

Sentencia T-800/14

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-
Jurisprudencia constitucional

**DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS
COMUNIDADES ETNICAS-Alcance/PROCESO DE CONSULTA
PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Medidas que
deben ser objeto de consulta/CONSULTA PREVIA DE
COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Materias en que dicha
consulta tiene carácter obligatorio**

CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-
Finalidad/**CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES
INDIGENAS-Characterísticas del procedimiento**

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

**CONSULTA PREVIA-Derecho fundamental del cual son titulares las
comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y
gitanas**

**DERECHOS FUNDAMENTALES DE GRUPOS TRIBALES,
AFROCOLOMBIANOS Y RAIZALES-Protección constitucional**

La Corte Constitucional ha reconocido que las personas afrocolombianas y las comunidades a las que pertenecen son titulares de derechos fundamentales y que gozan de un status especial de protección que aspira tanto a compensarlas por las difíciles circunstancias sociales, políticas y económicas que han enfrentado tras décadas de abandono institucional, como a salvaguardar su diversidad étnica y cultural, en armonía con el marco constitucional y los compromisos internacionales que el Estado colombiano ha adquirido en esa materia. En consecuencia, ha amparado los derechos fundamentales de los afrocolombianos que han sido víctimas de actos de discriminación asociados a su raza o que han sido excluidos arbitrariamente de los beneficios instituidos por vía legal o administrativa para garantizar que disfruten de los mismos derechos y libertades a los que tiene acceso el resto de la población. Así mismo, ha protegido a las comunidades negras que han visto amenazados o vulnerados los derechos que el Convenio 169 de la OIT y la Ley 70 de 1993 les han reconocido en su condición de sujeto colectivo portador de una identidad cultural y étnica diferenciada.

**COMUNIDAD NEGRA-Reconocimiento como grupo
étnico/RAIZALES-Protección cultural**

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

PROCESO DE CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Información oportuna y completa sobre los proyectos que pueden afectar la comunidad

CONSULTA PREVIA-Exigibilidad frente a medidas legislativas y administrativas que afecten directamente a comunidades indígenas

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD RAIZAL-Vulneración por construcción de proyecto “Spa-Providencia” sin hacer el respectivo proceso de consulta a los raizales que habitan en la isla

La realización de la consulta previa se hace obligatoria en este caso para evitar (i) cualquier amenaza frente a la existencia de la comunidad raizal; (ii) el proyecto que se pretende pone en riesgo la actividad hotelera, en la modalidad de posadas nativas, que constituye la base de su economía de la zona ; (iii) el proyecto amenaza un daño ambiental futuro como consecuencia de la instalación permanente de construcciones que sirven de alojamiento a turistas y (iv) genera una afectación grave a la integridad cultural de la comunidad raizal.

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD RAIZAL-Orden de suspender obras adelantadas del proyecto “Spa providencia” hasta que se efectúe consulta previa con la comunidad raizal que habita en la isla

Expediente T-4409341

Demandante: Zully Amparo Archibold

Demandados: Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la Corporación Autónoma Regional Coralina y el Municipio de Providencia y Santa Catalina Islas.

Magistrado Ponente:

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de octubre de dos mil catorce (2014)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Gloria Estella Ortiz Delgado, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo de tutela proferido, en segunda instancia, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el trámite de la acción de amparo constitucional promovida por la señora Zully Amparo Archibold Archibold contra Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la Corporación Autónoma Regional Coralina y el Municipio de Providencia y Santa Catalina Islas.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

La ciudadana Zully Amparo Archibold Archibold, miembro de la comunidad raizal de Providencia, solicita la protección del derecho fundamental a la consulta previa y la integridad cultural de los integrantes de la comunidad raizal que habitan en la isla de Providencia.

2. Reseña fáctica y fundamentos de la demanda

De forma sucinta los hechos relatados por la accionante son los siguientes:

1. Providencia y Santa Catalina es un municipio insular ubicado en el Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, localizado dentro del área de la Reserva de la Biosfera SeaFlower, declarada como tal por la Unesco en noviembre del año 2000. En la isla de Providencia existe un grupo raizal que ha habitado durante muchas décadas esa zona y ha desarrollado todas sus costumbres y cultura.

2. El 13 de septiembre de 1995 fue creado, mediante Resolución 1021, el Parque Nacional Natural “Old Providence and McBeanLagoon”, ubicado al este de la Isla de Providencia; dicha resolución fue posteriormente modificada en cuanto a los linderos y zonas de amortiguamiento por la Resolución 013 del 9 de enero de 1996.

3. El Esquema de Ordenamiento Territorial (EOT) del Municipio de Providencia y Santa Catalina estableció los usos permitidos dentro del área de

amortiguación del citado Parque, prohibiendo expresamente la construcción de condominios o complejos habitacionales cualquiera que fuera su uso, en especial los destinados a la actividad hotelera. Se exceptuó de la prohibición la actividad hotelera que se adelanta en la modalidad de posadas nativas. Adicionalmente, la zona de amortiguamiento está destinada al desarrollo de viviendas familiares principalmente.

4. La Nación, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y el Municipio de Providencia y Santa Catalina Islas, acordaron, a través del Convenio Interadministrativo No. 145 de 2011, aunar esfuerzos para realizar los diseños arquitectónicos y técnicos del proyecto de infraestructura turística “Spa en Providencia”, que se realizaría en el Lote denominado “Providencia South West”.

5. A través del radicado EXT 11/40556 del 9 de mayo de 2011, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo consultó al Ministerio del Interior sobre el registro y la existencia de Comunidades Étnicas en el lote “Providencia South West”, lugar donde se construiría el “SPA en Providencia”. Lo anterior con el fin de determinar si en dicho territorio era menester realizar consulta previa para la intervención y ejecución de proyectos de infraestructura.

6. El Ministerio del Interior respondió, mediante el oficio OFI11-20418-GCP-0201 del 19 de mayo de 2011, que sí se registran comunidades raizales dentro del rango de influencia del proyecto “Spa Providencia”. Adicionalmente sostuvo que de acuerdo con el Departamento Administrativo Nacional de Estadística- DANE en el Censo General realizado en el año 2005 en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el porcentaje de afrocolombianos es de 56,98%, de los cuales el 69,09% corresponde a la población raizal, por lo que era necesario solicitar por escrito la consulta a la comunidad nativa.

7. El día 19 de noviembre de 2013, la Corte Internacional de Justicia decidió de fondo el asunto concerniente a la delimitación marítima entre Nicaragua y Colombia. El fallo tuvo como consecuencias, que el Gobierno Nacional prestara mayor atención al desarrollo económico y turístico del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

8. Como resultado de lo anterior, en 2013 se expidió el Decreto 295 del 27 de febrero de 2013 que hace énfasis en el proyecto “SPA en Providencia”, pues asigna recursos del “Fondo de Promoción Turística para construir un SPA en la isla de Providencia”.

9. El Decreto estableció igualmente, que debido al potencial turístico del Departamento y a su riqueza cultural nativa, se implementaría un proyecto de apoyo a las posadas nativas de Providencia y se construiría un “SPA en Providencia” para que fuese manejado por población raizal. Por esta razón, se le ha prestado una especial atención a la construcción de las instalaciones del

proyecto “SPA en Providencia”, que a la fecha de presentar la tutela estaban bastante avanzadas.

10. A través de la Veeduría Ciudadana Old Providence, la Comunidad Nativa Raizal interpuso el 30 de julio de 2013, derechos de petición a CORALINA, Procuraduría General y Ministerio del Interior y de Justicia, con el propósito de recolectar información acerca del proyecto “Spa en Providencia”. Lo anterior en vista de que no se había adelantado hasta la fecha ninguna consulta previa a la comunidad para el proyecto y éste ya se había iniciado.

11. El Ministerio de Interior respondió a un Derecho de Petición el 29 de agosto de 2013, a través del oficio 0F113-000026075-DCP2500, en el que informó que no se registra en la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Interior información sobre la construcción del proyecto “SPA en Providencia”.

12. En la primera semana de septiembre de 2013 se llevó a cabo en la comunidad, una socialización del proyecto “Spa en Providencia” por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, a la cual asistieron personas interesadas en el proyecto, pero no precisamente los integrantes de la comunidad raizal. En dicha reunión se puso en evidencia un concepto del Ministerio del Interior que determina la no obligatoriedad de la Consulta Previa para el proyecto “Spa en Providencia, y que la Corporación Regional Autónoma-CORALINA- no requirió permiso para tala de árboles. Para la fecha de dicha reunión, la construcción del “SPA en Providencia” ya había iniciado y tenía sus cimientos casi terminados.

13. El 9 de septiembre de 2013, la Corporación Regional Autónoma - CORALINA- dió respuesta, a través del Oficio COR/SPI 539, a la solicitud de la Defensoría del Pueblo acerca de la naturaleza del lote en el que se adelanta la construcción del proyecto “Spa en Providencia”. En esta respuesta, CORALINA señala que el predio “South West Bay” es una zona de protección ecológica en donde solo se pueden desarrollar actividades que estén dirigidas a la conservación, investigación y educación ambiental.

Considera la accionante que por la construcción del proyecto que se pretende en la Isla de Providencia, es la comunidad raizal la directamente afectada y por ende ha debido proceder la consulta previa por las siguientes razones:

-El proyecto “Spa en Providencia” se construyó en tierras pertenecientes a la comunidad raizal, y se realizó sin la debida protección y participación de dicha comunidad, lo cual impide el pleno ejercicio de la identidad cultural de este grupo para la realización de sus actividades económicas y de sus manifestaciones culturales dentro de su territorio. A juicio de la accionante, la situación genera una afectación a la comunidad, porque el *spa* no permite el desarrollo de sus actividades de una manera normal y la construcción modifica el territorio, sin tener en cuenta los efectos que puedan producirse.

-El Ministerio de Comercio Industria y Turismo y el Municipio de Providencia y Santa Catalina están permitiendo la realización de un proyecto que amenaza con tener un alto impacto en el desarrollo de esta cultura y de la tierra en la que habitan los raizales. Dicho impacto recae directamente en el uso del territorio raizal para proyectos de actividades diferentes a las tradicionalmente realizadas por dicha cultura. En este mismo sentido, las actividades económicas a desarrollar, una vez entre en funcionamiento el “Spa en Providencia”, difieren de las practicadas por los raizales, razón por la cual los nativos deben tener una participación activa en la construcción y desarrollo del proyecto.

-Al construir el “Spa en Providencia” en un área de influencia y de presencia de comunidades raizales, como lo ha determinado el Ministerio de Interior y de Justicia en uno de sus conceptos, se está desconociendo la identidad cultural de esta comunidad y generando un perjuicio irremediable, *“ya que ese tipo de megaproyectos realizados en esa zona atentan contra la supervivencia de la comunidad raizal, como ha ocurrido y es de público conocimiento, en la isla de San Andrés”*. En conclusión, sostiene la accionante, es necesaria la participación de la comunidad raizal en aras de resguardar la integridad de grupos que merecen una especial protección del Estado.

Recuerda la peticionaria que el derecho a la consulta previa se traduce en un derecho de carácter fundamental. Por ello se refiere a la sentencia SU-039 de 1997 en la que la Corte Constitucional sostuvo que los pueblos étnicos o ancestrales tienen derecho a ser consultados y a una participación activa de acuerdo a sus usos y costumbres cada vez que se pretenda tomar decisiones que afecten directamente a dichas comunidades; ello con el propósito de preservar y amparar sus derechos a la diferencia y a la diversidad cultural. En este sentido, enfatiza la demandante, que la consulta previa no solamente se predica de las comunidades indígenas, sino de otras estructuras sociales denominadas pueblos tribales, como la comunidad de los raizales en la Isla de Providencia.

En conclusión, la demandante solicita, que *“se declare la responsabilidad de las [accionadas] por la omisión en sus funciones legales y constitucionales (...), se ordene la suspensión inmediata de las obras adelantadas del proyecto (...), la realización inmediata y efectiva del proceso de consulta previa con la participación activa de la comunidad raizal bajo sus usos y costumbres (.. que se incluya tal como señala el proyecto ‘SPA en providencia’ a los habitantes nativos de la zona dentro del manejo y funcionamiento del futuro complejo hotelero y turístico (...), que se haga, a responsabilidad del Ministerio del Interior, una capacitación a los integrantes de la Comunidad Nativa Raizal sobre la consulta»”*

2. Pruebas allegadas al proceso

Son relevantes las siguientes pruebas que la demandante hace llegar al proceso y que constan en los folios 11 a 31 del cuaderno principal:

-Respuesta del derecho de petición por parte del Ministerio del Interior y de Justicia del 19 de mayo de 2011. 1 oficio OFI11-20418-GCP-0201.

-Respuesta del Ministerio de Interior y de Justicia del 29 de agosto de 2013 a través del Oficio OF113-000026075-DCP2500.

-Respuesta de la Corporación Regional Autónoma -CORALINA- a través del Oficio COR/SPI 539.

3. Intervención de las autoridades accionadas

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, adujo *«que no se ha adelantado hasta la fecha ninguna consulta previa del proyecto, de acuerdo al concepto emitido el 11 de mayo de 2012, por (...) el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior»*, además porque el proyecto *“prestará los servicios propios de un SPA, no se trata de un proyecto hotelero ya que no cuenta con infraestructura para prestar servicio de alojamiento»*, lo que en nada perjudica los establecimientos de hospedaje existentes en la isla.

El Ministerio del Interior -Dirección de Consulta Previa, refirió que, *“para la expedición del concepto (...) de 11 de mayo de 2012, esta Dirección se basó en el marco jurídico de que trata el artículo 25 del C. C. A.; por ello es relevante indicar que como todo concepto, el mismo no obliga jurídicamente»*, por lo que considera que, de ninguna manera, ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante (fi. 88, cdno. 1).

La Alcaldía Municipal de Providencia y Santa Catalina Islas, indicó en relación con la consulta previa que *“la constitución ha previsto otras formas de accionar como la acción popular o la acción de grupo, los cuales son procesos sumarios»* además que *«el SPA, es una propiedad del Municipio no de uso público, sino para el servicio público, elevado a la categoría de bien fiscal, por tanto (...) la administración se hace como lo hacen los particulares sobre su propiedad (...) [y] sólo requiere licencia de construcción (...) sin que medie consulta previa .*

La Corporación para el Desarrollo Sostenible del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Coralina, señaló que *«ha velado por el cumplimiento de la normatividad ambiental vigente de conformidad a las facultades conferidas por la Ley 99 de 1993»* aunado a que, de acuerdo *«al Decreto 1320 de 1998, es responsabilidad del ejecutor de un proyecto, obra o actividad adelantar los trámites pertinentes para realizar consulta previa»*

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

1. Sentencia de primera instancia

En sentencia de 3 de abril de 2014, proferida por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina desestimó la protección, con fundamento en que el ente ministerial *“agotó los mecanismos necesarios para llevar a cabo la consulta previa, es decir que actuó de manera adecuada para procurar que la comunidad conociera el contenido del proyecto, pero ante el concepto ofrecido por el Ministerio de Justicia que no requería la consulta, procedieron a llevar adelante el proyecto (...) por consiguiente no se avizora ningún quebrantamiento a los derechos fundamentales alegados”*.

2.Sentencia de segunda instancia

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de veintitrés (23) de mayo de dos mil catorce (2014) concluyó que el presente reclamo constitucional resulta improcedente por no cumplir con el requisito de subsidiariedad, toda vez que la protección excepcional solo es viable cuando quien la implora ya se dirigió ante las autoridades censuradas para poner de presente su reclamo, y no obtuvo respuesta o la misma fue desfavorable y arbitraria. Como la accionante en este caso, *“no obstante que elevó peticiones recabando información sobre el aludido proyecto, omitió comunicar su situación a las entidades enjuiciadas y pedirle lo que aquí implora, esto es, que por un lado, se ordene la suspensión inmediata del proyecto denominado SPA Providencia, y por el otro, que se realice la consulta previa que considera se debe surtir con la comunidad de raizales habitantes de la citada isla, le está vedado hacer uso de esta acción excepcionalísima, la cual no fue instituida para anticiparse a los pronunciamientos de los accionados”*.

Añadió la sentencia que si lo que busca la accionante es controvertir la legalidad de los actos administrativos a través de los cuales se concedió la licencia de construcción del susodicho proyecto, en atención de la destinación del suelo en el cual se edifica, el mecanismo puede ser la acción contencioso administrativa e inclusive, si se presenta un problema de afectación del patrimonio público, la herramienta jurídica es la acción popular.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las providencias proferidas en el trámite de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

Debe la Corte estudiar si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales de la accionante a la participación en las decisiones que la

afectan, en particular su derecho a la consulta previa, por omitir el proceso de consulta antes de empezar la construcción del *Spa Providencia*, que, a juicio de la demanda, afecta el territorio y los usos y costumbres del pueblo nativo raizal en la Isla de Providencia. Para resolver el asunto planteado debe la Corte estudiar (i) los contornos del derecho fundamental a la consulta previa a la luz de la jurisprudencia constitucional vigente; (ii) la protección constitucional de los grupos raizales y afrocolombianos en la jurisprudencia de esta Corporación y (iii) finalmente resolver el caso concreto teniendo en cuenta el material probatorio y los supuestos fácticos expuestos por la accionante.

3. Derecho fundamental a la consulta previa

La protección del derecho fundamental a la consulta previa ha sido abordada por la jurisprudencia constitucional colombiana en varias ocasiones. Así, de manera general, se ha dicho que es deber efectuar una consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes antes de tomar medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. A continuación se expondrán, los puntos centrales de la doctrina constitucional acerca del tema.

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

Desde esta perspectiva, la Corte ha señalado que del texto constitucional se desprenden mandatos orientados a preservar la identidad de las comunidades indígenas, tribales y afrodescendientes, siendo determinante asegurar la supervivencia, garantizando su autonomía en los ámbitos que les competen y asegurando que cualquier actividad adelantada por el Estado que pueda afectarlas directamente les sea consultada y no vaya en desmedro de su integridad social, cultural y económica.

Este derecho de participación de los pueblos indígenas sobre cualquier decisión que pueda afectarles directamente, además de contemplarse en nuestro ordenamiento superior, está previsto expresamente en disposiciones del Convenio 169 de la OIT, que hace mención al derecho que tienen los pueblos indígenas a ser consultados sobre las decisiones que les afecten. Al respecto, la Corte ha entendido que existe una estrecha relación con el principio de participación democrática, puesto que constituye la forma en que se pueden comprender los procesos de toma de decisiones que afectan a los pueblos indígenas¹. En este sentido, ha manifestado la Corte que “el

¹ Sentencia C-063 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

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.”²

La sentencia **C-030 de 2008**³, puntualizó que de las disposiciones del convenio podían inferirse dos niveles de participación de los grupos indígenas y tribales. El primero, contenido en el literal b) del artículo 6 del Convenio, conforme al cual el gobierno debe establecer los medios necesarios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma forma que otros sectores de la población sobre temas que afecten a todos por igual, por ejemplo, en la adopción de decisiones de instituciones electivas y organismos administrativos. El segundo es el deber de consulta contemplado en el literal a) del mismo artículo, referido a las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos.

Desde la normativa del Convenio, en la sentencia **C-175 de 2009**⁴, la Corte precisó que “... *en lo que tiene que ver con la previsión de medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, el Convenio 169 de la OIT dispone la obligación a cargo de los gobiernos de consultar a las comunidades interesadas, a través de sus autoridades representativas*”. En igual sentido agregó que, “*es un procedimiento distinto a los escenarios generales y concretos de participación antes enunciados, reservado para aquellas medidas que tengan incidencia particular y directa en los intereses de las comunidades diferenciadas. Existe, en relación con esas medidas, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y afrodescendientes a la consulta previa y un deber estatal correlativo de llevar a cabo los trámites idóneos y eficaces para que las comunidades tradicionales participen en el diseño de las políticas que, habida cuenta su contenido material, les conciernen.*”

La determinación de cuáles son las medidas que deben ser sometidas a consulta, la forma en que esta debe llevarse y las finalidades de la misma, fueron sintetizadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-882 de 2011⁵. En dicho fallo, a partir de los criterios sentados por sentencias como la C-030 de 2008 y T-769 de 2009, se indicó, respecto del alcance de la consulta previa, que esta resulta obligatoria cuando las medidas que se adopten sean susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, por lo que en cada caso concreto resulta necesario distinguir

² Sentencia C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil

³ *Ibíd.*

⁴ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

dos niveles de afectación: (i) el que se deriva de las políticas y programas que de alguna forma les conciernen y (ii) el que se desprende de las medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos directamente. De lo anterior, se dedujo que existían varios escenarios ante los cuales existe el deber de consulta.

(i) “Decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo: licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras, entre otros”.

(ii) “Presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto nacional”.

(iii) “Decisiones sobre la prestación del servicio de educación que afectan directamente a las comunidades”

(iv) “Medidas legislativas”.

Por tratarse de decisiones administrativas las que son atacadas por vía de tutela en el caso concreto, es necesario ahondar en este tipo de medida, teniendo en cuenta lo señalado por la sentencia en comento:

*“Sobre la naturaleza de este tipo de decisiones a consultar, la jurisprudencia ha tenido una evolución importante. Parte importante de la jurisprudencia en la materia se ha concentrado en medidas administrativas –especialmente licencias ambientales y contratos de obra o concesión- ligadas a proyectos de desarrollo que afectan directamente a las comunidades étnicas, particularmente decisiones que permitan la explotación o el aprovechamiento de recursos naturales ubicados en sus territorios. Por ejemplo, en la **sentencia SU-039 de 1997**⁶, la Corte tuteló el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad indígena Uwa, debido a que el Ministerio de Medio Ambiente había otorgado licencia ambiental a Occidental de Colombia Inc. para realizar actividades de explotación de hidrocarburos en áreas del resguardo de la comunidad, sin llevar a cabo un proceso previo de consulta.”*

Finalmente, respecto de la finalidad del proceso de consulta y las características del mismo, dicha sentencia anunció:

“Finalidad de la consulta

*La Corte ha precisado que la consulta previa tiene la **finalidad** de (i) dotar a las comunidades de conocimiento pleno sobre los proyectos y decisiones que les conciernen directamente -como los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, así como los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; (ii) ilustrar a las comunidades sobre la manera como*

⁶ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares; (iii) brindar la oportunidad a las comunidades para que libremente y sin interferencias extrañas, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valoren conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto; sean oídas en relación con las inquietudes y pretensiones que tengan en lo que concierne a la defensa de sus intereses y puedan pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto.⁷

Es por ello que en reciente jurisprudencia se ha resaltado que con la consulta previa se debe buscar el **consentimiento libre e informado** de las comunidades étnicas frente a las medidas que puedan afectar directamente sus intereses. Tal consentimiento es además indispensable cuando las medidas, entre otros casos extremos, “(i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros”.⁸ En estos casos, dada la gravedad de sus posibles consecuencias, el deber de las autoridades de llevar a cabo procesos de concertación con las comunidades étnicas se refuerza, sin que ello signifique en modo alguno que se dote a las comunidades de un poder de veto.

Características del proceso de consulta

En este punto, es preciso aclarar que el Convenio 169 no establece unas reglas de procedimiento y en tanto las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra ese instrumento y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al principio de buena fe, “lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto. Se trata de propiciar espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar.”⁹

⁷ Ver la sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁸ Ver sentencia T-129 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁹ Sentencia T-769 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Teniendo en cuenta la finalidad de la consulta previa, la Corte ha resaltado las siguientes características que debe tener el proceso que se adelanta con las comunidades étnicas:

En primer lugar, en la sentencia SU-039 de 1997¹⁰, la Corte dejó claro que **no puede tener el valor de consulta previa “(...) la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica”** (negrilla fuera del texto original).

Por eso, en el caso que dio lugar a dicho pronunciamiento, la Corte estimó que una reunión de divulgación de un proyecto en la que no se brinda oportunidad a los representantes de las comunidades de pronunciarse, no puede hacer las veces de una consulta previa. En el mismo sentido se pronunció la Corte en la sentencia C-175 de 2009¹¹, al indicar que las audiencias públicas en el trámite legislativo no agotan el requisito de consulta.

En segundo lugar, como se indicó en la sentencia C-461 de 2008¹², antes de llevar a cabo la consulta previa en estricto sentido, se deben realizar conversaciones preliminares –una especie de preconsulta- con la comunidad o comunidades concernidas, cuya finalidad es identificar las instancias de gobierno local y los representantes de la comunidad, así como socializar el proyecto, y concertar la metodología de la consulta. Al respecto se indicó lo siguiente en la sentencia citada:

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

En tercer lugar, la consulta debe realizarse indefectiblemente antes de que se comience el proyecto de explotación (incluso desde

¹⁰ Ibídem.

¹¹ M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

¹² M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

la formulación del proyecto y antes del inicio de las actividades de prospección) o se tome la decisión normativa que concierne a las comunidades directamente. La Corte precisó en la sentencia SU-039 de 1997¹³ que actuaciones posteriores a la adopción de la decisión no pueden subsanar el vicio que se genera por la ausencia de consulta previa.¹⁴ En el mismo sentido se manifestó la Corte en la sentencia C-702 de 2010¹⁵, en la que afirmó que la omisión de la consulta antes de dar inicio al trámite legislativo es un vicio insubsanable que da lugar a la declaración de inconstitucionalidad de cualquier medida legislativa.

En cuarto lugar, la Corte ha precisado que el proceso de consulta debe regirse por el mutuo respeto y la buena fe entre las comunidades y las autoridades públicas. El que la consulta se rija por el principio de buena fe significa que los procesos de consulta no deben ser manipulados y que debe existir un ambiente de confianza y claridad en el proceso, para lo cual es necesario que las comunidades sean dotadas de información suficiente y oportuna.

En quinto lugar, con miras a lograr que las comunidades étnicas estén plenamente informadas de la propuesta y sus implicaciones, y puedan tomar decisiones informadas, las autoridades que dirigen el proceso consultivo deben velar por que las comunidades estén acompañadas por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, cada una dentro de sus órbitas de competencia, y siempre y cuando así lo soliciten los respectivos grupos.¹⁶

En sexto lugar, para la Corte, la consulta debe tener efectos sobre la decisión a adoptar.¹⁷ La efectividad de la consulta se refiere entonces al deber de las autoridades de dar valor a la palabra de las comunidades.

Así las cosas, para que la consulta previa cumpla con su finalidad y sea un mecanismo eficaz y útil de participación, es necesario que en su realización se adopten procedimientos apropiados que permitan la creación de espacios de negociación y de intervención de las

¹³ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁴ La Corte manifestó lo siguiente: “Para la Corte resulta claro que en la reunión de enero 10 y 11 de 1995, no se estructuró o configuró la consulta requerida para autorizar la mencionada licencia ambiental. Dicha consulta debe ser previa a la expedición de ésta y, por consiguiente, actuaciones posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación.

Tampoco pueden considerarse o asimilarse a la consulta exigida en estos casos, las numerosas reuniones que según el apoderado de la sociedad Occidental de Colombia Inc. se han realizado con diferentes miembros de la comunidad U'wa, pues aquella indudablemente compete hacerla exclusivamente a las autoridades del Estado, que tengan suficiente poder de representación y de decisión, por los intereses superiores envueltos en aquella, los de la comunidad indígena y los del país relativos a la necesidad de explotar o no los recursos naturales, según lo demande la política ambiental relativa al desarrollo sostenible.”

¹⁵ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁶ Ver sentencia C-461 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁷ Ver sentencia C-175 de 2009, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

instituciones representativas indígenas, que contribuya al desarrollo y a la resolución efectiva de los diferentes desafíos asociados con el respeto de los derechos a la subsistencia y la integridad cultural de estos pueblos.”

4. Criterios para identificar cuándo hay “afectación directa”

A juicio de la Corte Constitucional ¹⁸ existen ciertos criterios para identificar la afectación directa sobre las comunidades indígenas o afrodescendientes respecto de medidas legislativas o administrativas que les conciernan.

La sentencia **C-038 de 2008**, precisó que por afectación directa debe entenderse toda medida que *“altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”*¹⁹. En tal sentido, sostuvo que la afectación directa se da sin importar que sea positiva a negativa, pues es precisamente dicho aspecto el que deberá resolverse al consultar a los pueblos indígenas afectados.

Ahora bien, entrando más a fondo, a efectos de determinar cuál es el grado de afectación, se señala que la **especificidad** que se requiere para que una medida deba ser sometida a consulta, *“se puede derivar o bien del hecho de que regula una de las materias del Convenio 169 de la OIT, o bien de que aunque ha sido concebida de manera general, tiene una repercusión directa sobre los pueblos indígenas”*. Es decir, *“puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercute de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales.”*

En concreto, la sentencia **C-175 de 2009** elaboró unos criterios específicos para identificar cuándo existe una vulneración directa, específica y particular sobre los grupos étnicos, derivada de una medida legislativa o administrativa, reglas que formuló de la siguiente manera:

“(i) ‘Para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica sólo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar directamente los intereses de las comunidades. Por lo tanto, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están prima facie sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses’.

¹⁸ En concreto, las sentencias C-030 de 2008, C-175 de 2009 y C-366 de 2011.

¹⁹ Sentencia C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

(ii) *'(...) el deber de consulta previa respecto de medidas legislativas, resulta jurídicamente exigible cuando las mismas afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello sucede cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos. Por ende, no existirá deber de consulta cuando la medida legislativa no pueda predicarse de forma particular a los pueblos indígenas y tribales y, a su vez, el asunto regulado no tenga relación con aspectos que, razonable y objetivamente, conformen la identidad de la comunidad diferenciada'.*

(iii) *'(...) para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas comunidades indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana'.*

(iv) *'Como se señaló en la sentencia C-030/08, uno de los parámetros para identificar las medidas legislativas susceptibles de consulta es su relación con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT'.*

(v) *'la determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa o administrativa deberá analizarse según el significado que para los pueblos indígenas y tribales afectados tengan los bienes o prácticas sociales interferidas. En otras palabras, el mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, implica que el análisis del impacto de las medidas se realice a partir de las características específicas de la comunidad y la comprensión que éstas tienen del contenido material de dichas políticas'.*

(vi) *'aquellas políticas que en razón de su contenido o implicaciones interfieran directamente con los intereses de las comunidades diferenciadas'.*"

Finalmente, la sentencia C-063 de 2010²⁰ explicó que hay una afectación directa “cuando una norma tiene como objeto principal de regulación una o varias comunidades indígenas; o cuando la regulación planteada tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que aquellos que tiene el resto de la población”, y en la cual se concluye que “no queda lugar a duda que únicamente en ocasiones de afectación directa será obligatoria la práctica de la consulta previa a la o las comunidades indígenas que soportan las consecuencias de una medida legal o administrativa”.

5. La protección de los derechos fundamentales de los grupos tribales, afrocolombianos y raizales en la jurisprudencia constitucional

La Corte Constitucional ha reconocido que las personas afrocolombianas y las comunidades a las que pertenecen son titulares de derechos fundamentales y que gozan de un status especial de protección que aspira tanto a compensarlas por las difíciles circunstancias sociales, políticas y económicas que han enfrentado tras décadas de abandono institucional, como a salvaguardar su diversidad étnica y cultural, en armonía con el marco constitucional y los compromisos internacionales que el Estado colombiano ha adquirido en esa materia. En consecuencia, ha amparado los derechos fundamentales de los afrocolombianos que han sido víctimas de actos de discriminación asociados a su raza o que han sido excluidos arbitrariamente de los beneficios instituidos por vía legal o administrativa para garantizar que disfruten de los mismos derechos y libertades a los que tiene acceso el resto de la población. Así mismo, ha protegido a las comunidades negras que han visto amenazados o vulnerados los derechos que el Convenio 169 de la OIT y la Ley 70 de 1993 les han reconocido en su condición de sujeto colectivo portador de una identidad cultural y étnica diferenciada.²¹

En efecto, son varios los fallos que en sede de control de constitucionalidad y de tutela se han referido a la noción de comunidad negra - tanto en el ámbito de la Ley 70 de 1993 como en el de la expresión pueblo tribal que ideó la OIT-, a los elementos que configuran la diversidad de estas colectividades y a los distintos factores a partir de los cuales podría validarse o descartarse la identidad afrocolombiana de cierto grupo o individuo al debate sobre la titularidad de los derechos fundamentales de los afrocolombianos y a las categorías conceptuales (raza, etnia, cultura, territorio) con las que se ha vinculado su condición de sujetos de especial protección constitucional.

La primera sentencia fue T-422 de 1999 en la que se identificó a la población negra del país como destinataria de un trato preferente, que asoció a dos fines concretos: al de compensarla por décadas de abandono institucional, discriminación y aislamiento y al de defender su supervivencia como grupo étnico cultural.

²⁰ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²¹ Expediente T-3482903

Al concepto de comunidades negras y a su condición de grupo étnico volvió a referirse esta Corporación cinco años después. La sentencia C-169 de 2001 que examinó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria que reglamentó el artículo 176 de la Carta Política, retomó la discusión desde una nueva perspectiva: la del alcance del término “tribal” contemplado en el Convenio 169 de la OIT. El fallo indicó que el término comprende a aquellos grupos sociales que reúnen los requisitos exigidos por el instrumento internacional: rasgos culturales y sociales compartidos (elemento objetivo) y una conciencia de identidad grupal que haga que sus integrantes se asuman miembros de una comunidad (elemento subjetivo). Como las *comunidades negras*, tal y como fueron definidas por la Ley 70 de 1993, reúnen ambos elementos, decidió que era posible considerarlas un pueblo tribal, en los términos del Convenio 169.

Fue la primera providencia que circunscribió la etnicidad de las comunidades negras a la caracterización que hizo de ellas la Ley 70. La comunidad negra, entendida como un *“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 (...)”* fue reconocida, así, como titular de derechos colectivos similares a los que la Constitución y el bloque de constitucionalidad les habían reconocido a las comunidades indígenas.

Indicó igualmente la sentencia, que a falta de una mención expresa, deben entenderse incluidas dentro de dichas comunidades negras a las agrupaciones del archipiélago de San Andrés y Providencia, las cuales *“no solo comparten con las primeras un origen histórico común en las raíces africanas que fueron transplantadas a América, sino que han sido reconocidas por esta Corporación, en consonancia con el artículo 310 de la Carta, como un grupo étnico titular de derechos especiales”*.

Para lo de nuestro interés en este caso, sea oportuno contextualizar al grupo tribal asentado en Providencia. En efecto, la comunidad Raizal de San Andrés, Providencia y Santa Catalina es definida, como la etnia anglo africana tradicionalmente asentada en el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con lengua, cultura, historia y ancestros propios, reconocida así por la jurisprudencia constitucional que le ha otorgado el carácter singular de grupo étnico raizal y ha delineado su especial protección por parte del Estado. En ese sentido, la sentencia C-530 de 1993, que resuelve una demanda de constitucionalidad contra el Decreto No. 2762 de 1991. "Por medio del cual se adoptan medidas para controlar la densidad poblacional del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina" sostuvo:

"La cultura de las personas raizales de las Islas es diferente de la cultura del resto de los colombianos, particularmente en materia de lengua, religión y costumbres, que le confieren al raizal una cierta identidad. Tal diversidad es reconocida y protegida por el Estado y tiene la calidad de riqueza de la Nación. El incremento

de la emigración hacia las Islas, tanto por parte de colombianos no residentes como de extranjeros, ha venido atentando contra la identidad cultural de los raizales, en la medida en que por ejemplo en San Andrés ellos no son ya la población mayoritaria, viéndose así comprometida la conservación del patrimonio cultural nativo, que es también patrimonio de toda la Nación." (Resaltado fuera del texto).

En el mismo sentido las sentencias C-086 de 1994 y C-454 de 1999, establecen incluso la diferencia con otros grupos étnicos, tales como las comunidades indígenas y la población afrocolombiana continental, así:

“La población "raizal" de San Andrés y Providencia es un grupo étnico perfectamente definido, como lo evidencian su aspecto físico, sus costumbres, su idioma y su pertenencia mayoritaria al Protestantismo. Negarle tal carácter aduciendo que las islas fueron pobladas por gentes de diversos orígenes raciales, es razón baladí, pues bien sabido es que no existen razas puras." (Resaltado fuera del texto).

Además de lo anterior, mediante la sentencia C-053 de 1999 la Corte reconoce como el territorio propio del pueblo raizal a toda la jurisdicción del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, e impone la garantía de sus derechos colectivos, señalando que:

“El territorio propio de la comunidad nativa del archipiélago lo constituyen las islas, cayos e islotes comprendidos dentro de dicha entidad territorial. El eventual repliegue de la población raizal en ciertas zonas de la islas no es más que el síntoma de la necesidad de brindar una real protección a los derechos culturales de los raizales.”

Así entonces, desde la perspectiva del Convenio 169 de la OIT es claro que la población nativa raizal del Departamento Archipiélago de San Andrés Providencia y Santa Catalina merece especial protección del Estado en razón a las obligaciones internacionales de proteger a las minorías étnicas y raizales.

IV. CASO CONCRETO

La accionante, miembro de la comunidad raizal de Providencia, presentó acción de tutela invocando la protección de sus derechos fundamentales a la consulta previa y a la participación de la comunidad nativa raizal en un proyecto turístico que se pretende realizar o que ya está en construcción en la Isla de Providencia.

La Sala resume los hechos del presente caso de la siguiente manera:

Providencia y Santa Catalina es un municipio insular ubicado en el Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, localizado dentro del área de la Reserva de la Biosfera SeaFlower, declarada como tal por la Unesco en noviembre del año 2000. En la isla de Providencia habita un grupo raizal desde hace muchas décadas y ha desarrollado allí todas sus costumbres y cultura.

El 13 de septiembre de 1995 fue creado el Parque Nacional Natural “Old Providence and McBeanLagoon”, ubicado al este de la Isla de Providencia, mediante la Resolución 1021, la cual fue posteriormente modificada en cuanto a los linderos y zona de amortiguamiento por la Resolución 013 del 9 de enero de 1996.

El Esquema de Ordenamiento Territorial (EOT) del Municipio de Providencia y Santa Catalina estableció los usos permitidos dentro del área de amortiguación del Parque, prohibiendo expresamente la construcción de condominios o complejos habitacionales cualquiera sea su uso, en especial los destinados a la actividad hotelera. Se exceptúa de la prohibición la actividad hotelera que se adelante en la modalidad de posadas nativas. Adicionalmente, la zona de amortiguamiento tiene una destinación a desarrollo de viviendas familiares, principalmente.

La Nación, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el Municipio de Providencia y Santa Catalina Islas acordaron, a través del Convenio Interadministrativo No. 145 de 2011, aunar esfuerzos para realizar los diseños arquitectónicos y técnicos del proyecto de infraestructura turística “Spa en Providencia”, que se realizaría en el Lote denominado “Providencia South West”.

A través del radicado EXT 11/40556 del 9 de mayo de 2011, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo consultó al Ministerio del Interior y de Justicia sobre el registro y la existencia de comunidades étnicas en el lote “Providencia South West”, lugar donde se construiría el “SPA en Providencia”. Lo anterior con el fin de determinar si en dicho territorio era menester realizar consulta previa para la intervención y ejecución de proyectos de infraestructura.

El Ministerio de Interior y de Justicia respondió través del oficio OFI11-20418-GCP-0201 del 19 de mayo de 2011 a dicha consulta que sí se registran comunidades raizales dentro del rango de influencia del proyecto “Spa Providencia”. Adicionalmente sostuvo que de acuerdo con lo dispuesto por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística- DANE, Censo General realizado en el año 2005 en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el porcentaje de afrocolombianos es de 56,98%, de los cuales el 69,09% corresponde a la población raizal, por lo que era necesario solicitar por escrito al Grupo de Consulta Previa, la consulta a la comunidad nativa.

En 2013 se expidió el Decreto 295 del 27 de febrero de 2013 que hace énfasis en el proyecto “SPA en Providencia”, pues asigna recursos del “Fondo de

Promoción Turística para construir un SPA en la isla de Providencia”. El Decreto estableció que debido al potencial turístico del Departamento y a su riqueza cultural nativa, se implementaría un proyecto de apoyo a las posadas nativas de Providencia y se construirá un “SPA en Providencia” para que fuera manejado por la población raizal. Por esta razón, se le ha prestado una especial atención a la construcción de las instalaciones del proyecto “SPA en Providencia”.

La primera semana de septiembre de 2013 se llevó a cabo una socialización a la comunidad del proyecto “Spa en Providencia” por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, a la cual asistieron personas relacionadas con el proyecto, pero no los integrantes de la comunidad Raizal. En dicha reunión se expuso otro supuesto concepto del Ministerio del Interior, en el que se inclina la entidad por la no obligatoriedad de la consulta previa en el proyecto “Spa en Providencia. Para la fecha de dicha reunión, la construcción del “SPA en Providencia” estaba considerablemente adelantado. Pese al avance de la obra, el Ministerio del Interior y de Justicia respondió a un derecho de petición el 29 de agosto de 2013 a través del Oficio 0F113-000026075-DCP2500, que no se registra en la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Interior y de Justicia información sobre la construcción del proyecto “SPA en Providencia”.

La Sala recuerda, a su vez, los puntos más relevantes de las consideraciones precedentes sobre la manera en que la jurisprudencia ha definido y amparado el derecho a la consulta previa y a la participación. Así, para efectos de resolver el caso concreto, es necesario tener en cuenta:

El papel que cumple la consulta previa en la garantía del mandato constitucional de respeto de la diversidad étnica y cultural de la Nación. La Corte ha reconocido que se trata de un derecho fundamental autónomo, que se concreta asegurando la participación de los pueblos originarios en las decisiones que puedan afectar su integridad cultural, social y económica. Que la consulta opera en eventos distintos a los que consagra la Constitución de manera taxativa, relacionados con la explotación de recursos naturales en territorios étnicos.

La jurisprudencia ha previsto, en aplicación del Convenio 169 de la OIT, que la misma opera frente a cualquier medida legislativa y administrativa *que afecte directamente a las minorías étnicas*.

Que el criterio de afectación directa que determina la obligatoriedad de la consulta hace referencia a un posible impacto sobre la autonomía, diversidad e idiosincrasia de la comunidad étnica o tribal. La Corte ha calificado como eventos de afectación directa las medidas que resulten virtualmente nocivas o que generen una intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales de estos pueblos. Que el Convenio 169 de la OIT insta a los gobiernos a “*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, y en particular con los aspectos colectivos de esa relación”.*²²

A la luz de estos prolegómenos considera la Corte lo siguiente:

-La tutela es presentada por un miembro del grupo raizal. Se trata de una comunidad que ha habitado durante muchos siglos en la isla de Providencia y que, como ya se ha indicado en este proyecto, se constituye en sujeto de especial protección constitucional. El material probatorio allegado al expediente da cuenta que las entidades competentes certifican la existencia y reconocimiento del grupo raizal en dicha isla. Así mismo, los patrones históricos de discriminación no superados, la presencia de una cultura mayoritaria que amenaza la preservación de las costumbres ancestrales de los pueblos tribales y raizales, su percepción sobre el desarrollo y la economía, su particular forma de ver la vida y de relacionarse con su entorno, son razones suficientes para prodigarles un tratamiento preferencial que la Carta reconoce a favor de los grupos marginados²³.

-Es evidente que la consulta previa procedía en este caso, debido a la presencia fácilmente verificable de comunidades raizales en la Isla de Providencia y específicamente en la zona en la que se pretende desarrollar el proyecto. El Ministerio de Industria Comercio y Turismo no realizó la consulta previa necesaria para el desarrollo del proyecto “Spa-Providencia”, pues está probado que se dio inicio a la intervención del territorio habitado por la comunidad raizal sin hacer el respectivo proceso de consulta. A esto se suman otras consideraciones:

-No se consultaron las medidas administrativas que podrían llegar a afectar a la comunidad raizal como lo son: el Convenio Interadministrativo No. 145 de 2011 sobre el Programa San Andrés, Providencia y Santa Catalina que fue adoptado por diferentes decretos para el caso concreto el decreto 295 del 27 de febrero de 2013 que asigna fondos para la construcción del Spa y las licencias ambientales otorgadas por Coralina.

-Resultó ambiguo el direccionamiento que el Ministerio del Interior quiso darle a este caso presentando en dos ocasiones conceptos contradictorios sobre la necesidad de la consulta, lo que también constituyó una vulneración del debido proceso y del principio de confianza legítima que llevó a los raizales a confiar en el criterio del Ministerio. Claramente se aprecia en el expediente que el Ministerio de Interior y de Justicia respondió través del oficio OFI11-20418-GCP-0201 del 19 de mayo de 2011 que en tanto se registraban comunidades raizales dentro del rango de influencia del proyecto “Spa Providencia” era menester avalar la necesidad de solicitar por escrito al Grupo de Consulta Previa, la consulta a la comunidad nativa.

²² Artículo 13, Convenio 169 de la OIT.

²³ Cfr. Sentencias T-282 y T-235 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas.

Pese a ello, en la primera semana de septiembre de 2013 en la supuesta reunión de socialización se mostró un concepto del Ministerio del Interior que determinaba la no obligatoriedad de la Consulta Previa para el proyecto “Spa en Providencia.

-La reunión de socialización con apariencia de “consulta” que se realizó la primera semana de septiembre de 2013 no fue una consulta previa *stricto sensu* en tanto en ella no estaba la comunidad raizal y para la fecha de esa reunión ya la construcción del proyecto estaba avanzada. Se trató entonces de una reunión que no se ajustaba con el procedimiento establecido por la jurisprudencia constitucional, según el cual la socialización del proyecto no reemplaza la consulta previa, en tanto es menester que entre las partes se desarrolle un diálogo que permita la conciliación de los intereses contrapuestos y se escuche a la comunidad potencialmente afectada, para que ella, en ejercicio de su derecho, determine cómo debe ser utilizado su territorio protegiendo su identidad étnica y cultural.²⁴

Se recuerda a este respecto, que al estructurar las reglas básicas para la aplicación del proceso de consulta, la Corte se ha referido a que el mismo no puede agotarse a través de una simple reunión informativa pues su propósito axial, que es la efectiva participación, solo se cumple garantizando:

- a) *“Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.*
- b) *Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.*
- c) *Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada”.*

²⁴ T-547 de 2010

Así entonces, el objetivo de participación activa y efectiva que persigue la Constitución solo se cumple cuando las comunidades étnicas son informadas de manera oportuna y completa sobre los proyectos que pueden afectarlas, sobre la manera en que su ejecución puede interferir en los elementos constitutivos de su cohesión social, cultural, económica y política y cuando cuentan con el espacio para valorar libremente el proyecto y para pronunciarse sobre su viabilidad, todo lo cual dejó de hacerse en este caso, o la precariedad con la que se hizo no alcanza a cumplir las exigencias constitucionales.

-El lote “Providencia South West Bay”, en el que se inició la construcción del proyecto de infraestructura Spa-Providencia, afecta parte del territorio en el que los raizales han residido ancestralmente y, por ende, incide en su identidad cultural. Recuérdese que el desarrollo económico de la comunidad raizal que habita en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina tiene como base el turismo, actividad que ha sido desarrollada en el marco de su propia identidad cultural. De ello es muestra el hecho de que el desarrollo hotelero de Providencia ha tomado como base a las posadas nativas, debido a las características propias de la Isla como Parque Nacional Natural y parte de la Reserva de Biosfera de la UNESCO. La interacción de quienes habitan en la isla con los recursos que ella suministra, ha tratado siempre de mantener la sostenibilidad ambiental logrando que el frágil ecosistema que ella representa no se menoscabe o extinga por la intervención del hombre.

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

-Si tratándose de consulta previa, los estándares de determinación de la gravedad de la afectación de la medida, obligan al juez constitucional a verificar, bajo la óptica del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural, cuál es el impacto de cada decisión administrativa a partir de las características específicas de la comunidad y la comprensión que ésta tiene del contenido material de dichas políticas, habrá que afirmar, para este caso, que es evidente que se expidieron licencias que permitieron la intervención del territorio raizal y el inicio de la construcción del Spa sin que existiera consulta alguna a esa comunidad tribal. Aquellas medidas que dieron paso a la construcción del Spa debían, sin duda, ser consultadas a la comunidad raizal

con el fin de que estuviera enterada de la forma en la cual sería afectado el territorio donde han desarrollado su cultura y que hace parte de su identidad, junto con los posibles perjuicios que la intervención podía acarrear para la integridad étnica, cultural y económica de la comunidad raizal de la Isla de Providencia.

- Los mandatos constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos llevan a concluir que el Estado está en la obligación de proteger los derechos de los raizales como grupo étnico y minoría (sujetos de especial protección constitucional), principalmente aquellos relacionados con la integridad cultural y étnica de la comunidad, y de desarrollar los mecanismos necesarios para que la protección y ejercicio de esos derechos sea real y efectiva. En el caso objeto de estudio, debió realizarse la consulta previa a las comunidades étnicas ubicadas en el territorio y área de influencia del proyecto (raizales), máxime si se tiene en cuenta que el proyecto podría llegar a tener un alto impacto social, cultural y ambiental.

En suma, la realización de la consulta previa se hace obligatoria en este caso para evitar (i) cualquier amenaza frente a la existencia de la comunidad raizal; (ii) el proyecto que se pretende pone en riesgo la actividad hotelera, en la modalidad de posadas nativas, que constituye la base de su economía de la zona ; (iii) el proyecto amenaza un daño ambiental futuro como consecuencia de la instalación permanente de construcciones que sirven de alojamiento a turistas y (iv) genera una afectación grave a la integridad cultural de la comunidad raizal.

Las sentencias de instancia deben en consecuencia revocarse por las siguientes razones:

-La decisión de primera instancia negó el amparo al derecho a la Consulta Previa y a la Integridad Cultural, teniendo en cuenta lo señalado por el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, según el cual, *“basado en el principio de Confianza Legítima, se entiende que el proyecto Spa en Providencia está destinado al desarrollo de la economía de la isla, y no genera un abrupto en la idiosincrasia de la cultura raizal en la misma”*.

-A juicio de esta Sala el Tribunal hace una errónea interpretación del artículo 7 del Convenio 169 de la OIT según el cual los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Es errado afirmar que la consulta previa no es necesaria para la ejecución de proyectos que puedan afectar también positivamente el desarrollo económico de la comunidad étnica, ya que esta herramienta no se establece solamente como un mecanismo de defensa, sino como un mecanismo de participación. Consecuentemente, la posibilidad de que el proyecto Spa en Providencia tenga repercusiones favorables en la comunidad raizal no implica que este proyecto carezca de la necesidad de ser

consultado ante la comunidad étnica, como lo afirma el Tribunal, para que se concrete el proyecto dentro de la concepción de desarrollo tradicional de su cultura.

-El fallo de primera instancia sostiene, además, que puede obviarse en este caso el proceso de consulta previa porque lo que se explota es un recurso turístico y no uno de recursos naturales. Específicamente sostuvo el Tribunal que el proyecto no necesitaba consulta previa porque no generaba un impacto significativo en la comunidad. Se trata de una postura contraria a la sostenida por la Corte Constitucional cuando ha dispuesto que las medidas administrativas en las que se pruebe afectación a un grupo étnico deben ser consultadas previamente a su adopción, con el fin de proteger los derechos a la integridad étnica y cultural del grupo. Es por esta razón que en este caso, *el “Programa San Andrés, Providencia y Santa Catalina Fase I”*, el cual contempla la construcción del Spa y la propia construcción del proyecto, debieron ser consultadas con anterioridad a su expedición e inicio respectivamente.²⁵

Se trató de una interpretación restrictiva del derecho a la consulta previa, en tanto se está ante una garantía prevista para la participación de los grupos étnicos en todas las decisiones que los afecten directamente, sin distinción alguna del tipo de decisión, por lo que se entiende que no abarca únicamente las decisiones de explotación de recursos naturales dentro de sus territorios. De esta forma, la decisión administrativa de realizar el proyecto *Spa en Providencia*, afecta directamente la identidad cultural de esta comunidad, ya que se está realizando sobre el territorio en donde habita la comunidad raizal, razón suficiente para realizar la consulta sin la necesidad de determinar si dicho territorio va a ser utilizado en la explotación de recursos naturales o en otro tipo de actividad económica.

En efecto, al analizar si la consulta previa y el consentimiento de la comunidad solo debía buscarse en los casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, la sentencia T-129 del 2011²⁶ creó una regla sobre el particular, que ligó la afectación a cualquier forma de intervención sobre el territorio colectivo de las minorías étnicas.

Señaló ese fallo que *“toda medida administrativa, de infraestructura, de proyecto u obra que intervenga o tenga la potencialidad de afectar territorios indígenas o étnicos deberá agotar no sólo el trámite de la consulta previa desde el inicio, sino que se orientará bajo el principio de participación y reconocimiento en un proceso de diálogo entre iguales que tendrá como fin el consentimiento, previo, libre e informado de las comunidades étnicas implicadas”*.

²⁵ T-688 de 2011

²⁶ M.P. Jorge Iván Palacio. El fallo protegió el derecho a la consulta previa de las comunidades de los resguardos afectados por la construcción de una carretera en el municipio de Acandí, Chocó, y por las actividades de prospección y de exploración legal e ilegal que se estaban llevando a cabo en sus territorios.

La misma línea se adoptó en la sentencia T-693 del 2011²⁷ cuando señaló que la consulta procede respecto de las *decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o comprometan intereses propios de dichas comunidades*. E identificó algunas de las decisiones que, bajo ese rasero, debían consultarse, como: 1) las decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo, lo cual incluye las licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras, entre otros; 2) los presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto nacional; 3) las decisiones sobre la prestación del servicio de educación que afectan directamente a las comunidades y 4) las medidas legislativas. Al respecto valga mencionar que mediante sentencia de veinte de febrero de 2014 (*radicación número: 47001-23-31-000-2013-00008-01(AC)*) el Consejo de Estado actuando como juez de tutela avaló la consulta previa para un proyecto megaturístico en la Sierra Nevada de Santa Marta que no fue consultado con la comunidad indígena, lo que corrobora la versatilidad de las medidas administrativas que, siendo de cualquier materia, pueden afectar a los pueblos étnicos y tribales.

-El argumento de la segunda instancia dirigido a que la tutela involucraba derechos colectivos y del ambiente, los cuales debían ser alegados mediante acciones populares o de grupo y no por vía de amparo, junto con la posibilidad de cuestionar la legalidad de los actos administrativos por la vía de la jurisdicción contencioso administrativa, es también desestimado esta Sala. La tesis de la improcedencia de la tutela para proteger los derechos colectivos y del ambiente en el caso de los grupos étnicos que reclaman consulta previa, es contraria a la jurisprudencia constitucional que, en reiteradas ocasiones, ha sostenido que la consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades étnicas entendidas como un todo, es decir, no es un derecho fundamental de cada uno de los miembros de la comunidad sino un derecho de la comunidad como persona jurídica.

- La subsidiariedad de la tutela en la perspectiva de los jueces de instancia también merece consideración. Al ser la consulta previa un derecho fundamental de los grupos étnicos, la acción de tutela es la única vía por la que estos grupos tribales pueden alegar la protección de su derecho fundamental a la consulta previa y a la integridad étnica y cultural. En casos similares, esta Corporación ha sostenido que frente a la negativa de la tutela por parte de los jueces de instancia prefiriendo la alternativa subsidiaria, habría que responder, primero, que no hay en el ordenamiento constitucional otro mecanismo distinto a la tutela para que los pueblos indígenas y tribales pidan ante los jueces el amparo de su derecho a ser consultados,²⁸ y segundo, que la procedencia de acciones judiciales ante las jurisdicciones ordinaria o administrativa tampoco descarta la procedibilidad de la tutela. Sobre el particular, en la sentencia SU-383 de 2003, la Corte reiteró que dada la

²⁷ M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

²⁸ Sent. SU-383/03. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

especial significación que para la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales comporta su participación en las decisiones que puedan afectarlos, el mecanismo de la consulta previa constituye un derecho fundamental, *“pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar por ende su subsistencia como grupo social”*.²⁹ En esa sentencia, la Corte expresó además, que *“no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia, por consiguiente compete al juez de tutela emitir las ordenes tendientes a asegurar su supervivencia, en los términos del artículo 86 de la Carta”*.

-En la citada sentencia de unificación, SU 383 de 2003, se precisó así mismo, que están legitimados para demandar el amparo constitucional tanto los integrantes de las comunidades indígenas o tribales afectadas, como las organizaciones que los agrupan. Argumento éste que también en este caso despeja cualquier duda en torno a la legitimidad por activa de la demandante, miembro de la comunidad raizal de las Islas de San Andrés y Providencia, según prueba que allegó al expediente.³⁰

- En punto a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial cuando se trata de medidas administrativas relacionadas con la ausencia o precariedad del proceso de consulta previa, la Corte ha insistido en que cada uno de los mecanismos judiciales cumple un rol distinto al proteger bienes jurídicos diferentes. Así lo hizo en el 2010, al tutelar el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, en relación con la ejecución del proyecto para la construcción y operación de la Fase 1 del Puerto Multipropósito de Brisa³¹. En esa ocasión, la Corte convino en que la acción de tutela procede para garantizar el derecho de las comunidades indígenas a la consulta previa, sin perjuicio de la controversia que deba adelantarse ante la jurisdicción contenciosa administrativa en relación con la validez de los actos administrativos que conceden una licencia ambiental o certifican la ausencia de comunidades indígenas en la zona de un proyecto. Lo propio ocurrió en el caso de la sentencia T-379 del 2011³² que amparó el derecho de la comunidad indígena Quillasinga a ser consultada sobre la identificación de las vacantes que se reportarían a un concurso público de méritos de docentes y directivos docentes; apelando a idénticos argumentos señaló la Corte que la existencia de mecanismos ordinarios de defensa

²⁹ T- 547 de 2010

³⁰ folios 70 a 72 del cuaderno de pruebas.

³¹ Sent. T-547/10, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza. Sobre la procedibilidad de la tutela, en controversias relativas a la omisión de la consulta previa, señaló la Corte: “Resulta posible que, al margen de la controversia que pueda plantearse frente los actos administrativos por medio de los cuales se concedió la licencia ambiental o se certificó sobre la no presencia de comunidades indígenas en el área del proyecto, la Corte estudie de fondo la solicitud de amparo presentada, en orden a establecer si en este caso resultaba imperativo un proceso de consulta previo a la expedición de la licencia ambiental, y si la ausencia del mismo se traduce en una afectación de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas a su identidad e integridad social, cultural y económica”.

³² M.P. Humberto Sierra Porto.

judicial no excluye la interposición de la tutela para efectos de amparar el derecho a la consulta previa³³. Así pues, no son de recibo razones similares expuestas en el *sub examine* para cuestionar la procedibilidad de la tutela en tópicos relativos a la consulta previa, ni siquiera, se insiste, sobre la base de que los peticionarios debían agotar otras vías de defensa judicial³⁴.

-La Sala rechaza igualmente las consideraciones de la providencia de segunda instancia, cuando pretende condicionar la realización de la consulta a un previo derecho de petición como carga adicional para la comunidad afectada. Es un criterio totalmente ajeno a la esencia misma de la consulta, donde las obligaciones cardinales adscritas al goce efectivo del derecho están radicadas en cabeza de las **entidades públicas correspondientes** en todos los niveles territoriales, no siendo de impulso de las comunidades indígenas, raizales o afrodescendientes. Son las autoridades a quienes compete garantizar que se identifique a las comunidades que se verán afectadas por un posible proyecto o una medida legislativa; la línea jurisprudencial concretamente indica, que la protección constitucional del derecho a la libre determinación de las comunidades étnicas se hace efectiva mediante el **deber estatal** de adelantar **procesos de consulta** antes de la adopción y la ejecución de decisiones que directamente puedan afectarles.³⁵

En consecuencia de todo lo expuesto, en el caso concreto, procede especialmente la acción de tutela porque (i) no existe otro medio idóneo para proteger los derechos a la consulta previa y la integridad étnica y cultural de la comunidad raizal y (ii) además, es necesaria una pronta decisión pues el Spa ya está en construcción, lo que hace indispensable que se suspenda la obra hasta que se efectúe una consulta previa con la comunidad raizal respecto a los posibles impactos que provoque el desarrollo del proyecto y la forma en que van a llevarse a cabo las obras. Como lo ha determinado la Corte por esta misma Sala de Revisión, -sentencia T-547 de 2010- realizar la consulta previa con posterioridad al inicio del proyecto o a la adopción de la medida administrativa, no sana el vicio que generó no realizarla previamente, pero permite que la comunidad afectada intervenga en el proceso restante a la finalización del proyecto, obra o actividad y tenga conocimiento de qué es lo que se va a desarrollar en su territorio para solicitar la mitigación o compensación de impactos culturales que puedan generarse. Así, la consulta previa que se ordenará deberá orientar, como se ha previsto en ocasiones análogas, los intereses de la comunidad y la armonización de las perspectivas de las partes, sobre la base de que no hay, ni poder de veto, ni pueden impulsarse proyectos que se desentiendan de la afectación que pueden producir en la comunidad nativa raizal y en su

³³ Dijo la Corte en esa ocasión que “La existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el decreto mediante el cual fueron desvinculados los docentes no hace improcedente la acción de tutela interpuesta por el Gobernador del Resguardo ya que, evidentemente, estas dos acciones judiciales protegen derechos distintos de sujetos de derecho diferentes, como lo expresa el peticionario. La acción de nulidad y restablecimiento del derecho se impetraría por los docentes desvinculados con el objetivo de atacar la legalidad del acto administrativo que los desvinculó y obtener su reintegro mientras que la presente acción de tutela se interpone por la comunidad indígena Quillasinga con el fin de proteger sus derechos fundamentales”.

³⁴ Sobre el mismo tema, véanse las sentencias T-880/06, 769/09, T-116/11, T-601/11 y T-693/11.

³⁵ T-693 de 2011.

particular cosmovisión.

Finalmente, huelga señalar que la Corte accede de esta manera a la solicitud de la accionante cuando en su tutela y en posterior escrito³⁶, pidió a la Corte la suspensión provisional de la mentada obra. Sabido es que las medidas provisionales en sede de revisión buscan evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se convierta en violación o, habiéndose constatado la existencia de una violación, ésta se torne más gravosa y las mismas pueden ser adoptadas durante el trámite del proceso o en la sentencia, toda vez que *“únicamente durante el trámite o al momento de dictar la sentencia, se puede apreciar la urgencia y necesidad de la medida”* -artículo 7 del Decreto 2591 de 1991-. Los motivos alegados por la accionante para acudir a la suspensión inmediata de la actuación como lo indicó a esta Corporación, acreditaron en debida forma la vulneración de derechos de la comunidad raizal, tal como se ha expuesto en esta sentencia.

Por todo lo anterior, la Corte revocará las decisiones de instancia y concederá el amparo solicitado, dispondrá la suspensión inmediata de las obras que se adelantan en ejecución del proyecto Spa Providencia y la simultánea realización de un proceso de consulta orientado a establecer los impactos que la ejecución del proyecto puede generar sobre la comunidad raizal de Providencia así como las medidas necesarias para prevenirlos, mitigarlos o evitarlos, todo lo cual habrá de cumplirse en un plazo no mayor a noventa días hábiles, a partir de la notificación de esta providencia, plazo que la Corte ha considerado suficiente en otros escenarios de consulta³⁷ y que en este caso se explica, además, por la necesidad de definir la situación en un término breve en atención a las actividades de desarrollo del proyecto que se han venido realizando sobre la base de las decisiones administrativas y judiciales favorables al mismo.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia dictada el 23 de mayo de 2014 por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en cuanto negó el amparo de los derechos fundamentales de la comunidad raizal de Providencia a la consulta previa y al debido proceso; para, en su lugar, conceder la protección solicitada.

Segundo.- ORDENAR la suspensión inmediata de las obras adelantadas del proyecto “Spa providencia” hasta tanto la Sala Única del Tribunal Superior

³⁶ Escrito de 19 de agosto de 2014.

³⁷ Ver, por ejemplo, las sentencias T-955 de 2003 y T-737 de 2005.

del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en su calidad de juez constitucional de primera instancia, disponga su reanudación.

Tercero.- ORDENAR a la Alcaldía del Municipio de Providencia y Santa Catalina y al Ministerio de Comercio Industria y Turismo con la participación de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior, adelantar un proceso de consulta con las autoridades raizales de la Isla de Providencia y Santa Catalina mediante un procedimiento apropiado, previamente consultado con dichas autoridades, en orden a establecer la afectación que el proyecto Spa Providencia puede causar en la integridad cultural, social y económica de dichas comunidades.

Este proceso deberá completarse en un período de sesenta (60) días hábiles contados a partir de la notificación de esta providencia, prorrogable, por solicitud de las partes, por una sola vez, por un período de treinta (30) días adicionales. Dentro del término de la consulta el Municipio deberá proferir una resolución en la que se consignen los resultados de la misma. De no ser posible una decisión concertada, corresponderá al Municipio definir la cuestión unilateralmente, sin desconocer las inquietudes y expectativas de las autoridades raizales consultadas, con el fin de mitigar, corregir o restaurar los efectos de las medidas que pudieren tomarse sin su participación, sobre las riquezas culturales y naturales de la Nación.

De la anterior actuación se informará a la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para que en el término de diez (10) días evalúe el proceso de consulta adelantado y disponga, según sea el caso, de acuerdo con las conclusiones que le sean presentadas, el levantamiento de la suspensión decretada en el numeral segundo de esta providencia, en las condiciones fijadas por el Ministerio o el carácter definitivo de la medida, si así se solicita por el Ministerio como resultado de la consulta adelantada.

Cuarto.- PREVENIR al Municipio de Providencia para que, en el futuro, se abstenga de permitir cualquier medida administrativa que intervenga sobre los territorios habitados por comunidades raizales, sin agotar el requisito de consulta previa en las condiciones precisadas en esta providencia.

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

Sexto.- EXHORTAR al Ministerio del Interior para que en el término de treinta días antes de llevar a cabo la consulta, realice una capacitación a los integrantes de la comunidad nativa raizal de Providencia y Santa Catalina sobre el impacto del proyecto “Spa Providencia” y la incidencia en sus usos y

costumbres.

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

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado Ponente

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

GLORIA ESTELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

ANDRES MUTIS VANEGAS
Secretario General (e)