceso a recursos necesarios para la subsistencia de la comunidad e implica una limitación material sobre el ejercicio de los derechos al trabajo y a la libertad de ejercer profesión u oficio.

Esa medida no cuenta con estudios de impacto ambiental ni social sobre la comunidad (o bien, en caso de que cuente con estos, no fueron puestos en conocimiento de la comunidad afectada). Y, además de lo expuesto, se adoptó sin asegurar la participación de la comunidad para conocer su punto de vista sobre un asunto propio del corregimiento que habita, en contravía con lo expresado en los planes de desarrollo del Distrito Turístico de Cartagena sobre la creación de una comunidad incluyente, basada en la participación de todos y, especialmente de los grupos vulnerables, y que privilegia la protección de las comunidades negras y afrodescendientes en sus estrategias de desarrollo.

La omisión de garantías al derecho de participación de la comunidad se traduce, además, en un obstáculo para la articulación del concepto de desarrollo del grupo a las políticas públicas del Distrito, en contra de las intenciones plasmadas por los Estados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, donde el derecho al desarrollo de las comunidades, con respeto de sus prioridades, constituye una

preocupación central para ampliar el rango de eficacia o el goce efectivo de los derechos de los pueblos interesados.

En ese marco, la afectación directa 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.

En segundo término, debido a la creación de barreras de acceso a lugares que guardan un significado cultural y religioso para la comunidad. Sobre el particular, la Sala observa que ninguna limitación se planteó en la concesión para el aprovechamiento de la playa por parte de Inversiones Talamare SCA destinada, por ejemplo, a garantizar que las comunidades étnicas y culturalmente diversas no vean restringidos sus derechos culturales asociados a las celebraciones tradicionales que celebran en las playas del sector, desconociendo así uno de los límites constitucionales al ejercicio de la potestad de entrega de concesiones: la preservación de los derechos fundamentales y los intereses de los grupos interesados, más aún cuando son vulnerables y han sido reconocidos como sujetos de especial protección constitucional.

Y ello permite confirmar la importancia de la participación, la consulta y el consentimiento (según el caso) de las comunidades indígenas, como condición para la protección de intereses de relevancia constitucional en determinadas decisiones de las autoridades públicas. Básicamente, porque sin participación no es posible para las autoridades conocer todos los aspectos relevantes para la toma de decisiones enfocadas en derechos y respetuosas de los principios y valores constitucionales.

Finalmente, 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”.

A partir de esos fundamentos, la Sala Primera de Revisión dejó sin efectos la concesión y ordenó iniciar el proceso de consulta previa con la Comunidad de

La Boquilla. De igual manera, solicitó a la Alcaldía de Cartagena que, en el ejercicio de sus funciones legales, prestara su concurso para el adecuado desarrollo de la consulta y para evitar que la comunidad de La Boquilla continúe su camino hacia la desintegración y la ausencia de medios de subsistencia, asegurando su participación en la definición del modelo de desarrollo urbano, especialmente, en los asuntos relacionados con el corregimiento de su mismo nombre.

II. LA SOLICITUD DE NULIDAD

La solicitud de nulidad presentada por Inversiones Talamare presenta dos cargos. Primero, alega que la Sala Primera de Revisión desconoció la jurisprudencia constitucional, en relación con la *teleología de la consulta previa*. Segundo, afirma que la Sala citada irrespetó la jurisprudencia sobre la definición de la *afectación directa de los pueblos indígenas y tribales* como fundamento para que surja la obligación de consulta. A continuación se explica cada uno de estos argumentos:

La Sala Primera de Revisión habría desconocido la *teleología* de la consulta previa establecida en jurisprudencia en vigor, según la cual este procedimiento solo procede cuando la medida a adoptar afecta elementos definitorios de la identidad étnica diversa de la comunidad o pueblo titular del derecho:

“de la consolidada jurisprudencia proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional se desprende que para que sea obligatoria la consulta previa no basta con que se esté en presencia de una medida legal o administrativa que afecte directamente a una comunidad indígena o afrodescendiente, sino que tal afectación debe impactar en la identidad e integridad de la comunidad objeto de protección constitucional, toda vez que dicha figura ha sido concebida como un mecanismo de participación de los pueblos indígenas o comunidades tribales en aras de garantizar su subsistencia y la preservación de sus rasgos definitorios en materia étnica, social, económica y cultural.

Por lo tanto –dice el solicitante– no resulta de recibo, como ocurre en la sentencia T-376 de 2012, que se otorgue protección del derecho fundamental a la consulta previa y se dejen sin efecto las decisiones administrativas que se habían adoptado por parte de la Dimar, “sin reparar que éstas no comportaban ningún efecto en la integridad e identidad cultural de la comunidad de La Boquilla, de manera que la eventual afectación que pudieran implicar respecto de algunos de sus miembros y a título exclusivamente personal y respecto de sus derechos al trabajo y al mínimo vital, sin que de ello pueda extrapolarse la amenaza de preservación del grupo étnico al que pertenecen”

De acuerdo con la sentencia C-175 de 2009 (principal referente jurisprudencial invocado por el solicitante) y concretamente el siguiente aparte: *“Ello sucede cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad de dichos grupos. Por ende, no existirá deber de consulta cuando la medida legislativa no pueda predicarse de forma particular a los pueblos indígenas y tribales y, a su vez, el asunto regulado no tenga relación con aspectos que, razonable y objetivamente, conformen la identidad de la comunidad diferenciada”* y, posteriormente incidió que *“para efectos de hacer exigible el mecanismo de consulta previa ante la adopción de alguna medida legal o administrativa [en la sentencia C-175 de 2009 la Corte expresó que] ‘debe determinarse si la materia (...) tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes’”*.

Finalmente, se refirió a un aparte de la sentencia C-175 de 2009: *“Ciertamente, en las sociedades pluralistas y multiculturales como la que postula la Constitución que nos rige, se debe abrir espacio a los valores e intereses de todos los grupos y no sólo a los de la mayoría, a la inclusión y a la recepción de las minorías, al respeto a las diferencias y a la tolerancia social de aquellos grupos que presenten rasgos culturales distintivos que la diferencian de la cultura predominante. Para esos efectos, la participación ciudadana es el vehículo por excelencia que permite a estos grupos minoritarios expresar tales valores e intereses culturales diversos, a fin de que los mismos sean tenidos en cuenta a la hora de adoptar decisiones que directamente les conciernen y de esta manera se logre cumplir el objetivo constitucional de proteger la integridad cultural de tales comunidades”*.

En consecuencia, afirmó, *“preservar la identidad e integridad cultural de los pueblos indígenas y afrodescendientes constituye el fundamento que sustenta y dota de contenido a la consulta previa y la hace exigible”*.

De igual forma (siempre siguiendo la exposición del escrito de nulidad), la Corporación estableció en la sentencia C-461 de 2008 que la participación que se garantiza mediante la consulta es *“una garantía de orden procedimental encaminada a garantizar los derechos al a subsistencia y a la integridad cultural de los grupos étnicos”*. Y según la sentencia de unificación SU-039 de 1997, *“la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento 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”*, orientada cumplir los fines de *“definir el destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades”*.

Para el solicitante, las sentencias citadas constituyen jurisprudencia en vigor porque conforman una línea jurisprudencial *“que ha dejado un sustrato en de interpretación judicial en materia de consulta previa, que permite inferir criterios mínimos en cuanto al alcance de las normas constitucionales relativas a dicha institución”*, guardan relación fáctica con el problema resuelto en la sentencia T-376 de 2012 *“toda vez que en aquellas se abordó el problema sobre la necesidad de haber agotado el procedimiento de consulta previa en relación con la adopción de alguna ley de la república o de un acto administrativo. Si bien cada caso plantea unas singularidades fácticas relativas al tipo de medida adoptada, al a comunidad destinataria, a la clase de derechos afectados y al nivel de afectación de los mismos, lo cierto es que en todas ellas se discute si concurren los elementos para exigir de la autoridad pública accionada la realización de la consulta previa. Su ratio decidendi se relaciona con la definición de los supuestos formales y materiales para la procedencia de la consulta y hacen referencia a la necesidad de que las medidas tengan el alcance de afectar rasgos culturales, sociales, económicos o étnicos definitorios y esenciales de las comunidades, sentando así el propósito teleológico del derecho a la consulta previa”*.

Esos fines según el memorialista, no fueron respetados al dictar la sentencia T-376 de 2012, pues según afirma el solicitante la única actividad que se da en la playa concesionada es la ubicación de carpas y ofrecimiento de servicios turísticos por un número reducido de miembros de la comunidad, actividad que no es ancestral ni hace parte de la economía de la comunidad, cuyo medio de subsistencia principal es la pesca, a pesar de ello, concedió el derecho a la consulta previa, lo que resulta contradictorio e incompatible con la jurisprudencia citada.

Descartada la relación entre la prestación de servicios turísticos y la identidad de la Comunidad de La Boquilla, el único fundamento de la decisión sería la afectación a la pesca y a actividades culturales que supuestamente tienen lugar en la playa. Pero no es así porque la comunidad no es adyacente a la playa concesionada y la concesión otorgada a Inversiones Talamare SAS no restringe el derecho de tránsito de todas las personas. En consecuencia, *“es imperativo colegir que no existe ninguna actividad étnica, cultural, social o económica, definitoria de la identidad de esta comunidad tribal (...) afectada por la (...) concesión de la playa del sector de Cielo Mar”* y, por lo tanto, la Sala Primera de Revisión desconoció los criterios que definen cuándo se produce una afectación directa, como presupuesto de la consulta previa.

Su segundo cargo, aunque muy similar al primero, como se verá, plantea que la Sala Primera desconoció la jurisprudencia sobre el concepto de *afectación directa* como presupuesto de aplicación de la consulta previa.

La jurisprudencia de la Corte ha establecido que la consulta debe adelantarse en los casos en que la medida legal o administrativa a adoptar afecta directamente y de manera diferencial y concreta a las comunidades étnicas. Nuevamente, cita como referente principal la sentencia C-175 de 2009, indicando que esta excluye la consulta frente a afectaciones indirectas de las comunidades étnicas:

“(...) la consulta se predica sólo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar directamente los intereses de las comunidades. Por lo tanto, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma (...) uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están prima facie sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran con esos intereses”. La sentencia C-030 de 2008, a su turno, señaló que “tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente, evento en el cual (...) la consulta contemplada en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y la ley”. También ha indicado la Corte que una medida legal o administrativa que afecte directamente a los pueblos indígenas o tribales es la que “altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes o, por el contrario, le confiere beneficios” (C-030/08).

De igual forma lo expresó la Sala Plena en la sentencia C-882 de 2011, al indicar que la consulta solo procede para medidas que afecten de manera directa y diferencial a las comunidades indígenas o tribales:

“i) La consulta, resulta obligatoria cuando las medidas que se adopten sean susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. Igualmente, precisó que no todo lo concerniente ‘a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población’. De lo anterior, se concluyó que ‘en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la

perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios”. De manera que cuando se adopten medidas en aplicación del artículo 6 del Convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de estos pueblos: “(...) el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación, y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta”.

Reitera las consideraciones del primer cargo, indicando que los criterios expuestos constituyen jurisprudencia en vigor, que definen la forma e intensidad de la afectación que da lugar a la consulta, y que guardan relación fáctica con la sentencia T-376 de 2012, a pesar de las diferencias en cuanto a la naturaleza de la medida, la comunidad afectada, el modo e intensidad de la afectación.

El precedente, a juicio del solicitante, fue desconocido por la Sala Primera al dictar la sentencia T-376 de 2012 se desconoció que la concesión no tiene ningún efecto sobre la comunidad, “de manera que para que se perfeccionara la medida, bastaba con garantizar la participación de los interesados, entre ellos, de los miembros de la comunidad afrodescendiente, lo cual tuvo ocurrencia según acreditaron la Dimar y la sociedad Inversiones Talamare S.A.S., en el curso del proceso de tutela de la referencia”.

Y también, como en el primer cargo, indica que el la concesión citada no afecta usos y costumbres ancestrales de la comunidad ni la subsistencia del grupo, pues las actividades económicas relacionadas con la pesca y las fiestas del pescador no tienen lugar en ese sector, y que la concesión no afecta el derecho de tránsito de todas las personas, sobre la playa.

2. Como puede observarse, los dos cargos del solicitante parten de unas premisas comunes y desarrollan una argumentación muy similar. En ese sentido, es posible agruparlos en uno solo dirigido a demostrar la existencia de un cambio de jurisprudencia constitucional en relación con dos aspectos de la consulta: (i) la *teleología* (finalidad) de la consulta, y (ii) el sentido de la *afectación directa*, como presupuesto de la consulta.

3. A partir de la interpretación de la jurisprudencia constitucional sobre consulta previa, asumida en el incidente de nulidad, el solicitante procede a

cuestionar las conclusiones fácticas a las que arribó la Sala Primera de Revisión en la sentencia T-376 de 2012. Así, indica que en el sector concesionado no se desarrollan actividades relacionadas con la subsistencia del grupo indígena, ni pasan por ese preciso sector de playa las fiestas tradicionales de la comunidad, ni es utilizada la playa para el tránsito propio de las faenas de pesca.

Sin embargo, afirma que la comunidad tendría interés en la medida adoptada (la concesión de Cielo Mar), pero estima que el escenario para satisfacer sus derechos se agotó en el trámite administrativo que dio lugar a la concesión, pues al no existir una afectación directa e intensa la consulta no es procedente, sino el ejercicio de un derecho de simple participación.

4. Para resolver el cuestionamiento plantado, la Sala reiterará la jurisprudencia constitucional sobre el incidente de nulidad de fallos de revisión y, posteriormente, responderá la censura de Inversiones Talamares S.A.S.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala Plena ha establecido diversos requisitos de naturaleza formal y material para la procedencia de un incidente de nulidad presentado contra decisiones de esta Corporación. Esa línea jurisprudencial se basa en la necesidad de preservar, de una parte, la vigencia del derecho fundamental al debido proceso, como presupuesto de validez de las decisiones judiciales y, de otra parte, la firmeza de los fallos dictados por esta Corporación como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional⁵¹

En relación con los *presupuestos formales de procedencia*, además del deber de acreditar el interés para actuar, la Corporación tiene establecido que para iniciar el estudio de fondo del incidente deben cumplirse las siguientes condiciones⁵²:

“(i) La solicitud debe presentarse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del fallo adoptado por la Corte. Vencido este término, se entiende que toda circunstancia que acarrearía la nulidad del fallo queda saneada⁵³;

⁵¹ Los aspectos esenciales de esta doctrina fueron propuestos por la Corte en el Auto 031A /02, previsiones que han sido constantemente reiteradas por decisiones posteriores, entre ellas los Autos 164/05, 060/06, 330/06, 410/07, 087/08, 189/09 y 270/09.

⁵² Cfr. Corte Constitucional, Autos 031A/02 y 063/04.

⁵³ El saneamiento de las nulidades no alegadas oportunamente fue sustentado por la Corte al afirmar que “i) en primer lugar, atendiendo el principio de seguridad jurídica y de necesidad de certeza del derecho⁵³; (ii) en segundo lugar, ante la imposibilidad presentar acción de tutela contra las providencias de tutela⁵³. Y finalmente, (iii) porque es razonable establecer un término de caducidad frente a las nulidades de tutela, si incluso esa figura aplica en las acciones de inconstitucionalidad por vicios de forma”. Cfr. Corte Constitucional, Auto 031 A/02.

(ii) En caso que el vicio se funde en situaciones acaecidas con anterioridad al momento de proferir el fallo, la solicitud de nulidad deberá solicitarse, de conformidad con lo señalado en el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991, antes de que la Sala de Revisión emita la sentencia correspondiente. Por ende, si las partes que intervinieron en el proceso constitucional no elevan petición en ese sentido dentro de la oportunidad prevista, pierden su legitimidad para invocar la nulidad posteriormente;⁵⁴

La causal de nulidad de las sentencias por violación del precedente. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 49 del Decreto 2067 de 1991 establece que en los procesos ante la Corte las nulidades pueden alegarse “*únicamente por violación al debido proceso*”, tanto si se cuestionan actuaciones previas al fallo, como si el incidente se plantea contra una sentencia de revisión.⁵⁵ Sin embargo, el mismo artículo dispone que las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional no son susceptibles de recursos.

En atención a esos mandatos, la Corte ha señalado que el incidente de nulidad no inicia una nueva instancia en el proceso de constitucionalidad ni es un escenario para discutir la interpretación de las normas constitucionales efectuada por este Tribunal o las conclusiones fácticas construidas en el fallo, a partir del análisis de los elementos probatorios disponibles. Tampoco pueden presentarse en un incidente de nulidad pruebas o argumentos nuevos. La discusión litigiosa termina al momento de proferirse el fallo⁵⁶.

Se reitera entonces que solo el irrespeto por el debido proceso, elemento cardinal del estado constitucional de derecho, puede dar lugar a la nulidad de una sentencia de la Corte Constitucional. Sin embargo, no cualquier presunta irregularidad en el trámite da lugar a un pronunciamiento en ese sentido. Se trata de una posibilidad absolutamente excepcional, de manera que únicamente un claro e intenso irrespeto por este principio, con trascendencia en el sentido de la decisión, haría prosperar el incidente.

Por ese motivo, cuando una persona solicita la nulidad de un fallo de tutela proferido por una Sala de Revisión debe cumplir con carga argumentativa calificada; explicar clara y expresamente cómo se produjo una violación a los mandatos del debido proceso constitucional, y de qué manera el supuesto error incide en la adopción adoptada.⁵⁷ En contraste con el trámite informal de la

⁵⁴ Una explicación ampliada de los fundamentos de este requisito puede encontrarse en los Autos del 13 de febrero de 2002, y del 20 de febrero del mismo año., M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁵⁵ Auto 164 de 2005, MP: Jaime Córdoba Triviño, SV: Jaime Araujo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra

⁵⁶ Auto 063 de 2004, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, SV: Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, y Clara Inés Vargas Hernández

⁵⁷ Auto 009 de 2010 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

tutela, propio de un escenario en el que se discute la inexistencia o inexistencia de la violación de un derecho fundamental, las solicitudes de nulidad deben satisfacer determinados requisitos, dado que se discute la existencia de graves violaciones al debido proceso por parte del máximo tribunal constitucional.

Primero, el solicitante debe demostrar a la Corte, mediante una carga argumentativa seria y coherente, que al dictar la sentencia se violó el debido proceso.⁵⁸ No basta entonces con que presente razones de inconformidad propias de un recurso o medio de impugnación, ni son pertinentes aquellos razonamientos destinados a reabrir el periodo o el debate probatorio. La nulidad no puede reabrir debates concluidos, ni tampoco servir como instancia o recurso contra la sentencia de revisión en sede de tutela.

Segundo, la redacción y el modo de argumentación de la Corte no pueden ser invocados como supuestos yerros susceptibles de violar el debido proceso: “[e]l estilo de las sentencias en cuanto puedan ser más o menos extensas en el desarrollo de la argumentación no incide en nada para una presunta nulidad. Además, en la tutela, la confrontación es entre hechos y la viabilidad de la prosperidad de la acción y nunca respecto al formalismo de la solicitud como si se tratara de una demanda de carácter civil.”⁵⁹

Tercero, la intensidad de la afectación del debido proceso es aquella que caracteriza “situaciones jurídicas especialísimas y excepcionales, [...] cuando los fundamentos expuestos por quien la alega muestran, de manera indudable y cierta, que las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales, que no son otras que las previstas en los decretos 2067 y 2591 de 1991, han sido quebrantadas, con notoria y flagrante vulneración del debido proceso. Ella tiene que ser significativa y trascendental, en cuanto a la decisión adoptada, es decir, debe tener unas repercusiones sustanciales, para que la petición de nulidad pueda prosperar”⁶⁰ (subrayado del texto original).

En ese marco, y en relación con la causal material de procedencia invocada por Inversiones Talamare SAS, la Corporación ha establecido que es posible declarar la nulidad de las sentencias expedidas por las Salas de Revisión de la Corte cuando desconocen el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, norma que reserva la potestad para el cambio de jurisprudencia a la Sala Plena. En esa dirección, si una de las Salas de Revisión se apropia de esa función, se extralimita en el ejercicio de sus competencias y comete una grave violación

⁵⁸ Ver entre muchos otros, los Autos 232 de 2001 MP: Jaime Araujo Rentería, 053 de 2001, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; 050 de 2000, MP: José Gregorio Hernández Galindo; 074 de 1999 MP: José Gregorio Hernández Galindo; 026 A de 1998, MP: Fabio Morón Díaz; 053 de 1997, MP: Fabio Morón Díaz; 049 de 1995, MP: Carlos Gaviria Díaz y 008 de 1993, MP: Jorge Arango Mejía

⁵⁹ Auto 003 A de 1998, MP: Alejandro Martínez Caballero

⁶⁰ Corte Constitucional, Auto 033 de 1995, MP: José Gregorio Hernández Galindo y Auto 031A de 2002, MP: Eduardo Montealegre Lynett.

al debido proceso.⁶¹

7. La Sala Plena también ha precisado un cambio o desconocimiento de la jurisprudencia solo se produce cuando la sentencia desconoce la *ratio decidendi* de la jurisprudencia de las sentencias invocadas como parámetro de escrutinio⁶². Al respecto, en el auto 208 de 2006, la Sala Plena de esta Corporación precisó el alcance de la causal de nulidad por desconocimiento de la jurisprudencia en vigor, y se refirió a la *ratio decidendi* en los siguientes términos:

“6. Ahora bien, a este respecto no sobra recordar que la existencia de un precedente supone la existencia de una regla específica sobre el contenido y alcance de la disposición constitucional concretamente aplicable al caso. El precedente está constituido así por aquellos apartes específicos y concretos de las sentencias de tutela o de constitucionalidad, que tienen relación “estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive” de la decisión. En este sentido, en la sentencia SU-047 de 1999, la Corte señaló que aquella parte de las sentencias que se denomina precedente o *ratio decidendi* es “la formulación general... del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. [O] si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive”, a diferencia del obiter dictum que constituye “toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión; [esto es, las] opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario”.

“En suma, siguiendo los criterios jurisprudenciales mencionados, la *ratio decidendi* o el precedente de una decisión, suele responder al problema jurídico que se plantea en el caso específico y debe poder ser formulada como una regla jurisprudencial – o subregla - que fija el contenido constitucionalmente protegido de la norma constitucional aplicable a dicho caso concreto.”

A partir de esos parámetros, la Sala estudiará la procedencia de la solicitud de nulidad presentada por Inversiones Talamare.

IV. SOLUCIÓN DEL CARGO DE NULIDAD

a. Cumplimiento de los requisitos formales.

⁶¹ Autos 052 de 1997, MP. Fabio Morón Díaz; 003 A de 1998, MP. Alejandro Martínez Caballero y 082 de 2000, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁶² Auto 105A de 2000, MP. Antonio Barrera Carbonell. Ver también los Autos 009 de 2010 MP. Humberto Antonio Sierra Porto y A063 de 2010 MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

Legitimación y oportunidad.

El solicitante obra mediante poder especial otorgado por Inversiones Talamare SAS, entidad que fue vinculada al trámite de tutela por el juez constitucional de primera instancia, en el auto de admisión de la demanda, de trece (13) de julio de dos mil once (2011). Intervino durante todo el trámite de tutela, y sus intereses jurídicos se encuentran comprometidos en este trámite por ser la beneficiaria de la concesión que se dejó sin efectos en la providencia T-376 de 2012. En consecuencia, la entidad está legitimada para invocar la nulidad de la sentencia citada.

En cuanto a la oportunidad, la Corte ha establecido que las solicitudes de nulidad deben presentarse dentro de los tres días siguientes a la última notificación de la decisión. En el caso objeto de estudio, la sentencia fue notificada a Inversiones Talamare S.A.S. mediante oficio remitido por la empresa de envíos Deprisa por el Secretario del Tribunal Administrativo de Bolívar, el sábado primero de diciembre de 2012. (Adjunta guía de envío a folio 27). La solicitud fue radicada en la Corte el día 5 de diciembre de 2012. Tomando en cuenta que el 1º de diciembre fue un sábado, la Sala constata que la solicitud fue presentada dentro de los tres días siguientes a la notificación.

Los requisitos de procedencia están entonces cumplidos.

b. Análisis de fondo.

La Sala Plena considera que la solicitud de nulidad presentada por Inversiones Talamare SAS carece de fundamento, por dos razones esenciales. Primero, el solicitante no demostró la existencia de un cambio de jurisprudencia relacionado con los fines de la consulta previa y el concepto de afectación directa. Segundo, pretende reabrir la discusión probatoria, en contra de lo establecido en la jurisprudencia constitucional sobre la improcedencia de asimilar la nulidad a una instancia adicional en el trámite de tutela.

1. En relación con la causal de nulidad por cambio de jurisprudencia efectuado por la Sala Primera de Revisión, es necesario recordar que esta no se configura por la supuesta incompatibilidad entre una sentencia dictada por una sala de revisión de la Corte Constitucional, frente a determinados apartes aislados de la motivación de sentencias previas, invocadas como precedente.

Para el solicitante, la Sala Primera de Revisión desconoció que la finalidad de la consulta previa establecida en la sentencia C-175 de 2009 es, exclusivamente, la protección de los elementos definitorios de la identidad étnica de cada comunidad. Además, y acá se evidencia cómo los dos cargos propuestos se funden en uno solo, recalcó que existe una regla jurisprudencial, según la cual la afectación directa solo se produce cuando una

medida afecta los citados aspectos definitorios de la identidad o el *ethos* del grupo afectado.

2. La sentencia C-175 de 2009, en efecto, expresa que la consulta procede frente a medidas que afecten la identidad étnica del grupo, consideración presente en otras decisiones de constitucionalidad citadas en el escrito de nulidad, como la C-461 de 2008 y la C-063 de 2010. Sin embargo, la Sala Primera, en la sentencia T-376 de 2012 no solo respetó esa *subregla*, sino que la incorporó explícitamente en la reiteración de jurisprudencia contenida en los fundamentos normativos de la decisión. (Fundamento 20, ya citado).

Pero, además de ello, hizo referencia a decisiones de la Sala Plena en que se ha destacado que la consulta procede frente a medidas que incidan en cualquiera de los derechos especiales de las comunidades étnicamente diferenciadas (C-030 de 2008), les impongan cargas o beneficios, afectando su estatus, (ibídem), desarrollen elementos del Convenio 169 relacionados con esos derechos, o incidan en sus intereses de manera diferencial (C-030 de 2008, *subregla* que fue también ampliada mediante una cita a observaciones del Relator de las Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas).

Asimismo, recordó los artículos del Convenio 169 de 1989 de la OIT en los que se define el derecho a la consulta previa y que hacen parte del bloque de constitucionalidad, así como las cláusulas de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, indicando que esta (es decir, la Declaración) refleja la opinión actualizada de la comunidad internacional sobre el derecho a la consulta previa, y a partir de ese conjunto de consideraciones normativas sentenció que la consulta tiene como propósito proteger la participación, la autonomía, y los demás derechos de los pueblos indígenas, evitando la imposición de decisiones del grupo mayoritario, asuntos que ya han sido previamente expuestos por la Sala Plena, entre otras, en las sentencias SU-039 de 1997 y SU-383 de 2003.

3. El apoderado de Inversiones Talamare SAS estima que la teleología de la consulta se concreta exclusivamente en proteger los aspectos que definen la identidad étnica de las comunidades, aspecto que sin duda es perseguido por la consulta previa, pero que no agota su alcance normativo como derecho fundamental. En ese sentido, la interpretación propuesta por el solicitante no es errónea, pues reivindica un elemento de especial importancia en la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, no logra generar ninguna duda sobre la existencia de un cambio de jurisprudencia en la sentencia T-376 de 2012 que, junto con ese criterio, y basada en decisiones de constitucionalidad e interpretaciones desarrolladas en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, observa un conjunto de finalidades constitucionales de la consulta.

4. Ello refleja una forma de concebir el precedente y la jurisprudencia en vigor que no es compatible con la función de las salas de revisión, como órganos competentes para el desarrollo de la jurisprudencia constitucional. En su argumentación, el apoderado de Inversiones Talamare supone que las salas de revisión están obligadas a repetir mecánicamente las consideraciones vertidas en una sentencia específica (en este caso, la C-175 de 2009), desconociendo el proceso continuo de construcción colectiva en el que se van desarrollando los precedentes y las líneas jurisprudenciales.

La posición asumida en el escrito de nulidad pasa por alto también que el principal fundamento normativo de la sentencia T-376 de 2012 es el artículo 6° del Convenio 169 de 1989, norma que hace parte del bloque de constitucionalidad, según la cual la consulta procede sobre toda medida susceptible de afectar directamente a los pueblos titulares del derecho, y que los criterios establecidos en la jurisprudencia constitucional sobre la *finalidad de la consulta* y el sentido de la expresión *afectación directa* son parámetros para la interpretación de esa norma, cuya aplicación está guiada por las circunstancias de cada caso, como ha insistido la jurisprudencia de la Corte sobre la consulta.

5. En relación con el criterio de afectación directa, la jurisprudencia de esta Corporación es abundante, debido a que se trata de un término de especial vaguedad, a la vez que constituye el parámetro de mayor importancia al momento de decidir sobre la procedencia de la consulta previa. Las sentencias dictadas por la Corte no utilizan una formulación unívoca de la expresión mencionada (afectación directa). Hacen referencia a la identidad étnica diversa, pero también a la procedencia de la consulta cuando se desarrollen o afecten los derechos de estas comunidades, o cuando se evidencia una *afectación diferencial*.⁶³

6. La razón por la que la Corte acude a un conjunto diverso de definiciones sobre la afectación directa, y se emplean métodos también distintos de interpretación, obedece a que en este campo la interpretación no tiene como resultado la creación o imposición de definiciones absolutas del término *afectación directa*, a la manera de identificación de unos elementos de la esencia del concepto. La vaguedad de ese término es imposible de eliminar, y no debe considerarse siquiera un defecto del mismo, pues permite que el juez asuma la tarea de identificar en cada caso, comunidad por comunidad, y en atención a cada medida específica, si los derechos de un pueblo diferenciado étnica o culturalmente presentan ese tipo de afectación.

⁶³ Sentencias C-030 de 2008 (MP. Rodrigo Escobar Gil) y C-063 de 2010 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

Y en un estado que defiende el multiculturalismo e incorpora a su Carta Política los tratados de derechos humanos, no corresponde a este Tribunal “cerrar” la indeterminación del concepto, sino contribuir a un conocimiento cada vez más amplio del mismo, en diálogo con el derecho internacional de los derechos humanos y a los propios pueblos titulares del derecho a la consulta previa. La Sala Primera no modifica la jurisprudencia constitucional al recoger esos criterios diversos. Ni en la sentencia T-376 de 2012 negó que la consulta proceda siempre que se constate la afectación directa de un pueblo indígena o de una comunidad negra (o de los pueblos raizales, palenqueros y rom). Recoger los distintos parámetros de interpretación que han sido desarrollados por la sala plena, las salas de revisión y el derecho internacional de los derechos humanos no puede interpretarse como un cambio de jurisprudencia.

7. Más allá de lo expuesto, la argumentación presentada en el incidente de nulidad no toma en consideración que la Sala Primera basó su decisión en (i) normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT; (ii) la forma en que la comunidad internacional ha concebido la consulta desde la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas; (iii) la interpretación del derecho a partir de los conceptos del Relator de Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas, herramienta de interpretación invaluable en esta materia; y, contrario a lo afirmado por el solicitante, (iv) la presentación de criterios vertidos por esta Corporación tanto en sede de revisión como de unificación y control abstracto.

En atención a esos dos hechos (el desarrollo de un conjunto plural de parámetros de interpretación sobre la expresión *afectación directa*, contenida en el artículo 6° del Convenio 169 de 1989 de la OIT, y el hecho de que la decisión de la Corte tiene un fundamento normativo directo en una cláusula del bloque de constitucionalidad) resulta claro que la Sala Primera no cambió la jurisprudencia constitucional sobre consulta previa, sino que utilizó esos parámetros hermenéuticos para determinar el alcance del derecho en el caso concreto.

8. Por otra parte, el solicitante plantea que las sentencias que cita son precedentes, a pesar de que aborden problemas jurídicos diferentes al de la sentencia T-376 de 2012. El actor, en efecto, cita casos en los que se analizaron medidas legislativas, escenario en el cual la evaluación de la afectación directa presenta especiales dificultades, ante el carácter general y abstracto de la ley. Pero, sin explicar siquiera el tipo de afinidad que esos casos tienen con el que se estudió en la sentencia T-376 de 2012, o de qué forma las medidas legislativas abordadas en esas sentencias resultan comparables con la concesión administrativa de un sector de playa, afirma que las sentencias invocadas son precedentes pues se dirigen a estudiar si

existe afectación directa o no, por lo que considera irrelevante la comunidad involucrada, la naturaleza de la mediada y el tipo de afectación que pudo haberse presentado.

9. La Sala Plena no comparte esa apreciación pues son, precisamente, las particularidades de cada medida, de cada comunidad, y la naturaleza de cada afectación, las que definen la procedencia o no de la consulta previa. Y ello obedece no solo al concepto de precedente (sentencia en la que el juez se ha pronunciado previamente sobre hechos o problemas jurídicos iguales o con clara similitud con el caso a resolver). También es consecuencia de la diversidad y el pluralismo jurídico. Sin conocer aspectos elementales de la historia y vida social de cada comunidad, o analizar el alcance de cada medida susceptible o no de ser consultada, no puede el juez llegar a conclusión alguna sobre la existencia y eventual aplicación de un precedente en materia de consulta previa, lo que explica que en la sentencia T-376 de 2012 la Sala Primera haya comenzado por describir el contexto de la comunidad, se haya indagado sobre la naturaleza de la medida y solo en ese marco haya abordado el estudio de la afectación directa.

10. En conclusión, no existen argumentos suficientes en el escrito de nulidad que demuestren la naturaleza de precedentes de las sentencias invocadas. Menos aún indicios de un cambio de jurisprudencia que se haya producido en la sentencia T-376 de 2012.

Segundo. El solicitante pretende reabrir la controversia fáctica.

11. Al terminar su exposición sobre cada uno de los cargos, el apoderado de Inversiones Talamare SAS culmina contravirtiendo las conclusiones de la Corte sobre la importancia del sector concesionado para el ejercicio de derechos propios de la comunidad de La Boquilla. Esos argumentos son impertinentes en sede de nulidad, pues se dirigen indudablemente a reabrir el debate probatorio.

12. Pero, vale mencionar que fueron aspectos ampliamente estudiados en la sentencia T-376 de 2012. Para la Sala Primera la afectación directa se produjo no solo por la restricción al ejercicio de esas actividades. También observó que la comunidad no ha sido incluida en la definición del destino del corregimiento que lleva su nombre por parte de las autoridades del Distrito de Cartagena; que su subsistencia material está amenazada por un encerramiento, en parte natural y en parte derivado de causas humanas, por hallarse ubicada entre la Ciénaga de la Virgen (limitada en su explotación pesquera por normas y principios ambientales) y un conjunto de proyectos de desarrollo residencial y turístico en las playas adyacentes, lo que explica el llamado que efectuó la Sala Primera a la Alcaldía para incluir a la comunidad en las decisiones sobre el futuro del Corregimiento de La Boquilla, y adoptar medidas para evitar su

desintegración como grupo humano, derivada de la imposibilidad de mantener su mínimo vital mediante el ejercicio de sus actividades ancestrales.

Esas explicaciones se encuentran transcritas en su integridad en los antecedentes de esta providencia, y en los fundamentos 70 a 77 de la sentencia T-376 de 2012, transcritos en los antecedentes de esta providencia. Se basaron tanto en los elementos probatorios del expediente, como en documentos oficiales como el estudio etnográfico contenido en la Resolución por la que se le tituló su territorio colectivo, y utilizaron como datos de contexto distintos estudios antropológicos sobre la Comunidad Negra de la Boquilla. Por lo tanto, no existe la posibilidad de plantear una violación al debido proceso frente a esas conclusiones. Es decir, en un acercamiento a la comunidad afectada y un análisis de la naturaleza de la medida.

En conclusión, el actor no demostró que la Sala Primera haya modificado la jurisprudencia constitucional sobre la *teleología* de la consulta previa y el requisito de *afectación directa*, para la exigibilidad de la consulta; y considerando que su solicitud se dirige abiertamente a reiniciar el debate probatorio, la Sala negará la solicitud de nulidad de la sentencia T-376 de 2012.

V. DECISIÓN

En merito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional

RESUELVE

Primero.- NEGAR la solicitud de nulidad de la Sentencia T-376 de 2012, proferida por la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional.

Segundo.- Comuníquese la presente providencia a los peticionarios, informándoles que contra ella no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Con aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con aclaración de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con salvamento de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Magistrada (E)

Con aclaración de voto

SONIA MIREYA VIVAS PINEDA

Secretaria General (E)

**ACLARACION DE VOTO DE LA MAGISTRADA
MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
AL AUTO 260/14**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, procedo a sustentar mi aclaración de voto respecto de algunas inquietudes jurídicas relacionadas con la nulidad de la sentencia T-376 de 2012:

Me encuentro de acuerdo con el auto 260 de 2014, el cual negó la solicitud de nulidad de la sentencia T-376 de 2012, por cuanto la posibilidad material de reclamar la nulidad de la sentencia proferida por la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional es de naturaleza excepcional, pues procesalmente no constituye un recurso contra la decisión y menos aún puede considerarse como una instancia adicional para reabrir el debate o volver a examinar la controversia fáctica y probatoria ya dirimida, lo cual pretendía el solicitante.

Empero, al estudiar la sentencia T-376 de 2012, que trató sobre la violación al derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad Negra de La Boquilla, derivada de la entrega en concesión de un área de playa, en el sector de Cielo Mar, corregimiento de La Boquilla, efectuada por la Dirección General Marítima de la Capitanía de Puerto de Cartagena de Indias a la empresa Inversiones Talamare S.A.S., se observan algunas imprecisiones lógicas y constitucionales que deben ser destacadas por la suscrita.

En el fondo del asunto, se plantean serias dudas sobre la procedencia del amparo al derecho fundamental alegado por falta de claridad argumentativa en la afectación directa del territorio ancestral de la Comunidad afro descendiente tutelante, toda vez que la playa otorgada en concesión, que es de acceso público al pueblo de La Boquilla, no hace parte del lugar en el cual se desarrolla la vida social de la misma.

Adicionalmente, el caso concreto amparó el derecho fundamental a la consulta previa, sin detenerse a analizar que la concesión otorgada no alteró necesariamente la identidad étnica y cultural de la Comunidad Negra La Boquilla, porque no pueden constituir prácticas tradicionales de subsistencia de un pueblo tribal, actividades turísticas y modernas como las ventas ambulantes y el alquiler de carpas.

Fecha ut supra,

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Magistrada (e)

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
AL AUTO 260/14.**

Referencia: Solicitud de nulidad de la
Sentencia T- 376 de 2012

Magistrado Ponente:
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Con el habitual respeto por las decisiones de la Sala Plena de esta Corporación, me permito salvar el voto respecto al Auto No. 260 de 2014, por medio del cual se resolvió la solicitud de nulidad de la Sentencia T-376 de 2013, **por cuanto claramente existe una causal de nulidad, referente al cambio de precedente constitucional en relación con los criterios para determinar cuándo se presenta afectación directa de las comunidades étnicas como requisito para adelantar el proceso de consulta previa.**

De manera preliminar a exponer los motivos por los cuales me aparto de la decisión mayoritaria adoptada en el proceso de la referencia, debo resaltar que las distintas aclaraciones de voto presentadas por la mayoría de mis compañeros son indicativas de que efectivamente, se falló apartándose de los criterios jurisprudenciales para determinar la afectación directa, lo que en mi concepto constituye una causal de nulidad, como pasará a explicarse:

En el caso bajo revisión, la acción de tutela que dio origen a la Sentencia T-376 de 2012, fue presentada por una ciudadana perteneciente a la “*Comunidad Negra*” de la Boquilla, Cartagena, quien manifestó dedicarse al oficio de “*carpera*” en el sector de la playa Cielo Mar, el cual fue entregado en concesión por la Dimar a Inversiones Talamare S.A.S., mediante Resolución 0497 del 24 de noviembre de 2009. A juicio de la accionante, la concesión afectaba directamente a la Comunidad Negra de la Boquilla, por lo que ha debido realizarse consulta previa para otorgar la referida concesión.

En la Sentencia T-376 de 2012, la Sala Primera de Revisión de Tutelas concluyó que existía una vulneración al derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad Negra del sector de la Boquilla, Cartagena, pues coligió que la concesión del sector de la playa los afectaba directamente, en vista de que el lugar tiene relevancia cultural y económica para la población de la Boquilla, asociada a la subsistencia de la comunidad y a la realización de eventos culturales, entre los que destacó las “*Fiestas del pescador*”. Y en la medida en que la concesión constituye un obstáculo para el ejercicio de labores de pesca, la celebración de fiestas tradicionales y la exclusión de la

comunidad de los planes de desarrollo urbano del Corregimiento de la Boquilla.

De esta manera, la sentencia en cita incurrió en una causal de nulidad, por cuanto cambió los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional para determinar la afectación directa a las comunidades étnicas como requisito para la realización de consulta previa.

En efecto, los criterios utilizados por la Corte Constitucional para determinar cuándo se produce una afectación directa a los pueblos indígenas y tribales como requisito para que proceda la consulta previa, son:

1. Alteración del estatus de las comunidades porque se imponen restricciones o conceden beneficios.
2. Introducción de regulaciones o medidas vinculadas con la definición de la identidad étnica de los pueblos indígenas y tribales.
3. Expedición de regulaciones o adopción de medidas que repercuten directamente sobre las materias definidas en el Convenio 169 de la OIT y otros tópicos que por expresa disposición constitucional, deben ser sometidos a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como la explotación de los recursos naturales ubicados dentro de sus territorios o la intromisión dentro de los territorios ancestrales.

A continuación se demuestra porque el caso analizado en la Sentencia T-376 de 2012, cambió el anterior precedente sentado por la Sala Plena y reiterado por varias Salas de Revisión:

1. NO EXISTE AFECTACIÓN DEL TERRITORIO ANCESTRAL DE LA COMUNIDAD AFRODESCENDIENTE TUTELANTE.

Diferentes instrumentos internacionales⁶⁴ y la jurisprudencia constitucional han definido que se presenta afectación directa a las comunidades étnicas cuando se toma medidas relacionadas con su territorio.

De esta manera, el concepto de territorio no se restringe a la ubicación geográfica de una comunidad o un resguardo indígena, sino a la idea de que el territorio *“es el lugar en donde se desarrolla la vida social de la comunidad indígena”*⁶⁵. Así, se ha considerado que el territorio, fuera del espacio físico que ocupa la comunidad, también abarca el lugar donde desarrollan sus actividades culturales⁶⁶, religiosas⁶⁷, o que son la base de su subsistencia económica⁶⁸.

⁶⁴ Convenio 169 de la OIT y Convenio 107 de la OIT.

⁶⁵ Sentencia T-634 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁶ Sentencia T-745 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶⁷ Sentencia T-693 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶⁸ Sentencia T-129 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

En este sentido, la Corte Constitucional en Sentencia C- 371 de 2014⁶⁹, coligió que *“en aras de garantizar la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana y en especial el derecho al territorio de las comunidades étnicas, resulta necesario tener en cuenta que, en un sentido amplio, el territorio constituye no sólo aquel espacio que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera, sino también las tierras que no están exclusivamente ocupadas por ellos, pero han tenido tradicionalmente acceso a ellas para sus actividades tradicionales y de subsistencia”*⁷⁰.

1.1.El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales⁷¹ señala que el concepto de tierra *“suele abarcar todo el territorio que utilizan, comprendidos bosques ríos montañas y mares, y tanto su superficie como el subsuelo. La tierra tiene importancia fundamental para la cultura y la vida de muchos de estos pueblos. Es la base de su subsistencia económica, de su bienestar espiritual y de su identidad cultural. Por tales motivos, la pérdida de tierras ancestrales amenaza su supervivencia misma en cuanto comunidad y como pueblo”*. (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, frente al concepto de territorio, consideró lo siguiente:⁷²

“El concepto comunal de la tierra - inclusive como lugar espiritual - y sus recursos naturales forman parte de su derecho consuetudinario; su vinculación con el territorio, aunque no esté escrita, integra su vida cotidiana, y el propio derecho a la propiedad comunal posee una dimensión cultural. En suma, el habitat forma parte integrante de su cultura, transmitida de generación en generación.

(...)

Consideramos necesario ampliar este elemento conceptual con un énfasis en la dimensión intertemporal de lo que nos parece caracterizar la relación de los indígenas de la Comunidad con sus tierras. Sin el uso y goce efectivos de estas últimas, ellos estarían privados de practicar, conservar y revitalizar sus costumbres culturales, que dan sentido a su propia existencia, tanto individual como comunitaria. El sentimiento que se desprende es en el sentido de que, así como la tierra que ocupan les pertenece, a su vez ellos pertenecen a su tierra.

⁶⁹ En esta ocasión la Corte estudió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 79, 80, 81, 82, 83 y 84 de la ley 160 de 1994 “Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones”

⁷⁰ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁷¹ Organización Internacional del Trabajo, OIT, 2003. Disponible en: http://www.ucm.es/info/IUDC/img/biblioteca/Manual_c169.pdf

⁷² Corte IDH. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de agosto 31 de 2001. Serie C No. 79. Párr. 143 al 155. VOTO RAZONADO CONJUNTO DE LOS JUECES A.A. CANÇADO TRINDADE, M. PACHECO GÓMEZ Y A. ABREU BURELLI.

Tienen, pues, el derecho de preservar sus manifestaciones culturales pasadas y presentes, y el de poder desarrollarlas en el futuro.”

En la sentencia **T-745 de 2010**⁷³, la Corte revisó una tutela sobre un contrato de concesión entre la Alcaldía Mayor de Cartagena y el Consorcio Vial Isla Barú para la construcción de una carretera. Los accionantes, representando a la Empresa Asociativa de Agricultores del Corregimiento de Pasacaballos y la Veeduría Ciudadana ‘Ojo Pelao’, alegaban la desatención de la obligación de consultar a las comunidades negras que habitaban la zona, requisito que se desprende de las normas contenidas en la Ley 70 de 1993, el Decreto 1320 de 1998 y el Convenio 169 de la OIT.

En esta oportunidad consideró la Corte que *“el proyecto de que se trata **no sólo afecta directamente a las comunidades ubicadas en su zona de influencia debido a su disposición geográfica sino que, igualmente, sus secuelas recaen de forma particular sobre la comunidad, su nicho y los recursos que le constituyen, dado que los elementos que representan sus cosmovisión son efectivamente y representativamente limitados por las consecuencias que resultan del proyecto. He ahí el advenimiento del criterio primario para la obligatoriedad de la consulta a las comunidades étnicamente minoritarias que se vean potencialmente afectadas por una medida legislativa o administrativa, como lo es la construcción de una carretera de tales características y magnitud en el espacio que material y culturalmente un grupo tiene como propio**”*. (Negrilla fuera de texto)

En esta ocasión la Corte concedió la protección a los derechos a la diversidad étnica y cultural, a la autonomía y a la consulta previa de los accionantes y ordenó suspender las obras del proyecto de la carretera “Transversal Barú” hasta tanto se efectuara la consulta con las comunidades afrocolombianas encontradas en la zona de la ejecución de las obras del proyecto.

En la sentencia **T-129 de 2011**⁷⁴, la Corte revisó la acción de tutela interpuesta por los miembros de la comunidad indígena Embera del municipio de Acandí en el departamento del Chocó, quienes alegaban que en su territorio existían cuatro actividades que ponían en riesgo su autonomía territorial: (i) La construcción de una carretera que atravesaría los resguardos, (ii) el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá, (iii) los trámites de concesión minera para explotación de oro en Acandí y la invasión ilegal del territorio, (iv) así como el peligro de desplazamiento por la expectativa económica de las obras y proyectos. El proyecto afectaba también a comunidades raizales minoritarias.

⁷³ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷⁴ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

La Corporación estableció que los proyectos de desarrollo u obras que se planifiquen y pretendan ejecutarse en un territorio en el que habite una comunidad étnica o sea utilizado para su subsistencia, deben respetar sus usos y costumbres, en virtud del principio de pluralismo étnico reconocido en la Carta Política.

En la misma línea argumentativa, en la **Sentencia T-693 de 2011**⁷⁵, se definió al territorio de los pueblos indígenas y tribales, como aquel que *“está íntimamente ligado a su existencia y supervivencia desde el punto de vista religioso, político, social y económico”*.

A la luz de estas definiciones del territorio, debe concluirse que en el caso materia de controversia, la medida censurada –el contrato de concesión– no afecta el territorio ancestral de la Comunidad de la Boquilla, por las siguientes razones:

1.2. La playa otorgada en concesión no hace parte del título colectivo de la comunidad de la Boquilla ni del territorio adyacente.

En primer lugar, la playa objeto de disputa no hace parte del título reconocido mediante Resolución Número 467 del 30 de marzo de 2012 del INCODER.

En segundo lugar, la playa otorgada en concesión tampoco hace parte de su territorio ancestral. Respecto a la definición de territorio adyacente, la Corte Constitucional ha señalado que *“es el lugar en donde se desarrolla la vida social de la comunidad indígena”*⁷⁶

En este orden, en la sentencia T-693 de 2011⁷⁷, la Corte determinó la importancia de ampliar el concepto de territorio de las comunidades étnicas a nivel jurídico, para que comprenda no solo las áreas tituladas, habitadas y explotadas por una comunidad *“sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades culturales y económicas, de manera que se facilite el fortalecimiento de la relación espiritual y material de estos pueblos con la tierra y se contribuya a la preservación de las costumbres pasadas y su transmisión a las generaciones futuras”*. (Negrilla fuera de texto)

En hilo de lo dicho, se tiene que la playa otorgada en concesión no hace parte del territorio ancestral de la comunidad de la Boquilla. En efecto, tal como se plantea en la **Sentencia T-376 de 2012**, los miembros de la comunidad de la Boquilla emplean diferentes estrategias para lograr su subsistencia, las cuales se pueden catalogar como *tradicionales* o

⁷⁵ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁷⁶ Sentencia T-698 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

⁷⁷ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En esta sentencia, la Corte examinó el concepto de territorio colectivo en el marco de un problema jurídico relativo a la necesidad de consultar el diseño y la realización de un proyecto de desarrollo dentro del territorio ancestral de la comunidad indígena Achagua Piapoco, una minoría étnica ubicada en el municipio de Puerto López, Meta.

M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

*recientes*⁷⁸. Frente a las **prácticas tradicionales** se destacan la pesca y su comercialización, y como **recientes** se catalogan las actividades vinculadas a la economía informal del turismo.

La censura realizada en la acción de tutela que dio origen a la Sentencia T-376 de 2012, hace referencia a que las playas del corregimiento de la Boquilla son utilizadas por sus miembros para prestar servicios turísticos, motivo por el cual, el haber otorgado su concesión a un operador privado, trajo como consecuencia el retiro de los “*carperos*” de la comunidad.

En consecuencia, la situación planteada: **(i)** no hace referencia a las prácticas tradicionales que *contribuyan a la preservación de las costumbres pasadas y su transmisión a las generaciones futuras*; **(ii)** por el contrario, y tal como lo reconoce la sentencia atacada, las actividades afectadas con la concesión son aquellas relacionadas con las prácticas recientes de la comunidad, las cuales son realizadas no sólo por los miembros de la Boquilla, sino que además, son comunes para la generalidad de las personas.

- 1.3. Igualmente, se considera en la Sentencia T-376 de 2012 que la comunidad, en su conjunto, hace uso de la playa objeto de concesión para el ejercicio de la pesca de forma ancestral y para otras actividades culturales y festividades tradicionales.

Dentro de las celebraciones tradicionales de la comunidad se destacan las Fiestas del Pescador, consistente en una “*procesión de San Juan Bautista, patrono de los pescadores, que recorre toda la población, un fandango y un desfile de carrozas por la playa, una regata en el mar, y un concurso de belleza en el cual cada sector, el de arriba, el de abajo y el del medio tienen su representante*”.

Sobre este particular, debe tenerse en cuenta que la concesión otorgada: **(i)** no se refiere al mar, lugar donde se realiza la actividad de pesca; **(ii)** no restringe la libre circulación de las personas en la playa. Al respecto, la ponencia no logra probar la denegación del acceso a la playa de la comunidad de la Boquilla para realizar sus fiestas tradicionales.

- 1.4. De conformidad con lo anterior, se encuentra que la playa otorgada en concesión no hace parte del territorio ancestral de la comunidad afrodescendiente de la Boquilla, puesto que, como se señaló, en dicho lugar no habita la comunidad, ni desarrolla sus actividades culturales, religiosas o económicas como grupo étnico, social y culturalmente diferenciado.

2. LA MEDIDA CENSURADA –EL CONTRATO DE CONCESIÓN– NO ESTÁ VINCULADA CON LA DEFINICIÓN DE LA IDENTIDAD ÉTNICA DE LA COMUNIDAD DE LA BOQUILLA

⁷⁸ Página 60 Sentencia T-376-12.

2.1. El Convenio 169 de la OIT –parte del bloque de constitucionalidad– establece los siguientes criterios para identificar los pueblos que son protegidos por dicho instrumento:

“Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. La utilización del término «pueblos» en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.”

De la anterior disposición se deduce que la identidad cultural de un pueblo indígena o tribal se refiere a **(i)** las propias costumbres o tradiciones que rigen la vida del grupo y que son diferentes a las de la población mayoritaria, y **(ii)** las instituciones sociales, económicas, culturales y políticas que se han conservado por largos años –en el caso de los indígenas en muchas ocasiones desde tiempos anteriores a la conquista y la colonia-. De otros apartes del Convenio también se extraen referencias a **(iii)** lenguas y religiones propias, y **(iv)** especiales relaciones con el territorio como manifestaciones de la cultura diferenciada de estos grupos.

2.2. Esta aproximación a los elementos que definen la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y tribales ha sido acogida por la jurisprudencia constitucional.

Por ejemplo, en las sentencias T-652 de 1998⁷⁹, SU-383 de 2003⁸⁰, T-955 de 2003⁸¹ y T-693 de 2011⁸², la especial relación con el territorio fue

⁷⁹ M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁸⁰ M.P. Álvaro Tafur Galvis

⁸¹ M.P. Álvaro Tafur Galvis

⁸² M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

tomado como un elemento definitorio de la identidad de los pueblos indígenas y tribales.

En el reciente Auto 973 de 2014⁸³, la Sala de Seguimiento de la Sentencia T-025 de 2014 adoptó *“Medidas de prevención, protección y atención de las comunidades afrodescendientes de la región pacífica del departamento de Nariño en riesgo y víctimas de desplazamiento forzado, en el marco del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004 y de las medidas específicas ordenadas en el auto 005 de 2009”*. En esta providencia, se indicó que el concepto de identidad étnica y cultural es ligado a aspectos como *“modos ancestrales de participación y concertación”, “su modo de vida tradicional” y “su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas”*.

2.3. En este caso, no se demostró que la medida censurada —el contrato de concesión— afectara la identidad étnica y cultural de la comunidad tutelante, por las siguientes razones:

2.3.1. La Comunidad durante el trámite de la tutela alegó que la concesión *“afecta el mínimo vital de los miembros que actualmente ejercen labores turísticas y obstaculiza el ejercicio de las labores de pesca tradicionales de la comunidad, para las cuales es necesario el uso de la playa.”*

En primer lugar, las labores “turísticas”, que se traducen en las ventas ambulantes y el alquiler de carpas, no son actividades tradicionales que identifiquen culturalmente al pueblo tribal aludido. No son actividades que desarrollen ancestralmente, sino actividades económicas propias de la economía moderna de la ciudad y que son realizadas por muchos habitantes de la ciudad de diversos orígenes raciales, étnicos, etc.

En cuanto a la pesca, la concesión no la impedía, pues versa sobre la playa mientras la pesca se desarrolla dentro del mar. Además, no hay evidencia de que a los pescadores artesanales se les impidiera llevar sus embarcaciones a la playa materia de controversia.

2.3.2. En la sentencia también se afirma que la concesión impedía celebraciones tradicionales. Además de que en el expediente no hay evidencia de esta afirmación, tampoco es cierto que la concesión impidiera el tránsito de personas por la playa.

3. LA CONCESIÓN NO ALTERA EL ESTATUS DEL PUEBLO DE LA BOQUILLA

3.1. En la Sentencia T-376 de 2012 se concluye:

⁸³M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

“En tanto la concesión otorgada a Inversiones Talamare SCA de forma gratuita por la Dimar no prevé ninguna medida para preservar esos concretos usos tradicionales de la playa, o evitar que se produzca una restricción desproporcionada en derechos fundamentales de la Comunidad Negra de La Boquilla, sin importar si se trata de actividades permanentes (como la pesca) o esporádicas (como las celebraciones culturales aludidas), resulta claro que la concesión produce una afectación directa en la comunidad: le impone cargas, incide en la eficacia de sus derechos fundamentales, y todo ello de una manera que puede considerarse diferencial, en comparación con el resto de la población.

3.2. Al respecto, debe aclararse lo siguiente:

En primer lugar, la concesión en ningún momento impedía la pesca o la realización de ceremonias tradicionales en la playa. Ello no se probó en el fallo censurado, así como tampoco que las ceremonias aludidas efectivamente se celebraran.

En segundo lugar, la afectación que podría derivarse de la concesión no afecta desproporcionadamente a la Comunidad de la Boquilla. En el expediente no existe evidencia de que: **(i)** los integrantes de ese grupo fueran quienes en su mayoría, antes de la concesión, realizaban actividades “turísticas” en la playa; **(ii)** tampoco hay evidencia de que tales actividades turísticas fueran desarrolladas por los miembros de la comunidad exclusiva o principalmente en la playa Cielo Mar, al parecer tales labores se realizan en varias playas de la ciudad; **(iii)** no hay pruebas de cómo y en qué proporción la concesión condujo a una reducción de los ingresos de la comunidad.

De conformidad con todo lo dicho, consideró que ha debido declararse la nulidad de la Sentencia T-376 de 2012, puesto que, tal como se expuso, se produjo sin justificación un cambio en el precedente constitucional respecto a los criterios establecidos para determinar la afectación directa de las comunidades étnicas como requisito para la consulta previa, puesto que se concluyó que era necesaria la realización de consulta previa para la concesión del sector de la Playa Cielo otorgada a Inversiones Talamare S.A.S., sin que dicho lugar pueda considerarse como territorio ancestral de la comunidad afrodescendiente, ni se encuentra vinculado con la definición de su identidad étnica.

Fecha ut supra,

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
AL AUTO 260/14**

Referencia: expediente T-3331151

Asunto: Solicitud de nulidad de la
sentencia T-376 de 2012.

Magistrado Ponente:
MARIA VÍCTORIA CALLE CORREA

Respetuosamente me permito formular una aclaración de voto al Auto 260 de 2014, en el cual la Corte Constitucional resolvió negar la solicitud de nulidad de la sentencia T-376 de 2012, proferida por la Sala Primera de Revisión de esta Corporación.

La razón que motiva esta aclaración es la necesidad de dejar constancia de que mi voto favorable a la decisión tomada por la Sala en el Auto 260 de 2014, se debió a que el argumento expuesto por el solicitante sobre el incumplimiento del precedente judicial no constituye causal de nulidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991⁸⁴.

Adicionalmente, considero que la Corte mantuvo su precedente judicial en relación con la consulta previa y el concepto de afectación directa. En su decisión, la Corte Constitucional concedió el derecho a la consulta previa de la Comunidad Negra de la Boquilla y dejó sin efectos la Resolución 0497 de 2009, expedida por la Dirección Marítima de la Capitanía del Puerto de Cartagena, por la cual se otorgó la concesión a la sociedad Inversiones Talamare & Cía. S.C.A.. La decisión se fundamentó en que la comunidad había tenido una afectación directa, debido a que sus miembros tuvieron que modificar su actividad económica como “carperos” en la zona objeto de la concesión.

Manifiesta el solicitante que la Corte desconoció el precedente judicial en la Sentencia T-376 de 2012, por cuanto incumplió la regla jurisprudencial que establece que la afectación directa sólo se produce cuando la medida afecta aspectos definitorios de la identidad o el *ethos* de una comunidad específica, y que en el caso bajo estudio no existía ninguna actividad definitoria de la identidad de la Comunidad de la Boquilla que se estuviera viendo afectada con el otorgamiento de la concesión sobre la playa.

⁸⁴“Artículo 49. *Contra las sentencias de la Corte Constitucional no procede recurso alguno. La nulidad de los procesos ante la Corte Constitucional sólo podrá ser alegada antes de proferido el fallo. Sólo las irregularidades que impliquen violación del debido proceso podrán servir de base para que el Pleno de la Corte anule el Proceso.*”

Contrario a lo manifestado por el solicitante, la Sentencia T-376 de 2012 mantuvo el precedente judicial. La Sentencia siguió los parámetros de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha establecido que la consulta previa procede en todos los casos en que se vaya a adoptar una medida que afecte los derechos de las comunidades étnicamente diferenciadas, imponiéndoles cargas o beneficios que afecten su estatus.

Si bien, estoy de acuerdo con la parte resolutive del Auto, considero que es necesario hacer una aclaración sobre la interpretación que le ha dado esta Corporación a la obligación de realizar consultas previas en los casos de proyectos, obras o actividades en territorios de las comunidades étnicas, de acuerdo con lo establecido en el Convenio 169 de 1989 de la OIT.

I. La consulta previa en el Convenio 169 de 1989 y su interpretación.

Considero que es importante aclarar que dentro del texto del Convenio 169 la obligación de realizar la consulta previa surge en dos supuestos de hecho diferentes que requieren un tratamiento jurídico diferente.

Por una parte, el artículo 6° del Convenio que establece la obligación de que los Estado partes consulten las medidas legislativas y administrativas que pretendan adoptar **cuando éstas sean susceptibles de afectar a las comunidades étnicas directamente**. Al respecto dice:

Artículo 6

1. *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; (subrayado fuera del texto original)*

Por otra parte, encontramos los artículos 13 y 15 del Convenio que establecen lo siguiente:

Artículo 13

1. *Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.*

2. *La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.* (Subrayado fuera del texto original)

En consonancia con la definición de tierras y territorios establecida en el artículo 13, el artículo 15 establece la obligación de realizar consultas previas antes de emprender o autorizar programas de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Dicho artículo dispone:

Artículo 15

1. *Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.*
2. *En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.* (Subrayado fuera del texto original)

De la lectura de los artículos anteriormente citados, encontramos que existen dos fuentes diferentes de las que se desprende la obligación de realizar la consulta previa.

El artículo 6 del Convenio establece que se debe realizar el proceso de consulta previa cuando se vaya a expedir una ley o un acto administrativo, que vaya a generar una afectación directa a una población indígena determinada. En este caso encontramos que la consulta previa se encuentra supeditada a la existencia de una afectación directa. Por otra parte, el artículo 15 establece que se debe realizar la consulta previa, cuando se vaya a desarrollar un proyecto específico en un territorio que este siendo ocupado o utilizado por los pueblos indígenas. En este caso no se establece la necesidad de demostrar que existe una afectación directa a la comunidad.

Esta diferenciación ha sido reconocida por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT, quienes han establecido que en casos de proyectos de desarrollo o explotación de recursos naturales, las comunidades tienen derecho a ser consultadas sobre los territorios que ellas utilizan u ocupan de alguna manera,⁸⁵ sin necesidad de probar que existe una afectación directa a dicha comunidad. En este sentido, la obligación de consultar a las comunidades indígenas y tribales en casos de proyectos, obras o actividades que el Estado desarrolle o autorice en los territorios que éstas ocupan o utilizan no puede verse supeditada a una verificación anticipada de una afectación directa en el futuro, dado que este requerimiento sólo es exigible en casos de medidas legislativas o administrativas de carácter general.⁸⁶

Adicionalmente la Comisión de Expertos ha establecido que la consulta previa es muy importante en relación con proyectos, obras y actividades de explotación de recursos naturales, sobre todo cuando la propiedad sobre el territorio no ha sido titulada formalmente a favor de la comunidad. Lo anterior debido a que el derecho a ser consultado se encuentra estrechamente relacionado con el derecho de las comunidades a participar en los proyectos que se desarrollen en el territorio que ellas ocupan o utilizan, de acuerdo con el artículo 7 del Convenio⁸⁷ que establece lo siguiente:

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a 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. *(Subrayado fuera del texto original).*

Adicionalmente, el Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la OIT ha señalado que es necesario interpretar conjuntamente los artículos 15, 6 y 7 del Convenio, para garantizar que los pueblos indígenas sean debidamente consultados y puedan participar en los procesos de otorgamiento de concesiones y licencias, que tengan como objeto el territorio utilizado u ocupado por una comunidad determinada.⁸⁸

⁸⁵ Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), *Observación individual del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia*, Reunión 80, 2009.

⁸⁶ Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, Comprender el Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales, 1989* (núm. 169) Ginebra, Primera Edición, 2013, Pág. 13.

⁸⁷ Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), *Observación individual del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia*, Reunión 80, 2009.

⁸⁸ Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, Comprender el Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales, 1989* (núm. 169, Ginebra, Primera Edición, 2013, Pág. 23.

La OIT ha manifestado además que existe un gran problema por la aplicación inadecuada de las disposiciones del Convenio relacionadas con la obligación de realizar la consulta previa, dentro de los contextos de proyectos, obras y actividades de explotación de recursos naturales.⁸⁹ Su preocupación radica en que este tema ha sido el que mayor cantidad de reclamos ha tenido ante sus órganos de control, debido a los conflictos que se han generado entre los pueblos indígenas y tribales, y los actores del sector privado, titulares de licencias o concesiones.⁹⁰

Esta interpretación del Convenio ha sido introducida en la legislación de otros países tales como Perú. Tanto la Ley de Consulta Previa como su Reglamento establecen distinciones entre las dos situaciones de hecho en que el Estado debe realizar consultas previas. Así, en un caso se habla de afectación directa, entendida como una afectación de los derechos colectivos de las comunidades indígenas, mientras en otro se hace hincapié en el ámbito de aplicación geográfica de la medida. Así, el artículo 10 de la Ley No. 29785 peruana desarrolla el artículo 6 del Convenio utilizando el concepto de identificación de los pueblos indígenas u originarios de la siguiente forma:

Artículo 10. Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados. *La identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa sobre la base del contenido de la medida propuesta, el grado de relación directa con el pueblo indígena y el ámbito territorial de su alcance.* (Subrayado fuera del texto original)

De acuerdo con la legislación anteriormente citada, el concepto de afectación directa como mecanismo de identificación de quien debe ser consultado, sólo es aplicable en el caso de que una autoridad estatal quiera expedir una ley o un acto administrativo que pueda afectar directamente a una comunidad. En desarrollo de lo anterior, el artículo 7 del Reglamento de la Ley No. 29785 desarrolla de manera separada los conceptos de afectación directa y de ámbito geográfico, de la siguiente manera:

Artículo 7. Sujetos del derecho a la consulta.

7.1. Los titulares del derecho a la consulta son el o los pueblos indígenas cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa.

⁸⁹ Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, Comprender el Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169, Ginebra, Primera Edición, 2013, Pág. 23.

⁹⁰ Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, Comprender el Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169, Ginebra, Primera Edición, 2013, Pág. 23.

7.2. Los titulares del derecho a la consulta **son el o los pueblos indígenas del ámbito geográfico en el cual se ejecutaría dicha medida o que se ve afectada directamente por ella.** La consulta se realiza a través de sus organizaciones representativas. Para ello, los pueblos indígenas nombrarán a sus representantes según usos, costumbres y normas propias.

El mantenimiento de la distinción entre un criterio basado en la afectación directa, y otro basado en la definición de un ámbito geográfico tiene su fundamento en que, como se expondrá en el siguiente acápite de esta aclaración de voto, resulta ilusorio pretender establecer de antemano cuándo un proyecto, obra o actividad va a afectar directamente la integridad cultural de una comunidad étnicamente diferenciada.

II. Efectividad de la protección en casos de proyectos de desarrollo y explotación de recursos naturales.

De acuerdo con el preámbulo y los artículos 6 y 15 del Convenio 169, la consulta previa busca garantizar la protección de los derechos de los pueblos indígenas y su debida participación en la toma de decisiones, para que no se vean afectados negativamente con la adopción de una medida legislativa o administrativa, o con la realización de un proyecto, obra o actividad dentro del territorio que ocupan o utilizan.

En términos generales, la lectura de una medida legislativa o administrativa permite determinar si ésta es susceptible de producir una afectación directa. Entre tanto, no siempre resulta fácil determinar cuándo un proyecto, obra o actividad va a producir una “afectación directa”. Esto se debe, en primer lugar, a que los efectos de un proyecto, obra o actividad no se producen únicamente durante su ejecución sino que se proyectan en el tiempo, afectando en ocasiones a generaciones enteras. Por otra parte, las afectaciones sociales y culturales que produce un proyecto, obra o actividad corresponden a procesos sociales de larga duración que no pueden ser identificados desde el inicio del proyecto.

Para garantizar la efectividad de la protección en los casos de proyectos, obras y actividades resulta más adecuado determinar cuál va ser su área geográfica de influencia, y consultar a las comunidades que la ocupen o utilicen. Lo anterior, con el fin de que la consulta previa no se vea supeditada a especulaciones e incertidumbres respecto de afectaciones directas futuras.

Teniendo en cuenta el texto Convenio 169, la interpretación que ha dado la OIT del mismo, y la efectividad de la protección que se busca con la realización de la consulta previa, considero que no se debe hacer un análisis sobre la afectación directa en casos de proyectos, obras y actividades que se realicen en el territorio de las comunidades indígenas y tribales.

En los anteriores términos, dejo resumidos los argumentos que sustentan la razón de mi respetuoso disenso en el aspecto anteriormente relacionado.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada