

Sentencia T-485/15

Referencia: expedientes T-3.720.675 y T-3.779.765, acumulados.

Acciones de tutela promovidas, de forma separada, por María del Carmen García García, representante legal de la Asociación de Trabajadores del Turismo de Playa Blanca (Asotuplab), y por Wilfrido del Río Estrada, contra el Ministerio del Interior, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo y Otros.

Magistrada Ponente (E):
MYRIAM AVILA ROLDAN

Bogotá, D.C., cinco (5) de agosto de dos mil quince (2015)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, particularmente las señaladas en el artículo 241-9 de la Constitución y en el artículo 33 del Decreto Ley 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por dictados el veintiséis (26) de septiembre de dos mil doce (2012) y el nueve (9) de octubre de dos mil doce (2012), en única instancia, por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

I. ANTECEDENTES

Acumulación de procesos.

1. Los fallos objeto de estudio fueron seleccionados para su revisión por parte de la Corte en fechas diferentes. El expediente T-3.720.675, correspondiente a la tutela que formuló la ciudadana María del Carmen García García como representante legal de la Asociación de Trabajadores del Turismo de Playa Blanca, contra el Ministerio del Interior, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (FONADE), la Alcaldía de Cartagena de Indias y la Defensoría del Pueblo fue seleccionado por la Sala de Selección de Tutelas Número Doce, mediante auto del siete (7) de diciembre de 2012 que, además, lo repartió al despacho del magistrado (e) Alexei Julio Estrada.

El doce (12) de abril de dos mil trece (2013), el Defensor del Pueblo presentó una solicitud de insistencia con el objeto de que el Expediente T-3.779.765, relativo a la tutela que instauró Wilfrido del Río Estrada como miembro del Consejo Comunitario de Negritudes de Playa Blanca, contra las entidades referidas previamente, fuera seleccionado para surtir el trámite de revisión ante la Corte. La Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro seleccionó el expediente y lo repartió al despacho del magistrado (e) Alexei Julio Estrada, el veinticuatro (24) de abril siguiente.

A través de providencia del doce (12) de junio de dos mil trece (2013), la Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional acumuló los expedientes T-3.720.675 y T-3.779.765 para que fueran fallados en una sola sentencia, debido a que presentaban unidad de materia respecto de los hechos y los derechos invocados.¹

Dado que las tutelas plantean, en efecto, la misma controversia, la Sala reseñará conjuntamente sus fundamentos fácticos y jurídicos y las pretensiones de los peticionarios. Los argumentos que formularon las entidades accionadas al contestar las solicitudes de amparo y los fallos objeto de revisión se reseñarán por separado, respecto de cada expediente, realizando, cuando haga falta, las precisiones que resulten pertinentes.

2. Los hechos²

2.1. Los ciudadanos María del Carmen García García y Wilfrido del Río Estrada promovieron tutelas, de forma separada, con el objeto de obtener el amparo de los derechos fundamentales que el Ministerio del Interior, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (en adelante, FONADE), la Alcaldía de Cartagena de Indias y la Defensoría del Pueblo les habrían vulnerado a la Asociación de Trabajadores del Turismo de Playa Blanca (en adelante, Asotuplab) y al Consejo Comunitario de Negritudes de Playa Blanca. Esto al excluirlos del proceso de consulta previa relativo a la ejecución de un proyecto turístico y hotelero que la empresa Playa Blanca Barú S.A.S estaría realizando en sus territorios. La ciudadana García García adujo actuar como representante legal del Asotuplab. El ciudadano del Río, como integrante del Consejo Comunitario de Negritudes de Playa Blanca.

2.2. Los escritos de tutela precisan, en primer lugar, que la comunidad de Playa Blanca se encuentra ubicada en el sector del mismo nombre, en el corregimiento de Santa Ana, en predios que la Corona Española les entregó a sus antecesores para compensarlos por los actos de colonización que tuvieron lugar en sus tierras. La comunidad es un pueblo tribal, de aquellos que, en los términos del Convenio 169 de la OIT, tienen condiciones sociales, culturales y económicas que les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional y están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres y tradiciones.

¹ El ponente de esa decisión fue el magistrado Alberto Rojas Ríos.

² En este punto, la Sala se atiene, exclusivamente, al relato efectuado por los peticionarios.

2.3. Relataron los accionantes que la comunidad de Playa Blanca constituyó Asotuplab hace dos años, como una entidad sin ánimo de lucro que agremia los establecimientos de comercio del sector. De igual manera, conformaron un Consejo Comunitario, que se dedica a solucionar los problemas socioeconómicos, culturales y ambientales que los afectan. Además, con el propósito de preservar y mantener su integridad cultural, la comunidad eligió a la junta directiva de Asotuplab y al representante legal del Consejo de Negritudes de Playa Blanca, el 12 de agosto de 2012.

2.4. Indicaron que los entes accionados, importantes grupos económicos y la firma Playa Blanca Barú S.A.S, pretenden ejecutar un proyecto turístico en sus territorios. De hecho, las obras ya iniciaron, como lo revela el constante ingreso de maquinaria a la zona. La comunidad de Playa Blanca, sin embargo, no fue consultada sobre el particular, pese a que es una comunidad afrodescendiente, con personería jurídica, costumbres propias y tradiciones ancestrales, que además obtienen su sustento a través de sus prácticas y su relación con la playa.

2.5. Los accionantes refirieron que la sociedad Playa Blanca Barú consultó la ejecución del proyecto turístico con los habitantes de la vereda Santa Ana de Barú, sin considerar que, en realidad, es la comunidad de Playa Blanca la que se verá afectada con la ejecución del mismo. La compañía no tuvo en cuenta que el proyecto turístico pretende desarrollarse en el área donde *“venimos trabajando y viviendo como único sustento y que desde hace muchas décadas hemos poseído el territorio de manera permanente y lo hemos defendido como el único donde tenemos la posibilidad de vivir y trabajar en compañía de nuestras familias”*.

2.6. En efecto, la comunidad de Playa Blanca manifiesta que no fue notificada sobre el proceso de consulta previa que iba a realizarse en el salón comunal de Santa Ana, el 30 de agosto de 2012. Cuando algunos de ellos se presentaron en el lugar para participar en el proceso, fueron *“calificados como ilegales por parte de los funcionarios del Ministerio del Interior”*, sin que el representante de la Defensoría del Pueblo, que se encontraba presente, hubiera podido efectuar una *“defensa legítima”* de sus derechos. Dijeron, además, que la representante legal de Asotuplab fue víctima de discriminación racial.

2.7. En criterio de los peticionarios, la decisión de negarles la posibilidad de ser consultados sobre las decisiones relativas a la ejecución del proyecto turístico parte de la idea de que no constituyen una comunidad raizal. Las entidades accionadas, expusieron, no han tenido en cuenta que la comunidad de Playa Blanca conformó el consejo comunitario de negritudes de la vereda Playa Blanca, pero la Alcaldía de Cartagena se ha negado a inscribirlo como tal en su oficina de etnias, pese a que tal requisito es fundamental para obtener el registro por parte del Ministerio del Interior.

2.8. Plantearon, por otro lado, que la organización Corplaya está tramitando la ampliación de una concesión obtenida a través de la Resolución 0325 del 6 de octubre de 2008, mediante la cual pretenden mejorar los kioscos en los que la

comunidad realiza actividades de sustento y prácticas tradicionales. Sobre el particular tampoco fueron consultados. En lugar de ello, han sido tratados como invasores.

2.9. Para finalizar, los accionantes precisaron que la situación que relatan -la cual fue advertida, además, por varios periodistas³- da cuenta de que los habitantes de Playa Blanca “*sufren el abandono y persecución por parte del Estado, el cual no solo irrespete el reconocimiento de su personalidad jurídica como comunidad raizal, en absoluta contradicción de los postulados constitucionales, sino que ha desconocido que se trata de personas de especial vulnerabilidad que viven atemorizados por el riesgo inminente que corre su sustento y el de sus familias, adicional a la suerte de los ancianos, los niños y las personas que nacieron, crecieron y se formaron sobre dicho territorio, pero que hoy son tratados como invasores de sus propias tierras por grupos económicos y políticos*”.

3. La solicitud de protección de derechos fundamentales

De conformidad con lo expuesto, los ciudadanos García García y del Río Estrada solicitaron amparar los derechos fundamentales vulnerados a la comunidad de Playa Blanca y ordenar que, en consecuencia, se suspenda el proyecto turístico Playa Blanca Barú, mientras se efectúa el respectivo proceso de consulta previa en un marco de respeto y con vigilancia especial por parte de los organismos de control y las veedurías ciudadanas. Adicionalmente, solicitaron que se declare la ilegalidad del procedimiento de consulta adelantado en agosto de 2012 con quienes carecían de legitimación para actuar en esa diligencia.

4. Trámite de instancia respecto del Expediente T-3.720.675, correspondiente a la tutela promovida por Carmen García García, en representación de Asotuplab

La tutela promovida por la ciudadana García fue admitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena el 13 de septiembre de dos mil doce (2012). A la solicitud de amparo respondieron las entidades accionadas, en los términos que a continuación se sintetizan:

4.1. Respuesta del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo⁴

El Ministerio solicitó ser excluido del proceso, considerando que le transfirió a FONADE el derecho pleno de dominio que ejercía sobre el predio denominado “La Puntilla”, mediante escritura pública de 2008. La entidad explicó que, desde la fecha, perdió toda vinculación con ese predio, siendo FONADE, como titular

³ En este punto, los peticionarios citaron a los columnistas Alejandra Azuero (Lo que no se dijo sobre Barú, *Semana.com*, octubre 13 de 2007 <http://www.semana.com/opinion/articulo/lo-no-dijo-sobre-baru/88723-3>) y Carlos Villalba Bustillo (Dos caimanes vs. un chigüiro, *El Universal*, julio 15 de 2012 <http://www.semana.com/opinion/articulo/lo-no-dijo-sobre-baru/88723-3>).

⁴ Folios 13 al 15 del cuaderno principal del Expediente T-3.720.675.

del dominio, parte demandada en la acción de tutela objeto de revisión. En todo caso, el Ministerio no intervino de ninguna manera en el proceso de consulta previa que la accionante acusa de ilegal.

4.2. Respuesta de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias

La Alcaldía de Cartagena contestó a través de dos documentos distintos. En su intervención, el Secretario de Convivencia Ciudadana del Distrito⁵ explicó que la Alcaldía no se ha negado a registrar al Consejo Comunitario de Negritudes de la vereda Playa Blanca por capricho. Por el contrario, indicó, el referido consejo comunitario no ha presentado formalmente el acta de elección que se requiere para proceder a efectuar su registro, de conformidad con lo previsto en la Ley 70 de 1993 y en su Decreto reglamentario 1745 de 1995⁶. El funcionario solicitó declarar la tutela promovida por Asotuplab, considerando que a través de ella se pretende omitir el requisito de elevar la solicitud de registro del consejo comunitario y que, de todas maneras, los accionantes pueden agotar la vía gubernativa ante la autoridad administrativa local.

Más tarde, intervino ante el juzgado de instancia la asesora de la Oficina Jurídica de la Alcaldía Mayor de Cartagena. La abogada solicitó que se deniegue la acción de tutela con respecto a su representada, habida cuenta que la pretensión relativa al amparo del derecho a la consulta previa le incumbe al Ministerio del Interior, que es la entidad que determina, tras visitar el terreno en el que se ejecutará el proyecto, si hay lugar o no a la consulta previa. En cuanto a la solicitud de reconocimiento de la personería jurídica del consejo comunitario, reiteró lo advertido por el Secretario de Convivencia Ciudadana del Distrito: los interesados no han presentado el acta de elección ante el alcalde, lo cual ha impedido que se lleve a cabo el respectivo reconocimiento.

4.3. Respuesta de la Defensoría del Pueblo⁷

El Defensor Regional del Pueblo de Bolívar⁸ informó que el 21 de agosto de 2012 recibió una invitación del Ministerio del Interior para participar en el proceso de consulta previa con el consejo comunitario de Santa Ana, el 30 de agosto siguiente. En consecuencia, designó a Javier Enrique Tolosa Amaris, defensor público, para que asistiera a la diligencia y garantizara los derechos fundamentales de los asistentes. El acta de la actividad de preconsulta fue firmada por el Defensor, los funcionarios de la dirección de consulta previa del Ministerio del Interior, de la Personería Distrital de Cartagena de Indias, los representantes legales del consejo comunitario de Santa Ana y los demás participantes. Según le informó el mencionado funcionario, el referido proceso se desarrolló con tranquilidad, con significativa asistencia de la comunidad y con la

⁵ Folios 38 a 44 del cuaderno principal del Expediente T-3.720.675.

⁶ El artículo 9º del Decreto 1745 de 1995 indica que las actas de elección de la junta del consejo comunitario debe presentarse ante el alcalde municipal donde se localice la mayor parte de su territorio, quien la firmará y registrará y registrará en un libro que llevará para tal efecto, en un término no mayor de cinco (5) días. Tal acta, de acuerdo con la norma, constituirá documento suficiente para los efectos de representación legal.

⁷ Folios 43 y 44 del cuaderno principal del Expediente T-3.720.675.

⁸ Antonio Padilla Oyaga.

dirección y guía de los funcionarios del grupo de consulta previa del Ministerio del Interior.

En virtud de lo expuesto, el Defensor solicitó declarar la falta de legitimación por pasiva de la Defensoría y convocar al Ministerio del Interior para que aportara el acta de la preconsulta que adelantó con la comunidad del corregimiento de Santa Ana el treinta de agosto de 2012.

4.4. Respuesta de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior⁹

El Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior¹⁰ contestó la acción de tutela mediante escrito del 19 de septiembre de 2012.

En su escrito, el funcionario indicó que la accionante no estaba legitimada para solicitar la protección de su derecho a la consulta previa, pues, de conformidad con la jurisprudencia, la comunidad negra es una entidad antropológica, en la medida en que está dada por un “*grupo humano delimitado por factores comunes socio-culturales, históricos, genealógicos y geográficos, que se reconoce y es reconocido como tal, es decir, que tienen una identidad para sí y objetivamente dentro de la población del país*”. El hecho de que los peticionarios estuvieran afiliados en una asociación no los hacía sujetos colectivos de protección especial, pues debían “conjurar” los elementos mencionados anteriormente.

Por otro lado, explicó el funcionario que, atendiendo a la solicitud de la empresa ejecutora del proyecto, el Ministerio expidió, en mayo 10 de 2011, certificación de presencia de grupos étnicos, cuyo contenido era el siguiente:

“Se registra la presencia de comunidades negras del Consejo Comunitario de la comunidad negra del corregimiento de Puerto Badel Santa Ana, Consejo Comunitario de comunidades negras de la unidad comunera de Ararca y Consejo Comunitario de comunidades negras de la unidad comunera de gobierno rural de Barú localidad histórica del caribe colombiano, en el área de influencia del proyecto Playa Blanca Barú, en jurisdicción del municipio (sic) de Cartagena de Indias, departamento de Bolívar”.

La certificación se expidió “*desde el punto de vista cartográfico, geográfico y espacial, una vez revisada y analizada la base cartográfica del IGAC, del Incoder y de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías y de la Dirección de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior*”. Así las cosas, Playa Blanca Barú S.A.S solicitó iniciar el proceso de consulta previa con las comunidades sujetos del derecho fundamental. Con ese objeto, el Ministerio ha adelantado las siguientes acciones: (i) el 29 de agosto de 2012, reunión de preconsulta con el Consejo Comunitario de Barú; (ii) el 30 de agosto de 2012, reunión de preconsulta con el Consejo

⁹ Folios 51-58 del cuaderno principal del Expediente T-3.720.765.

¹⁰ Rafael Antonio Torres Marín.

Comunitario de Santa Ana y (iii) el 31 de agosto de 2012, reunión de preconsulta con el Consejo Comunitario de Ararca.

Concluyó el funcionario que, en los términos referidos, el proyecto turístico en cuestión ha sido consultado con las comunidades negras que son titulares del derecho a la consulta previa, condición que no tienen los integrantes de Asotuplab.

4.5. Respuesta de FONADE¹¹

El apoderado del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, FONADE, Jairo Delgado Arrieta, solicitó declarar improcedente la tutela promovida por la representante legal de Asotuplab, considerando que (i) propone una controversia de orden legal, que puede dirimirse en el marco de un proceso contencioso administrativo u ordinario; (ii) que no cumple el requisito de inmediatez, pues la actora reconoce que sabe del proyecto turístico desde 2008 y que (iii) no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable. En todo caso, el abogado se refirió a lo solicitado por Asotuplab, en los siguientes términos.

En primer lugar, indicó que el macroproyecto turístico Playa Blanca Barú ha sido socializado en las comunidades que se encuentran en su área de influencia, es decir, con las comunidades de Ararca y de Santa Ana, de conformidad con lo previsto en el Decreto 2893 de 2001, que consagra la obligación de consultar a las comunidades étnicas minoritarias respecto de las medidas que puedan afectarlas directamente y supedita la consulta a que se haya certificado la presencia de la comunidad en esa área determinada.

En criterio del apoderado, lo previsto en el decreto supone que *“sin dicha certificación, no procede la consulta previa, no hay lugar a la participación de ese pueblo en la decisión que lo pueda afectar”*. Así, considerando la certificación expedida por el Ministerio del Interior respecto del caso concreto, se realizó el proceso de consulta previa con las comunidades de Ararca y de Santa Ana, sin que fuera posible considerar al grupo de vendedores que están ocupando el área de playa como asentamiento poblacional étnico y sin tradición ancestral.

De todas maneras, precisó que tales personas regresan a sus pueblos, donde viven con sus familias, es decir, a Ararca y a Santa Ana, una vez finaliza su jornada de ventas, pues evidente que nadie puede vivir en la playa, que es un bien de uso público. Tal conducta, dijo el abogado, violaría la normativa del Distrito de Cartagena de Indias y atentaría contra el interés de todos los ciudadanos.

El apoderado advirtió, finalmente, que la decisión que se adopte respecto del caso no puede amparar la ocupación que la accionante dice estar haciendo de un bien de uso público, ya que una decisión en ese sentido contravendría los procedimientos legalmente establecidos para realizar ocupaciones temporales o recibir concesiones en zona de playa. Tampoco puede el juez constitucional

¹¹ Folios 98 a 107 del Expediente T-3.720.765.

definir si las personas que ocupan la playa son habitantes raizales o una organización propia que pueda ser amparada por vía de tutela. Tal reconocimiento, concluyó, tiene un procedimiento establecido, reglamentado y, por ende, la acción de tutela no puede usarse como un mecanismo para inmiscuirse en la órbita de otros funcionarios.

5. La decisión judicial objeto de revisión

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cartagena denegó la tutela que promovió la señora García en representación de la Asotuplab, mediante providencia del veintiséis (26) de septiembre de dos mil doce (2012).

El tribunal resolvió que la accionante no había realizado las gestiones pertinentes para lograr la inscripción del Consejo Comunitario de Comunidades de la Vereda Playa Blanca en los registros de la Alcaldía de Cartagena. Con respecto a la solicitud de amparar el derecho a la consulta previa, indicó el tribunal de instancia que la comunidad accionante no tenía la condición de comunidad raizal, de conformidad con la jurisprudencia constitucional que define como raizales a los sujetos colectivos de protección especial que habitan el archipiélago de San Andrés, Santa Catalina y Providencia. Y aunque era factible *“ubicarla dentro de la comunidad negra de Colombia”*, el hecho de que Asotuplab tuviera las características de una asociación descartaba que fuera sujeto de las consultas previas, en tanto no hace parte de un asentamiento cultural reconocido y protegido. Indicó el alto tribunal que los accionantes pertenecen a un grupo de comerciantes, registrados en la zona del corregimiento de Santa Ana. Por esas razones, las accionadas no tenían por qué convocarlas a participar en el proceso de consulta previa que llevaron a cabo en agosto de 2012.

6. Trámite de instancia respecto del Expediente T-3.779.765, correspondiente a la tutela promovida por Wilfrido del Río Estrada, integrante del Consejo Comunitario de Negritudes de Playa Blanca.

La tutela que promovió el ciudadano del Río Estrada fue admitida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cartagena el veintisiete (27) de septiembre de 2012. Luego, mediante auto del ocho (8) de octubre siguiente, el magistrado ponente vinculó al trámite constitucional a Playa Blanca Barú S.A.S, a fin de conformar en debida forma el contradictorio y garantizar su derecho de defensa. En la oportunidad procesal, las entidades accionadas respondieron lo siguiente:

6.1. Respuesta de FONADE¹²

El apoderado de FONADE se opuso a la solicitud formulada por el ciudadano del Río Estrada, con los mismos argumentos que planteó frente a la tutela que promovió la demandante García García. En resumen, recordó que Playa Blanca es un bien de uso público y que la ocupación que dice realizar el accionante solo

¹² Folios 40 al 51 del primer cuaderno del Expediente T-3.779.765

sería posible si hubiera sido autorizada por la alcaldía y la Dirección General Marítima o la Capitanía del Pueblo de Cartagena.

El abogado indicó que no es cierta la afirmación que hace el actor acerca de que los integrantes del consejo comunitario de negritudes se ubican en predios que fueron propiedad privada de sus antecesores. Reiteró que la consulta solo debe realizarse con las comunidades identificadas en la certificación que expide el Ministerio del Interior en relación con la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto de que se trate. Por último, solicitó tener como precedente judicial para rechazar la tutela el fallo proferido por la Sala el 26 de septiembre de 2012, en relación con la petición formulada, en el mismo sentido, por la representante legal de Asotuplab, María del Carmen García García.

6.2. Respuesta del Ministerio del Interior¹³

El Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior transcribió en su respuesta los argumentos planteados en el escrito de contestación de la tutela promovida por Asotuplab.

6.3. Respuesta de la Defensoría del Pueblo¹⁴

El Defensor del Pueblo Regional Bolívar transcribió en su respuesta los argumentos planteados en el escrito de contestación de la tutela promovida por Asotuplab.

6.4. Respuesta de Playa Blanca Barú SAS¹⁵

El apoderado de Playa Blanca Barú S.A.S explicó que su representada es la legítima propietaria de los predios denominados La Puntilla y Punta Seca, ubicados en la isla de Barú, en jurisdicción del municipio de Cartagena, sobre los cuales ejerce plena posesión material, como lo hicieron sus tradentes, quienes, a su vez ejercieron la posesión material con una cadena de tradición en pleno derecho de más de veinte años.

El abogado señaló que Playa Blanca Barú S.A.S está legitimada para actuar dentro del trámite constitucional en la medida en que ha gestionado ante el Ministerio del Interior el trámite de la consulta previa para el desarrollo urbanístico de lotes de su propiedad. El proyecto turístico que la compañía pretende adelantar en esos predios, precisó, incluye en esquema para que las *“personas de la isla que viven en los pueblos de Ararca, Santa Ana y Barú, y que desde hace tiempo trabajan en la playa puedan ejercer su actividad en mejores condiciones de higiene, seguridad y calidad de vida, todo esto debidamente concertado con la comunidad”*.

¹³ Folios 87 a 97 del primer cuaderno del Expediente T-3.779.765.

¹⁴ Folios 98 y 99 del primer cuaderno del Expediente T-3.779.765.

¹⁵ Folios 104 a 109 del primer cuaderno del Expediente T-3.779.765

A continuación, el apoderado dio cuenta de las gestiones que ha adelantado Playa Blanca Barú S.A.S en aras de agotar el proceso de consulta previa. Para el efecto, sostuvo, la compañía le solicitó al Ministerio del Interior y al Incoder certificar si en el área de influencia del proyecto había comunidades indígenas y negras inscritas, con asentamientos reconocidos. Las entidades certificaron que no hay comunidades indígenas, pero sí comunidades negras, asentadas en Ararca, Santa Ana y Barú. En ningún momento se reconocieron asentamientos en Playa Blanca. Posteriormente, a raíz de una solicitud de aclaración que formuló la compañía, el Ministerio del Interior precisó que la comunidad que se ubica en la isla de Barú es la de Santa Ana, y no la de Puerto Bardel - Santa Ana, que se ubica en Arjona. Realizada la convocatoria de las comunidades asentadas en el área de influencia del proyecto, se efectuaron las reuniones correspondientes entre el 29 y el 31 de agosto de 2012.

Hechas estas precisiones, el abogado solicitó declarar la tutela improcedente, considerando (i) que la firma del actor no figura en el acta de constitución del Consejo Comunitario de Negritudes de Playa Blanca, lo cual descartaría su legitimación para actuar en nombre de esa entidad; (ii) que el asunto que se cuestiona puede ser estudiado en otras vías judiciales y administrativas; (iii) que no se demostró que exista un perjuicio irremediable y, finalmente (iv) que existe un precedente judicial sobre la materia, este es, el contenido en el fallo que negó la acción de tutela formulada, por los mismos motivos, por la ciudadana María del Carmen García García.

7. La decisión objeto de revisión

El amparo reclamado por el ciudadano del Río Estrada fue denegado por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cartagena a través de sentencia del nueve (9) de octubre de dos mil doce (2012).

La Sala reiteró los argumentos que planteó al resolver la tutela formulada por la ciudadana García García. En ese sentido, expuso que la comunidad accionante no tenía la condición de comunidad raizal, pero que era posible ubicarla “*dentro de la comunidad negra de Colombia*”, a la luz del concepto de comunidad negra abordado por el Consejo de Estado en sentencia del cinco (5) de agosto de dos mil diez (2010)¹⁶, que establece que por tal debe entenderse al conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, una historia común o compartida, sus tradiciones, costumbres propias, un espacio físico en el campo, es decir, rural, y un asentamiento humano en dicho espacio.

El tribunal consideró que el Consejo Comunitario de Negritudes de Playa Blanca podía hacer parte, en esos términos, de una comunidad negra. No obstante, el hecho de que no hubiera sido reconocido por el Ministerio del Interior descartaba que se tratara de “*sujetos partes dentro de las llamadas consultas previas*”, lo cual exigía denegar el amparo invocado. En ese sentido, el fallo indicó: “*en tratándose de zonas no tituladas pero de habitación frecuente por parte de la*

¹⁶ Radicado 2007-00039-00

comunidad susceptible de afectación, la Corte Constitucional, con fundamento en las normas anteriormente citadas, ha reseñado que corresponde al Ministerio de Interior certificar su presencia, el pueblo al que pertenecen, su representación y ubicación geográfica. Y es que si bien las comunidades afro están reconocidas constitucional y legalmente, también es cierto que existen organización (sic) afro reconocidas de antaño, las cuales están organizadas de conformidad con lo señalado en la Ley 70 de 1973 (sic), tal como lo son aquellas comunidades con las cuales se adelantó el proceso de consulta previa”.

8. Respuesta del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo allegó su respuesta a la solicitud de amparo con posterioridad a la fecha en que fue proferida la sentencia. En su contestación, la entidad planteó los mismos argumentos que formuló con respecto a la tutela promovida por la ciudadana García García. En consecuencia, solicitó ser excluido del proceso, considerando que no intervino en el proceso de consulta previa que se cuestiona y que transfirió su dominio sobre el predio “La Puntilla” a FONADE, en 2008.

9. Actuaciones adelantadas en sede de revisión constitucional

Mediante providencia del diecinueve (19) de abril de 2013, el magistrado sustanciador (E), Alexei Julio Estrada, decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la controversia planteada en el Expediente T-3.720.675, relativo, como se ha dicho, a la tutela promovida por Asotuplab. El magistrado sustanciador ordenó oficiar al Ministerio del Interior con el objeto de que hiciera llegar a la Corte certificaciones sobre la presencia de comunidades indígenas, negras o colectividades que pudieran haberse visto afectadas por el desarrollo del proyecto Playa Blanca Barú, copia de los estudios de impacto cultural, social y ambiental que se hubieran llevado a cabo en ese marco y certificación de los procesos de preconsulta y consulta del caso. Así mismo, dispuso que se oficiara a la Alcaldía de Cartagena para que informara, entre otros aspectos, sobre los mecanismos de participación para las agrupaciones de trabajadores que pudieran verse afectados por el desarrollo del proyecto turístico.

En la misma ocasión, ordenó poner en conocimiento de Playa Blanca Barú S.A.S y de la Defensoría del Pueblo el contenido del expediente, para que se pronunciaran sobre lo solicitado en la tutela, e invitó al Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) y a distintas universidades¹⁷ a rendir su concepto técnico acerca de la controversia constitucional objeto de estudio. En consecuencia, la Sala ordenó suspender los términos para adoptar la decisión de

¹⁷ El magistrado sustanciador dispuso oficiar, para el efecto, a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena; a la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad Tecnológica de Bolívar; a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario; al Departamento de Antropología de la Universidad de los Andes; al grupo de Estudios Afrocolombianos y al grupo Idearan de la Universidad Nacional de Colombia Universidad Nacional y al Observatorio sobre Discriminación Racial de la Universidad de los Andes.

fondo, mientras las pruebas decretadas se incorporaban y se valoraban en el proceso.

Más tarde, con ocasión de una solicitud de insistencia presentada por el Defensor del Pueblo, la Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro de esta corporación seleccionó el expediente T-3.779.765 (correspondiente a la tutela promovida por el ciudadano del Río Estrada), el cual, como se dijo, fue repartido al despacho del magistrado (e) Alexei Julio Estrada el veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013). Mediante providencia del doce (12) de junio siguiente, con ponencia del magistrado Alberto Rojas Ríos, la Sala Octava de Revisión ordenó que el proceso se acumulara al Expediente T-3.720.675, para que ambos casos se resolvieran en una sola sentencia.

A continuación se sintetizan las intervenciones presentadas ante la Corte por diversas autoridades y personas, en razón del decreto de pruebas anteriormente mencionado.

9.1. Respuesta de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior

El Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior puso de presente a la Corte cómo concurren en el área de Playa Blanca dos proyectos que han requerido el procedimiento de consulta. El primero, relativo al proyecto hotelero denominado Playa Blanca Barú S.A.S. En el marco del mismo y a solicitud de la empresa constructora, la Dirección de Consulta Previa “*emitió Acto Administrativo OF111-18803-GCP-0201 del 10 de mayo de 2011, en donde certificó que se registra la presencia de las Comunidades Negras del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra del Corregimiento de Puerto Badel Santa Ana, Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural Ararca y Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Barú, en el área de influencia del proyecto: “PLAYA BLANCA BARÚ”*”.

Del mismo modo, se informó que respecto de esas comunidades se efectuaron reuniones de preconsulta, consulta y socialización de identificación de impactos y medidas de manejo. Tales reuniones fueron realizadas durante los meses de agosto, noviembre y diciembre de 2012, así como enero y febrero de 2013.

El segundo proyecto refiere a la concesión marítima ante la Dirección Marítima – DIMAR, promovido por la Corporación para el Desarrollo de Playa Blanca – Barú, Corplaya. En este caso, a través de Acto Administrativo 1604 del 6 de agosto de 2012, la Dirección de Consulta certificó que no se registraba presencia de grupos étnicos en el área de influencia del citado proyecto. No obstante, también se señaló que consultada la base de datos sobre comunidades afrocolombianas, raizales y palenqueras, se evidenciaba presencia de los Consejos Comunitarios: Unidad Comunera del Gobierno Rural Ararca, Unidad Comunera del Gobierno Rural de Santa Ana y la Unidad Comunera del Gobierno Rural de Barú, “*quienes no cuenta con Resolución de adjudicación de tierras o titulación colectiva otorgada por el Incoder.*” Sobre este mismo particular, la

Dirección agregó que *“posteriormente la Alcaldía de Cartagena informó que no registró a otro grupo de personas que solicitaron el registro como “Consejo Comunitario Playa Blanca” por considerar que dicho grupo no cumple con los requisitos consagrados en el Decreto 1745 de 1995. Por lo tanto, ellos no hacen parte de los sujetos colectivos de Consulta Previa.”*

De otro lado, a fin de dar respuesta a los requerimientos hechos por la Corte sobre información acerca de la presencia de comunidades tradicionales en el área de influencia del Proyecto Playa Blanca Barú, así como sobre la presencia de colectividades que pudiesen verse afectadas con el desarrollo del citado proyecto, la Dirección remitió copia de la comunicación del 23 de mayo de 2011. En ella se da respuesta a la representante legal de Playa Blanca Barú S.A.S. a su solicitud de certificado de presencia de comunidades indígenas o afrodescendientes. Allí se certificó idénticos resultados a los anteriormente señalados, en el sentido de la inexistencia de comunidades registradas en el área del proyecto hotelero, pero sí la presencia de otras comunidades afro, ubicadas en el área de influencia de dicho proyecto.

La Dirección también anexó copia de la Certificación 1604 del 6 de agosto de 2012, expedida conforme a la solicitud efectuada por el representante legal de Corplaya. Allí se indicó que, a partir de lo concluido por un geógrafo contratista del Ministerio, se evidenciaba en la zona la presencia de las organizaciones de base denominadas Unidad Comunera del Gobierno Rural de Ararca, Unidad Comunera de Gobierno Rural de Santa Ana y la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Barú, todas ellas comunidades asentadas en el área de influencia del proyecto e inscritas ante la Dirección de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior. Sin embargo, agregó que *“estas comunidades no cuentan con Resolución de adjudicación de tierras o titulación colectiva otorgada por el INCODER, por lo cual se concluye que no se IDENTIFICA la PRESENCIA de resguardos constituidos, comunidades por fuera del resguardo, elección de consejos comunitarios, adjudicación de títulos colectivos, ni inscripción en el registro único de Consejos Comunitarios, ni se identifica presencia de otros grupos étnicos.”* Adicionalmente, el mismo acto administrativo expresó que *“como quiera que de acuerdo con el análisis cartográfico hacen presencia las Unidades Comuneras mencionadas, esta Dirección amparada en la Sentencia Número 530 proferida por el Consejo de Estado del 5 de Agosto de 2010, no podrá certificar a las dos comunidades referidas, por cuanto no representan la figura de Consejos Comunitarios como forma representativa de las Comunidades Negras para los procesos de Consulta Previa.”* Finalmente, en la parte resolutive del acto mencionado se señaló por la Dirección de Consulta Previa que no obstante la anterior declaración *“si posteriormente a la expedición de este acto administrativo y en todo caso durante la ejecución de las actividades del proyecto, obra o actividad que trata esta Certificación, se establece o verifica que existe la presencia de grupos étnicos, dentro del área de influencia directa del proyecto, el interesado tendrá la obligación de informar por escrito a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y solicitar que éste inicie el proceso en concordancia con lo preceptuado en el Decreto Reglamentario 1320 de 1998.”*

Como anexo a la respuesta, la Dirección de Consulta Previa remitió copia de diferentes actas que dan cuenta de los procesos de consulta y socialización a los que se ha hecho referencia. En la mayoría de dichas actas no existe participación de representantes de Asotuplab. Empero, esta asociación accionante se hizo partícipe de la sesión de consulta celebrada el 15 de noviembre de 2012. En ella, el abogado Edwin Arteaga quien representó a Asotuplab, manifestó que las objeciones de la Asociación no se dirigían al proceso de consulta, sino al hecho que la misma no se haya realizado de manera previa. Indicó que la Asociación *“busca garantías de participación activa dentro del proceso, no es fácil pasar de la noche a la mañana de ser empleador a ser empleado, los usos y costumbres deben ser respetados. En este proceso se deben expresar todas las inconformidades existentes.”*

A esta intervención el representante del Ministerio del Interior manifestó que aunque algunas de las observaciones planteadas por la Asociación eran ciertas, *“el mayor problema que se presenta es la falta de información y comunicación; la situación de la asociación dentro de este proceso es muy álgida, la lucha la debe dar bien dada de lo contrario la perderán. (sic) Las actividades de obra que se están desarrollando se están haciendo en predios privados no sobre el sector de playa que piensa concesionar el proyecto, la empresa no podrá intervenir este sector hasta que no se agote el proceso de consulta previa.”*

En la misma reunión participó Francisco Miranda, miembro de Asotublab, quien expresó que la concesión de la totalidad de la playa se desconoce a toda la gente que trabaja en ella. A su vez Isela Beltrán, abogada de la Asociación expresó que el proceso de consulta debía abarcar también los temas de salud, vías y vivienda. Así, señaló que *“las tutelas que se han pasado no son para parar las actividades del proyecto, se han pasado porque se han obstaculizado los caminos que utiliza la comunidad con puntillas, tablas, vidrios, etc. Difiero de la posición del Ministerio del Interior en cuanto a las playas, las playas son bienes del Estado pero no se puede sacar a la gente de allí para que un proyecto pase, la asociación ASOTUPLAB puede pedir la concesión del sector de la playa donde ejercer sus actividades y cuentan con todas las vías para hacerlo. No se está en contra del proyecto, solo éste no deber ser excluyente y beneficiar a toda la comunidad, esta consulta no cumple con las garantías necesarias y aprovecho la presencia del Ministerio Público para expresarlo.”*

Por último, Ángela Julio, líder de la comunidad de Santa Ana manifestó su preocupación en el sentido que había mucha gente de Asotuplab, pero poca de Santa Ana. Sobre el particular, expresó que *“no es cierto que solo 400 personas se benefician de Playa Blanca, es toda la comunidad de Barú la que se beneficia de esta. Este proceso es para conciliar, estamos dividiendo a Santa Ana y este es uno solo; si Playa Blanca está organizada y nosotros como comunidad estamos unidos ganamos todos, los profesionales y líderes de Santa Ana lucharemos porque se hagan bien las cosas.”*

En respuesta al cuestionamiento de la Corte sobre los estudios de impacto cultural, social y ambiental desarrollados en el marco del Proyecto Playa Blanca Barú, la Dirección señaló que de conformidad con la legislación correspondiente *“no es procedente solicitar los estudios ambientales y sociales antes de dar inicio a la consulta previa, pues dichos documentos deben realizarse, en conjunto con las comunidades, una vez protocolizados los acuerdos de la consulta previa.”* Empero, la Dirección añadió que aunque el Ministerio del Interior no tiene entre sus funciones realizar la evaluación de los estudios de impacto ambiental, en cualquier caso sí se requiere información sobre los impactos identificados en esta etapa preliminar del proyecto, obra o actividad, con el fin de tener mayores elementos de juicio que le permitan ser verdaderos garantes de los derechos de las comunidades étnicas.

Una nueva intervención de integrantes de Asotuplab tuvo lugar en la sesión celebrada el 11 de diciembre de 2012, destinada a un taller de identificación de impactos y medidas de manejo en el marco del Proyecto Playa Blanca. En ella una abogada de la Asociación, no identificada en el Acta, expresó que a la fecha *“no hay representatividad de la comunidad para realizar la identificación de impactos, sin embargo se hace oportuno que el señor Santiago Uribe como representante legal de la empresa presente sus impactos con el fin de que la comunidad tenga bases de apoyo para la siguiente reunión de identificación de impactos, expresa que el día de hoy la asociación traía su presentación y la perspectiva de los impactos por ellos identificados ya que para ello era el ejercicio del día de hoy.”*

Otro miembro de Asotuplab preguntó si el proceso de consulta previa es solo para la concesión de la playa o también para la construcción de los hoteles y la demás infraestructura relacionada, a lo cual le fue aclarado que dicho procedimiento abarcaba todo el proyecto. Así, el interviniente consideró que debía dejarse para la comunidad *“una maqueta o un pendón que muestre el proyecto con el fin de que la comunidad pueda realizar un mejor trabajo.”* Luego de ello y ante un intercambio de opiniones con el representante del Ministerio del Interior, los miembros de Asotuplab se retiraron de la reunión alegando la “falta de quórum”.

No obstante, debe destacarse la intervención de un asistente, de nombre Eleuterio y cuyo apellido no aparece en el acta, quien expresó que *“hoy no se puede dar la consulta porque no hay confusión con los impactos que se causaron con la gente que trabaja en la playa y con la afectación de la comunidad general. La asociación ASOTUPLAB se formó hace un año y es la que se ha empoderado del proyecto y quien ha tomado las decisiones, los líderes debemos tomar decisiones por la comunidad de Santa Ana, la playa es para todos y si el proyecto se cae los afectados seremos las tres comunidades Ararca, Santa Ana y Barú y no solo la Asociación ASOTUPLAB como lo piensan sus miembros, esto que digo no quiere decir que estemos en contra de ustedes solo para que se entienda que todos somos los afectados y el derecho es de todos, este proyecto es integral y tenemos la esperanza de que éste mejorara las condiciones sociales de todos los habitantes de la isla de Barú.”*

Ante esta intervención, el representante del Ministerio del Interior puso de presente que Asotuplab no podía constituirse en vocero de la comunidad, a efectos del cumplimiento del requisito de consulta previa, pues dicha representatividad estaba circunscrita exclusivamente a los consejos comunitarios. Al respecto, se manifestó que *“la consulta previa se hace con la comunidad y ésta tristemente no tiene derecho al veto si esta no se hace, es verdad como lo manifestó el señor Eleuterio existen herramientas jurídicas que son aplicables para que los proyectos continúen su curso. La comunidad puede exigir a la empresa toda la información necesaria para realizar el trabajo. Necesitamos a todos los miembros de la comunidad. || Los voceros participantes por la consulta previa son los miembros de la comunidad y para ellos es muy claro el decreto 1745 de 1995, este señala quienes son los que integran un consejo comunitario y las personas que no pertenecen a la comunidad tendrán que adherirse a las decisiones que éste tome en cuanto al territorio se trate (sic)”*.

9.2. Observatorio de Discriminación Racial

El Observatorio de Discriminación Racial, organización no gubernamental coordinada por el investigador César Rodríguez Garavito, presentó concepto dentro del proceso de la referencia. En él concluye que a la comunidad afrodescendiente presente en el área de influencia del proyecto hotelero, organizada a través del Consejo Comunitario de Negritudes de la Vereda Playa Blanca, le fue vulnerado su derecho fundamental a la consulta previa por parte del Ministerio del Interior, FONADE y la sociedad comercial Playa Blanca Barú S.A.S. Ello debido a que se han negado a realizar el proceso de consulta con dicha comunidad, la cual ha hecho presencia histórica en Playa Blanca y, a su vez, *“cumple con los requisitos nacionales e internacionales para ser considerada una comunidad negra que goza del derecho a la consulta previa. Sin embargo, le fue negado este derecho”*, a pesar que la misma será afectada directamente por el proyecto en mención. Esto no solo por la omisión en consultar a la comunidad ante el incumplimiento del requisito de reconocimiento formal del consejo comunitario, lo que constituye para el Observatorio un trato discriminatorio, sino porque también se viola el derecho a la igualdad al negar el derecho a la consulta por el hecho de no aparecer en la *“certificación de presencia”* de comunidades negras del Ministerio del Interior.

El interviniente apoya la afirmación hecha en la demanda de Asotuplab, en el sentido que existe una comunidad negra que históricamente ha ejercido posesión sobre el territorio de Playa Blanca. Al respecto aclara que si bien la acción de tutela fue interpuesta por dicha Asociación, del mismo texto se desprende que los afectados no son sus miembros, sino los integrantes del Consejo Comunitario de la Vereda Playa Blanca. A este respecto, indica que si bien la actora en uno de los expedientes, *“presentó la tutela en su capacidad de representante legal de la Asociación de Trabajadores del Turismo de Playa Blanca (ASOTUPLAB), de la tutela se desprende que la peticionaria presentó la acción para garantizar los derechos fundamentales de ella misma y de otras personas que, además de formar parte de ASOTUPLAB, también pertenecen al Consejo Comunitario de*

Negritudes de la Vereda Playa Blanca. Por ende, tiene legitimación procesal por la vía del ejercicio directo de la acción de tutela.”

Señala, del mismo modo, que el 12 de agosto de 2012 se llevaron a cabo la constitución y elección de la junta y representante legal del Consejo Comunitario de Negritudes de la Vereda Playa Blanca. El objetivo principal de dicha agremiación, de acuerdo con su documento constitutivo es la “administración de la comunidad, elevar el nivel de vida y todos los demás que la Ley 70 de 1993 le asigne en sus decretos reglamentarios y los que la Asamblea General en sus estatutos designe. Desarrollar actividades culturales y de promoción social, que permiten llevar el nivel cultural y de la identificación étnica de la población. Promover los planes de desarrollo económico, culturales, etc., dentro del marco de las culturas negras. Procurar que los problemas educativos de la comunidad negra enseñen su identidad cultural.” Así, resalta que luego de dicha inscripción, el 30 de agosto de 2012 se adelantó en el corregimiento de Santa Ana un procedimiento de consulta previa con las comunidades de Puerto Badel Santa Ana, Ararca y Barú, sin que la comunidad de Playa Blanca fuera notificada de dicho trámite, *“a pesar de presentarse a las reuniones de consulta previa con el fin de participar.”* Este hecho motivó la formulación de la acción de tutela por parte de la ciudadana García García.

Contrario a las decisiones de instancia, el Observatorio señaló que la acción de tutela resultaba procedente para proteger los derechos de la comunidad negra de Playa Blanca. En primer lugar, existe una amenaza evidente de los derechos de esa comunidad tradicional, *“toda vez que se están adelantando los planes y acciones para llevar a cabo el desarrollo turístico y ya se han realizado los procesos de consulta previa con otras comunidades negras afectadas. Es decir, la comunidad que representa la peticionaria quedará excluida de cualquier forma de consulta previa o participación en una decisión que las afecta directamente.”*

En segundo término, es claro que dicha amenaza afecta directamente a la comunidad negra de la vereda Playa Blanca, la cual *“se caracteriza por su vulnerabilidad y marginalización.”* Estas condiciones resultan agravadas por el hecho que la afectación a dichas comunidades ha sido sostenida en el tiempo, en razón de otros proyectos turísticos adelantados en el pasado, dentro del territorio en que habitan dichos grupos étnicos. Para ello, documenta la afirmación con las consideraciones planteadas en 1997 por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, expresó *“Al norte de Cartagena y en los alrededores, con miras a construir complejos turísticos, los habitantes de las islas Barú, Tierra Bomba y El Rosario, así como de la zona de Boquilla, han sido expulsados por las autoridades locales que estuvieron sometidas a presiones de las grandes empresas hoteleras.”*¹⁸

¹⁸ La intervención refiere al documento siguiente: Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. *Informe del Sr. Maurice Glèlè Ahanhanzo, Relator Especial encargado de examinar la cuestión de las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia. Adición Misión en Colombia.* Documento E/CN.4/1997/71/Add.1, 13 de enero de 1997, párrafo 56.

En cuanto a la inminencia de la vulneración de los derechos fundamentales, el Observatorio destaca que Playa Blanca Barú S.A.S. y FONADE han adelantado acciones acerca del proyecto turístico y, a su vez, el Ministerio del Interior ha desarrollado proceso de consulta previa con otras comunidades negras de la zona, con exclusión de la comunidad de la Vereda Playa Blanca.

Respecto de la titularidad del derecho a la consulta previa en el caso concreto, el interviniente puso de presente cómo los criterios para la identificación de las comunidades negras, con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, refieren a la existencia de un conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana, las cuales poseen una historia propia, una cultura, tradiciones y costumbres propias y diferenciadas que las distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, así como el asentamiento en un territorio determinado.

De igual manera, señala que a partir de lo considerado por la Corte en la sentencia T-823/12, criterios jurídico formales, como sucede con la existencia de una organización legalmente constituida, no son condiciones necesarias para la existencia de las comunidades negras como grupo étnico diferenciado.

Estas condiciones son, en criterio del Observatorio, cumplidas en el caso objeto de examen. Así, aunque la actora señaló que actuaba como representante legal de Asotuplab, agremiación que no cumpliría los estándares descritos, es evidente que el pueblo étnico afectado era la comunidad representada en el Consejo Comunitario de Negritudes de la Vereda de Playa Blanca, agremiación a la que se hace referencia en diferentes apartes del escrito de tutela formulado por la representante legal de la Asociación. Ello explica que la ciudadana García García busque *“la protección de los derechos fundamentales de la comunidad negra de Playa Blanca, y no de ASOTUPLAB.”* Por ende, el juez de primera instancia habría incurrido en error al no haber dado prevalencia al derecho sustancial, identificando la comunidad realmente afectada por el proyecto turístico y, por ende, titular del derecho fundamental a la consulta previa.

En ese sentido, es claro que la comunidad tradicional en comento: (1) cumple con el factor de acreditar un conjunto de familias, las cuales viven y trabajan en el área y cuya condición de afrodescendientes fue afirmada en la acción de tutela, sin que fuera controvertida por ninguna de las partes en el proceso; (2) tiene una cultura, tradiciones y costumbres propias, las cuales son manifestadas por la accionante al definir a su comunidad a través de su componente étnico y las prácticas de sustento que adelantan en la playa, lo que implica su auto reconocimiento como *“una comunidad negra que se distingue de otros sectores de la colectividad nacional.”*; y (3) la disputa actual sobre el territorio demuestra que dicha comunidad negra está localizada en un asentamiento determinado, que corresponde al área en conflicto.

Por lo tanto, resulta necesario concluir que *“la comunidad negra que representa el Consejo Comunitario de Negritudes de la Vereda de Playa Blanca se debe*

considerar una comunidad “tribal” para los efectos del Convenio 169 y una comunidad negra para los efectos del derecho colombiano. Así las cosas, la comunidad de Playa Blanca tiene el derecho a la consulta previa antes de la toma de decisiones que las afecte, como el desarrollo turístico en cuestión.”. Sobre este mismo particular, la organización interviniente insiste en que, a partir de lo decidido por la Corte en diversas decisiones, la jurisprudencia constitucional “ha reconocido como comunidades negras a las familias de ascendencia africana que se reconocen como comunidad negra, desarrollan prácticas ancestrales de producción, conviven con los ideales y respeto de la identidad colectiva y han reconstruido sus propias formas de gobierno en cabeza de los consejos comunitarios. Son estos elementos los que los identifican y los legitiman para ser susceptibles del proceso de consulta previa.”

Comprobada la naturaleza de la comunidad afectada por el proyecto, el Observatorio considera que el Ministerio del Interior y otras agencias establecieron un trato discriminatorio injustificado en contra de la comunidad de Playa Blanca. Esto debido a que fue excluida del proceso de consulta basado en un argumento formal e inadmisibles, como es la obligación de registro legal para gozar de los derechos y garantías constitucionales, entre ellos el de la consulta previa. Similar violación del derecho a la igualdad se deriva de la distinción efectuada por las entidades demandadas *“entre las comunidades negras que aparecen en la certificación de presencia de comunidades indígenas y/o negras del Ministerio del Interior, y las que existen en la zona pero no fueron incluidas en la certificación. Otra vez, se utiliza esta distinción para justificar la limitación del derecho a la consulta previa a solamente el primer grupo. Estas dos distinciones que se han inventado (sic) para restringir el derecho a la consulta previa violan el derecho a la igualdad de la comunidad negra de Playa Blanca.”* Agrega el Observatorio que, en cualquier caso, el Consejo Comunitario adelantó acciones ante la Policía Nacional y la Oficina de Etnias de la Alcaldía de Cartagena, lo que demuestra que la ausencia de registro, aunque no es un requisito constitutivo del reconocimiento de la comunidad, no se originó por la negligencia de dicho colectivo.

De otro lado, en el acto administrativo de certificación del Ministerio del Interior sobre la existencia de comunidades negras en el área del proyecto hotelero, también se dejó constancia que la sociedad comercial encargada de ese proyecto tenía la obligación de informar por escrito al Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior, en caso que se determinara la existencia de otras comunidades indígenas o negras en la zona, a fin que proteger la eficacia del derecho fundamental a la consulta previa. Por ende, *“a pesar de no aparecer en el proceso de certificación, si luego de iniciar el desarrollo del proyecto se establece que otra comunidad existe en la zona de influencia, esta comunidad también tiene el derecho a ser consultada.”* En el caso analizado, el escrito de tutela da cuenta que la sociedad Playa Blanca Barú S.A.S. tenía conocimiento de la existencia de la comunidad negra de Playa Blanca, pues la tutelante afirma que *“miembros del Consejo Comunitario de Negritudes de la Vereda de Playa Blanca se presentaron a las reuniones de consulta previa en Santa Ana, para*

reclamar su derecho a la consulta previa.”, según da cuenta el numeral primero de los hechos de la demanda de tutela.

Conforme a los argumentos expuestos, el Observatorio concluye la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y a la consulta previa de la comunidad negra de Playa Blanca, al habersele excluido del proceso de consulta, basándose únicamente en un criterio formal, no exigido por las normas aplicables y por la jurisprudencia.

9.3. Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH

El Subdirector Científico del ICANH formuló concepto técnico acerca de la controversia materia de examen en esta decisión, particularmente el contexto histórico, social y político relacionado con los conflictos sobre la propiedad de la tierra en la isla de Barú y el uso que de ese territorio han hecho las comunidades afrodescendientes.

En primer lugar y a partir de la recopilación histórica realizada por varios académicos, el Instituto pone de presente que el área de la isla de Barú ha sido históricamente habitada por comunidades afrodescendientes, teniéndose registros sobre ese particular desde el siglo XVIII, época en la que ya eran reconocidos los poblados de Santa Ana y Barú. Este aspecto fue corroborado por la Corte en la sentencia T-680/12, cuando estudió los conflictos sobre la propiedad de la tierra en el área de las Islas del Rosario.

En lo que respecta a la posesión de la tierra, el Instituto determina que para mediados del siglo XIX se suscribieron documentos públicos sobre dichos territorios, que buscaron dar aplicación a una forma de ejercicio de la propiedad colectiva de la tierra bajo la figura del “proindiviso”, que impedía su ejercicio individual. Así, señala que *“el documento de 1851 confirma esta forma de propiedad en Barú... figura que en 1870 será también utilizada por los habitantes de Santa Ana. La tradición oral señala la cooperación de libertos y cimarrones en la consecución de \$1200 para la compra de la propiedad de Barú, lo cual corresponde con el documento autenticado en la notaría primera de Cartagena, (Notaría Primera de Cartagena, protocolo 97, tomo 1, 19 de mayo de 1851) ... El carácter “proindiviso” de la compra demuestra la voluntad de los vecinos de Barú de mantener la posesión colectiva sobre el territorio, ya que esta figura jurídica impide que cualquier particular acceda individualmente a la venta de una porción o la totalidad del terreno. De igual forma, la preocupación del vecindario de Barú en cuanto a la posibilidad de que su territorio fuese declarado baldío y “por tanto recaer su propiedad en el gobierno”, denota una preocupación que, paradójicamente, en la actualidad es la que existe con respecto a la declaración de las Islas del Rosario como “Baldíos Reservados de la Nación”.*”

El Instituto pone de presente cómo el carácter proindiviso de las Islas de Rosario vino a ser modificado posteriormente, a raíz de la titulación individual de varios territorios, lo que ocasionó conflictos por la posesión de la tierra. En ese sentido,

“los conflictos por la tierra en Barú demuestran una doble condición, por una parte, la cuestión de la propiedad, pero por otra el aspecto del uso de la tierra. Para los baruleros, las tierras serían de carácter indivisible y de vocación productiva, para los “ajenos”, la tierra se vislumbraba como propiedad privada y de uso recreativo. A partir del siglo XX, la historia de Barú está caracterizada por las diversas disputas legales por la propiedad. Resulta evidente que el proceso de compra de predios produjo nuevas formas de territorialidad y novedosas formas de concebir el valor económico, social, moral y simbólico de la tierra y de los recursos terrestres y acuáticos. La transformación de las nociones asociadas al espacio, determinó la existencia de múltiples formas de territorialidad. Además de los sujetos particulares que participaron en la individualización de la propiedad, es notoria la presencia del Estado en el proceso de compra de predios en Barú, y particularmente Playa Blanca. // Lo anterior dado que el desarrollo turístico de Cartagena se ha caracterizado por reproducir patrones excluyentes tanto en términos espaciales, culturales, económicos y raciales. ... Lo anterior teniendo como antecedentes los procesos sociales vividos en Boca Grande en los años sesenta y en Chambacú en los años setenta, lo que significó en ambos casos, la existencia de procesos de despojo de tierras y el posterior traslado de sus habitantes originarios hacia la isla de Tierra Bomba y la Boquilla. Procesos también de discriminación social se desarrollan actualmente en Getsemaní, en donde la estratificación ha generado una presión sobre los descendientes históricos del barrio.” Sobre este particular, el Instituto reafirma las conclusiones presentadas por el Relator de Naciones Unidas contra el racismo y otras formas de discriminación, quien vincula dicho trato discriminatorio a la actividad ejercida en la zona por empresas hoteleras.

9.4. Consejos Comunitarios de Comunidades Negras de Ararca y Santa Ana

Los representantes de las comunidades negras agrupadas en los Consejos Comunitarios de Ararca y Santa Ana remitieron escrito a la Corte, en el cual se oponen a las pretensiones de Asotuplab. Afirman que el Consejo Comunitario de Playa Blanca no puede ser inscrito legalmente, pues no cumple los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para ello, particularmente porque Playa Blanca “no cuenta con las características de territorialidad”. Al respecto, señalan que las características geográficas, ambientales, territoriales y poblacionales de Playa Blanca no son acordes con las condiciones señaladas en la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995.

Indican, en el mismo sentido, que en Playa Blanca *“no habitan de manera residencial afrodescendientes, ni personas que tengan costumbres ancestrales de los nativos de la Isla de Barú, ni características de comunidad negra. // Playa Blanca está considerada y reconocida como un espacio de esparcimiento, un ecosistema natural, que permite a cientos de miles de turistas que visitan anualmente la Isla de Barú. ... Playa Blanca, es un espacio público, el cual le pertenece legalmente al Estado nacional.”*

Señalan que los integrantes de Asotuplab, así como las personas que pretenden ser reconocidas como el Consejo Comunitario de Playa Blanca, no tienen la

condición de colonos y solo buscan el aprovechamiento económico en la zona. Así, buscan ser reconocidos como comunidad tradicional con el único propósito de mantener dicha explotación y evitar ser desalojados por ocupación del espacio público. En contrario, *“los verdaderos nativos pertenecientes al Consejo Comunitario de Santa Ana que trabajan en Playa Blanca han venido siendo desplazados y perjudicados gravemente por la llegada de gente que no es de la isla y que en los últimos años invadió la playa montando negocios ilegales en ella. Esta gente se ha desplazado hasta Barú desde el interior del país, desde zonas de María la Baja y los Montes de María y hasta del extranjero. ... No existe una relación de los no nativos con la comunidad, ellos no hacen parte de nuestra comunidad, no nacieron en nuestra isla, tienen costumbres y creencias diferentes y nosotros no los aceptamos ni reconocemos como miembros de las comunidades de la Isla Barú. No comparten con nosotros nuestras fiestas, no comparten nuestros problemas del día a día en la comunidad y ni siquiera viven entre nosotros porque viven aislados en la playa en las construcciones ilegales que levantaron abusivamente. Ellos no hacen parte de nuestra comunidad negra y están en contra de los intereses de los nativos que se encuentran en la playa.”*

9.5. Alcaldía de Cartagena

El Secretario del Interior y Convivencia del Distrito de Cartagena remitió escrito ante la Corte, en el cual expresa las razones que imposibilitan el registro del Consejo Comunitario de la comunidad negra de Playa Blanca. Para ello, pone de presente que de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 70 de 1993, las adjudicaciones colectivas a las comunidades negras no podrán realizarse respecto de bienes de uso público. De allí que no sea posible conferir estatus legal como consejo comunitario a un grupo de personas que ejercen sus actividades en un área de ese carácter.

Adicionalmente, también debía tenerse en cuenta que en la zona de Playa Blanca ya había sido registrado el Consejo Comunitario de Santa Ana, *“el cual abarca a la comunidad solicitante para el caso en particular, tanto así que las personas solicitantes residen todas en el mencionado corregimiento.”*

9.6. Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario

El Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario presentó concepto preparado por el investigador Jafeth Paz Rentería, estudiante de la Maestría en Derecho Administrativo de dicha institución.

El concepto parte de advertir que de conformidad con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la jurisprudencia constitucional, el criterio esencial para la identificación y reconocimiento de una comunidad étnica es su propia conciencia sobre su condición de grupo diferenciado. A partir de ese estatus, la norma internacional confiere a dichos grupos, entre otras garantías, protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, medidas que deben ser especialmente contempladas respecto de trabajadores eventuales y migrantes empleados en la agricultura y en otras actividades. Por ende, no es

acertado concluir que la consulta realizada con las comunidades de Barú, Santa Ana y Ararca resulte suficiente, pues dejó de tener en cuenta a otros grupos étnicos, como sucede con quienes integran el Consejo Comunitario de Playa Blanca.

Señala que dicho pueblo étnico debe ser tenido en cuenta en los procesos de consulta, pues su condición de comunidad negra se deriva de criterios sustantivos y no jurídico formales. Así, *“la materialidad de su conformación y constitución histórica como un colectivo que tiene un pasado histórico común en los términos de la Ley 70 de 1993 y el hecho que se pueda establecer una relación con el territorio de Playa Blanca con las características de los pueblos tribales, produce el derecho a la consulta previa y a la participación en la misma jerarquía de los consejos comunitarios reconocidos, puesto que estos derechos subyacentemente están protegiendo la integridad cultural que soporta la existencia misma de estos pueblos.”* En consecuencia, supeditar el reconocimiento de las comunidades afrodescendientes al cumplimiento del requisito del registro legal vulnera los derechos fundamentales a la consulta previa y la protección de la diversidad étnica y cultural.

Para el interviniente, la protección de los derechos fundamentales a través de la acción de tutela debe realizarse teniendo en cuenta, entre otros principios, la primacía del derecho sustancial sobre consideraciones eminentemente formales. Por ende, *“consideramos que en tanto se evidencie la existencia material de una comunidad negra que reúna las condiciones sustanciales de la Ley 70 de 1993, con fundamento en el principio de prevalencia de lo sustancial la Corte Constitucional debe proteger a esta comunidad negra de hecho, toda vez que al privilegiar los aspectos formales, como se ha hecho en sede administrativa y en la decisión judicial revisada, se condena a la extinción de los pueblos y comunidades que por razones propias de su cosmovisión, no han realizado los trámites legales respectivos que formalizan su situación frente al Estado.*

9.7. Playa Blanca Barú S.A.S

La sociedad Playa Blanca Barú S.A.S., por intermedio de apoderado judicial, presentó documento dirigido a expresar las razones para desestimar la acción de tutela formulada por la representante de Asotuplab.

Luego de explicar algunas generalidades sobre la protección de los derechos de las comunidades afrodescendientes, la sociedad comercial indica que si bien a partir de lo planteado por la Corte en la sentencia T-376/12, la existencia de una comunidad indígena o afrodescendiente no depende de un acto expreso de las autoridades públicas, ello no significa que no deban corroborarse determinados requisitos para dicho reconocimiento. En tal sentido, recuerda cómo en el Auto 045/12, referido a la protección de las comunidades negras de Curvaradó y Jiguamiandó, la Corte señaló como criterios de identificación (i) la existencia de un vínculo comunitario establecido desde el nacimiento y que, salvo su libre abandono o renuncia, termina con la muerte; (ii) la presencia de una relación con la comunidad que no se limita a determinados aspectos puntuales y específicos,

sino que cubre un “entero plexo de interacciones en cuanto que se hace partícipe de una forma definida de vida” y (iii) el hecho que la comunidad diferenciada deba ser identificable, a través de las características etnoculturales que le son propias a sus miembros, lo que se traduce en la existencia de una visión arraigada y tradicional de ver el mundo y de un sistema de valores propio y distinto al de la cultura mayoritaria.

Para el interviniente, estos son los criterios que son tenidos en cuenta para la certificación de la existencia de comunidades étnicas por parte del Ministerio del Interior. Así, dicha certificación ha sido un factor relevante para la Corte, a propósito de la identificación de las comunidades sujeto del derecho a la consulta previa, como la sociedad comercial lo infiere de la sentencia T-745 de 2010, que analizó un debate similar al actual, también referido a la eficacia del derecho a la consulta previa frente a comunidades negras ubicadas en la isla de Barú. Esta regla fue nuevamente utilizada en la sentencia T-172/13, fallos en los cuales se llegó a la conclusión por parte de la Corte que los consejos comunitarios de Barú, Ararca y Santa Ana, son reconocidos como titulares del derecho de consulta previa ante proyectos ejecutados en la zona.

El interviniente señala que las citadas condiciones sustanciales para el reconocimiento de comunidades negras no son cumplidas por Asotuplab, la cual es una asociación eminente gremial, que agrupa a comerciantes localizados en Playa Blanca, quienes no tienen la calidad de nativos de la misma. Por esta misma circunstancia, la Alcaldía Distrital de Cartagena ha válidamente negado la inscripción del consejo comunitario de Playa Blanca. Sobre este particular, la sociedad comercial expresa que sus integrantes son *“un grupo de comerciantes, provenientes de distintas regiones de Colombia y de otros países, que desarrollan en Playa Blanca actividades comerciales y turísticas, es decir, no existe un vínculo comunitario existente desde el nacimiento, la relación existente entre ellos es de carácter exclusivamente gremial y va dirigida a obtener beneficios por la explotación económica de la playa, no cuentan con una cultura propia, ni con una organización social o un modo de producción construidos en un proceso histórico que permita identificarlos como un grupo culturalmente diverso.”* De otro lado, no podía perderse de vista que Playa Blanca hace parte del corregimiento de Santa Ana, en el cual se encuentra inscrito el Consejo Comunitario de dicha zona.

Indica la sociedad comercial que si bien es cierto en la isla de Barú existe una presencia histórica de comunidades afrodescendientes, la misma no ha incluido a Playa Blanca. Las comunidades de Santa Ana, Barú y Ararca son quienes han ejercido esa presencia en el territorio y respecto de Playa Blanca, solo ha presentado ocupación *“en tiempos recientes y se han levantado edificaciones con fines turísticos y comerciales, por personas en su mayoría no nativas de la Isla de Barú que ocuparon un bien de uso público: la playa y la zona de bajamar.”* Agrega que *“lo que resulta más preocupante es que ASOTUPLAB no tiene una relación pacífica con la comunidad negra asentada en Santa Ana, en efecto, los miembros de dicha comunidad han presentado distintos escritos durante el trámite de la acción de tutela en los cuales manifiestan que no reconocen a los*

integrantes de ASOTUPLAB como integrantes de su comunidad y en los que afirman que las actividades que desarrollan en Playa Blanca afectan los intereses de la comunidad afrocolombiana.” Por ende, “aplicando los criterios establecidos en la Ley 70 de 1993 y por sus normas reglamentarias, al igual que por la jurisprudencia constitucional se llega a la conclusión que en Playa Blanca no existe un grupo de familias afrodescendientes asentadas en la playa que tengan una cultura propia, ni una historia común, ni tienen sus propias tradiciones y costumbres, tal como lo declaran los legítimos representantes de una comunidad preexistente, reconocida en el mismo territorio.”

Expresa la sociedad comercial que los establecimientos comerciales administrados por integrantes de Asotuplab ejercen ocupación ilegal del espacio público y, a su vez, fomentan actividades ilegales en la zona, particularmente distribución de droga y ejercicio de la prostitución. Adicionalmente, se ejercen actividades riesgosas para las personas y el ecosistema, derivados del uso inadecuado de lanchas y motos acuáticas. Estas actividades generan innegables agresiones no solo a los turistas que frecuentan Playa Blanca, sino también a los nativos de la zona.

Tales actividades motivaron que a través de la Resolución 0922 del 1 de marzo de 2013, la Alcaldía de la Localidad Histórica y del Caribe de Norte de la ciudad de Cartagena, ordenara en el marco de un proceso policivo la restitución del espacio público por parte de varios establecimientos que ocupan ilegalmente el área de Playa Blanca. Informa la sociedad comercial que personas *“asociadas en ASOTUPLAB presentaron recursos de reposición e iniciaron una acción de tutela bajo el argumento de que se trataba de una comunidad negra titular de derechos especiales, entre ellos la consulta previa, reconocidos en la Constitución, el Convenio 169 de la OIT y la Ley 70 de 1993. Alegaban adicionalmente que ocupaban la playa dentro de la figura de ocupación colectiva y que desarrollaban prácticas tradicionales de producción y que por tanto no requerían permiso para estar asentados en la playa. Sin embargo, esta solicitud de protección constitucional fue denegada tanto en primera como en segunda instancia precisamente porque los ocupantes de la playa no son una comunidad negra y no son población ancestral de la Isla de Barú.”*

Por último, la sociedad comercial señala que con miras a cumplir los requisitos de consulta previa, el Proyecto Playa Blanca Barú, gestionado por una sociedad con participación privada (Valórem y Palmas) y pública (FONADE), solicitó al Ministerio del Interior certificación acerca de las comunidades étnicas ubicadas en la zona. En consecuencia y a partir de dicha certificación, se adelantaron diversas reuniones de preconsulta y consulta con los consejos comunitarios de Barú, Santa Ana y Ararca, al igual que talleres para evaluar los impactos del proyecto turístico. Indica que conforme con las actas de las reuniones del 30 de agosto y 11 de diciembre de 2012, se verificó la participación de abogados y miembros de Asotuplab.

10. Inspección judicial, cambio de magistrado ponente y nulidad parcial

El magistrado sustanciador Alberto Rojas Ríos presentó proyecto de fallo el 12 de noviembre de 2013. Con posterioridad a ello el mismo magistrado decretó una inspección judicial en la zona de Playa Blanca, a través de auto del 5 de mayo de 2014. Dicha diligencia fue practicada los días 18 y 19 de mayo de 2014. Luego de ello, el magistrado Rojas Ríos presentó una segunda ponencia, la cual no fue aprobada por la mayoría de los integrantes de la Sala Octava de Revisión. En consecuencia, la magistrada encargada Martha Victoria Sáchica Méndez, a través de oficio del 6 de mayo de 2015, ordenó a la Secretaría General remitir el expediente al despacho del nuevo Magistrado Ponente, con el fin que se elaborara nueva ponencia, envió que se verificó el día siguiente.

En ese sentido, tuvo lugar la aplicación de la regla de procedimiento prevista en el numeral 9° del artículo 34 del Acuerdo 5 de 1992 – Reglamento de la Corte Constitucional, el cual determina que si el proyecto principal no obtiene en la Sala el mínimo de votos, el negocio pasará al magistrado que corresponda entre el grupo de magistrados mayoritario, para que redacte el nuevo proyecto en el que se expongan las tesis de la mayoría.

De este modo, luego de la reasignación de ponente, la Sala Octava de Revisión profirió el Auto 268 del 1 de julio de 2015, en el cual ordenó declarar la nulidad parcial de la actuación, restringida al auto del 5 de mayo de 2014 y al material probatorio recaudado en virtud de dicha decisión. Esto debido a que la inspección judicial fue decretada luego de concluido el término probatorio para el efecto, sin que mediara justificación y, además, la diligencia fue practicada sin el cumplimiento de los requisitos mínimos previstos en la ley para dicha actuación procesal.

En consecuencia, saneado el procedimiento, la Sala procede a adoptar la sentencia correspondiente, con exclusión del acervo probatorio antes descrito. Por ende, el análisis en sede de revisión se restringirá a los fallos de tutela proferidos en los expedientes acumulados, las pruebas recaudadas en las instancias, así como los conceptos y pruebas allegados a la Corte en virtud del auto del 19 de abril de 2013, proferido por el entonces magistrado sustanciador (E) Alexei Julio Estrada.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Problemas jurídicos y metodología de la decisión

1. Los expedientes acumulados comparten una problemática común: Un grupo de personas que se identifican como una comunidad afrodescendiente habitan y ejercen labores relacionadas con la industria del turismo en el área de Playa Blanca, ubicada en la isla de Barú. Estas personas se han asociado a partir de dos denominaciones. La primera, correspondiente a la Asociación de Trabajadores del Turismo de Playa Blanca – Asotuplab, y mediante la constitución del Consejo Comunitario de Playa Blanca, conforme con las formas asociativas de las

comunidades negras que prevé la Ley 70 de 1993. Este último organismo no ha sido formalmente reconocido por las autoridades locales y nacionales respectivas.

A partir de ese reconocimiento como comunidad étnica, Asotuplab y el ciudadano Wilfrido del Río Estrada, en su condición de integrante del Consejo Comunitario de Playa Blanca, consideran que se les ha vulnerado su derecho fundamental a la consulta previa, por parte de las instituciones demandadas. Esto debido a que se ha venido desarrollando en el área el proyecto hotelero Playa Blanca Barú, impulsado por capital mixto, con la concurrencia de la sociedad comercial Playa Blanca Barú S.A.S y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE. Sin embargo, no han sido consultados sobre dicho proyecto, a pesar que se consideran una comunidad étnica afectada directamente, en razón a que habitan y ejercen labores de subsistencia en el área de Playa Blanca.

2. Las entidades demandadas se opusieron a la solicitud de protección de derechos fundamentales, a partir de dos tipos de argumentos. En primer lugar, señalaron que el proceso consultivo sí se había realizado con los Consejos Comunitarios de Barú, Santa Ana y Ararca, quienes tienen afectación directa en la zona y habían sido debidamente certificados como comunidades afrodescendientes ubicadas en la zona de Playa Blanca, por parte de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior. Por lo tanto, no se estaba ante el incumplimiento de ningún deber legal o constitucional. En segundo término, señalaron que los integrantes de Asotuplab y del pretendido Consejo Comunitario de Playa Blanca no cumplían con las condiciones legales y jurisprudenciales para ser reconocidos como una comunidad étnica. Esto debido a que carecían de una práctica común y diferenciada de la sociedad mayoritaria. Las mismas conclusiones fueron expresadas por representantes de algunos consejos comunitarios ubicados en el área de influencia del proyecto, quienes sostuvieron que los integrantes del Consejo de Playa Blanca carecían de la condición de nativos y, además, no cumplían con los requisitos para ser considerados como un pueblo étnico titular del derecho a la consulta previa.

En cambio, para estas partes e intervinientes, los accionantes hacer parte de un grupo de comerciantes, quienes aprovechaban económicamente la playa mediante la oferta de servicios turísticos. Además, no podían alegar una presencia territorial, puesto que el área es inhabitable y al tratarse de playas, es un bien público que no puede ser poseído por particulares; de allí que en realidad se estaba ante un grupo de ocupantes ilegítimos del espacio público, como lo corroboraban decisiones adoptadas por la Alcaldía del Distrito de Cartagena. Finalmente, una de las entidades demandadas alegó que se desconocía el requisito de inmediatez, puesto que se tenía noticia del inicio del proyecto hotelero desde 2008.

En contrario, varias de las instituciones que presentaron intervenciones y conceptos ante la Corte, llegaron a la conclusión que los integrantes del Consejo Comunitario de Playa Blanca debían considerarse como una comunidad afrodescendiente titular del derecho a la consulta previa. Esto debido a que existe

evidencia histórica, recopilada incluso por jurisprudencia de la Corte, acerca del asentamiento de población perteneciente a comunidades negras en la isla de Barú, así como de la existencia de prácticas culturales diferenciadas por parte de esa comunidad. Por lo tanto, era claro que esta comunidad hace presencia en el área, son por ende afectados directamente por el proyecto hotelero Playa Blanca Barú y, en consecuencia, son titulares del derecho a la consulta previa, el cual no había sido garantizado por las instituciones demandadas. Ello bien porque se habían negado a reconocer formalmente al Consejo Comunitario de Playa Blanca, o bien porque aun evidenciando la presencia de esa comunidad negra, omitieron adelantar el proceso de consulta previa.

3. Las sentencias de instancia en cada uno de los casos negaron las acciones de tutela interpuestas. Para ello, presentan un argumento similar, relativo a que los accionantes no demostraban que tuvieran las condiciones previstas en el ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley 70 de 1993. El Tribunal consideró en ambos casos que aunque era viable colegir que la comunidad de Playa Blanca hacía parte de los pueblos étnicos que habitan la isla de Barú, en todo caso la consulta no era exigible, pues no se cumplía con el requisito del reconocimiento formal como consejo comunitario.

Para soportar esta conclusión, los fallos de tutela pusieron de presente que las comunidades negras respecto de las cuales debía realizarse el proceso de consulta previa eran aquellas que habían sido formalmente reconocidas por las autoridades competentes, esto es, los Consejos Comunitarios de Barú, Ararca y Santa Ana. En razón a que respecto de estas comunidades sí se había realizado el proceso de consulta, entonces no había lugar a proteger el mismo derecho a los accionantes, quienes en vez de tener la condición de comunidad étnica, en realidad eran un grupo de comerciantes que ocupan el espacio público de Playa Blanca.

4. Conforme los antecedentes expuestos, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

4.1. ¿Fue vulnerado el derecho al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural y a la participación, al negársele la condición de comunidad afrodescendiente a los integrantes de Asotuplab, también integrados en el Consejo Comunitario de Playa Blanca, en razón a que en criterio de las entidades demandadas no cumplían con las condiciones necesarias para ser reconocidos como una comunidad diferenciada?

4.2. En caso que la respuesta al anterior problema jurídico sea afirmativa, ¿fue vulnerado el derecho de los accionantes a la consulta previa, en razón de la ejecución del proyecto hotelero Playa Blanca Barú, sin contemplar instancias efectivas de participación, en consonancia con los requisitos señalados por la Constitución, el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional?

5. Para resolver estos asuntos, la Sala adoptará la siguiente metodología. En primer lugar, presentará un marco general sobre el reconocimiento de la

diversidad étnica y cultural en la Constitución, a través de la protección reforzada de los derechos de identidad diferenciada de las comunidades étnicas, entre ellas los afrocolombianos. En segundo término, se explicarán los derechos de participación que la Constitución reconoce a las comunidades étnicas, haciéndose énfasis en el derecho fundamental a la consulta previa, exigible en aquellos casos que concurre una afectación directa a dichas comunidades.

En tercer lugar, la Sala centrará su análisis en las reglas jurisprudenciales fijadas por la Corte acerca de los criterios para el reconocimiento de comunidades étnicamente diferenciadas, particularmente las comunidades negras, así como las condiciones requeridas para concluir que se está ante una afectación directa derivada de proyectos de desarrollo, que exija el agotamiento del proceso de consulta previa. A partir de las reglas que se deriven del análisis, resolverá el caso concreto y adoptará las órdenes a que haya lugar.

La protección constitucional de la diversidad étnica y cultural

6. La conformación del Estado Constitucional luego de la Carta de 1991 modificó varias facetas, tradicionales bajo el modelo anterior, entre ellas la comprensión de qué debía entenderse por Nación. En dicho modelo, el texto constitucional propendía por la uniformización de los habitantes del territorio, a partir de la invisibilización de sus diferencias, la ausencia de previsiones específicas que reconocieran a grupos mayoritarios y la formulación, esta sí expresa, de fórmulas aglutinadoras y uniformes, como la prescripción de una religión oficial del Estado. De otro lado, eran usuales las referencias genéricas a la protección del bien común y del interés general, y correlativamente inexistentes las reglas que reconocieran minorías y comunidades diferenciadas.

El Estado Constitucional colombiano, en cambio, encuentra entre sus principios fundamentales la democracia participativa y pluralista (Art. 1 C.P.) y especialmente el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (Art. 7 C.P.). Se está, entonces, ante un cambio cualitativo sobre cómo comprender la composición de la Nación. De una pretendida uniformización a través del Derecho, se pasa a una prescripción, igualmente jurídica, del reconocimiento del carácter plural de la sociedad, en donde conviven diferentes etnias y comunidades diferenciadas minoritarias, todas ellas acreedoras de la protección del Estado.

Esta ha sido la conclusión expresada por la Sala Plena de la Corte, a propósito de la definición del contenido y alcance del principio de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural. En términos simples, la Constitución no solo acepta la composición plural de la sociedad, sino que impone un mandato concreto de protección a favor de las comunidades diferenciadas y, por lo mismo, minoritarias. La existencia de dichas comunidades, particularmente las minorías étnicas, al igual que sus prácticas tradicionales, no solo debe ser advertida como importante para el Estado y el orden jurídico, sino que debe ser decididamente protegida en tanto elemento que define a la organización política. En otras palabras, la formulación misma de la

Nación desde la Constitución depende de la inclusión de los grupos étnicos y su protección como comunidades diferenciadas. La sociedad colombiana se define, desde el orden jurídico constitucional, a partir de su pluralidad y del respeto intrínseco de sus diversas identidades.

Sobre el particular la sentencia C-366/11, que declaró la inconstitucionalidad del Código de Minas por haberse tramitado sin tener en consideración la eficacia del derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas, se expresó que *“uno de los rasgos característicos del nuevo constitucionalismo es aceptar que dentro de los Estados coexisten diversos entendimientos acerca de lo público y de la interacción entre las autoridades y la sociedad. Estos diversos entendimientos también ocasionan pluralidad de modos de conformación de identidad individual y comunitaria, aspecto nodal para los pueblos indígenas y afrodescendientes, que en este fallo son también denominados, por la misma razón, como comunidades diferenciadas. La Constitución colombiana, en ese orden de ideas, rechaza posturas universalistas y de asimilación de la diferencia, basadas en la homogeneidad en la comprensión de los derechos y acepta, aunque de forma moderada, el pluralismo jurídico. A este respecto, la Corte ha señalado que “[s]on los mismos ideales, con un contenido no muy distante y una especial aplicación, los que resultan un reto ineludible para el principio de universalidad como elemento central del Estado social. En este tipo de Estado la idea de universalidad no debe implicar homogeneidad, entendiendo por ésta una aplicación de derechos humanos fundados en principios y contenidos idénticos para grupos poblacionales diversos. Por el contrario, la universalidad debe concretar el principio de dignidad humana, reconociendo la posibilidad de aplicaciones diversas fundamentadas en, como en el caso de los indígenas, una especial cosmovisión que implica expresiones culturales, religiosas, políticas, organizativas diferentes a las de la cultura mayoritaria¹⁹. (...) En este sentido la diversidad étnica y cultural se manifiesta en posibilidades de expresión, mantenimiento e, incluso, profundización de las manifestaciones culturales que contribuyen a la definición de las etnias presentes en el territorio de nuestro Estado. Por eso resultan de vital importancia para su concreción elementos como la educación, las garantías para el uso de su lengua, sus manifestaciones religiosas y, en general, todas aquellas tradiciones que los identifican de la sociedad mayoritaria. En esa medida son estos elementos los que deben protegerse en cuanto actuación de un principio fundamental del Estado que aspira construirse a partir de los parámetros trazados por la Constitución. || La autonomía garantizada por el principio de identidad étnica y cultural eventualmente puede contraponerse a elementos del sistema jurídico establecidos para regular las relaciones de la sociedad mayoritaria, que tengan un carácter igualmente fundamental desde el punto de vista constitucional. Por esta razón las manifestaciones de la diversidad étnica y cultural deben tener un espacio garantizado que resulte armónico con los demás elementos integrantes del*

¹⁹ Boisson Jacques señala la impertinencia de invisibilizar las diferencias culturales, puesto que: “las diferencias culturales expresan la riqueza de las respuestas que el hombre ha hallado para adaptar a sus necesidades los diferentes medioambientes que ha encontrado en el curso de su historia. La variedad de las formas de culturas es, por lo tanto, el garante de la supervivencia de la especie y como tales deben ser protegidas y su dignidad respetada.” Boisson Jacques, *Introducción: los derechos de los pueblos*, en: Rojas Francisco (edit.), *América Latina: etnodesarrollo y etnocidio*, FLACSO, San José, 1982, p. 17.

sistema constitucional que, como se anotó, son igualmente fundamentales dentro de dicho Estado. Por esta razón, aunque la diversidad étnica y cultural implique apertura y pluralidad, no debe entenderse como la base legitimadora de un relativismo jurídico, que niegue sentido a los principios y derechos fundamentales previstos en la Carta.”²⁰”

7. Ahora bien, la jurisprudencia también ha contemplado que la eficacia del principio de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural se expresa a partir de la adscripción de derechos específicos. Las comunidades étnicas son sujetos de especial protección constitucional, habida cuenta al menos de dos tipos de factores. En primer lugar, los pueblos indígenas, afrodescendientes y Rom han sido históricamente discriminados en diversos escenarios, que van desde la exclusión económica y social fundada en su identidad cultural diversa, como el intento de asimilación a la cultura mayoritaria y la subsecuente destrucción de la diversidad étnica y cultural. En segundo lugar, dicha discriminación histórica ha dado lugar a déficits de protección de diferentes derechos fundamentales, especialmente el derecho de participación y los derechos sociales.

Las comunidades étnicas son usualmente excluidas de los beneficios del desarrollo económico, lo que conlleva una doble discriminación. De un lado, son discriminadas por decisiones que, desde la sociedad mayoritaria, se basan en una comprensión uniforme de la Nación, que invisibiliza los reclamos sociales de las comunidades étnicas al carecer de todo enfoque diferencial. De otro lado, dicha invisibilización lleva a que la igualdad de oportunidades a favor de las comunidades étnicas no sea efectiva y, en cambio, sus pretensiones en términos de protección de derechos sean erróneamente vistas como obstáculos para el desarrollo y el interés general. Por ejemplo y como se verá con mayor detalle en apartados posteriores de esta sentencia, es común que la planeación y ejecución de proyectos de infraestructura o de explotación de recursos naturales afecten los derechos de las comunidades étnicas, puesto que a pesar que son directamente afectadas por los mismos, carecen de instancias de participación efectiva. Así, la abierta asimetría de poder entre las comunidades étnicas y quienes adelantan dichos proyectos, sumada a la discriminación histórica contra los pueblos indígenas y tribales, ha llevado a la jurisprudencia a conferirles la condición de sujetos colectivos de especial protección constitucional. Sobre el particular, la sentencia T-376/12, al analizar el caso de una comunidad afrodescendiente afectada por decisiones administrativas sobre concesión para el uso comercial de playas públicas, determinó que *“Los pueblos indígenas y las comunidades negras, afrodescendientes o afrocolombianas²¹ son titulares de derechos*

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-063/10, fundamento jurídico 3.1.

²¹ 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

fundamentales y sujetos de especial protección constitucional. Desde la sentencia T-380 de 1993²² 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.²³”

Resalta la Sala, en ese orden de ideas, que las comunidades étnicas son titulares de derechos fundamentales específicos, que deben ser especialmente protegidos en razón de considerarse como sujetos de especial protección constitucional, conforme las razones descritas. Esta comprobación ha llevado a la Corte a definir

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 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).

²² M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²³ 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).

un grupo de derechos de las comunidades diferenciadas, todos ellos relacionados con la preservación de su diversidad étnica y cultural, así como los demás derechos fundamentales que se adscriben a sus miembros. Al respecto, la sentencia C-882/11, que revisó la constitucionalidad del Acto Legislativo 2 de 2009, el cual modificó el artículo 49 C.P. con el fin de adicionar algunas reglas sobre el uso de sustancias psicotrópicas, identificó el siguiente catálogo de derechos que se derivan del mandato de reconocimiento previsto en el artículo 7 C.P.

En ese orden de ideas, las comunidades tradicionales tienen derecho a “(i) *tener su propia vida cultural*, (ii) *profesar y practicar su propia religión como manifestación cultural*, (iii) *preservar, practicar, difundir y reforzar otros valores y tradiciones sociales, culturales, religiosas y espirituales, así como sus instituciones políticas, jurídicas, sociales, culturales, etc.* (iv) *emplear y preservar su propio idioma*, (v) *no ser objeto de asimilaciones forzadas*; (vi) *conservar, acceder privadamente y exigir la protección de los lugares de importancia cultural, religiosa, política, etc. para la comunidad*; (vii) *conservar y exigir protección a su patrimonio cultural material e inmaterial*; (viii) *utilizar y controlar sus objetos de culto*; (ix) *revitalizar, fomentar y transmitir a las generaciones presentes y futuras sus historias, tradiciones orales. Filosofía, literatura, sistema de escritura y otras manifestaciones culturales*; (x) *emplear y producir sus medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales*; (xi) *participar en la vida cultural de la Nación*; (xii) *seguir un modo de vida según su cosmovisión y relación con los recursos naturales*; (xiii) *preservar y desarrollar sus modos de producción y formas económicas tradicionales*; y (xiv) *exigir protección de su propiedad intelectual relacionada con obras, creaciones culturales y de otra índole*”.

8. Este enfoque también es compartido por el derecho internacional de los derechos humanos. Así, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha reconocido que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratados de los que Colombia es Estado Parte, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena, “*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.*” Por ende, con base en dichas normas internacionales profirió la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.²⁴

En dicha Resolución, la Asamblea General consideró, entre otros asuntos, que los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura. Por ende, los Estados tienen el deber de establecer mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de (i) todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica; (ii) todo

²⁴ Asamblea General, Resolución del 13 de septiembre de 2007. Documento A/RES/61/295.

acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos; (iii) toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos; (iv) toda forma de asimilación o integración forzada; y (v) toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos. (Art. 8°).

Igualmente, de una manera más general, el artículo 4° de la Declaración sostiene que 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. Esto en consonancia con el artículo 1°, el cual establece que los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos. Así, aunque es claro que la Declaración en comento no es una norma de derecho internacional en sentido formal, pues no está contenida en un tratado abierto a la aprobación y ratificación de los Estados, en todo caso es una pauta interpretativa que puede ser tenida en cuenta por la Corte, más aun cuando hace referencia al contenido y alcance de normas de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad y ha sido proferida por el órgano máximo del sistema de Naciones Unidas, del que Colombia hace parte.

9. En conclusión, la Constitución prescribe un mandato de protección y reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, el cual se traduce en la adscripción de derechos fundamentales específicos a favor de las comunidades indígenas, afrodescendientes y Rom, en tanto integrantes de la sociedad pluriétnica y multicultural que reconoce la Carta Política. Estos derechos están unívocamente enfocados a proteger la identidad diferenciada de dichos pueblos étnicos, así como a hacer eficaces sus derechos fundamentales en condiciones equitativas a las personas que pertenecen a la sociedad mayoritaria.

La participación efectiva en las decisiones que las afectan tiene un lugar central dentro de ese grupo de derechos que deben garantizarse a los pueblos étnicos, en particular el derecho a la consulta previa. Por ende, la Sala asumirá el estudio separado de ese asunto en el apartado siguiente.

Los modos de participación de los pueblos étnicos.

10. La participación, comprendida desde su sentido más amplio y no solo concentrada en el ámbito electoral, es uno de los pilares del Estado Constitucional. El artículo 2° C.P., al definir los fines esenciales del Estado, incluye el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida de económica, administrativa y cultural del Nación. La participación, así entendida, es un presupuesto necesario para el funcionamiento del modelo democrático de ejercicio del poder político. Ninguna decisión dentro del Estado Social de Derecho resulta legítima si no está precedida de una un grado de

deliberación suficiente, que involucre la participación o la representación de quienes resulten afectados por las consecuencias de dichas decisiones.

En ese orden de ideas, la garantía del derecho de participación opera como barrera para la arbitrariedad y, por ende, como elemento dinamizador del principio democrático, el cual irradia los diferentes ámbitos de la vida social, tanto pública como de las relaciones entre sujetos de derecho privado.

A este respecto, la Corte ha establecido en su jurisprudencia que *“la distinción entre comunidad política y comunidad social se convierte en una garantía para el ejercicio de los derechos y en una fuente de participación para integrar las formas de gobierno. Dos dimensiones diferentes del rol que desempeña un individuo en una comunidad. De una parte, como individuo se le debe el reconocimiento de su calidad de persona la cual lo hace acreedor de un trato digno conforme a su condición de ser humano y de otra, como miembro activo de la comunidad política se le deben reconocer los derechos políticos conforme a su condición de ciudadano que hace parte de una organización política. Articular los principios de igualdad y participación, estrechamente vinculados a los regímenes fundados en la soberanía popular (Preámbulo, artículos 1º y 3º de la Constitución Política), conducen a una consecuencia básica: “... Todos los ciudadanos son iguales y por lo tanto su participación en el debate público debe tener el mismo valor y condición”. En esta igualdad de condición que crea la igualdad de participación tiene fundamento la regla de una persona un voto. Así las cosas, si los votos configuran la base de la deliberación democrática y participativa, entonces los procedimientos democráticos no pueden crear mecanismos de distinción o preferencias porque atentan contra la igualdad de las personas al conferir diferente peso a los intereses, preferencias y valores de los individuos, lo cual impide que en el proceso democrático se alcancen decisiones legítimas. En estas condiciones de funcionamiento y sentido ético de la democracia, la importancia de la regla una persona un voto no puede desconocerse ni limitarse sin crear discriminaciones injustificadas y obstáculos a la participación que atentan contra la construcción de un consenso demodeliberativo.”*²⁵

11. La garantía del derecho a la participación encuentra una especial pertinencia en el caso de la protección de los derechos de las comunidades étnicas. En efecto, como se explicó en el apartado anterior, los pueblos indígenas, afrodescendientes y Rom tienen un derecho constitucional definido a mantener su diversidad étnica y cultural, el cual se expresa en el ejercicio libre de sus prácticas tradicionales. Por ende, en aquellos casos en que desde el Estado o desde organizaciones privadas se adoptan decisiones que inciden en la forma en cómo se ejercen dichas prácticas, es imprescindible la participación de las comunidades afectadas, con el fin de evitar que medidas jurídicas o proyectos de explotación económica terminen por afectar dichas prácticas o incluso poner en riesgo la identidad cultural diversa de estas comunidades.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-522/02.

Existe, entonces, una relación intrínseca y necesaria entre la eficacia del principio de protección y reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, y la garantía de espacios suficientes y adecuados de participación a favor de las comunidades étnicas. En términos de la jurisprudencia constitucional, *“el reconocimiento simultáneo de la participación democrática como base del Estado constitucional y la necesidad de preservación de la identidad de las comunidades tradicionales contrae deberes concretos para el Estado. En efecto, la concurrencia de ambas obligaciones implica que las comunidades indígenas y afrodescendientes deben contar con los espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que incidan en sus intereses. Ello con el fin de evitar que, a través del ejercicio del poder político de que son titulares los órganos representativos, sean implementadas políticas públicas que terminen con erosionar su identidad como grupo diferenciado. A partir de esta consideración, la Carta consagra diversos instrumentos, como (i) la necesidad de que la conformación de las entidades territoriales se lleve a cabo con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial (Art. 329 C.P.); (ii) el carácter colectivo y no enajenable de la propiedad de los resguardos (ejusdem); y (iii) el deber consistente en que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se lleve a cabo sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades. Para ello, el Gobierno deberá propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades (Art. 330, parágrafo C.P.).”*²⁶

12. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional también ha contemplado que el derecho a la participación de las comunidades étnicas encuentra diferentes grados de intensidad, que dependen de qué tanto interfiera la medida legislativa o administrativa en la supervivencia de dichas comunidades diferenciadas y sus prácticas tradicionales. Así, cuando se trata de medidas que tienen un nivel de afectación uniforme para todas las personas y que, por lo mismo, no tienen una particular incidencia en las prácticas tradicionales, las comunidades étnicas tienen un derecho general de participación, en las mismas condiciones que los integrantes de la sociedad mayoritaria.

De otro lado, cuando se acredita que la medida legislativa, administrativa o el proyecto correspondiente afecta directamente a los pueblos étnicos, resulta exigible el derecho fundamental a la consulta previa, cuyas características esenciales serán explicadas en el apartado siguiente. Finalmente, cuando la medida o proyecto no sólo involucra una afectación directa de las comunidades étnicas, sino que configura una limitación intensa de la diversidad étnica y cultural, se requiere de un procedimiento de consulta previa tendiente a obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo étnico respectivo. Por ende, la diferencia entre dos últimos niveles radica en que mientras en el primero el objetivo de la consulta previa es lograr una concertación, hasta donde ella sea posible y bajo un criterio de máxima protección de la diversidad étnica y cultural, sin que se predique un derecho de veto de las comunidades diferenciadas, en el

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-175/09.

segundo caso este consentimiento sí debe acreditarse. Ello en virtud del grado intenso de afectación de los derechos de los pueblos étnicos.

Acerca de estos tres niveles de participación, la Corte ha señalado que la aplicación del principio de proporcionalidad en el caso señalado obliga a que cuando se está ante dicha afectación intensa, el simple diálogo y la concertación sobre las medidas no resulte suficientemente garantistas del derecho a la diversidad étnica y cultural, sino que sea necesario que se logre dicho consentimiento libre, expreso e informado. Esto, a su vez, se refuerza a partir de la interpretación que sobre los derechos de las comunidades étnicas ofrece la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas,²⁷ así como decisiones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, particularmente el caso *Pueblo Saramaka v. Surinam*, cuyos parámetros interpretativos son obligatorios en el derecho interno, al ser emitidos por el intérprete autorizado de normas de derecho internacional que integran el bloque de constitucionalidad.²⁸

²⁷ Sobre este preciso particular, la sentencia T-376/12 utiliza la Declaración como parámetro interpretativo para concluir que ante los casos de afectación intensa, derivada de la medida o proyecto respectivo, el consentimiento de la comunidad étnica resulta obligatorio en aras de preservar la diversidad étnica. Al respecto, se señala en dicha decisión que “*el consentimiento es abordado explícitamente en diversas disposiciones [de la Declaración], 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; (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.* 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. “

²⁸ En el caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó: “134. Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre “consulta” y “consentimiento” en este contexto requiere de mayor análisis.

135. Al respecto, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, de manera similar, que:

[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia.

En consecuencia, el Relator Especial de la ONU determinó que “[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo”.

136. De manera similar, otros organismos y organizaciones internacionales han señalado que, en determinadas circunstancias y adicionalmente a otros mecanismos de consulta, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a grande escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales.

137. Es más significativo aún mencionar que el Estado reconoció, asimismo, que el “nivel de consulta que se requiere es obviamente una función de la naturaleza y del contenido de los derechos de la Tribu en cuestión”. La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de

Así, a partir del análisis de las decisiones de la Corte más relevantes sobre la materia, la sentencia T-376/12 antes citada concluyó que *“desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, que la participación de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes se concreta en tres facetas del mismo derecho, que pueden sintetizarse así: (i) la simple participación, asociada a la intervención de las comunidades en los órganos decisorios de carácter nacional, así como en la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen; (ii) la consulta previa frente a cualquier medida que los afecte directamente; y (iii) el consentimiento previo, libre e informado cuando esa medida (norma, programa, proyecto, plan o política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial.”*

13. En conclusión, la jurisprudencia constitucional y los órganos del sistema universal e interamericano de derechos humanos son coincidentes en sostener que el derecho a la participación efectiva de las comunidades étnicas es un factor imprescindible para la vigencia del derecho al respeto y reconocimiento de la diversidad étnica y cultural- El grado de incidencia de esa afectación, a su vez, es directamente proporcional al nivel de limitación que la medida o proyecto genere en la supervivencia y prácticas tradiciones del pueblo étnico correspondiente.

Por ende, en razón de las circunstancias fácticas del asunto de la referencia, deben recapitularse las reglas fijadas por la Corte sobre la justificación y el contenido del derecho fundamental a la consulta previa, labor que la Sala asume a continuación.

El derecho fundamental a la consulta previa

14. Dos normas que integran el bloque de constitucionalidad sirven de justificación para la consagración del derecho fundamental²⁹ a la consulta previa, las cuales se suman a las reglas generales sobre derecho a la participación, en los términos expuestos. En primer lugar, el parágrafo del artículo 330 C.P. determina que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades

participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones.” Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

²⁹ La naturaleza iusfundamental del derecho a la consulta previa, así como su plena exigibilidad constitucional, es un asunto suficientemente definido por la jurisprudencia constitucional. Acerca de la materia, la sentencia C-030 de 2008 definió cómo “[e]n 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.”

indígenas. Por ende, el mismo precepto dispone que en las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

Sin embargo, el estatuto más comprensivo sobre el derecho fundamental a la consulta previa se encuentra en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo “*sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*” norma de derechos humanos aprobada por la Ley 21 de 1991 y que prevalece en el orden interno.³⁰ La jurisprudencia de la Corte ha explicado en innumerables decisiones el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa, reiterándose en esta oportunidad las reglas fijadas en la sentencia C-175/09, en la cual se declaró la inexecutable de la ley que preveía un Estatuto de Desarrollo Rural, al haberse omitido la consulta previa a las comunidades tradicionales.

15. En la sentencia en comento se puso de presente cómo el Convenio 169 de la OIT es un instrumento que concurre en la salvaguarda de la identidad de las comunidades indígenas y tribales, la protección de su territorio y, de manera general, su subsistencia como grupo diferenciado. De este modo, se ha indicado que “*el Convenio 169 de la OIT fue adoptado con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, conforme a la cual era preciso eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales son permanentes y perdurables, y la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado.*”³¹

Este mismo precedente ha advertido que las finalidades del Convenio 169 de la OIT son concurrentes con la obligación constitucional, antes analizada, de garantizar la identidad de las comunidades diferenciadas, a partir del reconocimiento y salvaguarda de la integridad de las prácticas, usos y costumbres

³⁰ A fin de exponer razones justificativas de la pertenencia del Convenio 169 de la OIT al bloque de constitucionalidad, la sentencia SU-083/03, estipuló lo siguiente: “*Resulta de especial importancia para el asunto en estudio, además, reiterar que el Convenio 169 de la OIT, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos laborales de dichos pueblos - artículo 53 C.P.- sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles - artículo 94 C.P.-, ii) dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales, iii) debido a que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afecta a los pueblos indígenas y tribales -Declaración y Programa de Acción de Durban- y iv) debido a que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que no se negará a las minorías étnicas el derecho a su identidad. || Asuntos que no pueden suspenderse ni aún en situaciones excepcionales, i) por estar ligado a la existencia de Colombia como Estado social de derecho, en cuanto representa la protección misma de la nacionalidad colombiana -artículos 1° y 7° C.P.-, ii) en razón de que el derecho a la integridad física y moral integra el “núcleo duro” de los derechos humanos, y iii) dado que la protección contra el etnocidio constituye un mandato imperativo del derecho internacional de los derechos humanos.*”

³¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-030/08

que la conforman. Así, en términos del Preámbulo del Convenio, la normativa tiene como propósito la consecución de herramientas que permitan (i) lograr las aspiraciones de los pueblos indígenas y tribales a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven; y (ii) superar esquemas predominantes en muchas partes del mundo, en que dichos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión.

La jurisprudencia constitucional ha destacado cómo las estipulaciones del Convenio 169 de la OIT, establecen dos modalidades de obligaciones a cargo de los Estados signatarios, las cuales se muestran útiles para delimitar sus responsabilidades en cuanto a la protección de los derechos de las comunidades indígenas y tribales. El primer grupo de obligaciones, *“referido a las medidas que deben impulsar para obtener los fines propios del convenio en los distintos aspectos que son objeto del mismo, que, como se ha dicho, de una manera amplia, se orienta a promover las condiciones que permitan el desarrollo de los pueblos indígenas y tribales de un modo que respete la diversidad étnica y cultural, asegure los espacios de autonomía requeridos para ello y se desenvuelva en un marco de igualdad, y que específicamente se refiere a su relación con las tierras o territorios; a las condiciones de trabajo; a aspectos relacionados con la formación profesional, la artesanía y las industrias rurales; a salud y seguridad social; a educación y medios de comunicación y a contactos y cooperación a través de las fronteras, y el segundo que alude a la manera como deben adoptarse y ponerse en ejecución esas medidas y que tienen como elemento central la participación y el respeto por la diversidad y la autonomía.”*³²

El segundo grupo de obligaciones, estas de contenido concreto, refieren a la adscripción de escenarios específicos de participación a favor de los pueblos étnicos. En los términos del artículo 6 del Convenio 169, los Gobiernos tienen la obligación de (i) 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; (ii) 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 (iii) 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. Igualmente, la norma internacional determina que las consultas llevadas a cabo en aplicación del Convenio deben efectuarse de buena fe y de manera apropiada a

³² *Ibidem.*

las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

16. Diferentes decisiones de la Corte han identificado las reglas sobre el contenido y alcance del derecho a la consulta previa. Para ello, han establecido dos etapas de análisis, que conforman el precedente aplicable. La primera, relacionado con la diferenciación entre los niveles general y particular del derecho a la participación de los pueblos indígenas y tribales. La segunda, relativo a las condiciones y requisitos de procedimiento que deben cumplirse para que la consulta previa sea un mecanismo adecuado y efectivo para la protección de los derechos constitucionales de las comunidades indígenas y afrodescendientes, al igual que las consecuencias que acarrea el incumplimiento, por parte del Gobierno, del deber de consulta previa.

En consecuencia y de manera congruente con lo explicado en el apartado anterior, en la sentencia T-175/09 se expresó cómo el artículo 6° del Convenio 169 está orientado a adscribir a los pueblos indígenas y tribales dos tipos de participación. Uno de carácter general, de acuerdo con el cual los pueblos indígenas y tribales deben contar con mecanismos que les permitan la participación en todos los niveles de adopción de políticas estatales que les conciernan, en condiciones análogas a las conferidas por el ordenamiento jurídico a los demás integrantes de la población. Otro, de carácter específico, el cual es predicable cuando la medida o proyecto conlleva una *afectación directa* de los intereses de la comunidad étnica. En este caso, las exigencias son las propias de la consulta previa.

La jurisprudencia ha definido igualmente los criterios que determinan cuando se está ante dicha afectación directa. Así por ejemplo, en la sentencia T-576/14 puso de presente cómo a partir del Convenio 169 podían identificarse determinados asuntos donde la afectación directa resultaba acreditada, relacionados con “i) *aquellas medidas que involucren la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales*³³; ii) *las medidas que impliquen trasladar o reubicar a esas colectividades de las tierras que ocupan*³⁴; iii) *las decisiones relativas a su*

³³ Convenio 169, 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.

³⁴ Convenio 169, Artículo 16. 1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. 3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir la causa que motivaron su traslado y reubicación. 4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo

capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir, de otra forma, sus derechos sobre estas fuera de su comunidad³⁵; iv) las medidas relacionadas con la organización y el funcionamiento de programas especiales de formación profesional³⁶; v) la determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno³⁷ y vi) las medidas relacionadas con la enseñanza y la conservación de su lengua.³⁸”

De igual manera, la sentencia mencionada señaló que estas opciones no podían considerarse como un listado taxativo y, antes bien, las autoridades públicas debían verificar en cada caso concreto si se estaba ante una afectación directa. Adicionalmente, indicó diversas decisiones de la Corte que otorgaban ejemplos de casos de afectación directa, entre los cuales se destacan (i) las regulaciones sobre el territorio rural, la minería o el aprovechamiento de recursos forestales (sentencias C-418/08, C-030/08, C-175/09); (ii) la planeación y ejecución de proyectos de infraestructura o de explotación de recursos naturales que afectan territorios en donde habitan comunidades indígenas (sentencias SU-039/97, T-376/12, T-294/14); o (iii) formulación de normas administrativas sobre la representatividad de las comunidades étnicas (sentencia T-576/14).

En ese orden de ideas, es claro que los escenarios de afectación directa son múltiples y, en consecuencia, no existen unos criterios uniformes para el efecto.

estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización con las garantías apropiadas. 5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan como consecuencia de su desplazamiento.

³⁵ Convenio 169, Artículo 17. 1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos. 2. 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. 3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

³⁶ Convenio 169, Artículo 22. 1. Deberán tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general. 2. Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación. 3. Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden.

³⁷ Convenio 169, Artículo 27. 1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales. 2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar. 3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.

³⁸ Convenio 169, Artículo 28. 1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo. 2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país. 3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

Por ende, deberá determinarse en cada caso si los efectos de la medida o proyecto inciden en la conformación de la identidad diferenciada de los pueblos étnicos. Para ello, el aspecto central a tener en cuenta es la significación que para el *ethos* de la comunidad tiene la materia debatida. Por ejemplo, asuntos como la explotación de recursos en el territorio en que habita la comunidad tradicional, o la regulación sobre el uso de la tierra, son generalmente materias que deben ser consultadas, habida cuenta la relación intrínseca entre la definición de la identidad étnica y el territorio.³⁹ En cualquier caso, como lo ha planteado el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, el criterio de evaluación sobre la afectación directa debe ser amplio y construirse desde el punto de vista de la particular cosmovisión de las comunidades étnicas afectadas.⁴⁰

³⁹ Esta fue la regla utilizada por la Corte en la sentencia C-175/09 antes reseñada. Allí se indicó que: “tanto las normas del derecho internacional que regulan el tema de la consulta previa, como la jurisprudencia constitucional, han destacado el lugar central que cumple el territorio en la definición de la identidad de los pueblos indígenas y tribales. Así, la Parte II del Convenio 169 de la OIT establece un grupo de reglas que deben tener en cuenta los Estados y gobiernos en cuanto a la protección de los derechos de las comunidades tradicionales respecto a sus territorios. Al respecto, el artículo 11 determina que “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.” Desde esta perspectiva, surgen para el Convenio varias obligaciones a cargo del Estado, entre ellas, el reconocimiento a las comunidades de la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan, la protección especial de los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre los recursos naturales en esos territorios, la implementación de procedimientos de consulta respecto a la explotación de recursos del subsuelo en los mismos, el carácter excepcional y consensuado del traslado de las comunidades de sus territorios tradicionales, al igual que el reconocimiento y respeto de las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra establecidas por las comunidades diferenciadas. Bajo el mismo parámetro, el Convenio dispone que en relación concreta con los programas agrarios nacionales – como es el caso del EDR -, éstos deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de (i) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico; y (ii) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen. || De forma armónica con las obligaciones estatales descritas, contenidas en normas que integran el bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia de la Corte ha insistido en que las regulaciones legales que intervengan el régimen jurídico sobre la tierra de las comunidades indígenas y afrodescendientes deben mostrarse compatibles con la eficacia del mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Esto implica que dicha normatividad deberá tener en cuenta las prácticas tradicionales de los pueblos indígenas y tribales, evitando que la imposición estatal de otras modalidades de regulación implique la desaparición de aquéllas.”

⁴⁰ Sobre la materia, el Reporte *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, explica lo siguiente:

“43. Sería irrealista decir que el deber de los Estados de celebrar consultas directamente con los pueblos indígenas mediante procedimientos especiales y diferenciados se aplica literalmente, en el sentido más amplio, siempre que una decisión del Estado pueda afectarlos, ya que prácticamente toda decisión legislativa y administrativa que adopte un Estado puede afectar de una u otra manera a los pueblos indígenas del Estado, al igual que al resto de la población. En lugar de ello, 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.

44. El deber de celebrar consultas no está limitado a las circunstancias en que una medida propuesta pueda afectar o afecte en el futuro un derecho ya reconocido o derivado de un contrato. El Relator Especial observa con preocupación que algunos Estados, de hecho o de manera deliberada, han adoptado la posición de que las consultas directas con los pueblos indígenas en relación con la actividad de extracción de recursos naturales o

17. Ahora bien, en lo que respecta al contenido y alcance del derecho a la consulta previa, la jurisprudencia constitucional distingue entre los criterios generales para la aplicación de la consulta y las reglas específicas de aplicación de la misma. Acerca de este tópico, se reitera en este apartado la recopilación planteada por la Corte en la sentencia T-576/14, antes mencionada.

17.1. Los criterios generales son aquellas pautas que deben ser tenidas en cuenta por las autoridades, con el fin que el proceso consultivo cumpla con los estándares derivados de la eficacia del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. En ese sentido, (i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades étnicas sobre medidas que las afecten directamente; (ii) la consulta debe realizarse guiada por el principio de buena fe, lo cual es un requisito imprescindible para el adecuado entendimiento y confianza entre las partes; (iii) la participación de los pueblos étnicos interesados debe ser activa y efectiva. Por lo tanto, el proceso consultivo no puede limitarse a reuniones informativas o a la simple notificación sobre el contenido de la medida o proyecto. A su vez, la condición de efectividad se traduce en que el punto de vista de las comunidades tradicionales debe tener incidencia en la decisión que finalmente se adopte sobre el proyecto o medida correspondiente; y (v) la consulta debe ser flexible, de forma que se adapte a las necesidades de cada asunto, así como a la diversidad de los pueblos étnicos.

Para la Sala, es también importante adicionar que los criterios generales antes expuestos no conllevan que las comunidades tradicionales tengan un derecho de veto sobre las medidas o proyectos o adoptar. De lo que se trata, en ese orden de ideas, es que el proceso de consulta se realice bajo los postulados de la buena fe, lo que implica que las decisiones tengan en cuenta y efectivamente involucren en el diseño y ejecución de la decisión, los puntos de vista e intereses de las comunidades étnicas afectadas. De allí que deba propenderse por la concertación de las medidas, mediante la obtención del consentimiento de las comunidades afectadas, hasta donde ello sea posible. De la misma manera, la inexistencia del poder de veto tiene como contrapartida que las autoridades no puedan imponer decisiones desproporcionadas e irrazonables para las comunidades étnicas, pues ello tornaría al proceso de consulta carente de efectividad.

Como lo ha señalado la Corte *“la regla del consentimiento genera cierta “resistencia”*. *Al parecer, esa resistencia obedece a que podría resultar*

con otros proyectos de repercusiones importantes sobre el medio ambiente, como las presas, solo se requieren cuando las tierras en que se realizan las actividades en cuestión han sido reconocidas como tierras indígenas por el derecho interno. Esta posición es infundada ya que, de la misma manera que ocurre con el derecho a la libre determinación y con los principios democráticos, y debido a las condiciones generalmente vulnerables de los pueblos indígenas, el deber de celebrar consultas con ellos se plantea siempre que estén en juego sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales. A este respecto, un comité tripartito del Consejo de Administración de la OIT afirmó explícitamente que: “la consulta prevista en el párrafo 2 del artículo 15, procede respecto de los recursos de propiedad del Estado que se encuentren en las tierras que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera, tengan o no título de propiedad sobre los mismos” Es posible imaginar fácilmente innumerables maneras en que los pueblos indígenas y sus intereses puedan verse afectados por proyectos de desarrollo o por iniciativas legislativas en casos en que carezcan del correspondiente derecho.” Naciones Unidas. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. Documento A/HRC/12/34.

incompatible con el principio según el cual la consulta es un diálogo entre iguales y no un derecho de veto consagrado en cabeza de las comunidades indígenas, de manera que podría surgir una contradicción normativa cuando, en un evento determinado en que es aplicable la regla del consentimiento, una medida no logra alcanzar la aceptación de la comunidad o pueblo interesado pues, en términos prácticos, la medida no puede realizarse, así que la comunidad concernida habría efectuado un veto de la misma⁴¹. || Esa objeción merece una respuesta constitucional, la cual puede construirse con base en una premisa adicional, que suele pasarse por alto: si la consulta es un proceso de diálogo, excluye el veto de las comunidades; pero de igual manera excluye la imposición como forma de gobierno, aspecto implícito en el concepto de diálogo, en la subregla que establece que la participación debe ser efectiva (literalmente, que tenga efectos), y en la subregla que prohíbe decisiones irrazonables o desproporcionadas en ausencia de acuerdo.”⁴²

Adicionalmente, también debe resaltarse que la ausencia de arbitrariedad y desproporción de la decisión estatal involucra, necesariamente, la ejecución de medidas dirigidas a la mitigación del daño y a la compensación de los intereses afectados. En otras palabras, cuando se está ante la imposibilidad de concertar entre las partes la medida o proyecto correspondiente, ello no significa que las autoridades queden liberadas de ejecutar aquellas actividades tendientes a reducir el impacto que tiene la medida en las prácticas tradicionales y en la supervivencia de las comunidades étnicas. Como lo ha señalado la Corte, *“la consulta debe ser un proceso que no se agota con “acercamientos” o la simple socialización de las decisiones con las comunidades afectadas, sino que exige un verdadero diálogo entre los agentes involucrados, en el que se identifiquen las ventajas y desventajas de la ejecución de las decisiones que eventualmente afectarán a los pueblos indígenas y tribales, y las medidas de compensación y mitigación más adecuadas.”⁴³*

17.2. En cuanto a los criterios específicos, la jurisprudencia constitucional ha definido que (i) la consulta debe ser previa a la medida o proyecto objeto de examen, pues no de otra manera tendrá incidencia en la planeación o ejecución de la medida correspondiente; (ii) es obligatorio que las autoridades definan junto con las comunidades étnicas afectadas el modo en que se realizará la consulta, trámite que usualmente ha sido denominado como *preconsulta* o consulta de la consulta; (iii) la consulta debe llevarse a cabo con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida, lo que impone a las autoridades el deber de comprobar la representatividad de las personas con quienes se adelanta el proceso consultivo; (iv), en caso que no se llegue a una concertación en el proceso consultivo, las decisiones que se adopten respecto de la medida o proyecto correspondiente deben estar desprovistas de arbitrariedad, a la vez que deben evaluarse conforme con los principios de razonabilidad y proporcionalidad; y (v)

⁴¹ En el documento previamente citado (A/HRC/12/34), el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de derechos de los indígenas manifiesta que lamenta esa forma de entender el problema, en términos de quién veta a quién, abandonando así el sentido profundo de la consulta como instrumento de construcción del estado multicultural.

⁴² Corte Constitucional, sentencia T-376/12.

⁴³ Corte Constitucional, T-462A/14.

cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida o proyecto, es obligatorio que las autoridades realicen estudios sobre su impacto ambiental y social, así como adelantar acciones de mitigación y compensación, según se explicó anteriormente.

En suma, la jurisprudencia constitucional ha definido los aspectos generales y específicos del derecho a la consulta previa, los cuales han sido construidos a partir de previsiones constitucionales específicas, así como reglas obtenidas con base en normas del derecho internacional de los derechos humanos, que en virtud de su entidad priman en el orden interno. Estos derechos, entonces, se adscriben a las comunidades tradicionales, de modo que uno de los aspectos a tener en cuenta es cómo se reconocen dichos pueblos étnicos, labor que la Corte asume enseguida.

Criterios para el reconocimiento de las comunidades étnicas

18. A juicio de la Sala, uno de los asuntos centrales que debe dirimirse en este fallo es si la comunidad agrupada en la agremiación Asotuplab y el Consejo Comunitario de Playa Blanca conforman un pueblo étnico, titular de los derechos diferenciados que han sido previamente explicados. Por ende, es necesario recapitular el precedente que ha sido fijado por la Corte acerca del reconocimiento de las comunidades tradicionales, titulares del derecho a la consulta previa. Para ello, reiterará las reglas sistematizadas por la Sala Novena de Revisión en la sentencia T-576/14, la cual resulta especialmente pertinente para el caso, en cuanto analizó a profundidad el tema de la conformación de las comunidades negras como titulares de derechos diferenciados.

18.1. El punto de partida sobre esta materia es la preeminencia del propio reconocimiento de la comunidad étnica como factor principal para la adscripción de titularidad de los derechos diferenciados. Como se ha explicado en esta decisión, la eficacia del principio de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural pasa por la imposibilidad que desde la sociedad mayoritaria se decidan unilateralmente, y mucho menos impongan, las características que debe cumplir las comunidades tradicionales para recibir ese estatus. Estas características definitorias corresponden, de manera general, a los organismos al interior de la misma comunidad diferenciada. En términos simples, pretender que las autoridades del Estado determinen, por sí y ante sí, cuáles son las condiciones que debe cumplir un colectivo para que sea considerado una comunidad tradicional, desconoce el mandato de protección de la diversidad étnica. Al respecto, ha señalado la Corte que *“Ninguna autoridad pública, ni siquiera el juez constitucional, puede definir si un sujeto hace parte o no de una minoría étnica, pues son estas comunidades las únicas que pueden fijar tales criterios de pertenencia, en ejercicio de su autonomía. Por eso, en este tipo de debates, no es posible exigir pruebas distintas a la compatibilidad entre los atributos de una*

*persona y los criterios que la comunidad haya establecido en ejercicio de su autogobierno.*⁴⁴

18.2. Esta comprobación, en cualquier caso, no implica la imposibilidad que el ordenamiento jurídico prevea reglas que identifiquen condiciones fácticas predicables de las comunidades étnicas. Con todo, estas previsiones legales no deben ser interpretadas como mandatos absolutos o condiciones imperativas para el reconocimiento de los pueblos étnicos. Así, el artículo 2º, numeral 5, de la Ley 70 de 1993, define a la *comunidad negra* como el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.

Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, esta definición legal no es conclusiva respecto de qué debe comprenderse como comunidad afrodescendiente, sino que apenas es una de las herramientas disponibles para la identificación de dicho pueblo étnico. Ello debido a que (i) el reconocimiento de las comunidades negras es un asunto que depende, de manera prevalente, de la manifestación de determinadas prácticas tradicionales que se consideran razonablemente diferenciadas, no a partir de un determinado mandato legal que si bien está fundado en la legitimidad democrática del legislador, es en todo caso externo a la comunidad étnica; y (ii) la definición contenida en la Ley 70 de 1993 debe entenderse en el marco de la norma constitucional que desarrolla, esto es, el artículo 55 transitorio de la Carta, el cual impuso al Estado la promulgación de una ley que les reconociera “a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley”. Es claro que esta comunidad es apenas una de las que pueden ser válidamente catalogadas como colectivos afrodescendientes, de modo que la definición legal no puede abarcar otros pueblos afrocolombianos que escapan del propósito de dicha normatividad.

Sobre este particular es concluyente la jurisprudencia de la Corte, cuando ha establecido que *“son estas, entonces, las disposiciones que integran el régimen legal de protección de las comunidades negras que se forjó, en 1993, en cumplimiento del mandato incorporado por el constituyente en el artículo 55 transitorio. No obstante, como se anunció antes, no son esas disposiciones las únicas fuentes normativas del trato especial que el Estado debe prodigarles a los afrocolombianos como individuos y a sus comunidades como sujeto colectivo autónomo, sino, solamente, uno de los escenarios concretos de protección que se concibió en el contexto del debate constituyente. || El hecho de que la Constitución solo haga referencia expresa a las comunidades negras en su artículo 55 transitorio no significa que la génesis de los derechos reconocidos a los afrodescendiente solo se encuentre en esa disposición ni, mucho menos, que su contenido limite las prerrogativas consagradas a favor de esa población en el*

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia T-576/14.

derecho internacional de los Derechos Humanos y en la propia Carta. La Sala, en consecuencia, continuará su exposición señalando las demás disposiciones que permiten identificar a los afrocolombianos y a las comunidades negras como destinatarios de un trato reforzado que puede estar asociado, tanto a su identidad culturalmente diversa como al hecho de que pertenezcan a un grupo humano vulnerable que ha sido históricamente perseguido y marginado por cuenta de estereotipos raciales.”⁴⁵

Igualmente, es importante resaltar que la preeminencia del criterio de auto reconocimiento también se deriva de normas de derechos humanos. Así, el artículo 1-2 del Convenio 169 de la OIT es preciso en determinar que “*la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.*”

A esta misma conclusión amplia sobre la prevalencia del auto reconocimiento ha arribado el sistema interamericano de derechos humanos. La Corte IDH, en la sentencia del caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay* definió “*que no corresponde a este Tribunal ni al Estado determinar la pertenencia étnica o el nombre de la Comunidad. Como el mismo Estado reconoce, “no puede [...] unilateralmente adjudicar o desmentir denominaciones de [las] Comunidades Indígenas, por corresponder este acto a la Comunidad en referencia”. La identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía. Este ha sido el criterio del Tribunal en similares situaciones⁴⁶. Por tanto, la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se auto-identifique.”⁴⁷*

18.3. La Corte también ha considerado que si bien la relación de la comunidad étnica, en este caso afrodescendiente, con el territorio es indicativa de su identidad étnica, no es un factor determinante para confirmar o excluir su condición de titular de derechos étnicos. De esta manera, aunque la relación ancestral con el territorio es un factor usual en la determinación de la naturaleza diferenciada de los pueblos étnicos, al punto que sea un aspecto clave para su supervivencia, tal vínculo no puede tornarse en un factor dirimente para el reconocimiento étnico. Esto debido a que podría configurar un tratamiento discriminatorio en contra de colectivos que, como las comunidades étnicas, son víctimas de delitos como el desplazamiento forzado, y por ende, del desarraigo y la imposibilidad de ejercer los derechos de propiedad colectiva sobre la tierra.

Esta conclusión ha sido también planteada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, en la decisión *Pueblo Saramaka v. Surinam*, antes señalada, se consideró que la condición étnica diferenciada del

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia T-546/14, fundamento jurídico 3.18.

⁴⁶ Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 164.

⁴⁷ Cfr. *Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 37.

pueblo Saramaka no podía atarse necesariamente al territorio, pues había sido desplazado desde su entorno tradicional a otro. Como se sintetizó en la sentencia T-576/14, la Corte IDH puso de presente cómo esa identidad diferenciada del pueblo Saramaka se derivaba del hecho que tuviera una estructura social sustancialmente distinta a la de otros sectores de la sociedad, pues estaba organizado en clanes de linaje materno y mantenía sus propias normas tradicionales y costumbres. Su relación con la tierra también era particular, pues era su principal fuente de subsistencia y, sobre todo, una fuente necesaria para la continuidad de la vida y la identidad cultural de los miembros de la comunidad.

Por ende, la Corte IDH concluyó que la presencia de esos elementos objetivos demostraba la condición tribal del pueblo Saramaka, pues lo caracterizaban como un grupo distinto a otros sectores de la sociedad en lo cultural, en lo económico y en lo social. Y aunque no indagó a profundidad sobre la conciencia de la comunidad sobre su identidad étnica, sí resaltó el hecho de que se percibiera como colectivamente capaz de ejercer y gozar del derecho a la propiedad. Sobre ese supuesto, descartó que la inclusión de algunos de sus miembros individuales en la sociedad moderna afectara su distinción como grupo tribal o el uso y goce comunal de sus tierras.

18.4. El reconocimiento formal de la comunidad por parte del Estado, por ejemplo a través de actos administrativos, contribuye a demostrar la existencia del pueblo étnico, pero no es un factor dirimente o necesario para ello. Así, se ha considerado por la Corte que el hecho de que una comunidad aparezca o no en un registro institucional o en un censo adelantado para el efecto, no descarta la existencia de una identidad colectiva, puesto que ésta parte de un ejercicio de reconocimiento propio que los interesados pueden constatar materialmente, en caso de duda, a través de los estudios etnológicos y las demás pruebas que resulten pertinentes para el efecto.

Empero, la jurisprudencia constitucional también ha considerado que los estudios etnológicos, aunque ofrecen información valiosa sobre la identificación de las prácticas tradicionales de los pueblos étnicos, no constituyen un requisito para el reconocimiento de las comunidades. Así, ha señalado la Corte que *la importancia que los estudios etnológicos pueden tener para efectos de aumentar el conocimiento disponible sobre una determinada comunidad que se reconoce como indígena, a fin de que las entidades estatales puedan tomar posición sobre la pretensión de alteridad que ella formula, [no implica] atribuir a dichos estudios un carácter constitutivo o definitorio de la identidad indígena de una población (...). Los estudios etnológicos representan un insumo importante pero no definitivo; constituyen sólo una de las herramientas de las que disponen las entidades estatales para efectos de decidir sobre el reconocimiento de los derechos atribuidos a la población indígena. Máxime teniendo en cuenta que los ritmos de programación de las visitas de campo necesarias para efectuar dichos estudios no permiten dar una respuesta oportuna a las demandas de*

*reconocimiento de identidad étnica de grupos que reclaman, entre otros, el derecho a la consulta previa.*⁴⁸

18.5. El factor racial es, en términos de la jurisprudencia, indicativo de la existencia de una comunidad étnica si se evalúa junto a otros factores sociales y culturales que den cuenta de una identidad diferenciada. En ese orden ideas, ese factor no es decisivo, por sí solo, para determinar si cierto grupo puede ser considerado titular de derechos étnicos. Sin embargo, la raza sí resulta determinante en los casos en que es necesario individualizar a los destinatarios de medidas de diferenciación positiva a favor de grupos o individuos discriminados.

A este respecto debe resaltarse que la conformación de la comunidad étnica tiene carácter colectivo, lo que implica que el reconocimiento de sus miembros parte del sentido de pertenencia que le confieran a cada uno de los miembros del grupo. La prevalencia del criterio de auto reconocimiento conlleva, por ende, que no existan condiciones objetivas para la caracterización de los miembros de la comunidad étnica, que operen como una suerte de requisitos habilitantes para la adscripción de derechos diferenciados. En última instancia, son las prácticas tradicionales ejercidas por los pueblos étnicos las que determinan las condiciones de reconocimiento. En términos de la jurisprudencia constitucional, *“el reconocimiento de la validez del pluralismo, en lo referente a los grupos étnicos, implica un deber de no discriminación en razón de su pertenencia a esta comunidad y un mandato de promoción en virtud de la discriminación a la cual fueron sometidos por largos periodos históricos. Al momento de determinar la inclusión de un sujeto en una de las comunidades étnicas cobijadas y favorecidas por la pluralidad, prima la conciencia de la pertenencia a tal comunidad, sus manifestaciones culturales, su historia y su proyección presente. Una de las acciones afirmativas que se puede tomar en Colombia es aquella tendente al desarrollo educativo de los miembros de las comunidades afrocolombianas.*⁴⁹

En conclusión, la Corte en la sentencia T-576/14 determinó que no son las autoridades administrativas ni judiciales las llamadas a establecer si una comunidad étnica “existe”, si es “étnicamente diversa” o si determinado individuo pertenece o no a ella. Tal ejercicio debe ser efectuado por las propias comunidades, en ejercicio de su autonomía, por ser la conciencia de identidad el elemento que define, en los términos del Convenio 169 de la OIT, si un sujeto colectivo puede ser considerado como titular de los derechos especiales que allí se contemplan.

18.6. Como se expresó en el fundamento jurídico 18.2, la protección especial que el artículo 55 transitorio C.P. de la Constitución y la Ley 70 de 1993 consagran a favor de las comunidades negras no impide que otras colectividades que no reúnan los elementos señalados en esas disposiciones se beneficien de las prerrogativas que la Carta les reconoce por la vía de la cláusula de igualdad material y del mandato de protección de la diversidad cultural. Cualquier comunidad negra que reúna los elementos objetivo y subjetivo contemplados en

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia T-294/14, fundamento jurídico 104.

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia T-375/06

el Convenio 169 es sujeto de especial protección constitucional y, por lo tanto, titular de los derechos fundamentales que el marco internacional de los derechos humanos y la Constitución les atribuyen a las minorías étnicas.

19. Según los argumentos expuestos, la Sala reitera que el auto reconocimiento es el criterio prevalente para la identificación de las comunidades étnicas, en este caso los pueblos afrodescendientes, en tanto es la perspectiva de análisis que se muestra más compatible con la eficacia del principio de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural. Con todo, concurren un grupo de criterios que sirven de guía para que, ante el Derecho del Estado, pueda concluirse de forma razonable que se está ante una comunidad étnica.

Por lo tanto, el límite al reconocimiento es, precisamente, dicha razonabilidad. Únicamente en aquellos casos en que las autoridades públicas puedan concluir, luego de analizados todos los aspectos fácticos relevantes y considerada imparcialmente la manifestación de los miembros de la comunidad al respecto, que el reclamo de reconocimiento como comunidad titular de derechos diferenciados es abiertamente irrazonable e infundado, podrá negarse esa condición de pueblo étnico diferenciado, para efectos de la identificación formal de la comunidad correspondiente. En contrario, cuando dicha abierta irrazonabilidad de la adscripción de derechos diferenciados no pueda demostrarse, de forma fehaciente, entonces deberá aplicarse, en tanto regla general, la prevalencia del auto reconocimiento en los términos antes explicados.

Caso concreto

Procedencia de la acción de tutela

20. En lo que respecta a la legitimidad por activa, la Corte encuentra que en ambos casos dichos requisitos se encuentran acreditados. En el caso de la acción de tutela formulada por la ciudadana María del Carmen García García, se tiene que la misma formuló la acción en su condición de representante legal de Asotuplab, así como integrante del Consejo Comunitario de la Vereda Playa Blanca. A este respecto, se acompañó el certificado de existencia y representación legal de dicha Asociación, en el cual se da cuenta que la mencionada accionante es su directora ejecutiva.⁵⁰ Del mismo modo, se encuentra evidencia que la ciudadana García García hizo parte del grupo de personas que intervinieron en la constitución del Consejo Comunitario de la Vereda Playa Blanca, según se desprende del acta correspondiente, aportada con la acción de tutela.⁵¹

La Sala considera importante resaltar esta doble condición de la demandante García García, pues la misma tendrá efectos significativos en la resolución del primero de los problemas jurídicos planteados. Nótese que la acción de tutela es formulada en la doble condición de representante de Asotuplab, que conforme con su objeto social es una agremiación de comerciantes interesada en la defensa

⁵⁰ Expediente T-3.720.675, folio 118, cuaderno 1.

⁵¹ *Idem*. Folio 18, cuaderno 1.

de los derechos de sus asociados, quienes ejercen actividades de prestación de servicios turísticos en la zona de Playa Blanca,⁵² así como en su condición de integrante de la comunidad negra que pretende ser reconocida jurídicamente como el Consejo Comunitario mencionado.

Frente al caso de la acción de tutela promovida por el ciudadano Wilfrido del Río Estrada, se tiene que actúa como miembro del Consejo Comunitario de Playa Blanca, condición que se acredita al verificar que participó, al igual que la accionante García García, como intervinientes en el acta de constitución de dicho Consejo.

En tal sentido, se tiene que los demandantes en los expedientes acumulados hacen parte del grupo de personas que afirman tener la condición de comunidad diferenciada y directamente afectada por el proyecto turístico Playa Blanca Barú. Por ende, están legitimados por activa para formular la acción de tutela.

21. En lo que respecta al requisito de inmediatez, la Sala encuentra que el mismo se encuentra cumplido en el caso, teniendo en cuenta que existe evidencia que el proyecto turístico continúa en marcha, pues no existe prueba alguna en los expedientes que muestre lo contrario. Ello permite concluir que la presunta vulneración de derechos fundamentales, derivada de la ausencia de consulta previa, se mantiene en el tiempo.

Igualmente, estas mismas condiciones permiten acreditar la inminencia de un perjuicio irremediable. De las pruebas recaudadas en el proceso es posible inferir que el proyecto hotelero está actualmente en ejecución y, por lo mismo, se pone en riesgo cierto los derechos fundamentales de la comunidad negra presuntamente afectada, sin que las acciones ordinarias puedan conjurar esa circunstancia, la cual incide directamente en la diversidad étnica y el mantenimiento de las actividades económicas de subsistencia que adelanta dicho pueblo afrodescendiente. En otras palabras, la ejecución actual del proyecto incide en aspectos relacionados con la protección de la comunidad diferenciada que se ubica en el área, lo que demuestra la existencia de un riesgo cierto y verificable de los derechos diferenciados de la comunidad afrodescendiente y, por lo mismo, la inminencia de un perjuicio irremediable frente a los mismos.

22. Los demandantes consideran que una de las fuentes de vulneración de derechos se deriva de la negativa de la Alcaldía de Cartagena en reconocer formalmente al Consejo Comunitario de la Vereda de Playa Blanca. Ante esta situación, debe determinarse si las acciones de tutela son procedentes, en vista de la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, en este caso las acciones ante lo contencioso administrativo contra el acto que negó dicho reconocimiento.

⁵² A este respecto, en el certificado de existencia y representación legal correspondiente se expresa que *“el objeto de la asociación es velar por los derechos de los vendedores de las playas y demás personas que laboran de manera formal e informal que ejercen actividades relacionadas con la explotación económica del turismo en las playas de Playa Blanca.”*

A este respecto, debe tenerse en cuenta que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, en casos como el analizado los medios de defensa ante la jurisdicción contenciosa no son idóneos. Esto debido a que solo pueden resolver aspectos relativos a la legalidad de la decisión administrativa, más no está en capacidad de resolver temas relacionados con la omisión del procedimiento de consulta previa. En ese sentido, la Corte ha puesto de presente en casos similares al que ahora ocupa a la Sala que *“ante controversias relativas al amparo del derecho a la consulta previa en las que se plantee la necesidad de que los accionantes agoten otros mecanismos ordinarios de defensa, el juez constitucional deba considerar i) el carácter de derecho fundamental que se le reconoce a la consulta previa, ii) que es él el funcionario responsable de asegurar el ejercicio eficaz de esa categoría de derechos y que iii) las condiciones especiales de vulnerabilidad que suelen enfrentar las comunidades indígenas y tribales justifica que sea esta vía excepcional el escenario idóneo para evitar la lesión de sus derechos.”*⁵³

En el presente asunto se evidencia que el proceso consultivo requerido por los accionantes no fue llevado a cabo. Además, las autoridades encargadas de adelantar dicho proceso de consulta no coinciden con aquella que promulgó el acto administrativo mencionado. Por lo tanto, la actuación requerida por parte de los funcionarios responsables no encuentra respuesta concreta a partir de la revisión judicial del acto administrativo, sino que exige, en caso que así se decida en esta sentencia, acciones materiales tendientes a efectuar el procedimiento de consulta, las cuales no hacen parte de la decisión que adopte la jurisdicción contenciosa. En otros términos, la resolución de los problemas jurídicos materia de esta sentencia se centra en definir si el proceso de consulta previa respecto de la comunidad negra de la Vereda Playa Blanca, es exigible o no. Esta clase de asuntos, en razón de su naturaleza, escapan a la órbita de decisión del juez administrativo, en el marco de la revisión judicial de los actos proferidos por las autoridades demandadas.

Por último, en el presente fallo se ha demostrado cómo las comunidades afrodescendientes han sido sujetos de discriminación histórica, lo que implica que la acción de tutela se muestre como la vía judicial más eficiente y pertinente para la protección de los derechos fundamentales interferidos.

23. Finalmente, los antecedentes expuestos demuestran que los asuntos acumulados tienen una relación directa con la eficacia del principio de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, en los términos del artículo 7 C.P., así como sobre la protección del derecho fundamental a la consulta previa, en los términos expuestos en precedencia. Por ende, está acreditada la relevancia constitucional de los asuntos contenidos en los expedientes acumulados y ahora sometidos a revisión de la Corte, cumpliéndose así las condiciones de procedencia de la acción de tutela.

⁵³ Corte Constitucional, sentencia T-576/14.

La comunidad afrodescendiente reunida en el Consejo Comunitario de Playa Blanca es un pueblo étnico titular de derechos constitucionales diferenciados

24. La Corte considera que la respuesta al problema jurídico expuesto en el fundamento 4.1. de esta decisión es afirmativa. Ello debido a que el grupo de personas que se auto reconocen como la comunidad negra de la Vereda Playa Blanca, agremiada en el Consejo Comunitario constituido para el efecto, es un pueblo étnico titular de los derechos constitucionales correspondientes, entre ellos el derecho fundamental a la consulta previa. Esto debido a que (i) cumple con los criterios expuestos en el fundamento jurídico 18 de esta sentencia; por ende, dicho reconocimiento no es irrazonable o desproporcionado; (ii) existe un grupo de antecedentes históricos que dan cuenta de la presencia continuada de comunidades afrodescendientes en el área; (iii) concurre evidencia dentro del expediente acerca del reconocimiento de dicha comunidad como un interlocutor dentro del proceso de consulta previa adelantado con otros consejos comunitarios; (iv) la concesión o la negativa por parte de las autoridades del Estado del reconocimiento formal del Consejo Comunitario no puede constituirse como barrera para el ejercicio del derecho fundamental a la consulta previa; y (v) el ejercicio de actividades comerciales en la zona no es una condición que descalifique a la comunidad afrodescendiente en cuanto a su reconocimiento étnico. Cada una de estas condiciones son explicadas a continuación por la Corte.

25. Sobre el primer aspecto, debe recordarse que el aspecto esencial que guía la identificación de las comunidades diferenciadas es el auto reconocimiento, en tanto es el criterio que se muestra compatible con el principio de protección de la diversidad étnica y cultural. Así, corresponde a los integrantes del pueblo étnico identificarse como culturalmente diversos, expresión de voluntad que solo podrá rechazarse cuando se muestre desproporcionada o irrazonable. En el caso propuesto, ambos accionantes manifiestan que pertenecen a la comunidad afrodescendiente que habita y ejerce actividades de subsistencia en el área de Playa Blanca. De esa manera, consideran que son continuadores de la presencia histórica de pueblos afrocolombianos que han habitado la isla de Barú desde los tiempos de la Colonia española.⁵⁴ En el mismo sentido, el artículo 3° de los Estatutos del Consejo Comunitario de la Vereda Playa Blanca estipula que el objetivo de esa agremiación es *“la administración de la comunidad, elevar el nivel de vida y todos los demás que la Ley 70 de 1993 le asigne en sus decretos reglamentarios (sic) y los que la Asamblea General en sus estatutos designe. // Desarrollar actividades culturales y de promoción social, que permiten llevar el nivel cultural y de la identificación étnica de la población. // Promover los planes de desarrollo económico, culturales, etc., dentro de marco de las culturas negras. // Procurar que los problemas (sic) educativos de la comunidad negra enseñen su identidad cultural.”*

En ese sentido, para la Corte es claro que los accionantes se reconocen como pertenecientes a una comunidad negra y reivindican esa condición a partir de la conformación de un consejo comunitario que, como se ha señalado en esta

⁵⁴ Esta es la manifestación realizada, por ejemplo, por el demandante Wilfrido del Río en su acción de tutela, en el hecho segundo. Cfr. Expediente T-3.779.765, cuaderno 1, folio 1.

sentencia, es una de las vías que ha dispuesto el ordenamiento jurídico para formalizar ante el Estado dichas comunidades. Con todo, debe desde ahora resaltarse que dicha formalización no es un requisito para el reconocimiento de las comunidades diferenciadas, ni menos para el ejercicio del derecho a la consulta previa. Sin embargo, sí opera como un elemento de prueba para la afirmación de la identidad diferenciada, en este caso de las comunidades negras.

Sobre este respecto, la Sala considera pertinentes las consideraciones realizadas por el Observatorio de Discriminación Racial, en el sentido que en diferentes documentos se demuestra que la comunidad a la que pertenecen los accionantes se reconoce como diferenciada, a partir de su reafirmación como comunidad negra, utilizando para ello las categorías ofrecidas por la Ley 70 de 1993. Por ende, en ejercicio de su autonomía como comunidad étnica, los integrantes del Consejo Comunitario de la Vereda Playa Blanca pretenden que sean reconocidos como tales y, en consecuencia, titulares de los derechos fundamentales que la Constitución adscribe a dichos grupos.

De otro lado, la Sala también encuentra que la reivindicación de los accionantes como integrantes de una comunidad negra, se predica de un territorio en particular, como es el área de Playa Blanca. A este respecto, debe la Corte señalar que, como se indicó a propósito de la síntesis sobre la posición del sistema interamericano de derechos humanos sobre el particular, que el factor territorial es un elemento que concurre con otros en la definición de la identidad diferenciada.

En el caso, la comunidad a la que pertenecen los accionantes se definen como habitantes y trabajadores en un área específica, en donde ejercen unas prácticas diferenciadas, las cuales pretenden reivindicar a través de un reconocimiento oficial por parte de las autoridades correspondientes. Además, como se verá más adelante, varias de las autoridades demandadas han reconocido a los miembros del Consejo Comunitario de Playa Blanca como personas que, al habitar y ejercer actividades de prestación de servicios turísticos en la zona, son potenciales afectados por el proyecto hotelero. Finalmente, las autoridades públicas y la sociedad comercial accionada reconocen que existen comunidades negras en la zona, al punto que adelantaron un proceso de consulta con los consejos comunitarios que habían obtenido reconocimiento formal como consejos comunitarios registrados. Esto demuestra, a juicio de la Sala, que respecto del territorio de Playa Blanca es posible, y efectivamente sucede, que se adelanten actividades vinculadas con el ejercicio de tradiciones y costumbres diferenciadas de las comunidades negras.

De allí que resulte contradictorio que, de un lado, las entidades accionadas concluyan que existan pueblos étnicos titulares del derecho de consulta y, al mismo tiempo, se niegue ese mismo vínculo con el territorio a otra comunidad negra, a partir de criterios externos, los cuales dejan de tener en consideración el peso específico que la jurisprudencia constitucional y del sistema de derechos humanos confieren al auto reconocimiento. Debe insistirse que el reconocimiento formal tiene apenas carácter declarativo, más no constitutivo, por

lo que no puede servir de base para prodigar un tratamiento distinto entre comunidades negras que interactúan con el mismo territorio. En el caso analizado y en los términos del Convenio 169 de la OIT, está acreditado el elemento subjetivo de auto reconocimiento.

26. Ahora bien, para la Corte es imprescindible tener en cuenta que la isla de Barú ha tenido una presencia histórica de comunidades negras, lo cual opera como antecedente para el reclamo de identidad diferenciada ahora expresado por la comunidad agrupada en el Consejo Comunitario de la Vereda Playa Blanca. Este antecedente histórico ha sido planteado no solo por los intervinientes en este trámite judicial, sino reafirmado en decisiones anteriores de la Corte. Sobre este particular, en la sentencia T-680/12 la Corte consideró un análisis histórico y antropológico efectuado por la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Colombia, sobre la problemática relativa a la posesión de la tierra y la preservación de las comunidades negras en la isla de Barú y las Islas del Rosario. La Sala considera que la síntesis de dicho concepto debe ser transcrita *in extenso* en razón de su importancia nodal para resolver el caso propuesto.

Inicialmente, se refiere a los conceptos básicos definidos y mencionados en normas tales como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT⁵⁵ y en la Ley 70 de 1993, en especial el de *comunidad negra organizada*, de los cuales dependería el derecho del grupo accionante a la adjudicación y la propiedad colectiva de los terrenos solicitados. A partir de esto, enfoca su estudio a establecer si los actuales habitantes de las Islas del Rosario encuadrarían dentro de dicha definición.

A continuación informa sobre la composición demográfica de la población actualmente agrupada en la organización comunitaria accionante, que según datos provistos por ella misma ascendía para el año 2006 a 570 personas, pertenecientes a todos los grupos étnicos⁵⁶. Resalta que la sola existencia de una organización de estas características es indicativa del grado de cohesión interna e identidad cultural que distingue a sus integrantes. Además, la creación de la entidad accionante sería coetánea a la fundación del poblado Orika, ubicado sobre el territorio cuya titulación colectiva se pretende, la cual según se informa tuvo lugar en el año 2001.

Posteriormente se refiere a lo que denomina “*la memoria colectiva y la historia compartida*”. A este respecto informa que los miembros de la comunidad negra residente en esta región del país tienen como común denominador ser descendientes de los antiguos esclavos, circunstancia que además influye de manera determinante en la situación de exclusión, marginación social e incluso servidumbre, que hasta la fecha presente sufren aún muchas personas de raza negra.

En el mismo aparte, y en relación con la antigüedad de los asentamientos humanos existentes en las Islas del Rosario, da cuenta de la existencia de una antigua y muy estrecha relación entre sus pobladores y los de la actual isla de Barú, que siglos atrás fue una península, pero fue luego separada del continente a raíz de la

55 Incorporada al derecho interno mediante Ley 21 de 1991.

56 Esta información, tanto como muchos otros datos consignados y comentados a lo largo de este escrito proviene también de la ya citada monografía “*¿Es nuestra isla para dos? Conflicto por el desarrollo y la conservación en Islas del Rosario*”, del antropólogo Carlos Andrés Durán Bernal.

construcción del Canal del Dique. Informa que, al menos desde las épocas de la colonia española, los habitantes de Barú desarrollaban actividades agrícolas en varias de las islas que actualmente conforman el archipiélago de las Islas del Rosario, pero que por la falta de agua, el carácter malsano del clima de aquéllas y la posibilidad de acceso terrestre a la ciudad de Cartagena de Indias, durante mucho tiempo la mayoría de ellos prefirieron continuar residiendo de manera estable en la isla de Barú. A partir de una cita del ya referido antropólogo Carlos Durán Bernal, señala que “*el poblado de Barú debe ser visto como el casco urbano y el resto de la península y sus islas, como la periferia agrícola*”. Sin embargo, permite entender también que la explotación económica de la zona mediante el desarrollo de actividades agrícolas, piscícolas y/o pecuarias fue estable, y que no obstante lo antes explicado, siempre hubo grupos humanos, en su mayoría trabajadores agrícolas, posiblemente de raza negra, que solían pernoctar en algunas de estas islas y con ello se convirtieron en sus primeros pobladores.

Más adelante explica el esquema de propiedad colectiva y el consiguiente rechazo a la apropiación privada que, según indica, era característico desde esa época en los pobladores de estas islas. Como sustento de ello transcribe algunos apartes de escrituras públicas relacionadas con estas tierras⁵⁷, incluyendo una de 1851 y otras de 1890, en las que por el contrario se probaría la existencia de propiedad privada con fines de explotación agrícola.

Relata lo ocurrido durante el siglo XX, especialmente en la segunda mitad de éste, época en la que comenzó la llegada a las islas de colonos mestizos o de raza blanca provenientes de Cartagena, algunos de los cuales establecieron casas de recreo y otros dieron inicio a las actividades turísticas que más recientemente se desarrollan en ellas. Informa que a partir de estos hechos, muchos de los pobladores de raza negra terminaron empleándose al servicio de esas personas, como trabajadores de la construcción, cuidadores de las casas o sitios de recreo, o empleados de la industria turística, y que mientras esas actividades se concentraron en los bordes y playas, los nativos y sus viviendas debieron replegarse al interior de las islas, en particular en la denominada Isla Grande, pues normalmente esos terrenos no se consideran aptos para las actividades turísticas y/o recreativas.

Finalmente destaca lo que considera una particular *relación campo-poblado*, que caracteriza a los habitantes de las Islas del Rosario, la que entiende como expresión del manejo territorial y de las prácticas económicas y sociales de esta población. Explica que a semejanza de lo que, según antes relató, ocurría hace varios siglos, los pobladores de estas islas mantienen una especial relación con el entorno y el territorio de este archipiélago y de la isla de Barú y con las áreas marinas circundantes, lo cual hace parte de su memoria colectiva, dependiendo de ello para su supervivencia, mediante el aprovechamiento con prácticas de desarrollo sostenible.

Señala que las actividades, principalmente agrícolas o de pesca a las que ellos se dedican encuadran claramente en el concepto de *prácticas tradicionales de producción*, definido en el artículo 2° de la Ley 70 de 1993. Añade que si bien los habitantes de las islas reconocen y respetan la propiedad privada, también aceptan y le atribuyen quizás mayor importancia a la pacífica ocupación y uso del suelo por parte de quienes lo requieran para su subsistencia, siempre que exista disposición para trabajar y que ese uso sea compatible con las costumbres y prácticas de producción de esa comunidad.

⁵⁷ Tomadas igualmente del texto del antropólogo Durán Bernal, si bien se incluyen las referencias al protocolo notarial de la ciudad de Cartagena de donde éste las habría tomado.

Con base en todo lo anterior, a manera de conclusión sostiene que *“la población afrocolombiana de las Islas del Rosario cuenta con una conciencia de identidad y unos rasgos culturales comunes que son característicos del concepto de comunidad negra organizada”*⁵⁸. Más adelante, agrega que estas islas *“no han estado deshabitadas por siglos, sino que han sido excluidas de la historia oficial, por la invisibilidad histórica (fuentes orales y escritas) a la que han estado condenadas las poblaciones afrocolombianas”*. En esta línea, resalta que la resolución expedida por el INCORA en 1984 por la cual se declaró que las tierras de estas islas son baldíos reservados incurre en contradicción al considerar que en ellas no ha existido una *“población organizada”*, no obstante reconocer simultáneamente que esos territorios *“venían siendo ocupados desde épocas remotas por nativos de escasos recursos, quienes la explotan rudimentariamente en cultivos de pancoger y otros”*, planteamientos que considera opuestos al espíritu de la Constitución Política de 1991.”

Incluso, la Corte ha tenido la oportunidad de identificar comunidades negras establecidas en el territorio de la isla de Barú, las cuales vieron afectado su derecho fundamental a la consulta previa, derivado de la ausencia de esa instancia de participación como parte de la planeación de un proyecto de infraestructura portuaria. Este fue el caso analizado recientemente en la sentencia T-172/13. En esa oportunidad, la Corte advirtió la existencia de una comunidad afrodescendiente en el área, denominada como el pueblo de Punta Barú, a quien se le había vulnerado el mencionado derecho. Así, identificó cómo *“en el año 2009 se inició el proceso de consulta previa para la construcción de un puerto multipropósito en la isla de Barú, el cual sería ejecutado a cargo de la “Sociedad Portuaria Puerto Bahía”. A pesar de ser una de las agrupaciones poblacionales afrodescendientes que habitan ese lugar, la comunidad de Barú o “Punta Barú” -como la denomina el actor en varias ocasiones- no fue incluida dentro de las reuniones efectuadas con la empresa privada y con el Ministerio del Interior.”* Así, ante la existencia de pruebas dentro del proceso que reconocieron como interlocutor a dicha comunidad, la Corte concluyó que *“es evidente que el propio Ministerio reconoció que la comunidad de Barú también es afectada por la construcción del “Muelle Multimodal Puerto Bahía S.A.”. Por tanto, era imperativo que los jueces de tutela reconocieran, como única conclusión, que la condición geográfica y jurídica de ese grupo poblacional conlleva al reconocimiento de las atribuciones fundamentales definidas en el Convenio OIT 169 de 1989, como forma de proteger la agrupación de cara a la ejecución de la obra. || Ello implicaba que se hubiera verificado el desarrollo del proceso de consulta, de manera que se determinara si existe alguna etapa que se pueda ejecutar o repetir en este momento. De haberse efectuado ese análisis y si se hubiera acatado la jurisprudencia de esta corporación en la que se ha desarrollado ese derecho fundamental, los jueces habrían encontrado que ni siquiera la terminación de la obra constituye un obstáculo para la garantía del derecho a través de la acción de tutela.”*

Ahora bien, aunque es claro para la Sala que en el área de la isla de Barú existen asentamientos de comunidades negras que han perdurado por varios siglos, también debe tenerse en cuenta que esta circunstancia no es incompatible con la

58 También contemplada y definida en el artículo 2° de la Ley 70 de 1993.

existencia de conflictos al interior de las diferentes comunidades, sin que ellos afecten la identidad diferenciada de cada uno de los grupos en disputa. En el caso analizado, representantes de los consejos comunitarios de Ararca y Santa Ana no reconocen a los integrantes del Consejo Comunitario de la Vereda Playa Blanca como una comunidad afrodescendiente. Esta sola circunstancia, a juicio de la Corte, no invalida el reclamo constitucional de los accionantes, puesto que la preeminencia del criterio de auto reconocimiento exige que la reafirmación cultural de los grupos étnicos no pueda ser decidida de forma externa, bien sea por autoridades públicas, particulares o incluso por otras comunidades étnicas. En ese sentido, es plenamente factible la concurrencia de comunidades en una misma área, que incluso actúen de manera competitiva, sin que ello involucre la preferencia por un grupo en específico con exclusión de los demás.

Así, lo que demuestra los estudios etnológicos e históricos antes señalados es que la presencia de comunidades negras en la isla de Barú, a la cual pertenece el área de Playa Blanca, ha sido continua y permanente por un periodo extenso. Esto hace que el reclamo de identidad diferenciada de los accionantes como comunidad negra se muestre razonable y, como se ha explicado en esta sentencia, prime la eficacia del criterio de auto reconocimiento como pueblo étnico. Aunque no se cuentan con estudios etnológicos particulares y específicos en el área de Playa Blanca, lo cierto es que la zona en su conjunto tiene un predominio de ocupación y uso por parte de comunidades afrodescendientes, lo que otorga respaldo a la pretensión de identidad diferenciada mencionada. En cualquier caso, también debe resaltarse que, como se explicó en el fundamento jurídico 18.4, la comprobación etnológica es apenas un criterio a tener en cuenta, junto con otros, acerca de la conformación de la identidad diferenciada. En el asunto objeto de examen, existe prueba acerca de la presencia de comunidades negras en la zona objeto de disputa. Esta circunstancia confiere razonabilidad al reclamo de auto reconocimiento por parte de los integrantes del Consejo Comunitario de Playa Blanca.

27. La Corte encuentra, además, que los integrantes del Consejo Comunitario de Playa Blanca, así como aquellas personas que además de hacer parte de esa comunidad están agrupadas en Asotuplab, hicieron parte, aunque apenas de forma marginal, de las reuniones adelantadas en el marco de la consulta previa realizadas con los consejos comunitarios de Ararca, Santa Ana y Barú. Según las pruebas allegadas al expediente y reseñadas en el numeral 9.1 de los antecedentes de esta sentencia, se corrobora que integrantes de estas agremiaciones manifestaron sus puntos de vista en el proceso consultivo.

A pesar que esta circunstancia no lleva a concluir que se surtió adecuadamente el proceso de consulta con dicha comunidad, por las razones que serán explicadas al resolver el segundo problema jurídico, sí permite afirmar que la existencia de la comunidad de Playa Blanca había sido advertida por las autoridades encargadas de la consulta previa, así como de la sociedad comercial que gestiona el proyecto turístico. Por ende, carece de sentido afirmar la inexistencia de dicha comunidad, a efectos de negar la obligación de efectuar la consulta, cuando algunos de sus

miembros intervinieron en el proceso consultivo y, en consecuencia, su presencia era verificable.

28. A este respecto, debe reafirmarse que la identificación de una comunidad étnica no depende necesariamente de un reconocimiento estatal formal, sino que es una situación por entero fáctica, basada en el cumplimiento de criterios objetivos y subjetivos, en los términos explicados en este fallo. Así, la Sala se opone a las conclusiones planteadas por los jueces de instancia, en el sentido que el derecho a la consulta previa no es predicable en el caso analizado, en tanto la comunidad negra de Playa Blanca no cumplía con las condiciones previstas en el artículo 2° de la Ley 70/93, ni tampoco constaba un acto administrativo que reconociera formalmente su consejo comunitario.

En contrario, la labor de los jueces de tutela debió centrarse en la comprobación de los criterios fijados en la jurisprudencia constitucional para el reconocimiento de los pueblos étnicos afrodescendientes, y no en una descalificación basada en argumentos enteramente procedimentales. Adicionalmente, no puede perderse de vista que la “certificación” de comunidades étnicas que profiere la Dirección de Consulta del Ministerio del Interior tiene apenas un carácter informativo y que, incluso, señala expresamente que los datos que provee no exoneran a los interesados del deber de verificar la existencia de otras comunidades étnicas en el área del proyecto correspondiente. Por lo tanto, es evidente que las autoridades accionadas pretermitieron esa obligación, de raigambre constitucional en tanto está vinculada con la protección y reconocimiento de la diversidad étnica y cultural.

29. La Sala también encuentra que uno de los argumentos centrales acerca de la ausencia de obligación constitucional de realizar la consulta previa en el caso analizado, está basado en el hecho que Asotuplab es una organización que pretende únicamente favorecer los intereses comerciales de un grupo de personas que prestan servicios turísticos y que, por ende, no puede ser comprendida como expresión de una comunidad étnica. La Corte desestima este razonamiento, al menos por dos tipos de razones, como pasa a explicarse:

29.1. En primer lugar, la Sala advierte que el argumento se basa en un concepto discriminatorio en contra de las comunidades étnicas, fundado en la exigencia de su *exotización* como condición para el reconocimiento de la diversidad étnica. En términos simples, esta clase de argumento parte de exigir que las comunidades tradicionales estén aisladas de la actividad general de la sociedad mayoritaria y que, por ende, deben mantenerse en un estado de exclusión, inclusive en aspectos básicos como el vestuario, la alimentación, el modo en que se configuran las viviendas, o el ejercicio de actividades económicas. Esta visión es profundamente violatoria del principio de igualdad y la dignidad humana, en tanto hace equivalente la condición de minoría étnica al mantenimiento forzado de una comprensión primitiva, “bárbara” o “salvaje” de las comunidades tradicionales. En un Estado Constitucional, la protección de la diversidad étnica y cultural es un concepto necesariamente dinámico, que implica su adaptación a la forma en como las comunidades tradicionales se insertan e interactúan con el

entorno. Dicho mandato constitucional no puede ser malinterpretado como la obligación de mantener determinadas condiciones sociológicas y antropológicas que la sociedad mayoritaria aspira hallar en los pueblos étnicos.

En el caso analizado, lo que se evidencia es que la comunidad étnica de Playa Blanca adelanta la prestación de servicios turísticos, precisamente porque ese es el sector de la economía que es más representativo del área, habida cuenta que es un importante destino recreativo en el Caribe colombiano. Los miembros de este pueblo étnico son, como todos los demás colombianos, titulares del derecho a escoger profesión y oficio, así como de la libertad de trabajo. En ese orden de ideas, sostener que dicha comunidad no puede buscar alternativas de subsistencia en las actividades más acordes con la naturaleza de la región en que se ubican, en este caso la industria turística, como condición para que sigan siendo considerados como pueblo étnico de identidad cultural diversa, significa denegar injustificadamente el ejercicio de los derechos que la Constitución consagra.

En consecuencia, se insiste en que resultaría errado sostener que sólo algunas actividades económicas que desde la sociedad mayoritaria se consideran como diferenciadas, son las únicas que admisiblemente pueden ejercer los miembros de las comunidades étnicas. Así por ejemplo, es claro que algunas comunidades negras existentes en la zona han ejercido otro tipo de actividades, como la pesca, la preparación de alimentos o la venta de artesanías. Sin embargo, sería contrario a la vigencia de los derechos fundamentales de los integrantes de dichas comunidades que, desde la sociedad mayoritaria, se les obligue a que en caso que opten por ejercer otros oficios, entonces queden excluidos de su condición étnica diferenciada. Esto más aún cuando en la zona en que se ubican, como se ha señalado, es usualmente visitada por turistas y, por ende, tiene pleno sentido que las comunidades opten por formas de subsistencia que mejor se adapten a esa realidad.

En suma, la identificación de determinados rasgos y actividades productivas que, desde la sociedad mayoritaria se advierten como deseables dentro de una comunidad étnica, es una interferencia irrazonable al derecho de auto reconocimiento de esas comunidades y, a su vez, un desconocimiento abierto de la posibilidad que sus miembros ejerzan libertades constitucionalmente protegidas, como la libertad de trabajo y de escogencia de profesión y oficio. No es admisible, en ese sentido, que el reconocimiento de los derechos de la comunidad diferenciada dependa que mantengan su carácter exótico o que cumplan con las condiciones, definidas externamente, acerca de qué debe ser una comunidad étnica bajo la óptica de los deseos e intereses de la sociedad mayoritaria.

De allí que la diferenciación que sostienen algunas de las entidades accionadas es inexistente. Los integrantes de la comunidad negra de Playa Blanca están plenamente habilitados por el orden jurídico para ejercer actividades comerciales e, incluso, conformar agremiaciones que defiendan sus derechos e intereses, sin que ello afecte su caracterización como pueblo étnico. A este respecto, debe también aclararse por parte de la Corte que esta conclusión en modo alguno

puede entenderse como el reconocimiento a la organización Asotuplab como una comunidad étnica. En contrario, lo que se evidencia es que algunos de los integrantes del pueblo afrodescendiente de Playa Blanca decidieron, bajo el amparo del libre ejercicio del derecho de asociación previsto en el artículo 38 C.P., constituir una asociación para la defensa de sus intereses gremiales, lo cual en nada afecta o disminuye su reconocimiento como comunidad diferenciada. Por ende, la comunidad sujeto de protección constitucional en esta sentencia es aquella que conforma el pueblo afrodescendiente de la Vereda Playa Blanca, al margen de la pertenencia de algunos de sus integrantes a Asotuplab.

La Sala debe enfatizar en esta diferenciación, pues es importante para delimitar el verdadero sentido y alcance de esta sentencia. En efecto, aunque una de las accionantes es la representante legal de Asotuplab y manifestó actuar en nombre de dicha asociación, en otro expediente acumulado el demandante actuó como integrante del Consejo Comunitario de Playa Blanca. Adicionalmente, en el análisis efectuado en esta sentencia se demuestra que concurren los elementos constitutivos de una comunidad étnica, tanto de índole objetiva como subjetiva. Por lo tanto, no puede sostenerse válidamente que la Corte le ha conferido el estatus de grupo étnico a una asociación gremial de comerciantes. En contrario, lo que se encuentra es (i) la existencia de un grupo étnico; y (ii) la pertenencia de algunos de los miembros de esa comunidad a la mencionada asociación, lo cual ni afecta, ni mucho menos elimina, su condición de pueblo étnicamente diferenciado.

29.2. En segundo término, el argumento planteado por las entidades accionadas desconoce que la jurisprudencia constitucional ha otorgado especial protección a las actividades económicas de subsistencia que llevan a cabo las comunidades étnicas, entre ellas las afrodescendientes, al igual que otro grupo social que encuentre afectado su mínimo vital por parte de proyectos de infraestructura que limitan el ejercicio de tales actividades.

Así, en la sentencia T-376/12 antes reseñada se hizo referencia a que las comunidades negras ubicadas en la costa caribe (en el caso estudiado los pueblos afro ubicados en el área de La Boquilla) quienes ejercen, de forma tradicional, actividades de prestación de servicios turísticos en tanto modalidad de economía de subsistencia y, por lo mismo, constitucionalmente protegida. Sobre el particular, el fallo mencionado indicó que *“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.”

Aplicado este criterio en el caso analizado, encuentra la Sala que adelantar un proyecto hotelero en el área de Playa Blanca tiene un impacto cierto y verificable en el ejercicio de las actividades de subsistencia que adelantan las comunidades negras que ocupan dicha zona. Esto demuestra que, antes que impedir el reconocimiento como comunidad diferenciada, dichas labores turísticas reafirman la condición étnica del colectivo al que pertenecen los accionantes.

En efecto, la operación comercial que pretende desarrollar el proyecto hotelero Playa Blanca Barú tiene dos efectos principales: ocupar parte del entorno en que se ubica la comunidad negra de Playa Blanca e incidir en la forma en que se prestan los servicios turísticos en la zona, actividad que coincide con las labores de subsistencia que adelantan los miembros de dicho pueblo étnico. Sin duda, el proyecto hotelero tiene una incidencia definitiva en las prácticas de la comunidad negra de Playa Blanca, pues no solo afecta el territorio en que ésta se ubica, sino que específicamente interfiere en las formas económicas de subsistencia que adelantan los miembros del pueblo afro.

30. En suma, se tiene que el carácter prevalente del auto reconocimiento de la comunidad como de naturaleza afrodescendiente, es plenamente aplicable en este caso, habida consideración que el mismo no se muestra irrazonable o desproporcionado. Esto debido a que se verifica el mencionado elemento subjetivo de reconocimiento, así como los criterios objetivos de que trata el Convenio 169 de la OIT.⁵⁹ Así, en fundamento jurídico anterior se explicó cómo está acreditada la presencia histórica de comunidades negras en la región y, particularmente, en la isla de Barú, en donde se ubica Playa Blanca. De otro lado, existe una conexión territorial entre la comunidad a la que pertenecen los accionantes y el área de Playa Blanca, en donde habitan y ejercen actividades de prestación de servicios turísticos. Además, esta comunidad se ha reconocido como culturalmente diversa y gobernada por unas costumbres y tradiciones específicas, al punto que decidieron conforma un consejo comunitario, en los términos de la Ley 70 de 1993.

A este respecto debe destacarse que el Tribunal de instancia, en ambos expediente acumulados, no descartó que la comunidad a la que pertenecen los

⁵⁹ Sobre este particular, la sentencia T-576/14 identificó como criterios objetivos de identificación de las comunidades étnicas, determinados a partir del Convenio 169 de la OIT, “(i) la continuidad histórica, (ii) la conexión territorial y iii) el hecho de que conserven sus instituciones sociales, culturales, económicas y políticas o una parte de ellas. En el caso de los pueblos tribales, es relevante (i) que reúnan ciertas condiciones culturales, sociales y económicas que les distingan de otros sectores de la colectividad nacional y ii) que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres, tradiciones o por una legislación especial.”

accionantes pudiese ser considerada como parte del pueblo afrodescendiente. Antes bien, el factor determinante para negar la protección del derecho fundamental a la consulta previa fue la ausencia de un reconocimiento oficial por parte del Estado del Consejo Comunitario de la Vereda Playa Blanca. Esta condición, como se ha explicado en distintos fundamentos jurídicos de esta decisión, no conforma una condición necesaria, sino apenas indicativa, para la identificación de las comunidades diferenciadas. El juez de tutela, en ese sentido, omitió el análisis de fondo sobre la existencia de un pueblo étnico en la zona, fundándose exclusivamente en un criterio formal, que ha sido desestimado por la jurisprudencia constitucional sintetizada en apartados anteriores.

31. Por ende, la Sala concluye que las entidades y autoridades accionadas desconocieron el principio constitucional de protección y reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, al negarle la condición de comunidad tradicional a los integrantes del pueblo étnico que integra el Consejo Comunitario de la Vereda Playa Blanca. Ello debido a las razones siguientes:

31.1. Dentro del trámite de consulta previa con otras comunidades tuvo oportunidad de evidenciarse la existencia de esa comunidad, particularmente a partir de las intervenciones de la agremiación Asotuplab, a la cual pertenecen varios de los miembros de la comunidad diferenciada. Sin embargo, ni las autoridades públicas, ni la sociedad comercial gestora del proyecto hotelero adoptaron ninguna medida tendiente a garantizar los derechos de participación de esa comunidad. En cambio, utilizándose exclusivamente el requerimiento formal del certificado de reconocimiento por parte de las autoridades del Estado, se limitó el proceso de consulta solo a las comunidades de Ararca, Barú y Santa Ana, excluyéndose al colectivo al que pertenecen los accionantes, a pesar de que se trata de los pobladores de la zona afectada por el proyecto turístico Playa Blanca Barú.

31.2. La comunidad negra de Playa Blanca se auto reconoció como culturalmente diferenciada (criterio subjetivo) y a su vez es posible identificar varios elementos históricos y fácticos que hacen que dicho reconocimiento no se muestre irrazonable (criterio objetivo). A su vez, el argumento central que ha sido argüido para negar ese reconocimiento es que miembros de esa comunidad ejercen actividades comerciales, agremiándose en Asotuplab. Como se explicó, el ejercicio del comercio y particularmente de economías de subsistencia, que en el caso analizado se traduce en la prestación de servicios turísticos, no incide en la condición étnica diversa. De lo contrario, las comunidades tradicionales tendrían que privarse de medios materiales para la preservación de su mínimo vital, creándose con ello un campo de exclusión de los derechos fundamentales, incompatible con el principio de la dignidad humana.

31.3. Finalmente, la Sala advierte que las razones planteadas por la Alcaldía de Cartagena para negar el reconocimiento formal, no encuentran sustento jurídico. Como se ha explicado en apartados anteriores, la conformación de consejos comunitarios y otras formas asociativas de los pueblos afrodescendientes, depende de la comprobación de los mencionados criterios objetivos y subjetivos.

Por ende, el hecho que la comunidad étnica diferenciada ejerza sus prácticas tradicionales y economías de subsistencia en un bien que, como las playas, son de uso público, tiene incidencia únicamente en lo que respecta a la imposibilidad de realizar adjudicaciones colectivas del territorio, pero no en su condición de comunidad étnica diferenciada, titular de derechos fundamentales específicos.

De otro lado, del hecho que otro consejo comunitario esté ubicado en el área mencionada tampoco puede servir de base para negar el reconocimiento de la comunidad diferenciada como titular de derechos constitucionales. En efecto, la identificación de los pueblos étnicos depende de asuntos fácticos, de índole cultural y antropológica, que no pueden resolverse a partir de un simple criterio de subsunción territorial o de la creación, en todo caso artificial y carente de respaldo jurídico, de “jurisdicciones” al interior de los territorios ocupados por comunidades negras. En contrario, la Sala considera que es plenamente factible que, en un área de presencia histórica de dicha minoría, concurren diversos grupos que tienen diferentes intereses y prácticas tradicionales. Lo contrario significaría el desconocimiento mismo de la diversidad étnica y cultural, a partir de una determinación externa, desde la sociedad mayoritaria, de cuáles son las comunidades que deben recibir reconocimiento jurídico y cuáles no.

31.4. Adicionalmente, considera la Sala importante asumir el estudio del argumento planteado por el interviniente Playa Blanca S.A.S., en el sentido que una de las pruebas que demostraría la inexistencia de una comunidad diferenciada en la zona es que algunos de sus miembros no son nativos de la misma, vinieron de otras regiones e incluso del extranjero y, por esa misma razón, no son reconocidos por los demás consejos comunitarios que están en el área.

Sobre este particular, debe partirse de recordar que el precedente constitucional explicado en esta decisión, ha considerado que los aspectos de la pertenencia a una etnia en particular o la ubicación permanente en un territorio específico con importantes para la identificación de una comunidad diferenciada, no son, en modo alguno, requisitos ineludibles para el reconocimiento de los pueblos étnicos. En cambio, es plenamente posible que las comunidades diferenciadas se construyan a partir de integrantes llegados de diferentes partes, los cuales se agrupan a partir de unas prácticas comunes y distinguibles de los de la sociedad mayoritaria. Como se explicó en precedencia, la condición racial operaría como un criterio obligatorio respecto de la aplicación de acciones afirmativas de carácter individual, pero no como requisito para el reconocimiento colectivo.

La naturaleza étnica diferenciada no puede depender, como parece comprenderlo el interviniente, de determinados rasgos biológicos o de la prueba de pertenencia continua en un territorio específico. Como también se ha expresado en fundamentos jurídicos anteriores, la jurisprudencia constitucional y del sistema interamericano de derechos humanos han sido coincidentes en afirmar que la exigencia de permanencia continua en un territorio es una condición excesivamente gravosa, particularmente de cara a miembros de comunidades étnicas que han sido víctimas de desplazamiento forzado.

Del mismo modo, la jurisprudencia de la Corte ha enfatizado en que el concepto racial, cuando se vincula a una materia biológica o de la apariencia física, es particularmente problemático e, incluso, puede servir de base para la configuración de tratamientos discriminatorios y contrarios al principio de dignidad humana. En cambio, la construcción de la diferencia étnica es un asunto esencialmente sociológico y antropológico, que se define en la voluntad de las comunidades de conformar una práctica común y distinta a la de la sociedad mayoritaria.

Pretender, por lo tanto, que deba acreditarse una apariencia específica y homogénea como rasgo distintivo de una comunidad étnica, no es nada distinto que imponer un trato discriminatorio injustificado. A este respecto, la sentencia T-375/06 se puso de presente que *“Desde el artículo 1º de la Carta, Colombia se reconoce como un Estado pluralista. Esto abre la puerta, en lo pertinente para el caso, al reconocimiento del pluralismo derivado de las manifestaciones sociales, culturales y económicas de las diferentes etnias de nuestro país. Paralelamente, el reconocimiento de la validez del pluralismo, en lo referente a los grupos étnicos, implica un deber de no discriminación en razón de su pertenencia a esta comunidad y un mandato de promoción en virtud de la discriminación a la cual fueron sometidos por largos periodos históricos. || Al momento de determinar la inclusión de un sujeto en una de las comunidades étnicas cobijadas y favorecidas por la pluralidad, prima la conciencia de la pertenencia a tal comunidad, sus manifestaciones culturales, su historia y su proyección presente. Esto implica que, si bien se puede seguir teniendo en cuenta el aspecto racial para determinar la pertenencia de una persona a un grupo étnico específico, tal factor no es definitivo ni prioritario. Hablar de protección de la comunidad negra, de manera exclusiva y excluyente por su color de piel es un acto discriminatorio.”*

Llevada esta regla al caso analizado, se infiere por la Sala que la pertenencia de los miembros a la comunidad afrodescendiente es uno de los asuntos que están cobijados por la autonomía que presupone la protección de la diversidad étnica y cultural. En ese sentido, si los individuos se auto reconocen como parte de la comunidad diferenciada, comparten sus prácticas tradicionales y, a su vez, el pueblo étnico los asume y acoge como parte de la comunidad, no hay lugar a que, desde la sociedad mayoritaria, o desde la opinión de otros pueblos étnicos, se le distinga o separe de la condición étnica.

31.6. En conclusión, la respuesta al primer problema jurídico es afirmativa, lo que habilita a la Corte a pronunciarse sobre el segundo de los aspectos planteados, según la metodología de decisión descrita en el fundamento jurídico 5 de esta sentencia.

El derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad afrodescendiente de Playa Blanca fue vulnerado en el caso concreto

32. A partir de las pruebas recaudadas y las intervenciones formuladas en el presente caso, se tiene que el macroproyecto turístico Playa Blanca Barú tendrá

un efecto concreto en el territorio de Playa Blanca, así como en las actividades turísticas que se desarrollan en el área. En la documentación adjuntada durante el proceso de consulta previa adelantado con los representantes de los consejos comunitarios de Barú, Ararca y Santa Ana, se demuestra que se trata de un proyecto de gran envergadura, que involucra modificaciones al ambiente y al uso del territorio en la zona. Así mismo, en cuanto altera las condiciones socioeconómicas del área, incide directamente en las actividades de prestación de servicios turísticos que adelanta la población nativa que integra la comunidad negra presente en Playa Blanca.

En el fundamento jurídico 16 se enumeraron los factores que sirven de guía para la identificación de una afectación directa a los grupos étnicos. Dentro de estos elementos están la incorporación de medidas que involucren la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales, así como aquellas medidas o proyectos que impliquen trasladar o reubicar a dichas comunidades diferenciadas. Estas condiciones están presentes en el caso analizado.

Así, es claro que la ejecución de un proyecto hotelero en el área de Playa Blanca involucra necesariamente la explotación de recursos existentes en esa área, en la que se asienta la comunidad afrodescendiente a la cual pertenecen los accionantes. Sobre este particular, debe la Sala enfatizar que si bien en este caso no puede inferirse la existencia *prima facie* de derechos de propiedad colectiva sobre el territorio, habida cuenta que se trata de espacio público inalienable, en todo caso sí existe un aprovechamiento económico y una afectación correlativa de las comunidades diferenciadas. No de otra manera podría concluirse, entonces, la necesidad de realizar el procedimiento de consulta, el cual sí se adelantó respecto de los consejos comunitarios de Ararca, Barú y Santa Ana.

De otro lado, es también evidente que la construcción del proyecto hotelero conlleva la modificación de las actividades comerciales y de subsistencia que adelantan las comunidades afrodescendientes, lo que potencialmente puede llevar a su reubicación o traslado. Ello bien porque las zonas en las que actualmente se asientan van a ser ocupadas por la nueva obra de infraestructura o bien porque el proyecto hotelero incida en la manera en que interactúa la comunidad afrodescendiente con la playa, específicamente en lo que respecta a las actividades económicas de subsistencia que llevan a cabo los integrantes de dicha comunidad afro. Sobre este aspecto debe resaltarse que dichas actividades de subsistencia hacen parte de las prácticas tradicionales de la comunidad negra de Playa Blanca, de modo que se comprueba un vínculo específico entre los intereses del pueblo afrodescendiente que se ubica en el área de Playa Blanca y las consecuencias, en términos socioeconómicos, culturales y ambientales, que se derivan del proyecto hotelero.

33. Verificada la existencia de una afectación directa a la comunidad diferenciada, se concluye entonces que la eficacia del derecho fundamental a la consulta previa era exigible en el caso planteado. Sin embargo, de las pruebas allegadas a los expedientes se colige que esta consulta no fue realizada. En

efecto, la comunidad negra de la Vereda Playa Blanca no fue siquiera reconocida como un pueblo étnico diferenciado, menos aún se le consideró como titular de dicho derecho fundamental. Por lo tanto, se está ante la vulneración del derecho fundamental a la consulta previa.

Al respecto, debe resaltarse que a pesar que algunos integrantes de la comunidad intervinieron en el proceso consultivo adelantado con los consejos comunitarios de Barú, Ararca y Santa Ana, tales intervenciones no cumplieron con los estándares estudiados en esta sentencia y relativos a la definición del proceso de preconsulta y el desarrollo de la consulta previa bajo los criterios de incidencia, buena fe y búsqueda de concertación. En contrario, tales intervenciones fueron incidentales, no estuvieron precedidas de ningún procedimiento de preconsulta y no existe evidencia que las mismas hayan tenido influencia o consideración alguna, de cara a los intereses de los integrantes de la comunidad negra de Playa Blanca. De allí que, para la Sala de Revisión, estas actividades no puedan considerarse un sucedáneo del proceso consultivo con esa comunidad en particular.

En este orden de ideas, la Sala concluye que la respuesta al segundo problema jurídico es también afirmativa. El proyecto hotelero Playa Blanca Barú es una actividad de infraestructura que incide directamente en las prácticas tradicionales y en la economía de subsistencia que adelantan los integrantes de la comunidad de Playa Blanca. Sin embargo, a pesar que tanto las entidades demandadas como los otros consejos comunitarios tenían conocimiento de la existencia de esa comunidad, no se adelantó el proceso de consulta con ella, sino que se prefirió su estigmatización como ocupantes ilegales del espacio público, desconociéndose con ello su auto reconocimiento como comunidad étnica, en los términos expuestos en esta sentencia.

Conclusión y decisiones a adoptar

34. En el caso analizado, la Corte encuentra que la comunidad afrodescendiente de Playa Blanca es un grupo étnicamente diferenciado, que se definió como tal a través de la constitución de un Consejo Comunitario en los términos de la Ley 70 de 1993. Además, ese mismo grupo ejerce actividades económicas de subsistencia, centradas en la prestación de servicios turísticos en el área, de los cuales deriva su mínimo vital. Estas dos condiciones no son recíprocamente excluyentes, sin que la actividad comercial sustituya o subvierta el carácter étnico diferenciado de la comunidad afro.

Los antecedentes del caso y el análisis anterior demuestran que la comunidad negra de Playa Blanca fue víctima de vulneración en sus derechos fundamentales en dos vías distintas. En primer lugar, se desconoció el principio de protección y reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, cuando se negó el reconocimiento formal como comunidad étnica por parte de la Alcaldía de Cartagena, a pesar que se cumplían las condiciones para ello. En segundo término, a pesar que se tenía conocimiento de la existencia de esa comunidad, las

entidades accionadas se negaron a adelantar el proceso de consulta previa, vulnerándose con ello el derecho correlativo.

35. En consecuencia, la Corte revocará las decisiones de instancia, concederá la protección de los derechos a la consulta previa, la participación y la protección del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. Para ello, se adoptarán las siguientes órdenes:

35.1. Se ordenará a la Alcaldía de Cartagena y a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior que procedan a emitir acto administrativo en el cual se reconozca al Consejo Comunitario de la Vereda Playa Blanca como comunidad afrodescendiente ubicada en el área de Playa Blanca de la Isla de Barú. Sin embargo, en cuanto se trata de una comunidad étnica que ocupa un área que constituye espacio público, tal reconocimiento no implicará la titulación colectiva de territorio.

35.2. Se ordenará al Ministerio del Interior, a la Alcaldía de Cartagena, a FONADE y a la sociedad comercial Playa Blanca Barú S.A.S. que adelanten el proceso de consulta previa con la Consejo Comunitario de la Vereda Playa Blanca, así constituido. Para ello, deberán cumplirse con las condiciones previstas en esta sentencia, y particularmente aquellas descritas en los fundamentos jurídicos 16 y 17 de esta decisión. Esto respecto a la planeación y ejecución del proyecto hotelero y turístico Playa Blanca Barú.

36. Por último y advertidas algunas circunstancias que han puesto de presente las partes en el presente proceso, la Sala considera oportuno enfatizar que las órdenes de protección de derechos fundamentales en el presente caso se restringen al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, así como a la garantía del derecho a la consulta previa. Así, lo decidido en esta sentencia no es incompatible con el ejercicio de las acciones legales correspondientes, en el caso que se demuestre que personas que ocupan o visitan el área de Playa Blanca incurran en contravenciones de policía, infracciones urbanísticas, ambientales o incluso violaciones a la ley penal. Por ende, las autoridades públicas están plenamente habilitadas para ejercer las acciones a que haya lugar, cuando se demuestre de forma fehaciente que se ha infringido el orden jurídico en el área de Playa Blanca. Estas acciones, no obstante, no podrán involucrar el desalojo de los integrantes de la comunidad negra de Playa Blanca, habida cuenta que la relación con el territorio es una de las características definitorias de la identidad diferenciada de las comunidades étnicas, conforme se explicó en el fundamento jurídico 18.3 de esta sentencia.

III. DECISIÓN

De conformidad con los argumentos expuestos, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: LEVANTAR la suspensión de los términos procesales, decretada mediante Auto del 19 de abril de 2013, proferido por el entonces Magistrado (E) Alexei Julio Estrada.

SEGUNDO: REVOCAR las decisiones judiciales que se describen a continuación y, en su lugar, **CONCEDER** las acciones de tutela descritas en la referencia, promovidas respectivamente por los ciudadanos María del Carmen García García, en representación de la Asociación de Trabajadores del Turismo de Playa Blanca – Asotuplab, y por el ciudadano Wilfrido del Río Estrada.

- 1.1. Sentencia del 26 de Septiembre de 2012, proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cartagena. (Expediente T-3.720.675)
- 1.2. Sentencia del 9 de Octubre de 2012, proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cartagena. (Expediente T-3.779.765)

TERCERO: ORDENAR a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, así como a la Alcaldía del Distrito de Cartagena de Indias que, en el término de diez (10) días siguientes a la notificación de la presente sentencia, procedan a tramitar y proferir acto administrativo que reconozca al Consejo Comunitario de la Vereda Playa Blanca. Para ello, los accionantes deberán remitir previamente la documentación respectiva a las autoridades mencionadas, en los términos de la Ley 70 de 1993 y sus normas reglamentarias. Con todo, en virtud de las condiciones de ubicación territorial de estas comunidades, dicho reconocimiento del Consejo Comunitario podrá incluir la titulación colectiva de territorio, solo cuando no se trate de áreas que constituyan bienes de uso público.

Estos actos administrativos deberán ser notificados personalmente a los peticionarios, a la Defensoría del Pueblo, a la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cartagena, al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE y al representante legal de la sociedad comercial Playa Blanca Barú S.A.S.

CUARTO: ORDENAR al Ministerio del Interior, al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE y al representante legal de la sociedad comercial Playa Blanca Barú S.A.S que, en el término de treinta (30) días, contados a partir de la notificación del acto administrativo descrito en el numeral anterior, inicien el proceso de consulta previa a la comunidad afrodescendiente conformada en el Consejo Comunitario de la Vereda Playa Blanca. Ello referido a la planeación y ejecución del proyecto hotelero Playa Blanca Barú.

Dicho proceso consultivo deberá adelantarse de conformidad con los parámetros generales y específicos descritos en esta sentencia.

QUINTO: A través de la Secretaría General de la Corte **REMITIR** copia auténtica de la presente providencia al señor Ministro de Interior y al señor Defensor del Pueblo, con el fin que en el marco de sus competencias, vigilen el cumplimiento de la presente decisión. Para ello, podrán remitir informes periódicos a la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cartagena, quien tendrá las competencias previstas en el artículo 27 del Decreto Ley 2591 de 1991.

SEXTO: Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado
Con salvamento de voto

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
Magistrada (E)

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General