

Sentencia T-376/12

Referencia: expediente T-3331151

Acción de tutela presentada por Jovannys Pardo Castro contra la Dirección General Marítima de la Capitanía de Puerto de Cartagena (Dimar).

Magistrada Ponente:
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil doce (2012)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Adriana María Guillén Arango (E) y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el veintisiete (27) de julio de dos mil once (2011) y, en segunda instancia, por la Sección Primera del Consejo de Estado, el veinticuatro (24) de noviembre de dos mil once (2011), con ocasión de la acción de tutela instaurada por Jovannys Pardo Castro contra la Dirección Marítima de la Capitanía de Puerto de Cartagena.¹

I. ANTECEDENTES

Jovannys Pardo Castro presentó acción de tutela contra la Dirección Marítima de la Capitanía de Puerto del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena, por considerar que esa autoridad vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital, el trabajo y el debido proceso en relación con el principio de confianza legítima; así como el derecho fundamental de los Consejos Comunitarios de la Comunidad Negra de Unidad Comunera del Gobierno Rural de La Boquilla, Localidad de la Virgen y Turística del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena (en adelante, Comunidad de La Boquilla) a ser consultada previa la entrega de una concesión sobre un área de 8.194 mts² de playa en el sector de Cielo Mar de La Boquilla (Cartagena) a la empresa Inversiones Talaramé y Compañía S.A.

¹ El proceso de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Uno, mediante auto proferido el treinta y uno (31) de enero de dos mil doce (2012).

1.1. De acuerdo con la peticionaria, desde hace 15 años ejerce el oficio de carpera (es decir, encargada de colocar carpas en la playa para los turistas) en el sector de Cielo Mar, corregimiento de La Boquilla, en Cartagena, donde ofrece también servicios turísticos a los visitantes de las playas. Relata, así mismo, que el cinco (5) de julio de dos mil once (2011) no pudo realizar esas actividades, pues la administración del edificio Torre de las Américas no se lo permitió *“argumentando que ellos tenían el derecho al disfrute de la playa”* en virtud de un permiso otorgado por la Dirección Marítima de la Capitanía de Puerto de Cartagena (en adelante, Dimar).

1.2. Afirma que los pobladores de La Boquilla están organizados como Consejo Comunitario en los términos establecidos por la [Ley 70 de 1993](#) de manera que la comunidad se encuentra amparada por el Convenio 169 de la OIT, el cual establece la obligación de consultar a las comunidades indígenas y afrodescendientes antes de adoptar medidas que afecten sus intereses.

1.3. Indica que la Dimar expidió la Resolución 0497 de veinticuatro (24) de noviembre de dos mil nueve (2009) por medio de la cual otorgó una concesión a Inversiones Talamare sobre un área de playa marítima de 8195 mts², sin haber consultado a la Comunidad de La Boquilla, desconociendo así lo previsto en el Convenio 169 de la OIT, particularmente, en sus artículos 6º y 7º y la jurisprudencia constitucional.

1.4. Alega que la decisión adoptada por la Dimar se tradujo también en una trasgresión a sus derechos fundamentales al trabajo y al debido proceso pues durante los quince años que viene desempeñándose como carpera nunca fue molestada por las autoridades y sólo en 2011, dos años después de expedida esa resolución se le impidió continuar con sus labores en las playas de Cielo Mar.

2. A partir de los hechos y argumentos expuestos en la demanda, la peticionaria solicitó *“ordenar [a la Dimar] que derogue la Resolución 0497 de 2004”*.

3. El Tribunal Administrativo de Bolívar admitió la demanda mediante auto de trece (13) de julio de dos mil once (2011). En la misma providencia decidió vincular al trámite al Director General Marítimo de la Capitanía de Puerto de Cartagena; al Representante Legal de la sociedad Inversiones Talamare y CIA. S.C.A.; al Gerente del Hotel Las Américas Resort; y al Presidente de los Consejos Comunitarios de la Comunidad Negra de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de La Boquilla (En adelante, Consejos Comunitarios de La Boquilla).

Además, el juez de primera instancia decretó la recepción del testimonio del señor Benjamín Luna Gómez, Presidente de los Consejos Comunitarios de La Boquilla y ofició al Ministerio del Interior y de Justicia y a la Secretaria del Interior del Distrito de Cartagena con el fin de que certificaran, en el marco de las funciones de cada entidad, sobre la existencia de comunidades indígenas o

afrodescendientes en la zona donde se otorgó la concesión objeto de controversia, mediante la Resolución 0497 de 2009.

4. Posición de las autoridades vinculadas al proceso.

4.1. Intervención de los Consejos Comunitarios de la Comunidad Negra de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de La Boquilla.

El señor Benjamín Luna Gómez, actuando como Presidente de los Consejos Comunitarios La Boquilla radicó un oficio durante el trámite de la primera instancia, solicitando conceder el amparo, con base en las siguientes razones:

(i) El Consejo que representa se encuentra organizado y ha sido reconocido oficialmente por la Secretaría del Interior y la Oficina de Asuntos Étnicos del Distrito de Cartagena.

(ii) La accionante es nativa de La Boquilla y hace parte de los Consejos Comunitarios reconocidos por las autoridades oficiales.

(iii) Un grupo de personas pertenecientes a la comunidad de La Boquilla, entre quienes se cuenta la peticionaria, se dedica a colocar carpas y prestar servicios turísticos en las playas de Cielo Mar desde hace 15 años, con el fin de obtener ingresos para cubrir las necesidades vitales de sus familias. El 15 de julio de 2011, cuando se disponían a hacerlo, encontraron que el espacio que habitualmente utilizan se encontraba ocupado por carpas de propiedad el Hotel Las Américas. Por esa razón, dirigieron un oficio al señor Gerente de Protucaribe (Hotel Las Américas Resort), solicitando una explicación sobre una situación que estiman violatoria de sus derechos, sin obtener respuesta. Anteriormente, la Administración del Hotel les propuso a los afectados pagarles una indemnización, o vincularlos a sus actividades, oferta que fue rechazada.

(iv) El siete (7) de julio de dos mil once (2011), un grupo de pobladores de La Boquilla realizó una marcha de protesta frente a las instalaciones del Hotel Las Américas Resort, en solidaridad con los carperos afectados. Los miembros de la comunidad retiraron las carpas del Hotel y colocaron las suyas; la policía llegó posteriormente y *“después de la mediación del oficial que atendió el caso, una comisión integrada por los afectados, dialog[ó] con las directivas del Hotel y nuevamente les ofrec[ieron] vinculación laboral en otro oficio, los nativos no aceptan”*. El Hotel presentó la Resolución 0497 de 24 de noviembre de 2009 por la cual la Dimar le otorgó la concesión ya mencionada, razón por la cual el Policía encargado ordenó el retiro de las carpas de los nativos y la reinstalación de las del Hotel. La protesta fue pacífica y los miembros de la comunidad no atentaron contra los turistas ni las instalaciones del Hotel, como lo afirmaron los medios masivos de comunicación.

(v) La Dimar tenía la obligación de adelantar el trámite de consulta previa antes de expedir la Resolución 0497 de 2009 en cumplimiento del Convenio 169 de la OIT pues el otorgamiento de esa concesión priva a la comunidad del

disfrute de la playa como "espacio público, explotación para la pesca, servicios turísticos, actividades ancestrales de los boquilleros", y amenaza el mínimo vital y el derecho al trabajo de sus miembros.

El dieciocho (18) de julio de dos mil once (2011), el Tribunal Administrativo de Bolívar recibió el testimonio del señor Benjamín Luna, en el cual se reiteraron las razones de hecho y consideraciones jurídicas recién reseñadas.

4.2. Intervención de la Dirección General Marítima de la Capitanía de Puerto de Cartagena.

El señor Juan Carlos Gómez López, en calidad de Capitán de Puerto de Cartagena Encargado, intervino en el trámite de la primera instancia y solicitó negar el amparo con base en los siguientes argumentos:

(i) La tutela es improcedente para declarar la nulidad de los actos administrativos. La resolución cuestionada es un acto administrativo, así que los peticionarios deben acudir a la vía contencioso administrativa para cuestionar su legalidad. En el caso de estudio no se demostró la amenaza de un perjuicio irremediable que dé viabilidad a la intervención del juez constitucional.

(ii) La Dimar, en ejercicio de las funciones que le confiere el [Decreto Ley 2324 de 1984](#), otorgó concesión por diez años a la Sociedad Inversiones Talamare sobre un área de 8.194 mtrs², correspondiente a un bien de uso público bajo jurisdicción de la Capitanía del Puerto de Cartagena, mediante la Resolución 0497 de 24 de noviembre de 2009, cumpliendo los requisitos legales establecidos en el artículo 169 del [Decreto Ley 2324 de 1984](#), donde se establece que las solicitudes de concesión deben incorporar: a) certificación del Alcalde en la que conste que el terreno no está ocupado por otra persona, destinado a uso público o a un servicio oficial, y que la obra o proyecto a adelantar no ofrece inconvenientes a la municipalidad; b) los planos de construcción; c) el concepto del Ministerio del Medio Ambiente o la CAR competente en que se exprese que las explotaciones o construcciones a adelantar no son contrarias a las normas de conservación y protección de recursos naturales renovables de la zona.

Al trámite administrativo que dio lugar a la Resolución 0497 de 2009, se incorporó certificación de la Alcaldía de Cartagena, en la que "(...) se hace constar que las zonas objeto del proyecto corresponden a un área de playa, la cual se encuentra desocupada, [es] de uso público; no está destinada a ningún uso público o servicio oficial; y no ofrece ningún inconveniente al Distrito de Cartagena". Así mismo, Cardique conceptuó positivamente sobre la viabilidad al proyecto, a través de la resolución 0683 de 2006.

La Comunidad de La Boquilla tuvo la oportunidad de oponerse al trámite entre el 17 de julio de 2009 y el 1º de septiembre de 2009, período en que se fijaron los edictos previstos para el efecto, siguiendo lo prescrito por el artículo 171 del Decreto Ley 2324 y no lo hizo,

como tampoco ocurrió durante la diligencia de entrega formal de la concesión, que tuvo lugar el 22 de enero de 2010.

(iii) La inscripción y registro de los Consejos Comunitarios de La Boquilla, se formalizó mediante Resolución 2747 de 21 de diciembre de 2009, es decir, con posterioridad a la Resolución 0497 de 2009.

(iv) Los bienes de uso público son inalienables, inembargables e imprescriptibles; su titularidad corresponde al pueblo y son administrados por el Estado. Algunos reciben esa denominación por su naturaleza y otros, por ministerio de la ley. Entre los primeros, se encuentran las costas del mar, los ríos, lagos y lagunas. El Estado no puede quitarles esa calidad ni los particulares adquirirlos por ningún modo. Además, de acuerdo con el artículo 4º de la [Ley 70 de 1993](#), no pueden ser titulados como propiedad colectiva de las comunidades afrocolombianas.

En ese orden de ideas, no se presentó violación al derecho fundamental a la Consulta Previa en el caso bajo estudio, porque la consulta solo procede cuando el territorio donde se va a efectuar el proyecto, obra o actividad coincide total o parcialmente con zonas de resguardo o territorios adjudicados como propiedad colectiva a las comunidades negras, o cuando el Ministerio del Interior certifica su presencia en un territorio no titulado. En esta oportunidad, la inscripción y registro de los consejos comunitarios fue posterior a la expedición del acto administrativo de concesión, cuestionado por la peticionaria. Como el objeto de la concesión es un bien de uso público, excluido de la aplicación de la [Ley 70 de 1993](#), la Dimar no pretermitió trámite alguno.

5. Sociedad Inversiones Talamare y CIA S.C.A.

Inversiones Talamare y CIA S.C.A., a través de apoderado, intervino en el trámite de la primera instancia y solicitó declarar la improcedencia del amparo, con base en los siguientes argumentos:

(i) El trámite de concesión objeto de controversia se desarrolló con respeto por las formalidades legales, entre las cuales se encuentra la invitación a las personas interesadas para concurrir al proceso. Sin embargo, ninguna persona compareció a formular reparo alguno contra la concesión requerida por la empresa a la Dimar.

(ii) La concesión fue otorgada mediante Resolución 0497 de 24 de noviembre de 2009 de la Dimar, antes de que se emitiera la Resolución 2747 de 21 de diciembre de 2009, por la cual se reconocieron los Consejos Comunitarios de La Boquilla. Al carecer del reconocimiento legal, el Consejo no podía ser citado al procedimiento administrativo.

(iii) El edificio Torres de las Américas no se encuentra situado en La Boquilla sino en el sector de Cielo Mar, como señala la resolución controvertida, y

puede comprobarse mediante una visita a la zona. Tampoco es contiguo a la zona pues entre el mismo y *"el asentamiento habitacional autóctono de La Boquilla se interponen edificios modernos en una distancia aproximada de un kilómetro"*.

(iv) La Secretaría de Planeación de Cartagena, el 17 de diciembre de 2008, certificó que el área objeto de concesión se encontraba desocupada y no estaba destinada a un uso público particular.

(v) Ninguna persona puede pretender derechos sobre una zona de uso público, menos si no ejercía ocupación ni existía uso permitido por autoridad alguna.

(vi) Inversiones Talamare S.C.A. ejerce los derechos derivados de la concesión sin perturbar el derecho de ninguna persona al uso de zonas adyacentes a la playa. Así, por ejemplo, a la accionante no se le ha impedido que *"plante carpas fuera de la zona de concesión. Si no lo hace en ellas es porque la autoridad pública u persona distinta (sic) [...] se lo impide o ella no lo quiere"*.

(vii) Inversiones Talamare S.C.A. recibió el área concesionada el 22 de enero de 2010 y no colocó sus carpas de forma inmediata debido a que el Edificio Torre de las Américas se inauguró el 4 de junio de 2010.

6. Otros aspectos relevantes del trámite de primera instancia.

6.1. El Ministerio del Interior remitió un oficio al juez constitucional de primera instancia, en el que expresó:

"(...) [U]na vez realizada la revisión se establece que en el área de influencia de la zona de concesión de playa otorgada por la Dirección General Marítima (DIMAR) a la Sociedad Inversiones Talamare y CIA localizada en el sector Cielo Mar, corregimiento de La Boquilla, NO SE REGISTRAN comunidades indígenas y/o afrodescendientes. Vale resaltar que el grupo de Consulta Previa, certifica la presencia de comunidades en el área de influencia de un proyecto, obra o actividad que se vaya a desarrollar. Con relación a la Comunidad Afrodescendiente de La Boquilla, le comunico que ésta, se inscribió y registró ante la Secretaria de Participación y Desarrollo Social de la Alcaldía del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y fue aceptada mediante Resolución No. 0005 del 14 de septiembre de 2005. En cumplimiento de lo establecido en el artículo 15 parágrafo 2 del [Decreto 3770 de 2008](#), se remitió copia de la citada resolución al Ministerio del Interior y de Justicia para los fines pertinentes. Sin que con esto quede registrado el Consejo Comunitario ante la

Dirección de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras”.²

7. El señor Milton Enrique Buelvas, actuando como Secretario del Interior y Convivencia Ciudadana del Distrito de Cartagena de Indias remitió un oficio al juez de primera instancia por medio del cual certificó la existencia de los Consejos Comunitarios de La Boquilla, señalando que fueron inscritos mediante Resolución 005 de 14 de septiembre de 2005; que su Presidente es el señor Benjamín Luna Gómez, y que *“a efectos de certificar la existencia de comunidad negra en el corregimiento de La Boquilla, se deberá acudir a la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior y de Justicia.”*

En medio magnético, se anexaron al expediente los planos del corregimiento de La Boquilla y una relación de los proyectos de construcción y turismo que actualmente se desarrollan el sector.

8. Decisiones judiciales objeto de revisión.

8.1. Sentencia de primera instancia.

El Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante providencia de veintisiete (27) de julio de dos mil once (2011) decidió conceder el amparo con base en las siguientes razones:

8.1.1. Procedibilidad (o procedencia formal). El artículo [86](#) de la Constitución Política establece el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, de acuerdo con el cual la acción sólo procede en ausencia de un mecanismo judicial, o cuando a pesar de existir, resulta ineficaz para proteger el derecho fundamental invocado. En el caso objeto de estudio, *“a primera vista (...) existe otro mecanismo judicial que permite proteger (...) el derecho invocado. Así, encontramos como la jurisdicción contencioso administrativa tiene, dentro de su ámbito de competencia (...) la potestad de conocer de las acciones que busquen ‘la nulidad de los actos administrativos’”;* de la misma manera no se encuentran pruebas que acrediten la amenaza de un perjuicio irremediable, de manera que no puede analizarse por vía de tutela la legalidad o constitucionalidad del acto administrativo demandado. Sin embargo, es procedente analizar si su aplicación, frente a los miembros de la Comunidad de La Boquilla podría derivar en una violación a derechos reconocidos en la

² La Resolución 0005 de 14 de septiembre de 2005 de la Secretaría de Participación y Desarrollo Social, allegada al expediente de tutela, expresa: *“El suscrito Secretario de Participación y Desarrollo Social del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, conforme a la delegación conferida mediante la expedición del [Decreto 1172 de 4 de octubre de 2004](#) y lo dispuesto en los artículos 9 y 20 del [Decreto 1745 de 1995](#), reglamentarios de la [Ley 70 de 1993](#) se permite registrar e inscribir el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de la BOQUILLA jurisdicción del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias Departamento de Bolívar. Fue constituido este Consejo Comunitario en La Boquilla mediante Asamblea que se realiza el día 10 de junio de 2005 (...) [Sigue la lista de integrantes del Consejo]”*.

Constitución Política e instrumentos de derecho internacional como el Convenio 169 de la OIT, entre los que se encuentran la diversidad cultural y la consulta previa.

8.1.2. Análisis de fondo: las partes accionadas (o vinculadas como sujetos pasivos de la acción por el juez) violaron los derechos fundamentales de la Comunidad Negra de La Boquilla pues (i) a partir de la sentencia [T-129 de 2011](#) se establece el principio o concepto de Constitución Cultural que recoge todas las normas que protegen la diversidad cultural de la Nación. En ese marco, y tomando en consideración el Convenio 169 de la OIT, resulta claro que las comunidades negras *"no pueden ser arrebatadas de su territorio, entendiendo como tal la porción de terreno que ocupan, en el que desarrollan las actividades propias de su entorno cultural, sin que previamente se haya consultado a dichas comunidades, estableciendo unos mecanismos que les permitan, en primer lugar, ser beneficiarios directos de la explotación económica proyectada en dicho territorio y, al mismo tiempo, preservar la riqueza cultural de la comunidad."*

La suscripción del Convenio 169 de la OIT comporta la existencia de un derecho fundamental a la consulta previa en cabeza de las comunidades negras, el cual consiste en ser consultadas antes de la toma de cualquier decisión legislativa o administrativa que las afecte. Un *"análisis sistemático"* de las normas que regulan la materia y, en especial de la [Ley 70 de 1993](#) y el Convenio 169 de la OIT, permite concluir que las comunidades negras se definen 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, [...] revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos"*.

En el caso concreto *"es un hecho notorio que, por lo tanto no requiere prueba, [...] que la comunidad del corregimiento de La Boquilla es, efectivamente, una comunidad negra, que en el territorio donde se encuentra establecida desarrolla su propia cultura, tienen una historia común amparada por la amplia tradición que tienen en la ciudad y comparten unas tradiciones y costumbres dentro de ese ámbito territorial"*.

De acuerdo con la sentencia [T-955 de 2003](#) el concepto campo-poblado *"nos lleva al necesario análisis [sobre] la relación con el territorio y tradición adquirida por la costumbre y las tradiciones de una determinada comunidad con el entorno donde se encuentra ubicado. Ahora bien, muchas de las tierras ocupadas por esa comunidad son bienes de la nación, tales como las playas, bienes excluidos de la posibilidad de ser tituladas como territorio colectivo de las comunidades negras [...] siguiendo el principio de confianza legítima y en atención a la relación campo-poblado "existente entre miembros de la comunidad de La Boquilla con el sector de playa otorgado en concesión por parte de la DIMAR, no se puede desconocer, a estas alturas, el desarrollo de la tradición de miembros de esa población en dicho territorio, máxime cuando la misma se ha presentado como consecuencia de los desplazamientos del casco"*

urbano del corregimiento en busca de actividades que permitan su supervivencia”.

La confianza legítima sobre el uso de esas playas se infiere de las siguientes premisas: (i) la comunidad las ha ocupado de buena fe; (ii) la entrega en concesión de las mismas a Inversiones Talamare SCA acarrea una desestabilización de las relaciones “*en las cuales se encontraban*”; y (iii) es necesario adoptar medidas transitorias que permitan a los miembros del corregimiento adaptarse a una nueva situación creada por las autoridades. Es reprochable entonces que la Alcaldía haya expedido una certificación negando la presencia de la comunidad en el área objeto de concesión, y que las accionadas propicien el desalojo de los miembros de la comunidad, olvidando que los derechos fundamentales son irrenunciables.

Si bien, de acuerdo con el texto de la [Ley 70 de 1993](#), la consulta sólo procede cuando una decisión afecte al territorio colectivo o el Ministerio del Interior certifique que en el terreno se encuentra una comunidad negra, el Convenio 169 de 1989 impone la obligación cuandoquiera que se pretenda adoptar una decisión que afecte a estas comunidades. En el caso concreto, no cabe duda de que la Comunidad de La Boquilla se ve afectada directamente por la concesión pues el desplazamiento al que se han visto abocados sus miembros los ha hecho cambiar los medios de subsistencia tradicionales y, amparados por el principio de confianza legítima, desarrollaban una actividad en la zona, cuya legalidad nunca fue puesta en duda y de esa manera obtenían el sustento diario.

Ahora bien, aunque la certificación aportada por la accionante indica que la Comunidad Negra fue registrada mediante resolución 2747 de 21 de diciembre de 2009, los documentos remitidos por el Ministerio del Interior y de Justicia y la Secretaría del Interior del Distrito de Cartagena demuestran que desde 2005 la Alcaldía reconoció la existencia de dicha comunidad, como consta en la Resolución 005 de 14 de septiembre de 2005.

El Juez de Primera instancia decidió entonces ordenar la inaplicación de la Resolución 0497 de 2009 en relación con los carperos pertenecientes a la Comunidad de La Boquilla. Realizar un censo de los afectados que se encontrarían amparados por la medida de protección, y establecer la duración temporal de las órdenes “hasta tanto la Dirección General Marítima-DIMAR no expida un nuevo acato administrativo a través del cual se entregue en concesión las playas objeto de esta acción a la sociedad INVERSIONES TALAMARE SAS, o a cualquier otra, previa la acreditación del cumplimiento de la consulta previa a los “Consejos Comunitarios de la Comunidad Negra de La Boquilla”.

8.2. Impugnación.

8.2.1. De Inversiones Talamare y CÍA S.C.A.

El señor apoderado de Inversiones Talamare y CÍA S.C.A. presentó escrito de impugnación argumentando que (i) no se omitió la convocatoria del Consejo Comunitario de La Boquilla al trámite que dio lugar a la resolución 0497 de 2009, pues ese Consejo no existía en ese momento; (ii) al trámite fueron allegadas certificaciones de las autoridades competentes informando que en la zona no existían ocupantes y no podría sostenerse que algunas personas plantaran allí sus carpas de manera permanente. Una ocupación de ese tipo, además, sería ilegal por tratarse de espacio público; (iii) la Dimar tenía competencia para otorgar la concesión y ésta no genera perturbación para otras personas que planten carpas en terrenos colindantes, pues el Hotel Las Américas Resort sólo presta el servicio gratuito a sus huéspedes, de manera que no se afecta el mínimo vital de ninguna persona; (iv) la concesión es un medio legítimo para adquirir derechos cuando, como ocurre en este caso, se produce siguiendo los trámites legales y no puede ser desconocida por el juez de tutela pues tal acción no procede para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos. Si existiera un error en el trámite, este debería allegarse mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

El citado profesional del derecho allegó posteriormente una solicitud de aclaración de la sentencia, considerando que existían dos contradicciones derivadas de la parte resolutoria de la sentencia de segunda instancia: en primer lugar, argumentó que no podía negarse a declarar la nulidad de la resolución objeto de controversia y, al mismo tiempo, ordenar la expedición de un nuevo acto administrativo remplazando la resolución 0497 de 2009. En segundo término, estimó que la orden de elaborar un censo de los afectados reñía con el carácter inter partes de la decisión adoptada.

En un escrito adicional, Inversiones Talamare SCA argumentó que (i) la prestación de servicios turísticos no es una práctica ancestral; (ii) el juez de tutela no tiene competencia para privar de efectos a los actos administrativos; (iii) la confianza legítima no se construye sobre expectativas contrarias a la ley; (iv) la resolución de inscripción y registro de los consejos comunitarios es de 21 de diciembre de 2009, es decir que es posterior a la resolución controvertida (0497 de 24 de noviembre de 2009). (v) No podría efectuarse la consulta a una comunidad sin representación legal. (vi) No puede acreditarse la existencia de una comunidad negra a partir de una percepción sobre la existencia de una comunidad afrocolombiana en la mayoría de sus integrantes sino de su reconocimiento legal, por lo que resulta erróneo el recurso al "*hecho notorio*" aludido en primera instancia. Finalmente, (vii) el juez de primera instancia no tomó en cuenta que el caso presenta un conflicto entre intereses constitucionalmente legítimos, y que, si bien el orden jurídico protege a las comunidades negras, también ampara los intereses legítimos de la Sociedad Comercial que representa y la actividad que desarrolla el Hotel Las Américas, en Cartagena.

8.2.2. De la Capitanía del Puerto de Cartagena, Dirección General Marítima.

El señor Juan Carlos Gómez López, en calidad de Capitán del Puerto de Cartagena Encargado presentó escrito de impugnación, con base en los siguientes argumentos:

(i) La Dimar no violó derecho fundamental alguno al proferir la resolución 0497 de 2009, pues la entrega de la concesión es un procedimiento reglado que fue plenamente cumplido por la autoridad en esta oportunidad. Además, el bien dado en concesión, al ser de uso público, no está *"afectado por una comunidad negra allí asentada"*, así que no resultaban aplicables las *"figuras del hecho notorio y la confianza legítima"*.

De otra parte, (ii) no es cierto que se haya presentado un desalojo pues nadie reside de forma permanente en el sector de playa de Cielo Mar. En efecto, en el trámite que dio origen a la concesión, se contó con certificado de la Alcaldía de Cartagena en el cual se informó que el área solicitada por Inversiones Talamare no se encontraba ocupada y que la accionante tuvo la oportunidad de oponerse a la concesión dentro del trámite administrativo. Además, los bienes de uso público no son susceptibles de adjudicación como territorio colectivo.

(iii) Existe una incongruencia entre la parte considerativa y la resolutive de la sentencia de primera instancia al señala que se trata de una decisión inter partes y, al mismo tiempo, prever la extensión de sus efectos a terceros de la comunidad.

(iv) La acción de tutela resultaba improcedente porque la peticionaria podía acudir a la jurisdicción contencioso administrativa y, en el trámite de la referencia no se demostró la amenaza de un perjuicio irremediable.

(v) La Dimar no violó el derecho a la Consulta Previa pues esta debe realizarse únicamente cuando se vayan a adelantar obras en territorios ocupados por las comunidades étnicas, según la sentencia [T-129 de 2011](#).

(vi) Tampoco se presentó violación al principio de confianza legítima pues la Dimar *"no ha modificado la situación jurídica respecto al uso y aprovechamiento de los bienes de uso público de su jurisdicción, por cuanto ellos no se encontraban ocupados ni se han emitido autorizaciones que permitan crear expectativas de solución de trabajo a las comunidades"*.

(vii) No era posible argumentar en este trámite que la existencia de la comunidad constituye un hecho notorio. Si bien el Tribunal de Bolívar afirmó que la comunidad afectada se encuentra asentada en el corregimiento de La Boquilla; que desarrolla su cultura en el territorio ocupado; que sus miembros poseen una historia común amparada por la tradición de la ciudad y comparten tradiciones y costumbres específicas, razones por las cuales cualquier persona con mediano conocimiento puede reconocer su existencia, lo cierto es que el reconocimiento de las comunidades negras depende de requisitos establecidos en la Ley.

En escrito de adición a la impugnación, el señor Capitán del Puerto de Cartagena, además de reiterar parte de los argumentos señalados, argumentó que (viii) resulta contradictorio afirmar que la sentencia tiene efectos inter partes y, al mismo tiempo, ordenar la expedición de un nuevo acto administrativo "con efectos contrarios" y, finalmente, indicó que (ix) no comparte la posición del Tribunal al dar por acreditada la existencia de una comunidad negra en la zona, en ausencia de una certificación del Ministerio del Interior.

8.2.3. Aclaración del fallo de primera instancia.

El Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante auto de tres (3) de agosto de dos mil once (2011) accedió a la solicitud de aclaración. En esa providencia explicó que "*como quedó establecido en el punto TERCERO de la parte resolutive de la sentencia de veintisiete (27) de julio de dos mil once (2011), dicha providencia tiene efectos inter partes, por lo que no puede hacerse uso de la misma por parte de terceros que no hayan intervenido en el trámite de esta acción*".

8.3. Decisión de segunda instancia.

La Sección Primera del Consejo de Estado, mediante providencia de 24 de noviembre de 2011 decidió negar el amparo. Su argumentación se cifra en señalar que la acción no procede contra actos administrativos, tales como la Resolución 0497 de 2009 (Dimar).

9. El 29 de febrero de 2012, en la Secretaría de la Corte Constitucional, fue radicado un escrito suscrito por el señor Carlos Eduardo Velásquez Turbay (quien intervino en el trámite de las instancias, en representación de Inversiones Talamare S.C.A), por medio del cual se solicita el archivo del expediente, con base en el eventual desistimiento de la peticionaria. Al escrito, se anexó un oficio, con presentación personal, suscrito por la señora Jovannys Pardo Castro, que habría sido radicado ante el Tribunal Administrativo de Bolívar con posterioridad al fallo de segunda instancia, en el cual la señora Pardo Castro afirma que llegó a un acuerdo económico con Inversiones Talamare, a partir del cual puede ejercer sus actividades en otro lugar.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos [86](#), inciso 3º, y [241](#), numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del [Decreto 2591 de 1991](#).

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

2.1. La peticionaria, actuando en nombre propio y agenciando los intereses de la Comunidad Negra de La Boquilla, interpuso acción de tutela contra la Dirección Marítima de la Capitanía del Puerto de Cartagena, argumentando que la autoridad citada violó sus derechos fundamentales al mínimo vital y el debido proceso; así como el derecho constitucional de la Comunidad a la Consulta Previa, al otorgar una concesión sobre un área de playa en el sector Cielo Mar, del corregimiento de La Boquilla, sin tomar en cuenta que trabaja como carpera en el lugar desde hace quince años, con la anuencia de las autoridades distritales, y sin haber garantizado la participación de la Comunidad Negra de La Boquilla en el trámite.

2.2. El Representante Legal de los Consejos Comunitarios de La Boquilla intervino en el trámite de instancia coadyuvando la solicitud de amparo y ratificando la agencia oficiosa ejercida por Jovannys Pardo Castro. Señaló que la comunidad de La Boquilla ocupa un sector adyacente a la playa de manera ancestral; que buena parte de la vida social, económica y cultural de la comunidad gira en torno a la playa, en razón a las actividades de pesca que caracterizan su modo tradicional de subsistencia y, desde hace quince años, debido al traslado a actividades turísticas por parte de algunos comuneros, originado en el desarrollo de la infraestructura hotelera en el sector.

2.3. La autoridad accionada intervino en el trámite de primera instancia defendiendo la constitucionalidad de su actuación. Afirmó que la concesión se otorgó observando los requisitos legales y que no procedía en este caso la consulta previa pues la Alcaldía de Cartagena certificó que no existía ocupación alguna en el lugar. Añadió que la consulta sólo procede cuando se desarrolle un proyecto dentro del territorio colectivo de una comunidad afrodescendiente o cuando el Ministerio del Interior certifique la presencia de una comunidad étnica en el lugar, de acuerdo con la [Ley 70 de 1993](#) y precisó que en este caso la concesión se otorgó sobre un bien de uso público, de carácter imprescriptible e inembargable, y no susceptible de ser adjudicado o adquirido por modo alguno. Finalmente, argumentó que la tutela resulta improcedente para controvertir actos administrativos de carácter general.

2.4. El juez de primera instancia concedió el amparo. Estimó que la Dimar desconoció el derecho fundamental a la Consulta Previa de la Comunidad de La Boquilla, cuya existencia no sólo es un hecho notorio derivado de su permanencia en el sector desde hace aproximadamente doscientos años, sino que además había sido reconocida por la Alcaldía desde 2005, cuando fueron registrados los Consejos Comunitarios.

Añadió que, a pesar de que los bienes de uso público-entre los que se encuentran las playas-no pueden ser objeto de propiedad privada, sí resulta claro que la Comunidad de La Boquilla mantiene una cercana relación con el área de playa que fue otorgada en concesión, pues la incidencia de grandes proyectos turísticos a su alrededor ha generado desplazamientos de la comunidad y, especialmente, la necesidad de remplazar su modo de

producción tradicional, basado en la pesca, por actividades relacionadas con el turismo.

2.5. La entidad accionada impugnó el fallo de primera instancia. Además de reiterar los argumentos esgrimidos ante el juez de primera instancia, expresó inconformidad con los efectos dados al fallo de primera instancia, por considerar contradictorio que el Tribunal haya determinado la aplicación de la sentencia frente a terceros, a pesar de tratarse de un fallo *inter partes*. En sucesivos escritos allegados al trámite, argumentó también que la decisión de primera instancia no tomó en consideración que el Hotel Las Américas Resort la sociedad Inversiones Talamare tiene también intereses constitucionalmente protegidos, en el desarrollo de su objeto social. Afirmó que no es viable dar por probada la existencia de una Comunidad Negra como hecho notorio debido a la existencia de procedimientos legales para su reconocimiento y señaló que el oficio de carpero no hace parte de la identidad étnica diferenciada de la Comunidad de La Boquilla.

2.6. El Juez Constitucional de Segunda Instancia decidió revocar la decisión de primera instancia y, en su lugar, negar el amparo, bajo la regla general de improcedencia de la acción frente a actos administrativos.

2.7. Planteamiento del problema jurídico.

De acuerdo con los antecedentes recién expuestos, corresponde a la Sala Primera determinar (i) si la Dimar vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y el mínimo vital de la peticionaria, al otorgar una concesión sobre el área de playa donde realizaba el oficio de carpera a una sociedad privada, desconociendo la confianza legítima que las autoridades habían generado al permitirle ejercer esa actividad desde hace más de quince años en el lugar; y (ii) si al adoptar esa decisión, violó el derechos constitucionales de la comunidad negra de La Boquilla a la consulta previa, al entregar una concesión sobre el sector de playa de cielo mar, utilizado por la comunidad para la pesca, celebraciones tradicionales y actividades asociadas a la prestación de servicios turísticos.

2.8. Metodología de la decisión. Para resolver el problema planteado, la Sala (i) reiterará la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la consulta previa; y (ii) recordará la jurisprudencia desarrollada por la Corporación para resolver el conflicto entre la preservación del espacio público y los derechos fundamentales de los comerciantes informales. En ese marco, (iii) resolverá el caso concreto.

El derecho fundamental a la consulta previa. Reiteración de jurisprudencia.

En este acápite se hará referencia a (i) el fundamento constitucional del derecho a la consulta previa, (ii) las principales *subreglas* que permiten comprender su alcance y modo de aplicación; (iii) su ámbito material de

procedencia de la consulta y, especialmente, el concepto de *afectación directa*; y (iv) las recientes decisiones sobre el derecho al consentimiento, la participación y la consulta previa, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad.³

Fundamentos normativos del derecho fundamental a la consulta previa.

1. Los pueblos indígenas y las comunidades negras, afrodescendientes o afrocolombianas⁴ son titulares de derechos fundamentales y sujetos de

³ Los primeros aspectos-(i) y (ii)-se encuentran plenamente sistematizados en la jurisprudencia constitucional. La exposición de estos se realizará tomando como base las sentencias de unificación [SU-039 de 1997](#) (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y [SU-383 de 2003](#) (M.P. Álvaro Tafur Galvis), y en menor medida, las recientes sentencias [T-693 de 2011](#) (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y [T-698 de 2011](#) (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)³. Los dos aspectos restantes-(iii) y (iv)-han sido objeto de desarrollos jurisprudenciales constantes, principalmente relacionados con el concepto de “*afectación directa*” y con las subreglas sobre el consentimiento previo, libre e informado. Esos aspectos se han explicado principalmente en las sentencias [C-030 de 2008](#), [C-175 de 2009](#), y las decisiones de revisión de tutela [T-769 de 2009](#) (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) y [T-129 de 2011](#) (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

⁴ En relación con el uso de los etnónimos (nombres de grupos étnicos) “*afrocolombiano*”, “*afrocolombiana*”, “*afrodescendiente*”, “*negro*” o “*negra*”, la Sala toma en cuenta, al utilizarlos como adjetivos calificativos de comunidades étnicamente diversas, el hecho de que las distintas denominaciones han sido utilizadas en las reivindicaciones de los pueblos titulares de tales derechos diferenciados en Colombia. Así, el término *afrodescendientes*, que es el de mayor aceptación, o uso recurrente en el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente desde la proclamación de la Declaración de Durban, toma como referencia la línea de descendencia con personas esclavizadas y víctimas de la trata en época de la colonia; la palabra *afrocolombiano*, por su parte, mezcla ese aspecto con la identidad nacional, en tanto que la palabra *negra*, es usada por algunas comunidades, líderes y organizaciones en Colombia, precisamente, como criterio de auto identificación, de acuerdo con el análisis que sobre los censos efectuó el autor, aclarando que el vocablo posee también actualmente implicaciones reivindicatorias, según se explicará, a continuación. Así, el antropólogo Jaime Arocha explica cómo la denominación y especialmente el auto reconocimiento de las comunidades étnicas ha sido un elemento que ha generado diversas discusiones entre los titulares de los derechos, evidenciados en las preguntas que se estructuran al realizar censos con el propósito de orientar las políticas públicas asociadas a la realización de sus derechos. Explica el autor cómo el proceso de auto identificación (aspecto relevante para establecer la titularidad de los derechos de los grupos étnicos) es complejo, debido a situaciones históricas como (i) la pérdida del nombre de pila en época de la conquista y la colonia, seguida de su reemplazo por una mezcla entre la denominación del lugar de nacimiento y un nombre o apellido de origen español (por ejemplo, los nombres María Carabalí o Juan Congo); la posterior utilización de la palabra *negra* o *negro* para designar las personas víctimas de la trata en la época, y la reciente concientización de las comunidades sobre los etnónimos *afrodescendiente* y *afrocolombiano*, a partir del trabajo de algunas organizaciones de base y de incidencia política. Indica también el citado autor cómo los apelativos *zambo*, *mulato* y otros semejantes aluden a un criterio de pureza de la raza, siendo no sólo erróneos científicamente sino jurídicamente especialmente discriminatorios, mientras que, por el contrario, etnónimos de gran valor para las reivindicaciones de la comunidad 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*”,

especial protección constitucional. Desde la sentencia [T-380 de 1993](#)⁵ 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.⁶

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

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).

⁵ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶ 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).

en el carácter general de la ley y la prohibición de discriminación⁷; y, de otra, ordena la adopción de medidas especiales, de carácter favorable, frente a grupos vulnerables o personas en condición de debilidad manifiesta (artículo 13 CP); la diversidad étnica (artículo 7º CP) que prescribe el respeto y conservación de las diferencias culturales como elemento constitutivo de la Nación; el principio de igualdad de culturas (artículo 70 CP) que prohíbe imponer las formas de vida mayoritarias como las únicas válidas o como opciones prevalentes sobre la visión del mundo de los pueblos originarios, y diversos compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁸

3. Un elemento imprescindible para una adecuada interpretación y aplicación de las normas y principios asociados a la protección, respeto y garantía de los derechos de las comunidades cultural o étnicamente diversas, es el enfoque de *diversidad y autonomía* planteado por la comunidad internacional desde la aprobación del Convenio 169 de 1989⁹ de la OIT. Ese enfoque, en síntesis, plantea que las culturas indígenas o afrodescendientes¹⁰ poseen vocación de permanencia y que los Estados deben respetar al máximo su derecho a definir

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

⁸ En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, debe destacarse (i) el Convenio 169 de la OIT, instrumento incorporado al bloque de constitucionalidad por remisión del artículo 93 (inciso 1º) de la Constitución Política; (ii) la interpretación de las obligaciones estatales en relación con los pueblos indígenas, en materia de consulta previa, a partir de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete autorizada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y (iii) la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, donde se recoge la visión actual de la comunidad internacional sobre el alcance mínimo de los derechos de los pueblos indígenas. Como herramientas relevantes para la interpretación del derecho a la consulta previa, la Sala tomará también en consideración (iv) los informes de la Relatoría de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, (v) la Guía de Aplicación del Convenio 169 de la OIT, y el reciente informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre territorios indígenas, como doctrina autorizada: *“Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales”* (2010) Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 diciembre 2009

⁹ Al respecto, en la sentencia [C-461 de 2008](#) (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. S.V. Jaime Araújo Rentería) expresó la Corte: *“4.3. Es importante precisar en esta oportunidad que los grupos étnicos titulares del derecho a la consulta previa cobijan, en Colombia, tanto a los grupos indígenas como a las comunidades afrodescendientes constituidas como tal bajo el régimen legal que les es propio. Las comunidades negras son grupos étnicos titulares de los derechos constitucionales fundamentales a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, al uso, conservación y administración de sus recursos naturales, y a la realización de la consulta previa en caso de medidas que les afecten directa y específicamente.”* Ver también, sentencia [T-129 de 2011](#) (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), Auto 005 de 2009 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

¹⁰ El Convenio 169 de la OIT hace referencia a “pueblos tribales en países independientes”. En el contexto colombiano, sus normas cobijan a las comunidades negras y los pueblos indígenas, considerados como grupos étnicamente diversos. (Ver sentencias [C-169 de 2001](#) M.P. Carlos Gaviria Díaz. Unánime) y [C-461 de 2008](#) (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. SV Jaime Araújo Rentería).

sus prioridades y asuntos propios, como manifestación del principio de autodeterminación de los pueblos.¹¹

En el mismo sentido, el Convenio 169 de 1989 *“asume que [los] pueblos [originarios] pueden hablar por sí mismos, que tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones que los afectan, y que su contribución, además, será beneficiosa para el país en que habitan”*, reivindicando la capacidad y derecho de los pueblos indígenas de interactuar en condición de igualdad con el grupo mayoritario y aportar de esa forma a la construcción del Estado.¹²

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

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

En esa dirección, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, ha expresado que la consulta previa constituye la piedra angular del Convenio 169, en la que se fundamentan todas sus disposiciones, por su importancia para el goce de los derechos diferenciados de los pueblos indígenas y porque realiza los principios de democracia y soberanía popular, al rechazar el gobierno *“por imposición”*¹³.

¹¹ El enfoque del Convenio 169 plantea un abierto contraste con el modelo *asimilacionista*, previamente defendido por el Convenio 107 de 1957 de la OIT, caracterizado por el propósito de igualar las condiciones de los pueblos indígenas con las de la sociedad mayoritaria para una paulatina integración de las comunidades originarias a las formas de vida dominantes, como lo señaló la Corte en la sentencia de unificación [SU-383 de 2003](#) (M.P. Álvaro Tafur Galvis. SPV Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández. SPV Jaime Araújo Rentería). Al respecto, en el preámbulo del Convenio, se expresa: “Considerando que la evolución de derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores.”

¹² [SU-383 de 2003](#), citada.

¹³ Ver, al respecto, Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/12/34. 15 de junio de 2009. “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”. En similar sentido, afirmó la Corte en la sentencia [C-030 de 2008](#) (M.P. Rodrigo Escobar Gil. Unánime): “En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, la Corte ha dicho que el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la

5. En el ámbito interno, la Corporación ha sostenido de manera constante que la consulta previa posee el carácter de derecho fundamental¹⁴. En el fallo de unificación [SU-039 de 1997](#), la Corte precisó que la consulta es un derecho fundamental porque concreta mandatos constitucionales, como el principio de participación de grupos particularmente vulnerables, la diversidad cultural y los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, frente a los pueblos étnica o culturalmente diversos:

“Con fundamento en los arts. [40-2](#), [330](#) parágrafo de la Constitución y las normas del Convenio 169 antes citadas, estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas” “A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la [ley 99 de 1993](#)), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades”.

6. En ese marco, el artículo 40 constitucional¹⁵, en su numeral 2º, establece el derecho de participación de todos los ciudadanos en los asuntos que los

importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.”

¹⁴ Lo que a su vez implica que es una norma de la mayor jerarquía constitucional, cuya protección puede exigirse por vía de la acción de tutela, tema que se abordará nuevamente al analizar la procedencia formal de la acción.

¹⁵ Artículo 40. “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 1. Elegir y ser elegido. 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática. 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas. 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley. 5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas. 6. Interponer acciones

afecten, garantía que se ve reforzada en el caso de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, por su relación con otros mandatos constitucionales. El artículo [330](#) de la Constitución Política¹⁶ prevé, a su turno, la obligación estatal de garantizar la participación de las comunidades indígenas previa la explotación de recursos naturales en sus territorios, enmarcando esa obligación dentro de un amplio conjunto de potestades asociadas a la protección y promoción de la autonomía en materia política, económica y social, y al ejercicio del derecho a la propiedad colectiva sobre las tierras y territorios colectivos.

En concordancia con esas disposiciones constitucionales, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo [55](#) transitorio de la Constitución Política, el Legislador expidió la [Ley 70 de 1993](#)¹⁷, donde estableció el derecho de las comunidades negras a ser consultadas previa la adopción de las siguientes medidas:¹⁸

“[procede la consulta] a) en la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades negras que desarrollen prácticas tradicionales (art. 22); b) en la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (art. 38); y c) en la conformación de la "unidad de gestión de proyectos" que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social, para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (art. 58). Además [...] 'como un mecanismo de protección de la identidad cultural, las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley".¹⁹

públicas en defensa de la Constitución y de la ley. 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse. Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.

¹⁶ Constitución Política. Artículo 330: “De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: (...) Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.”

¹⁷ Por la cual se desarrolla el artículo 55 transitorio de la Constitución Política.

¹⁸ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁹ Sentencia [C-169 de 2001](#). (MP. Carlos Gaviria Díaz. Unánime).

7. El Convenio 169 de la OIT-última de las fuentes citadas en la sentencia [SU-039 de 1997](#) como fundamento del derecho a la consulta previa-es el instrumento de mayor relevancia en la interpretación y aplicación de los derechos de los pueblos indígenas en el orden interno, no sólo por el avance que supuso en el respeto por su autodeterminación, sino también porque hace parte del bloque de constitucionalidad, así que sus disposiciones son aplicables directamente en el orden interno, con fuerza constitucional.

El artículo 6, inciso 1º, literal a) del Convenio 169 de 1989 hace referencia a la consulta previa en los siguientes términos: *“Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; [y] c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin”.*

Diversas obligaciones y conceptos se desprenden de la disposición citada. En primer término, la regla general de consultar a las comunidades originarias, previa la adopción de medidas administrativas o legislativas que las afecten directamente; en segundo lugar, la definición de los medios para asegurar su participación en instituciones vinculadas con el diseño e implementación de políticas y programas que les conciernan; y finalmente, la destinación y provisión de recursos necesarios para el cumplimiento de esos propósitos. Además, el literal 2º del artículo 6º, plantea elementos centrales de la consulta, como la aplicación del principio de buena fe, la flexibilidad de la consulta y la finalidad de obtención del consentimiento de los pueblos interesados²⁰.

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

Así, el artículo 5º ordena reconocer y proteger los valores sociales, culturales y religiosos de los pueblos interesados y tomar en consideración sus problemas colectivos e individuales, y adoptar medidas para *“allanar”* sus dificultades al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo, con su *“participación y*

²⁰ Convenio 169. Artículo 6º. Numeral 2º. “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

*cooperación*²¹; el artículo 7º plantea la obligación de garantizar su *participación* en los planes de desarrollo nacionales y regionales, propendiendo por un mejoramiento de sus condiciones de salud, trabajo y educación, y la de realizar estudios sobre el impacto de las medidas en la forma de vida y el medio ambiente de sus territorios, con la *participación y cooperación directa* de los pueblos interesados²²; el artículo 4º establece la obligación genérica de adoptar medidas para la protección de los derechos e intereses de los pueblos interesados sin contrariar sus deseos “*expresados de forma libre*”²³.

En relación con los territorios indígenas, el artículo 15 hace referencia a la obligación de *consultar* a los pueblos concernidos, con el propósito de determinar si sus intereses serán perjudicados antes de emprender programas de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, al derecho a *participar de los beneficios* que reporten esas actividades, y recibir indemnizaciones equitativas por los daños que les ocasionen²⁴, en tanto que el artículo 16 establece la obligación de obtener el *consentimiento* de los pueblos siempre que el Estado pretenda efectuar un traslado desde su territorio ancestral, y *concertar* las medidas de reparación adecuadas ante tales eventos.²⁵

La exposición de esas disposiciones demuestra la importancia de enmarcar la consulta en un espectro más amplio de garantías que incluyen la *participación*,

²¹ Artículo 5. “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; d) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

²² , numeral 1º, prescribe que “(l)os pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. 2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento. 3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas 4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.

²³ Artículo 4º, Convenio 169 de la OIT: “1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. 2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados. 3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales”.

²⁴ Ver, Artículo 15, *ibídem*.

²⁵ Ver, Artículo 16, *ibídem*.

la consulta previa, la cooperación, el consentimiento de la comunidad, la participación en los beneficios, y la indemnización en determinados eventos. Todas esos derechos y garantías constituyen un *continuum* de protección de los pueblos indígenas, pues cumplen la función de (i) proteger y respetar la autodeterminación de los pueblos; (ii) asegurar que su punto de vista sea escuchado por las autoridades del orden nacional; y (iii) propiciar la defensa de sus demás derechos (especialmente, pero no exclusivamente, los territoriales).²⁶

8. En septiembre de 2007, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (DNUDPI)²⁷, documento que refleja la actual opinión de la comunidad internacional y los pueblos concernidos sobre el alcance, contenido e interpretación de sus derechos fundamentales.

Los ejes centrales de la Declaración son (i) el principio de no discriminación, de acuerdo con el cual (i.1) las personas indígenas gozan de iguales derechos al resto de la población y (i.2) el goce de sus derechos especiales, asociados a la diversidad étnica, no debe convertirse en obstáculo para el ejercicio de los demás derechos humanos²⁸; (ii) el derecho a la autodeterminación, principio

²⁶ Otras disposiciones relevantes en la materia son el artículo 8º, referente al respeto por sus costumbres y derecho propio, y a la obligación de establecer mecanismos de coordinación en caso de que ello suscite conflictos (pluralismo jurídico); el artículo 13, sobre la obligación de respetar los territorios indígenas y la relación espiritual entre los pueblos y sus territorios, en la medida en que la consulta es un medio de protección al territorio colectivo y a los recursos naturales de sus territorios; el artículo 17, numeral segundo, que dispone “Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.” El artículo 20, numeral 1º, atinente a la protección laboral de las personas indígenas; el artículo 22, concerniente a la creación de programas de formación profesional que promuevan la participación voluntaria de los miembros de los pueblos interesados. El artículo 25, sobre los sistemas de seguridad social, y concretamente, los planes de salud y educación que deberán diseñarse con base en la participación y cooperación de las comunidades indígenas, de donde se infiere que la participación de los pueblos se prevé como medio de implantación del Convenio, no frente a asuntos específicos, sino como condición de un adecuado desarrollo y comprensión de los derechos allí previstos, entre otros.

²⁷ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el trece (13) de septiembre de dos mil siete (2007).

²⁸ *Afirmando* que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales (...) *Afirmando* que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales, (...) *Reconociendo y reafirmando* que los indígenas tienen sin discriminación todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral

como pueblos, (Preámbulo), así como los artículos 1º y 2º

fundacional de los derechos de los pueblos indígenas²⁹; (iii) la relevancia del principio de *no asimilación*, considerado como derecho fundamental de las comunidades³⁰; y (iv) la participación³¹, la consulta previa y el consentimiento libre e informado frente a las medidas que los afecten, aspecto que será abordado con mayor detalle, en acápite posteriores.

Así, en armonía con el artículo 6º del Convenio 169 y la jurisprudencia constitucional, el artículo 19 establece la regla general de procedencia de la *consulta*, previa la adopción de medidas que afecten a los pueblos interesados, con el propósito de obtener su consentimiento libre e informado antes de la implementación de la medida: “*los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado*”.

²⁹ Reconociendo que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales² y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos², así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena³ afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural, *Teniendo presente* que nada de lo contenido en la presente Declaración podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho a la libre determinación, ejercido de conformidad con el derecho internacional, (Preámbulo). Artículo 3º: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Artículo 4. “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”.

³⁰ “Artículo 5. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.” “Artículo 8: 1. Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura. 2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de: a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica; b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos; c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos; d) Toda forma de asimilación o integración forzada; e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos.

³¹ Artículo 18. Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Además de ello, la Declaración prevé estándares de protección específicos, como el derecho de los pueblos a establecer sus prioridades y estrategias de desarrollo y a participar en la elaboración y determinación de programas de salud, vivienda, y otros de carácter económico y social, así como a la administración de tales programas.³² El derecho a la reparación por la toma inconsulta y no consentida de sus tierras y recursos naturales³³. La *consulta previa* a la utilización de sus tierras o territorios para actividades militares, y la limitación de estas últimas a razones de interés público pertinente, o a un acuerdo libre con los pueblos interesados³⁴. La *celebración de consultas para obtener el consentimiento libre e informado* antes de aprobar proyectos que afecten sus tierras, territorios y recursos³⁵. La obligación de adoptar medidas para alcanzar los fines de la Declaración, en *consulta y cooperación* con los pueblos indígenas, así como el establecimiento de medios para la movilización de la cooperación internacional y la asistencia técnica, necesarias para la consecución esos propósitos (artículos 38 y 41)³⁶.

El consentimiento es abordado explícitamente en diversas disposiciones, asociadas a (i) la prohibición de desplazamiento de los pueblos indígenas de sus tierras o territorios sin consentimiento expreso y un acuerdo sobre una indemnización justa y equitativa cuando no sea posible el regreso;³⁷ (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

³² Ver, Artículo 23, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

³³ Ver, Artículo 28.1, *Ibidem*.

³⁴ Ver, Artículo 30.1. *Ibidem*.

³⁵ Ver, Artículo 32.1. *Ibidem*.

³⁶ Ver, artículos 38 y 41, *Ibidem*. Otras disposiciones relevantes son el artículo 11.1 sobre el derecho a practicar y revitalizar sus culturas y la reparación por la privación de bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres. El artículo 12 sobre la repatriación de objetos de culto mediante mecanismos establecidos con los pueblos interesados. El artículo *Artículo 17. 1. Sobre la protección de los niños indígenas de la explotación laboral, mediante medias consultadas y construidas con la cooperación de los pueblos interesados*; el artículo 22 sobre la adopción de medidas para erradicar la violencia y discriminación que afecta a mujeres y niños indígenas, definidas conjuntamente con los pueblos concernidos; el artículo 27 sobre el derecho de los pueblos indígenas a participar en la creación de medidas para el reconocimiento de sus sistemas de tenencia de la tierra, incluso de carácter legislativo, entre otros.

³⁷ *Artículo 10*. Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

(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.³⁸

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.

9. Para finalizar esta breve alusión a la Declaración, resulta relevante para la Sala adelantar algunas precisiones sobre su valor como fuente de derecho (o de obligaciones concretas para el Estado).

En primer término, la Declaración, por su naturaleza, no posee en el marco del derecho internacional la misma fuerza normativa que los tratados³⁹. Sin embargo, esta Corporación ha defendido su aplicación directa y, especialmente, la obligación de tomarla en consideración por el intérprete al momento de establecer el alcance de los derechos de los pueblos indígenas, con base en las siguientes consideraciones⁴⁰:

(i) La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas precisa el contenido de un cuerpo normativo ya existente en el Convenio 169 de la OIT, otras normas de derechos internacionales, y el orden constitucional colombiano⁴¹, a la vez que perfecciona y fortalece los estándares de protección de sus derechos.

³⁸ *Artículo 29.* 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación. 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado. 3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para asegurar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.

³⁹ En términos simples, porque la manifestación de voluntad de los estados partes no tiene los mismos propósitos que en la suscripción de un tratado.

⁴⁰ Sentencias [T-704 de 2006](#) (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y [T-514 de 2009](#) (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

⁴¹ Más allá de esta consideración, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos de los indígenas, ha explicado que (i) ya en los pactos de naciones unidas de 1966 (Pacto de Derechos Civiles y Políticos o PIDCP y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o PIDESC) se incluyó el derecho de la autodeterminación de los pueblos; el Convenio 107 de la OIT contenía diversos derechos de los pueblos indígenas, a pesar de su orientación asimilacionista, actualmente revaluada; (iii) muchos de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente aquellos asociados al territorio colectivo, la

En consecuencia, en principio, no presentan contradicciones normativas entre la Declaración y el orden interno, aunque en algunos aspectos la primera puede ir más allá del nivel de protección alcanzado por el Estado colombiano y previsto por el Convenio 169 de la OIT. En ese sentido, en tanto la Declaración precisa el alcance de las obligaciones de respeto, protección y garantía que el Estado debe asumir para asegurar la eficacia de un conjunto de derechos considerados fundamentales en la jurisprudencia constitucional, su aplicación contribuye a la eficacia de los derechos constitucionales y la fuerza normativa de la Constitución Política.

(ii) La Declaración contiene, así mismo, la opinión autorizada de la comunidad internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas, y fue construida en un proceso de diálogo con los pueblos interesados. El Estado colombiano es parte de tratados y convenios internacionales asociados a la protección de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes (especialmente el Convenio 169 de la OIT⁴²), y la Constitución Política de 1991 reconoce y valora el pluralismo y multiculturalismo. Por lo tanto, el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado en esos tratados y la eficacia de las normas constitucionales concordantes, requiere el seguimiento de sus disposiciones.

(iii) El principio de no discriminación (segundo pilar de la Declaración, junto con la autodeterminación de los pueblos), es considerado una norma imperativa del derecho internacional de los derechos humanos⁴³. La Declaración explica plenamente el alcance de este principio en relación con los derechos de los pueblos indígenas. Por ello, su eficacia plena requiere la aplicación de las normas internas de forma concordante con la Declaración.

(iv) La Declaración posee un alto grado de legitimidad ética y política, en tanto documento emanado de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y en virtud de la intervención de los pueblos interesados en su discusión.

La aplicación de las normas asociadas al pluralismo y la diversidad constitucional está permeada de razones éticas y políticas de las que el juez constitucional no puede prescindir al fallar, si pretende alcanzar un equilibrio adecuado entre intereses de grupos humanos que pueden sostener diferencias sensibles entre sus formas de vida. Por lo tanto, desconocer la Declaración podría llevar a decisiones irrazonables o arbitrarias, en oposición al principio de interdicción de la arbitrariedad, propio del Estado Constitucional de Derecho.

participación, la consulta y la autodeterminación se desprenden de otros instrumentos de derechos humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 21, según la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación, bajo la interpretación autorizada de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (Ver, al respecto, Naciones Unidas (A/HRC/12/34).

⁴² Ver, pie de página anterior.

⁴³ Al respecto, ver la Opinión Consultiva-OC-18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

(v) Finalmente, las normas jurídicas son concebidas, desde ciertas orientaciones teóricas, como razones para la acción. Las fuentes de derecho son, desde ese punto de vista, razones especiales, en tanto se encuentran dotadas de autoridad. La Discusión sobre el carácter vinculante de la Declaración en el orden interno puede concebirse entonces como una discusión sobre si se trata de razones con autoridad o razones desprovistas de autoridad. Por supuesto, las segundas *pueden* ser utilizadas por las autoridades judiciales cuando contribuyen a solucionar un problema de discusión e interpretación normativa, siempre que ello no esté prohibido explícitamente. Las primeras, en cambio, *tienen que* o *deberían ser* atendidas por los jueces⁴⁴.

Las razones (i) a (iv) llevan a la Sala a concebir las disposiciones de la Declaración como *razones para la acción dotadas de autoridad*, algunas de las cuales *tienen que* ser tomadas en cuenta por los operadores jurídicos; mientras que otras *deberían ser* consideradas en sus decisiones. Las primeras son aquellas que desarrollan el principio de no discriminación frente a pueblos indígenas, así como las que precisan el alcance de derechos ya reconocidos en el orden interno. Las segundas, aquellas que amplían los estándares de protección alcanzados en el orden interno a través de las normas constitucionales citadas, la jurisprudencia de este Tribunal, la Ley o el Reglamento.

La omisión en la aplicación de las primeras puede dar lugar a una intervención directa del juez de tutela, puesto que comporta la violación de principios que ya hacen parte del orden interno, con jerarquía constitucional. La omisión en la aplicación de las segundas podrá ser objeto de aplicación indirecta, en tanto incidirá negativamente en el examen de razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones de todas las autoridades. Por último, como criterio de interpretación, en virtud de lo expresado, la declaración resulta imprescindible para una adecuada comprensión de las normas que consagran los derechos de los pueblos indígenas y tribales (especialmente, por las razones (ii) y (iii), supra).

Alcance de la consulta y subreglas aplicables.

10. La jurisprudencia constitucional, así como las normas de derecho internacional relevantes, han definido los contornos de la consulta previa mediante un conjunto de *subreglas*, principios y criterios que pueden ser

⁴⁴ No es lo mismo indicar que *tienen que ser aplicadas* a decir que *deberían ser aplicadas*. Dentro de la orientación teórica que se toma como marco de ilustración, la diferencia puede percibirse en las consecuencias de una omisión en su citación. Si una razón con autoridad *tiene que* ser citada por los jueces, por ejemplo, porque hace parte de la ley aplicable al caso concreto, la omisión puede llevar no sólo a la pérdida de efectos de la decisión mediante los recursos pertinentes, sino a comprometer la responsabilidad del funcionario. Si un funcionario *omite* la citación de razones dotadas con autoridad que *debería citar*, su fallo se puede ver afectado por una deficiente motivación, puede abrirse una discusión por motivación insuficiente, solo si el defecto es de tal magnitud que la decisión no se sostiene adecuadamente, pero no necesariamente se verá comprometida la responsabilidad del juez. Al respecto, ver Law and Reason, Aleksánder Peczeńik. 2006. Editorial Springer. Lo que se toma como referencia es la consideración de las fuentes desde el punto de vista de los argumentos utilizados por el juez para fallar.

concebidos como guías para los órganos competentes de adelantarla, los pueblos interesados y los particulares que se vean inmersos en el proceso consultivo. Así, en la sentencia [T-129 de 2011](#)⁴⁵ se recogieron las principales subreglas, que pueden sintetizarse así:

11. Criterios generales de aplicación de la consulta: (i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación *activa y efectiva* de los pueblos interesados. Que la participación sea *activa* significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea *efectiva*, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (iv) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes.

12. Reglas o *subreglas* específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta: (i) la consulta debe ser *previa* a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (ii) es obligatorio que los estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta); (ii) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida; y, (iv) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar *desprovistas de arbitrariedad*, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (v) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social.⁴⁶

Ámbito material de procedencia de la consulta previa.

13. Las primeras decisiones proferidas por la Corte Constitucional en relación con la consulta previa, establecieron su procedencia frente a medidas susceptibles de afectar los territorios de los pueblos indígenas y los recursos naturales ubicados en ellos. Así, en las sentencias [T-428 de 1992](#)⁴⁷, [T-380 de 1993](#)⁴⁸ y el primer fallo de unificación en la materia, [SU-039 de 1997](#)⁴⁹, la

⁴⁵ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴⁶ Esta síntesis se basa en las sentencias [T-693 de 2011](#) (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y [T-129 de 2011](#) (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), fallos recientes en los que se reiteraron y sistematizaron las reglas concretas para el desarrollo de la consulta.

⁴⁷ M.P. Ciro Angarita Barón.

⁴⁸ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corporación abordó casos sobre el eventual desconocimiento del derecho a la consulta, previa la construcción de una carretera por territorio colectivo de una comunidad indígena o la explotación de recursos en los territorios indígenas, tales como la madera de árboles nativos o la exploración y explotación de petróleo.

14. En casos posteriores, la Corte analizó la procedencia de la consulta frente a grandes proyectos de infraestructura, como represas (T-652 de 1998⁵⁰), concesiones de explotación minera (T-769 de 2009⁵¹), construcción de puertos (T-547 de 2010)⁵², entre otros. De acuerdo con la amplia reiteración jurisprudencial presentada en las sentencias [T-129 de 2011](#)⁵³ y [T-693 de 2011](#)⁵⁴, la Corporación ha establecido la procedencia de la consulta en supuestos como la adopción de medidas legislativas y actos legislativos que afecten directamente a las comunidades originarias; la entrega de concesión en general y de explotación minera, en particular; la entrega de licencias ambientales para la explotación de recursos en territorios indígenas, y los proyectos de infraestructura o planes y programas de desarrollo que afecten a las comunidades indígenas.

15. A pesar del valor ilustrativo que posee la reseña de cada uno de los casos conocidos por la Corte Constitucional en sede de revisión de tutela por violación al derecho a la consulta previa, resulta relevante indicar que la consulta no procede exclusivamente a partir de una serie de supuestos hipotéticos taxativamente construidos en la Constitución, la Ley o la jurisprudencia de esta Corporación.

Ese aspecto fue aclarado de forma definitiva por la Sala Plena en sentencia [SU-383 de 2003](#)⁵⁵, en la que se planteó un eventual conflicto entre los intereses de las comunidades indígenas y la defensa de la seguridad nacional, reflejado en la cuestión constitucional de si es obligatoria la consulta, previa la aspersion de sustancias químicas para la erradicación de cultivos ilícitos, en el marco de la lucha internacional contra el narcotráfico⁵⁶. La Corte sostuvo que la consulta

⁴⁹ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁵⁰ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁵¹ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁵² (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). Específicamente, en el caso se discutió la violación de la consulta previa a la entrega de la licencia ambiental para la Construcción y Operación de la Fase 1 del Puerto Multipropósito de Brisa, localizado en jurisdicción del Municipio de Dibulla, Corregimiento de Mingueo, Departamento de la Guajira, caso en que la Corte consideró que se desconocieron los derechos fundamentales de los cuatro pueblos indígenas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta.

⁵³ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵⁴ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵⁵ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁵⁶ Posteriormente, en la sentencia de unificación [SU-383 de 2003](#) (citada), la Sala Plena analizó la procedencia de la consulta a un grupo de comunidades indígenas del Amazonas, frente a la aspersion de productos químicos para la erradicación de cultivos ilícitos en amplias zonas del departamento. La Corporación debió evaluar una tensión entre el interés del Estado en la defensa del territorio y al cumplimiento de compromisos adquiridos en el ámbito internacional para enfrentar el negocio ilícito del

previa sí resultaba vinculante en ese evento, y explicó que su ámbito material de procedencia está dado por la afectación directa de cualquiera de los derechos de las comunidades indígenas y no exclusivamente por la eventual incidencia en los territorios indígenas:

“[...] de conformidad con lo previsto en el artículo 94 constitucional, la participación prevista en el artículo 330 de la Carta Política es un desarrollo de la consulta previa establecida en el Convenio 169 de la OIT, comoquiera que este mecanismo, por ser inherente a la existencia misma de los pueblos indígenas y tribales, se entiende enunciado en todos los derechos y garantías que el ordenamiento constitucional les reconoció a estos pueblos, toda vez que sólo escuchándolos, con la finalidad de llegar a un acuerdo, o de lograr su consentimiento de las medidas propuestas, se puede proteger el carácter pluricultural y multiétnico del Estado colombiano-artículos 6 del Convenio, 1º y 7º C.P. [...]”⁵⁷

16. La posición sostenida por la Sala Plena de la Corte Constitucional es coincidente con los artículos 6º del Convenio 169 de la OIT y 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de acuerdo con los cuales la consulta procede frente a cualquier medida de carácter legislativo o administrativo que las afecte. Además, resulta relevante indicar que las normas del DIDH plantean el contenido mínimo de protección, razón por la cual la jurisprudencia colombiana ha ampliado el alcance de la obligación, al plantear que la consulta procede frente a medidas de *cualquier índole*, incluyendo normas, programas, proyectos o políticas públicas que *afecten directamente* a las comunidades originarias o afrodescendientes.

tráfico de estupefacientes, de una parte; y la protección de la autonomía y el derecho a participación de las comunidades indígenas, mediante la consulta previa, de otra.

⁵⁷ Acto seguido, aclaró la Corte: “No implica lo anterior que la Corte esté desconociendo el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser previamente consultados cuando se adelanten proyectos de explotación de los recursos naturales en sus territorios ancestrales, por el contrario i) la Carta destaca esta modalidad de consulta, ii) la trascendencia de la misma ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional⁵⁷, y iii) la observancia estricta de esta modalidad de participación preocupa a la comunidad internacional, en razón de que los efectos de la minería y de los grandes proyectos inconsultos que se adelantan en los territorios indígenas “(..) *amenazan con desplazar o ya han desplazado a cientos de miles de indígenas y tribus* (..)” de su hábitat. Lo que acontece es que el derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados sobre las decisiones legislativas y administrativas que puedan afectarlos directamente, en cuanto propende por la integridad cultural, social y económica de las culturas indígenas, es una modalidad de participación de amplio espectro, como viene a serlo la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, en la que la especificidad del mecanismo para decisiones atinentes a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas está comprendida.” *Ibidem*.

17. En síntesis, el ámbito material de aplicación de la consulta no se ciñe a supuestos hipotéticos concretos. Los eventos explícitamente mencionados en la Constitución Política y los documentos relevantes del DIDH deben considerarse especialmente relevantes, pero no agotan la obligación estatal. La importancia de esos supuestos se refleja en las condiciones de realización de la consulta y la relación con las *subreglas* asociadas al consentimiento, que serán explicadas en el próximo acápite. Sobre esos supuestos, deben destacarse algunas subreglas asociadas a la consulta frente a medidas que afectan el territorio de las comunidades indígenas, a partir del concepto de ámbito territorial definido por la Corporación.

18. En primer término, es preciso recordar que (i) esta Corporación, en armonía con la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁸, ha destacado que los pueblos indígenas mantienen una relación espiritual con sus territorios colectivos, relación que forja en mayor o menor medida la cultura del grupo, mientras que, la cultura de los pueblos originarios determina el paisaje y espacio vital de la comunidad. Esa relación entre cultura y territorio, aunada a su importancia para el ejercicio de los derechos de autonomía de la comunidad, llevó a la Corte a expresar desde el fallo [T-188 de 1993](#) que el territorio colectivo es un derecho fundamental de las comunidades indígenas.

19. En virtud de su naturaleza cultural, el territorio no se define exclusivamente en términos geográficos. Si bien su demarcación juega un papel vital para su adecuada protección jurídica y administrativa, no debe perderse de vista que este tiene un efecto expansivo, que comprende lugares de significación religiosa o cultural aunque estén por fuera de sus límites físicos⁵⁹.

(iii) La propiedad colectiva es un derecho que surge, en principio, de la posesión ancestral. Por ello, el reconocimiento estatal del mismo no tiene carácter constitutivo, independientemente de su importancia para facilitar su

⁵⁸ Ver, principalmente, caso Mayagna, fundador de la línea de la Corte Interamericana sobre los derechos a la propiedad colectiva del territorio y la consulta previa, y la decisión *Saramaka vs Surinam*. (**Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. 31 de agosto de 2001 y Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007**)

⁵⁹ Ver también, sentencia [T-525 de 1998](#) (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y [T-698 de 2011](#) (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), decisión en que la Sala Novena expresó: “El fallo [T-235 de 2011] precisó que el derecho fundamental al territorio colectivo o a la propiedad colectiva del territorio se deriva del Convenio 169 de la OIT y del artículo 329 Superior, en armonía con los artículos 58⁵⁹ y 63⁵⁹ de la Carta Política, que ordenan proteger todas las formas de propiedad y le atribuyen a los territorios indígenas las cualidades de inembargables, inalienables e imprescriptibles, respectivamente. Esas tres características y el reconocimiento de la ancestralidad como título de propiedad [Al respecto, ver las prevenciones planteadas en la sentencia [T-282 de 2012](#) sobre el uso figurado del concepto “título” en estos contextos, por tratarse de una categoría de derecho civil, no necesariamente compatible con el derecho propio de los pueblos indígenas] son, por ende, las notas definitorias del derecho fundamental al territorio colectivo [...]”.

protección jurídica. Por lo tanto, (iii.1) la ausencia de reconocimiento no implica la inexistencia del derecho; y (iii.2) la tardanza o la imposición de trámites irrazonables para la obtención de ese reconocimiento constituye, en sí misma, una violación al derecho⁶⁰.

La afectación directa.

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

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

Con posterioridad, y en un proceso surgido desde el año 2002 y consolidado en el año 2008, la Corporación terminó por establecer en jurisprudencia uniforme y constante que la consulta sí es procedente, siempre que se acredite la afectación directa, y presentó los siguientes criterios para evaluar ese aspecto⁶¹:

“[...] En principio, las leyes, por su carácter general y abstracto, no

⁶⁰ Ver, especialmente, los casos *Yakie Axa* y *Sowhamayaxa* contra Paraguay (Caso Comunidad indígena **Yakye Axa** Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005 y Caso Comunidad Indígena **Sawhoymaxa** Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, así como las sentencias de la Corte Constitucional [T-693 de 2011](#) (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y [T-698 de 2011](#) (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). En el primer fallo, la Corte otorgó el amparo a la consulta previa en virtud de las solicitud elevada por una comunidad indígena sobre la afectación que la instalación de un tramo de oleoducto suponía para la comunidad indígena de Achagua, porque atravesaba un lugar de importancia cultural que, sin embargo, no hacía parte del territorio colectivo. En el segundo caso, la Corte consideró procedente la consulta, previa la instalación de una antena de telefonía celular, en un lugar cuya propiedad se hallaba en disputa entre una comunidad indígena y un particular.

⁶¹ Ver sentencias [C-030 de 2008](#) (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y [C-175 de 2009](#) (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. SV Nilson Pinilla Pinilla, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Cristina Pardo Schlesinger y Humberto Antonio Sierra Porto).

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

[...]

Con todo, es preciso tener en cuenta que la especificidad que se requiere en una determinada medida legislativa para que en relación con ella resulte predicable el deber de consulta en los términos del literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido material de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercuta de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales.”⁶²

Posteriormente, en el fallo [C-175 de 2009](#)⁶³, la Corporación precisó:

“Según lo expuesto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la preservación de la identidad diferenciada de los pueblos indígenas y tribales y, de esta manera, la eficacia del mandato superior de reconocimiento y protección de la diversidad étnica, se logra a través de, entre otros mecanismos, la consulta previa. Para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica

⁶² “En los anteriores términos, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios.” (C-175 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

⁶³ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

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

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

“[...] una interpretación de los diversos artículos pertinentes de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas basada en el propósito de dichos artículos, teniendo en cuenta otros instrumentos internacionales y la jurisprudencia conexas, conduce a la siguiente conclusión sobre el ámbito de aplicación del deber de celebrar consultas: es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas”.⁶⁴

22. De la exposición realizada hasta este punto se desprenden entonces diversos estándares para la determinación de la afectación directa. (i) De los fallos de revisión de tutela y unificación reiterados en el acápite precedente, se desprende que la *afectación directa* hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas; a su turno, las sentencias de constitucionalidad recién reiteradas plantean como supuestos de afectación directa, (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una

⁶⁴ Ver, Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, (A/HRC/12/34. 15 de julio de 2009). Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo.

comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica. Finalmente, (iv) el Relator de las Naciones Unidas sobre la situación de derechos de los indígenas plantea que la afectación directa consiste en una incidencia *diferencial* de la medida frente a los pueblos indígenas y en comparación con el resto de la población.

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

Participación, consulta previa y consentimiento desde el punto de vista del principio de proporcionalidad.

23. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del pueblo Saramaka contra el Estado de Surinam (citada), señaló que en aquellos supuestos en que el Estado pretenda implantar una medida que afecte especialmente el derecho territorial de un pueblo indígena debe obtener su consentimiento previo.

24. La Corte Constitucional colombiana, en las sentencias [T-769 de 2009](#)⁶⁵ (relativa a la explotación minera en territorios colectivos de diversos resguardos ubicados entre los departamentos de Chocó y Antioquia) y [T-129 de 2011](#)⁶⁶ (caso en el que se estudió la presunta violación al derecho a la consulta de la comunidad de Pescadito y el resguardo de Chidima-Tolo, previa la implantación de diversas medidas de desarrollo, como la construcción de una carretera y el proyecto de conexión eléctrica entre Colombia y Panamá) efectuó similares consideraciones, explicando que, en aquellos eventos en que se presente una afectación especialmente intensa al territorio colectivo, el deber de asegurar la participación de la comunidad indígena no se agota en la consulta, sino que es precisa la obtención del consentimiento libre, informado y expreso como condición de procedencia de la medida. Así lo expresó la Corporación:

“[...] esta corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el

⁶⁵ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁶⁶ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea.”⁶⁷

25. En ese orden de ideas, en las sentencias citadas (T-769 de 2009 y [T-129 de 2011](#)⁶⁸), la Corporación estableció que si bien el deber general del Estado en materia de consulta previa consiste en asegurar una participación activa y efectiva de las comunidades con el objeto de obtener su consentimiento, cuando se la medida representa una afectación intensa del derecho al territorio colectivo, es obligatoria la obtención del consentimiento de la comunidad previa la implantación de la medida, política, plan o proyecto.

El Ministerio del Interior y el apoderado de la Muriel Mining Co. interpusieron incidente de nulidad de nulidad contra la sentencia [T-769 de 2009](#), considerando que la Corporación habría modificado su jurisprudencia al introducir el concepto de consentimiento previo, libre e informado. La Sala Plena negó el incidente y aclaró que el consentimiento hace parte de las reglas sobre consulta previa, pues así se desprende del Convenio 169 de la OIT y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, explícitamente citada en aquella oportunidad⁶⁹.

26. La Sala estima que una adecuada comprensión de las reglas sobre el consentimiento requiere algunas consideraciones adicionales, que se dirigen a interpretar las diferentes disposiciones del Convenio 169 de 1989, la Constitución Política y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas a partir del principio de proporcionalidad.

27. En tal sentido, según se expresó al inicio de este acápite, la consulta previa no es una garantía aislada que se agote en el mínimo previsto por el artículo [330](#) de la Constitución Política, sino un derecho fundamental de los pueblos indígenas, normativamente complejo (es decir, compuesto por diversas facetas jurídicas), con consecuencias de la mayor relevancia para la preservación de las culturas ancestrales, en tanto manifestación de los principios y derechos de

⁶⁷ Estos fueron los fundamentos de la decisión: “Sin embargo, es importante precisar que antes de realizarse dicha consulta previa, esta corporación señala que el Ministerio de Medio Ambiente, deberá realizar un estudio detallado frente a la explotación y exploración de la naturaleza en los territorios nativos, y así verificar dos aspectos: i) si existe una vulneración de los derechos de los indígenas y afrodescendientes en su territorio; y ii) determinar el impacto ambiental que se genera en dichas zonas. Por ende, si esa cartera informa al ministerio del Interior y de Justicia que no se cumple algunos de estos dos requisitos, ello será vinculante y el Ministerio del Interior y de Justicia no podrá iniciar la consulta previa” (T-129 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

⁶⁸ Magistrados ponentes: Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Iván Palacio Palacio, respectivamente.

⁶⁹ Ver auto 053 de 2012 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

participación y autodeterminación y medio imprescindible para articular a las comunidades indígenas a la discusión, diseño e implementación de medidas que les atañen y evitar así que sus prioridades sean invisibilizadas por el grupo social mayoritario.

28. Con el fin de comprender de mejor manera el alcance de este derecho fundamental y las obligaciones estatales correlativas, es oportuno recordar que la consulta refleja un equilibrio o ponderación entre el interés general, representado en los proyectos o medidas que potencialmente pueden incidir en los derechos de los pueblos indígenas, y el goce efectivo de estos últimos, particularmente, en materia de autodeterminación, autonomía, territorio, recursos y participación⁷⁰.

29. La ponderación, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y la doctrina autorizada sobre la aplicación y límites de los derechos constitucionales, se identifica con el principio de proporcionalidad estricta, pues se concreta en determinar si la eficacia que se pretende alcanzar frente a un derecho o principio justifica una restricción de otro principio constitucional determinado.

La consulta es entonces un balance adecuado para ese potencial conflicto en la mayoría de los casos. El consentimiento expreso, libre e informado, sin embargo-y siempre dentro de la lógica de la proporcionalidad-, es un balance constitucionalmente diverso, en el cual los derechos de los pueblos indígenas obtienen una garantía reforzada, debido a que la medida bajo discusión puede afectar más intensamente sus derechos.⁷¹

30. Pero, por otra parte, la Corte Constitucional ya había evidenciado la importancia de la proporcionalidad al determinar el alcance del derecho a la consulta previa, refiriéndose al alcance normativo del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT. Así, en sentencia de constitucionalidad [C-030 de 2008](#), la Sala Plena expresó que (i) la consulta previa procede frente a *afectaciones directas* de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, en virtud del inciso 1º (literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, mientras que (ii) cuando se presente una incidencia de menor entidad, es decir, *indirecta* de los derechos de la comunidad, deben garantizarse espacios adecuados de participación para las comunidades afectadas, al menos de igual naturaleza a los que tiene el resto de la población a disposición.

Es decir, que de acuerdo con el artículo 6º del Convenio de la OIT, existe un derecho fundamental a la consulta previa frente a medidas que comportan la afectación directa de los pueblos indígenas o comunidades afrocolombianas; y

⁷⁰ Este aspecto fue ampliamente explicado en la sentencia [SU-383 de 2003](#) (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

⁷¹ Sentencia [T-129 de 2011](#) (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), ya citada: “(...) no se puede obligar a una comunidad étnica a renunciar a su forma de vida y cultura por la mera llegada de una obra de infraestructura o proyecto de explotación y viceversa. En virtud de ello, en casos excepcionales o límite los organismos del Estado y de forma residual el juez constitucional, si los elementos probatorios y de juicio indican la necesidad de que el consentimiento de las comunidades pueda determinar la alternativa menos lesiva, así deberá ser”.

un derecho de participación para medidas que inciden directamente en tales comunidades.

31. Con base en las consideraciones previas se puede concluir, 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.

Bajo criterios similares, ha expresado el Relator de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos de los indígenas:

“47. Necesariamente, la solidez o importancia de la finalidad de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses indígenas que estén en juego. Un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas. En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas. La Declaración reconoce dos situaciones en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, fuera de la obligación general de que las consultas tengan por finalidad procurar el consentimiento. Esas situaciones incluyen el caso en que el proyecto dé lugar al traslado del grupo fuera de sus tierras tradicionales y los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas (arts. 10 y 29, párr. 2, respectivamente).”⁷²

32. Ahora bien, según lo planteó la Sala Quinta en sentencia [T-129 de 2011](#), la regla del consentimiento genera cierta “resistencia”. Al parecer, esa resistencia obedece a que podría resultar 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

⁷² “[...] El Relator Especial lamenta que en muchas situaciones el debate sobre el deber de celebrar consultas y el principio conexo del consentimiento libre, previo e informado se haya planteado en torno a si los pueblos indígenas tienen o no un poder de veto que pueden esgrimir para detener los proyectos de desarrollo. El Relator Especial considera que plantear de esa manera el debate no se ajusta al espíritu ni al carácter de los principios de consulta y consentimiento según se han desarrollado en las normas internacionales de derechos humanos y se han incorporado en la Declaración.” (Naciones Unidas. A/HRC/12/34. 15 de julio de 2009).

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 misma⁷³.

33. 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.

Como se sabe, cualquier medida a adoptar en el Estado Constitucional de Derecho, es legítima sólo si respeta los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Pues bien, una medida que afecta gravemente intereses y derechos protegidos de las comunidades originarias y se pretende implantar sin la aceptación expresa y libre del pueblo interesado, resulta abiertamente irrazonable, puede afectar desproporcionadamente derechos y principios constitucionales y puede, por lo tanto, ser objeto de control judicial de carácter constitucional.

Por ello, en los eventos en que se aplica la regla del consentimiento, adoptar cualquiera de las medidas que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos han identificado como potenciales causantes de una afectación demasiado intensa de los derechos de los pueblos indígenas sólo es razonable y, por lo tanto, constitucionalmente válido, si se cuenta con el consentimiento previo, libre e informado del pueblo interesado.

34. El consentimiento, libre, expreso e informado, como garantía reforzada del derecho general de participación de las comunidades indígenas, debe producirse al terminar un procedimiento consultivo. Por ello, las reglas de la consulta son también aplicables en estos eventos, pero es importante destacar que algunas adquieren mayor trascendencia, pues son condición de que este sea *libre e informado*. Entre esas medidas, deben mencionarse: (i) la realización del procedimiento consultivo con representantes legítimos de la comunidad; (ii) la realización de estudios de impacto ambiental y social y su apropiada divulgación y discusión con las comunidades concernidas; (iii) la concertación con las comunidades sobre la participación (utilidad) en los beneficios derivados del proyecto.

⁷³ 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.

35. Nuevamente, desde el otro extremo del ámbito de protección de la consulta previa, la *participación* frente a medidas que no afectan directamente a los pueblos indígenas pero que, por cualquier otro motivo les interesan (o garantía de *simple participación*, según se ha propuesto) ha recibido especial atención en dos casos recientes, fallados por la Sala Séptima, en los que se evidenció la afectación de grupos vulnerables por las políticas de desarrollo y manejo del espacio público del Distrito Turístico de Cartagena.

36. Así, en sentencia [T-244 de 2012](#), la Corporación se refirió a la afectación de personas que ejercían el comercio informal en el mercado de Bazurto de la ciudad de Cartagena, quienes fueron desalojados en el marco de políticas del Distrito asociadas a la recuperación del espacio público. De acuerdo con los antecedentes del caso, el Distrito de Cartagena adelantó algunas actuaciones para identificar a los vendedores ambulantes que se verían afectados por la medida, pero no involucró a todos los sectores vulnerables interesados, con el propósito de que ejercieran su derecho a la participación. Concretamente, no vinculó a “patinadores”, vendedores de camas y colchones, que eran los tutelantes dentro del trámite. Esa decisión produjo un desplazamiento de su área de trabajo y una afectación conexas a su derecho fundamental al mínimo vital.

En el presente caso, la Sala evidencia que la autoridad competente debió haber realizado un análisis más detallado de todas las personas o grupos que iban a ser impactados con la puesta en marcha de la política de recuperación del espacio público, amparados por lo que consideró “confianza legítima”, para implementar el sistema de transporte masivo en la ciudad de Cartagena. Dicho análisis no sólo debió cobijar a los ocupantes del espacio público sino también a todas las personas que pudieran resultar afectadas con una restricción seria de sus derechos, en particular, aquellas personas o grupos en situación de vulnerabilidad en razón a su situación de pobreza o precariedad económica. En otras palabras, debió propender por la realización efectiva de los derechos de quienes iban a sufrir un impacto negativo por la construcción de la mega obra en el sector, especialmente, las garantías al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas. Como arriba se expuso, la situación de vulnerabilidad tiene que ver con barreras sociales, culturales, económicas y otras, que le son impuestas al individuo desde afuera y que le impiden velar por su propio desarrollo y el de su familia. En el caso de los accionantes, puede evidenciarse un estado de vulnerabilidad ante el riesgo que corren de ser lesionados por cambios externos, teniendo en cuenta que **(i)** los actores describen la labor que desempeñan como “patinadores” por el “lado de las camas y colchones”; **(ii)** la obra de infraestructura que se realizará en la ciudad de Cartagena implica la adquisición de los predios en donde están ubicados los establecimientos de comercio dedicados a esta actividad; **(iii)** no hay evidencia que permita colegir que en aquellos casos en los cuales los establecimientos de comercio sean reubicados también lo serán las personas que ejercen esta actividad; por todo lo anterior, se concluye que su actividad fue o

está en riesgo de ser gravemente restringida, situación que repercutirá en sus ingresos económicos y los situará en una circunstancia de mayor vulnerabilidad. El anterior hecho debió ser analizado por las autoridades municipales así como lo hizo frente a otra población vulnerable dedicada al comercio informal, máxime si se tiene en cuenta, como lo informa la propia administración, que la labor de "patinadores" es un oficio mal remunerado que incluso califica como una relación laboral precaria. Es decir, la administración tenía conocimiento de la existencia de estos comerciantes y de la precariedad de su actividad, y los excluyó de manera deliberada. En este orden de ideas, esta Sala debe advertir que en las políticas de recuperación del espacio de uso público, y en general en los proyectos de renovación urbana, la autoridad municipal no sólo debe proteger los derechos de las personas que ocupan el espacio público y que están amparadas por el principio de confianza legítima, sino que está en la obligación de proteger los derechos de todas las personas que pudieran resultar afectadas con la puesta en marcha de dicha política, con mayor razón a las **personas en situación de vulnerabilidad**. Lo anterior, no significa que todas las personas deban ser indemnizadas o incluidas en programas de reubicación, pero sí se deben adoptar diferentes medidas de compensación según el grado de afectación y, con participación de la comunidad.

Posteriormente, en la sentencia [T-348 de 2012](#), también proferida por la Sala Séptima, la Corte se pronunció sobre la afectación sufrida por una comunidad de pescadores, con ocasión de las obras del sistema de transporte público de la ciudad, en el sector de Crespo.

En esa oportunidad, la Corte destacó que (i) si bien la comunidad tutelante no tenía las características de un grupo tribal, sí planteaba un grado de diversidad étnica, derivado de un modo de vida construido en torno a la pesca tradicional; (ii) esa actividad constituía, además, un medio esencial para el ejercicio y goce de los derechos a escoger libertad y oficio, el trabajo, y el mínimo vital de la comunidad; (iii) si bien los peticionarios no habitaban el sector ocupado por la obra (¿bien de uso público?), la construcción del tramo del sistema de transporte masivo, sí los afectó seriamente; (iv) esa afectación, en buena medida, se produjo porque las autoridades públicas competentes no aseguraron la participación de la comunidad de pescadores, impidiendo así que el grupo tutelante presentara su punto de vista sobre las consecuencias del proyecto en su modo de vida y en los derechos fundamentales previamente citados. (v) El proyecto en construcción, por su dimensión, afectaba la vida marítima. Es decir, el medio ambiente y el *espacio vital* de la comunidad.

Por lo tanto, (vi) la Sala Séptima decidió tutelar el derecho a la participación de las comunidades tutelantes. El alcance concreto de la protección consistió en la concertación de medidas adecuadas de compensación entre los afectados y el Distrito adecuadas y acordes con el ejercicio de la pesca artesanal como actividad de sustento.

“En virtud de lo anterior, la Sala debe negar el amparo solicitado respecto al derecho fundamental a la consulta previa, por cuanto los integrantes de ASOPESCOMFE no hacen parte de pueblos indígenas o tribales, o comunidades afrodescendientes. También desestimará la pretensión de la Asociación sobre la indemnización económica, puesto que es improcedente vía el amparo constitucional. Sin perjuicio de ello, la Sala considera que las entidades demandadas sí vulneraron los derechos fundamentales a la participación, al trabajo, a la libre escogencia de oficio y a la alimentación de ASOPESCOMFE, por las razones antes expuestas. En consecuencia ordenará al Consorcio Vía al Mar, teniendo en cuenta los impactos actuales de las actividades de obra en el proyecto, garantizar espacios de concertación con la Asociación en los que se tengan en cuenta sus opiniones, así como diseñar en conjunto con sus integrantes, las medidas de compensación, las cuales deberán ser acordes con la calidad del oficio desarrollado como pescadores artesanales y no necesariamente de naturaleza económica. De la misma manera, la Sala es consciente que la ciudad de Cartagena, actualmente se encuentra desarrollando proyectos de infraestructura vial y turística, y que al mismo tiempo, es una de las ciudades de Colombia en que la población de más bajos recursos recurre al oficio de la pesca. Por ello, advertirá a las autoridades competentes, sobre todo a la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, que en futuros proyectos de infraestructura que intervengan las áreas de pesca en las playas, a pesar de que se trata de bienes de uso público, garantice espacios de concertación entre el constructor y la comunidad pesquera, para que se adopten medidas adecuadas y conforme a un estudio de impacto nativo”.

Estos casos demuestran cómo el ejercicio del derecho de *simple participación* es una condición para que determinadas decisiones estatales no conlleven la afectación de grupos especialmente vulnerables. En esos eventos, no se trataba de afectaciones al territorio colectivo de comunidades indígenas, ni del desconocimiento de derechos cuya titularidad radica únicamente en este tipo de grupos, sino de la adopción de medidas de interés para una ciudad, adoptadas sin la contribución, cooperación y participación activa y efectiva de los grupos vulnerables afectados.

Por ese motivo, la Corporación no defendió la existencia de un derecho a la consulta *previa* para comunidades que no poseen diversidad étnica y cultural, sino que consideró imprescindible la existencia de un diálogo que consultara los intereses constitucionales de todas las partes afectadas por esas decisiones, asociadas al desarrollo del Distrito y a las políticas públicas de conservación del espacio público. Tratándose de grupos vulnerables que no defendían derechos territoriales, ni su integridad étnica, la Sala Séptima estimó que las medidas de protección adecuadas, tomando en cuenta el nivel de avance de los proyectos adelantados por el Distrito se concretaba en la

concertación de las medidas de compensación entre las autoridades y las comunidades o grupos vulnerables afectados.

La solución constitucional al conflicto entre la preservación del espacio público y el derecho al trabajo de los comerciantes informales. La aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad y el principio de confianza legítima como herramienta de análisis de esas medidas.

37. La jurisprudencia de esta Corporación ha abordado en amplio número de pronunciamientos problemas relacionados con la recuperación del espacio público. Esos fallos se han construido principalmente en el escenario de la afectación del derecho al trabajo de personas dedicadas al comercio informal (vendedores ambulantes);⁷⁴ dado que, como se expresó en la sentencia [T-729 de 2006](#), la discusión constitucional en la materia se encuentra plenamente desarrollada, la Sala efectuará una breve reiteración, basándose en las sentencias [SU-360 de 1999](#)⁷⁵, [T-772 de 2003](#)⁷⁶ y [T-729 de 2006](#)⁷⁷.

38. De acuerdo con lo expresado en la sentencia [SU-360 de 1999](#)⁷⁸, el espacio público se define como el *"conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza y por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes."*⁷⁹ En ese sentido, los dos elementos que caracterizan el

⁷⁴ El problema jurídico planteado presenta similitudes con esos asuntos, aunque también posee características especiales, como será explicado al analizar el caso concreto. Las decisiones que ha adoptado la Corte, entonces, no constituyen un precedente que cubra de manera evidente el asunto estudiado en esta oportunidad. Las reglas de decisión y los criterios de interpretación sentados en la línea jurisprudencial sí brindan en cambio un marco normativo adecuado para la solución del problema jurídico planteado.

⁷⁵ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁷⁶ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷⁷ M.P. Jaime Córdoba Triviño. Estos fallos, a su vez, han sido reiterados en numerosas oportunidades, entre las que cabe destacar las sentencias [T-773 de 2008](#) (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), en el que se analizó el caso de una ciudadana que afirmaba ser propietaria de una carretilla destinada a la venta de verduras en el comercio y quien afirmaba que, en un tiempo reciente a la interposición de la tutela, la Alcaldía de La Dorada habría ejercido la fuerza contra ella y decomisándole las verduras o la carreta y en la sentencia [T-053 de 2008](#) (M.P. Rodrigo Escobar Gil) en la que se concedió el amparo a una mujer que laboraba en un quiosco de la empresa Coca-Cola que iba a ser demolido o retirado de la vía con el propósito de la construcción de la vía del transporte masivo de la ciudad de Cali. En relación con la aplicación del principio frente a derechos diversos al trabajo, eventualmente afectados por la recuperación del espacio público, cfr. la sentencia [T-034 de 2004](#) (M.P. Jaime Córdoba Triviño), en la que la Corporación se ocupó del caso de una señora que con su familia habitó un predio por más de 29 años, pagando impuestos y servicios públicos. A partir de una acción popular que ordenó a la Administración recuperar el humedal "Madre Vieja", la Administración inició un proceso de restitución del inmueble para que desalojara su casa. LA Corte ordenó la reubicación de la peticionaria, previo el desalojo.

⁷⁸ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁷⁹ Sentencia [SU-360 de 1999](#) (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y [Ley 9ª de 1989](#), Por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones.

espacio público son su afectación al interés general y su uso por parte de la colectividad.

Con el fin de preservar esos atributos, la Constitución Política y la Ley les atribuye a los bienes de uso público el carácter de inembargables, imprescriptibles e inalienables, excluyendo el ejercicio del derecho de dominio sobre los mismos.⁸⁰ En relación con las medidas de preservación del espacio público, explicó la Corporación en el fallo de unificación citado (SU-360 de 1999), que un manejo adecuado del mismo no sólo redundaría en beneficio de los intereses colectivos, sino que incide directamente en el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de locomoción y la libertad personal⁸¹.

⁸⁰ *“En ese orden de ideas, los bienes de uso público son entendidos por la legislación colombiana como inalienables, imprescriptibles e inembargables (artículo 63 de la C.P.), lo cual implica que en virtud de su esencia son inapropiables, pues están destinados al uso público y cualquier acto de comercio podría vulnerar el fin para el cual han sido concebidos. La inalienabilidad nació en el siglo pasado y apareció como una regla de origen consuetudinario o jurisprudencial. Ella, junto con la imprescriptibilidad, son medios jurídicos a través de los cuales se tiende a hacer efectiva la protección de los bienes de uso público, a efectos de que ellos cumplan el “fin” que motiva su afectación (Marienhoff). Por las razones anteriores, ningún particular puede considerar que tiene derechos adquiridos sobre los bienes de uso público y tampoco podría alegar una posible prescripción adquisitiva de dominio sobre ellos. En efecto, estos bienes están fuera de todas las prerrogativas del derecho privado. En el mismo sentido, la entrega en arrendamiento a personas naturales o jurídicas de carácter privado de instalaciones públicas, destinadas por ejemplo, a la recreación o deporte, no sustrae tales bienes de la calidad de “áreas de espacio público, ni de los límites que por ese motivo les atribuye la ley. En consecuencia, y tal como se ha dicho, “los derechos y los intereses privados, sea cual fuere su origen (la ley, la concesión, el acto administrativo, etc.) si entran en conflicto con el interés público, deben subordinarse a éste.” [SU-360 de 1999](#).*

⁸¹ *“[...] el trastorno del espacio público ocasionado por un particular o por la actuación de autoridades no competentes puede llegar a vulnerar no solo derechos constitucionales individuales de los peatones y aspiraciones colectivas de uso y aprovechamiento general, sino también la percepción de la comunidad respecto de las áreas a las que tiene acceso libre y a las que no lo tiene. En efecto, algunos estudios y estadísticas sugieren que los actos de perturbación que ocurren en un sitio público, posiblemente afectan a miles de personas por hora. Los ciudadanos, entonces, a mayor desorden en las áreas comunes, tienen la tendencia de disminuir su acceso a ellas, generando en consecuencia un detrimento de esas mismas localidades y una disminución en su utilización por parte de la sociedad en general. En ese orden de ideas, las reglas diseñadas para la preservación del espacio público, desde que sean razonables, no pueden ser consideradas como un impedimento para la libertad de las personas sino la base misma de esa libertad, extendida y articulada para todos. En consecuencia los ciudadanos deben sujetarse a los mandamientos constitucionales y legales que regulan el debido aprovechamiento del espacio público, como parte de su responsabilidad con la comunidad y de sus deberes constitucionales. Por ende, una “sociedad liberal que aspire a asegurar la igualdad de oportunidades para todos y una política universal de participación, debe presumiblemente darle la posibilidad a cada individuo de hacer uso de todos los espacios necesarios para circular libremente y transportarse, así como de todos los espacios públicos abiertos.” La Corte constitucional ha advertido, en consecuencia, la legitimidad de las conductas tendientes a tratar de proteger el espacio público y el legítimo interés de las ciudades, de proteger los derechos y los intereses de la colectividad y en*

39. Como constató la Corte en los pronunciamientos reiterados, las limitadas condiciones de acceso al derecho fundamental al trabajo en el país han llevado a que, frecuentemente, el espacio público sea utilizado por personas que, inmersas en una difícil situación económica y ante la imposibilidad de acceder a un puesto de trabajo formal, lo ocupan con el fin de ejercer labores comerciales de diversa índole.

La vulnerabilidad o debilidad económica que suele acompañar esa ocupación; la relevancia del derecho al trabajo y la solidaridad, ambos, principios fundantes del Estado; la adopción del Estado Social de Derecho como fórmula política por el constituyente de 1991 y el papel central que ocupa en ese arreglo político el principio de igualdad material permiten apreciar todas las aristas del conflicto.⁸²

40. A partir de lo expuesto se configura entonces una tensión entre intereses o principios constitucionalmente protegidos. De una parte, el interés general representado en el aprovechamiento colectivo del espacio público, así como los derechos asociados a una adecuada conservación del mismo, entre los que la Corte destacó la libertad de locomoción y la seguridad personal; y de otra, el derecho al trabajo de personas vulnerables que-en la mayoría de los casos-enfrentan barreras para el ejercicio de un empleo formal, situación que debe abordarse bajo la perspectiva de los principios de Estado Social de Derecho e igualdad material⁸³.

41. En términos generales, la solución a ese conflicto ha girado en torno a las siguientes premisas: las autoridades tienen la facultad y la obligación de adoptar medidas tendientes a la recuperación del espacio público para el uso colectivo y en defensa del interés general. Sin embargo, su actuación debe ajustarse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; respetar

especial de los peatones. Así las cosas, la función de regular el uso del suelo y del espacio público corresponde a una verdadera necesidad colectiva y, por tanto, no es apenas una facultad sino un deber de prioritaria atención.” (SU-360 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

⁸² En sentencia [T-772 de 2003](#) (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte analizó un caso en el cual, además del desalojo de un vendedor informal del espacio público, la policía desconoció gravemente su derecho al debido proceso, le decomisó sus medios de subsistencia, en medio de maltratos verbales y físicos. En ese escenario comenzó la Corporación por explicar *in extenso* la importancia de implementar cualquier acción de recuperación al espacio público a la luz de los principios de Estado Social de Derecho e igualdad material.

⁸³ “Adicionalmente, las repercusiones pueden ser no sólo colectivas, sino también privadas, y acarrear la vulneración del derecho a la libertad de locomoción de los transeúntes al cual alude el artículo 24 de la Carta, en cuanto se impide a las personas transitar en espacios que, por su carácter público, deben ser accesibles para todos los miembros de la comunidad en igualdad de condiciones. También se puede infringir *“el derecho a la seguridad personal de los peatones y vehículos que se sirven de esos bienes públicos que son las vías, parques, aceras, etc. y el muy importante interés de los comerciantes aledaños que no solamente pagan sus impuestos, utilizan los servicios públicos domiciliarios y cumplen la ley, sino que también representan una actividad económica garantizada igualmente por la Constitución (art. 333 y ss. C.N.) y, como si fuera poco, dan trabajo y son el resultado de esfuerzos personales a veces muy prolongados.”*

plenamente el debido proceso y basarse en la aplicación del principio de confianza legítima. A continuación se exponen las *subreglas* desarrolladas por la jurisprudencia constitucional al respecto.

42. Las actuaciones administrativas que persiguen la preservación del espacio público no deben afectar injustificadamente los derechos de las personas que lo utilizan para satisfacer derechos constitucionales. En ese sentido, la evaluación de las circunstancias concretas en las que se aplican y la situación real de los afectados a la luz de los principios de Estado Social de Derecho e igualdad material, constituye una obligación imperiosa de las autoridades. Al respecto, en la citada sentencia [T-772 de 2003](#) (M.P. Manuel José Cepeda), explicó la Corte:

“(…) las políticas, programas o medidas estatales cuya ejecución se convierta en una fuente de pobreza para los afectados, y que no prevean mecanismos complementarios para contrarrestar en forma proporcionada y eficaz dichos efectos negativos, resultan injustificables a la luz de las obligaciones internacionales del país en materia de promoción de los derechos económicos, sociales y culturales, así como a la luz del principio constitucional del Estado Social de Derecho y sus diversas manifestaciones a lo largo de la Carta⁸⁴. Por lo mismo, el diseño y la ejecución de tales políticas, programas o medidas constituyen, *prima facie*, un desconocimiento del deber estatal de erradicar las injusticias presentes y mejorar las condiciones de vida de la población, dado su carácter intrínsecamente regresivo, que no encuentra soporte alguno en el marco del orden constitucional instaurado en Colombia a partir de 1991.

Por lo anterior, las políticas públicas, programas o medidas diseñadas y ejecutadas por las autoridades de un Estado Social de Derecho, han de partir de una evaluación razonable y cuidadosa de la realidad sobre la cual dichas autoridades efectuarán su intervención, y formularse de manera tal que atiendan a los resultados fácticos derivados de la evaluación en cuestión [...] En otras palabras, al momento de su formulación y ejecución, se deben haber estudiado, en lo que sea técnicamente posible, todas las dimensiones de dicha realidad que resultarán afectadas por la política, programa o medida en cuestión, incluida la situación de las personas que verán sus derechos severamente limitados, a quienes se deberá ubicar, por consiguiente, en una posición tal que no queden obligados a soportar una carga pública desproporcionada; con mayor razón si quienes se encuentran afectados por las políticas, programas o medidas pertinentes están en situación de especial vulnerabilidad y debilidad por sus condiciones de pobreza o precariedad económica: frente a estas personas o grupos se deberán adelantar, en forma simultánea a la

⁸⁴ Ver sentencia [C-1064 de 2001](#), MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.

ejecución de la política en cuestión, las medidas necesarias para minimizar el daño recibido, de tal manera que se respete el núcleo esencial de su derecho al mínimo vital y a la subsistencia en condiciones de dignidad”.

43. La atención al contexto social en que se desarrollan las políticas de recuperación del espacio público y la identificación de los derechos e intereses constitucionales en conflicto son imprescindibles no sólo para evaluar el impacto de la medida sino para establecer el alcance de los medios de protección de personas y grupos vulnerables que puedan verse afectados por esta.

44. El respeto por el debido proceso asegura que el trámite se ajuste a parámetros legales previamente establecidos y proscribire cualquier tipo de arbitrariedad o abuso por parte de los órganos encargados del diseño o adopción de políticas y normas destinadas a la recuperación del espacio público, y de las autoridades de policía que intervengan en su ejecución.

45. El principio de confianza legítima ha sido utilizado por la Corte como parámetro cardinal de identificación de las situaciones y sujetos cuyos intereses deben ser protegidos en el marco de las políticas, medidas o normas asociadas a la recuperación del espacio público, aspecto a tratar en los siguientes considerandos.

46. El citado principio es una concreción del principio constitucional de buena fe y se deriva, así mismo, de la seguridad jurídica y el respeto por el acto propio. Sin embargo, posee un contenido normativo propio y su aplicación en el ámbito de las medidas de recuperación del espacio público se guía por reglas concretas ya depuradas por la jurisprudencia constitucional en las sentencias que se reiteran.

47. De acuerdo con el artículo [83](#) de la Constitución Política, las actuaciones de particulares y autoridades públicas deben adelantarse de buena fe, concepto que ha sido entendido por este Tribunal como *"una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico"*.⁸⁵ La buena fe posee entonces un contenido axiológico en tanto se identifica con valores morales como la lealtad y la honestidad; pero es además un principio jurídico, elevado a norma constitucional en la Carta de 1991, que opera como eje cardinal de las relaciones entre los ciudadanos y la Administración.

⁸⁵ Sentencia [C-131 de 2004](#) y [C-1094 de 2004](#). En la sentencia [C-131 de 2004](#), la Corte declaró la exequibilidad del artículo 51 de la [Ley 769 de 2002](#), por medio de la cual se dispuso la obligación de realizar cada dos años la revisión técnico mecánica de los vehículos de servicio público. En la sentencia [C-1094 de 2004](#), la Corte declaró la exequibilidad del numeral segundo del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, por medio del cual se regula la caducidad de la acción de reparación directa.

48. La confianza legítima se deriva de la seriedad que caracteriza las actuaciones del Estado cuando se adelantan con apego al principio de buena fe y se traduce en la expectativa del ciudadano en el sentido de que la administración mantendrá un curso de conducta previamente evidenciado a partir de actuaciones u omisiones de las autoridades. En ese orden de ideas, ha sostenido la Corporación, el principio se orienta a proteger "*expectativas razonables, ciertas y fundadas que pueden albergar los administrados con respecto a la estabilidad o proyección futura de determinadas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto*"⁸⁶. Contrario sensu, el principio no ampara esperanzas puramente subjetivas o construidas sobre comportamientos de carácter evidentemente doloso o culposo, ni se aplica cuando la administración ha establecido previamente la posibilidad de modificar una actuación propia o cuando se persigue la protección de un derecho adquirido.⁸⁷

49. En los casos relativos a la ocupación del espacio público por parte de comerciantes informales, la Corte ha utilizado el principio de confianza legítima como una herramienta para conciliar el conflicto entre interés general y derecho individual al trabajo, estableciendo límites a las actuaciones estatales en las operaciones de recuperación del espacio público, y ordenando la previsión de períodos de transición para disminuir las repercusiones de los cambios en posiciones jurídicas determinadas.⁸⁸

50. Siguiendo la sentencia [T-729 de 2006](#)⁸⁹, la aplicación del principio en el escenario objeto de estudio (i.e. la recuperación del espacio público cuando es ocupado por vendedores informales), depende de la concurrencia de los siguientes elementos: (i) la existencia de una actuación administrativa originada en la necesidad perentoria de preservar el interés público, lo que se concreta en la obligación estatal de proteger la integridad del espacio público y los derechos constitucionales vinculados a su protección; (ii) la evidencia de que esa medida (norma, política pública o actuación) producirá la desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre administración y los ciudadanos, aspecto connatural al conflicto entre espacio público y derechos de los vendedores informales; (iii) la presencia de comerciantes informales que hayan ejercido esa actividad con anterioridad a la decisión de la administración de recuperar el espacio público por ellos ocupado y que dicha ocupación haya sido consentida por las autoridades correspondientes. Siempre que ello ocurra, surge (iv) la obligación de adoptar

⁸⁶ VALBUENA HERNANDEZ, Gabriel. *La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*. Universidad Externado de Colombia. 2008. Pg 152.

⁸⁷ Sentencia [C-131 de 2004](#).

⁸⁸ Sentencia [T-438 de 1996](#). Caso en el que se analiza la tutela instaurada por varias personas en Barranquilla, a los cuales la Administración les había permitido establecer "colmenas" o estaciones de venta en la plaza de mercado desde 1977. En 1996 la Administración emitió una resolución ordenando la demolición de las "colmenas". Los accionantes solicitan la protección al derecho al trabajo, a la propiedad, a la posesión, al debido proceso y a la vivienda. En el presente caso la Corte tuteló el debido proceso de los accionantes, en el sentido que no se puede surtir un desalojo sin los previos trámites legales y los respectivos planes de reubicación.

⁸⁹ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

medidas por un periodo transitorio que adecúen la actual situación a la nueva realidad, deber que la jurisprudencia constitucional relaciona con el diseño e implementación de políticas razonables, dirigidas al otorgamiento de alternativas económicas que garanticen la subsistencia de los afectados con las medidas de restitución del espacio público.

51. Dentro de las medidas de transición ordenadas por la Corte en aras de proteger la legitimidad de la confianza legítima del administrado, se encuentran (i) el diseño de planes razonables de reubicación⁹⁰, (ii) la adjudicación de subsidios familiares de vivienda, (iii) la creación de programas de formación para que las personas desalojadas puedan desempeñarse en otra actividad económica, (iv) el acceso a créditos blandos y a insumos productivos, (v) el reconocimiento y pago de las mejoras⁹¹ hechas sobre el espacio que se debe restituir, lista que no puede considerarse cerrada o taxativa, en virtud de la obligación de evaluar la situación específica de cada afectado, ya mencionada.

52. En relación con la buena fe del afectado como requisito de aplicación de la confianza legítima, en las sentencias [SU-360 de 1999](#) y [SU-601A de 1999](#)⁹² la Corte ha sostenido que debe probarse que la Administración consintió o aceptó la actuación que genera las expectativas justificadas del actor. En el caso de los vendedores ambulantes, la jurisprudencia ha reconocido como prueba de la legitimidad de la confianza-del consentimiento de la administración y de la buena fe del interesado-los carnés⁹³ de vendedores ambulantes, las licencias y permisos expedidos por parte de la administración, los acuerdos entre la administración y los vendedores o sus representantes gremiales, los pronunciamientos o la normatividad expedida por los Concejos Municipales o de las Juntas Administradoras Locales que se refieran a los vendedores ambulantes⁹⁴ y, así mismo, el pago de impuestos⁹⁵, los recibos de pago de servicios públicos correspondientes a las estructuras donde funciona el comercio informal, e incluso la tolerancia continuada de las autoridades, posibilidad expresamente prevista en la sentencia de unificación [SU-360 de 1999](#), siempre que esta no obedezca a actuaciones dolosos de quien pretende

⁹⁰ Sentencias [T-225 de 1992](#), [T-115 de 1995](#), [T-372 de 1993](#), entre otras.

⁹¹ Sentencia [T-034 de 2004](#) y [T-210 de 2010](#).

⁹² En esta sentencia se estudiaron varios expedientes acumulados de vendedores estacionarios de diferentes localidades de la ciudad de Bogotá, del Municipio de Villavicencio, del Municipio de Armenia, del Municipio de Garzón (Huila), del Municipio de Chinchiná (Caldas), del Municipio de Cali, que buscaban que se tutelara el de confianza legítima, el cual alegan fue vulnerado por la administración cuando los desalojó desempeñaban sus labores con el fin de proteger el espacio público.

⁹³ En la sentencia [SU-360 de 1999](#) se establece que la existencia de un carné que reconozca a la persona como vendedor ambulante, expedido por la administración, es una prueba concluyente de que el vendedor está de buena fe en su oficio, sin embargo, la providencia es enfática en que no es la única prueba de la existencia de confianza legítima entre los vendedores ambulantes y la Administración

⁹⁴ En la sentencia [SU-360 de 1999](#), la Corte enumeró varias Resoluciones y Acuerdos expedidos por la Alcaldía de Bogotá en donde se regulaba el ejercicio de los vendedores ambulantes.

⁹⁵ En la sentencia [SU-360 de 1999](#), se concedió la tutela en el caso de una señora que pagó impuestos al Distrito.

la protección.⁹⁶

53. En síntesis, la confianza legítima se aplica ante la existencia de acciones u omisiones estatales que lleven a generar en los particulares la convicción fundada de que se mantendrá el curso de acción previamente observado. La confianza es legítima si el particular ha obrado de buena fe y no cuando ha tomado provecho o inducido en error a las autoridades públicas para la creación de esa apariencia de estabilidad. La buena fe se acredita de diversas maneras y puede inferirse tanto de actuaciones de las autoridades como de omisiones que claramente evidencien el consentimiento o tolerancia de la autoridad. El principio no ordena la petrificación de las situaciones jurídicas creadas por la conducta previa de las autoridades. Lo que exige es que, siempre que se adopten medidas que desestabilicen de manera cierta tales relaciones se adopten salvaguardas para prevenir la afectación excesiva de los

⁹⁶ “a) Como ya se dijo la defensa del espacio público es un deber constitucionalmente exigible, por lo cual las autoridades administrativas y judiciales deben ordenar su vigilancia y protección.

b) Quienes ejercen el comercio informal hacen uso de su derecho al trabajo, el cual también goza de protección constitucional. Claro que la actividad de los vendedores informales coloca en conflicto el deber de preservar el espacio público y el derecho al trabajo; y, hay algo muy importante, en algunas oportunidades se agregó que también habría que tener en cuenta la obligación estatal de *“propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar”*, (Sentencias [T-225 de 1992](#) M.P. Jaime Sanin Greiffenstein y [T-578 de 1994](#) M.P. José Gregorio Hernández Galindo.)

c) Pese a que, el interés general de preservar el espacio público prima sobre el interés particular de los vendedores ambulantes y estacionarios, es necesario, según la jurisprudencia, conciliar proporcional y armoniosamente los derechos y deberes en conflicto. Por consiguiente, el desalojo del espacio público está permitido constitucionalmente, siempre y cuando exista un proceso judicial o policivo que lo autorice, con el cumplimiento de las reglas del debido proceso previo al desalojo y que se dispongan políticas que garanticen que los *“ocupantes no queden desamparados porque estamos en un Estado Social de Derecho”* (Sentencia [T-396 de 1997](#) M.P. Antonio Barrera Carbonell).

d) De ahí que las personas que usan el espacio público para fines de trabajo pueden obtener la protección, a través de la acción de tutela, siempre y cuando se encuentren amparados por el principio de la confianza legítima con las condiciones que la jurisprudencia ha indicado. Es así como los comerciantes informales pueden invocar el aludido principio de confianza legítima, si demuestran que las actuaciones u omisiones de la administración anteriores a la orden de desocupar, les permitía concluir que su conducta era jurídicamente aceptada, por lo que esas personas tenían certeza de que *“la administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga”* (Sentencia [T-617 de 1995](#) M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Dentro de este contexto, constituyen pruebas de la buena fe de los vendedores ambulantes: las licencias, permisos concedidos por la administración (sentencias [T-160 de 1996](#) M.P. Fabio Morón Díaz, [T-550 de 1998](#) M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y [T-778 de 1998](#) M.P. Alfredo Beltrán Sierra), promesas incumplidas (sentencia [T-617 de 1995](#)), tolerancia y permiso del uso del espacio público por parte de la propia administración (sentencia [T-396 de 1997](#) M.P. Antonio Barrera Carbonell y [T-438 de 1996](#) M.P. Alejandro Martínez Caballero). Como corolario de lo anterior se tiene que los actos y hechos administrativos que autorizan el ejercicio del comercio informal no pueden ser revocados unilateralmente por la administración, sin que se cumplan los procedimientos dispuestos en la ley.”

intereses del afectado y se establezcan las condiciones para llevar a cabo la transición entre la situación inicial y aquella resultante de la modificación.

54. El doble fundamento de la jurisprudencia constitucional, que ordena realizar una evaluación de la medida en términos de razonabilidad y proporcionalidad, de un lado; y el principio de confianza legítima, de otro, explica la diversidad de medidas que han sido adoptadas por las salas de revisión al estudiar casos concretos.

55. La razón por la que el principio de confianza legítima es esencial en el estudio constitucional de estos conflictos es que el espacio público no puede ser objeto de apropiación personal. La aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad obedecen a la necesidad de examinar las condiciones concretas del interesado y efectuar una ponderación adecuada de los principios constitucionales en conflicto que, si bien suelen asociarse al derecho al trabajo, puede involucrar otros derechos como ocurrió, por ejemplo, en la ya citada sentencia [T-772 de 2003](#) (M.P. Manuel José Cepeda).

56. En el marco de las reglas y criterios de interpretación reiterados en esta oportunidad, procede la Sala a resolver el asunto concreto y revisar las decisiones de instancia.

III. DEL CASO CONCRETO.

Esquema de la exposición. Con el fin de resolver el caso concreto y revisar los fallos de instancia, la Sala (i) analizará si en relación con el problema jurídico inicialmente planteado por la peticionaria se presenta carencia actual de objeto (presunta violación al debido proceso en armonía con el principio de confianza legítima y el derecho al trabajo); (ii) abordará el problema jurídico asociado a la presunta violación al derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad de la Boquilla, y (iii) establecerá el alcance de la decisión.

Solución al primer problema jurídico. Carencia actual de objeto por daño consumado.

57. La señora Jovannys Pardo Castro interpuso acción de tutela considerando que la Dimar violó su derecho fundamental al debido proceso, en relación con el trabajo, la confianza legítima y el mínimo vital al entregar el tramo de playa donde ella, junto con otros miembros de la comunidad negra de la boquilla, desempeñaba labores de *carpera* y prestaba otros servicios turísticos.

58. La accionante indicó, desde una perspectiva individual, que la Dimar habría violado sus derechos fundamentales al debido proceso, el trabajo y el mínimo vital, al defraudar la confianza legítima que le había creado, al permitirle ejercer durante 15 años servicios turísticos en ese sector. Desde una perspectiva colectiva, consideró que la Dimar desconoció el derecho fundamental de la comunidad negra a la que pertenece, al no agotar el trámite de consulta previa, a la entrega de la concesión sobre el área de playa de Cielo

Mar a Talamare S.C.A.

Ello dio lugar al planteamiento de dos problemas jurídicos. En este acápite se abordará el primero, es decir, la eventual violación a los derechos individuales de la peticionaria, ocasionada por un desconocimiento del principio a la confianza legítima.

59. De acuerdo con la jurisprudencia reiterada en esta oportunidad, la confianza legítima se configura cuando una persona, a partir de actos u omisiones continuadas de las autoridades públicas y, sin que medie una conducta dolosa o evidentemente culposa por su parte, tiene la expectativa fundada de la conservación de una situación jurídica determinada. En eventos relacionados con la preservación del espacio público y la potencial afectación del derecho al trabajo de los vendedores informales, la Sala ha considerado que la confianza legítima es aplicable cuando (i) las autoridades públicas inician programas, medidas o acciones tendientes a la recuperación del espacio público; (ii) en el lugar donde se desarrollan estas medidas se presentaba con anterioridad un uso continuado por parte de particulares dedicados al comercio informal que (iii) acudieron al mismo demostrando conductas conformes al principio de buena fe. Siempre que esos elementos concurren, surge para la administración la obligación de adoptar medidas adecuadas de transición destinadas a asegurar alternativas económicas o de satisfacción del derecho al trabajo a favor de los afectados.⁹⁷

60. Al observar la situación planteada por la peticionaria al juez de tutela, la Sala concluye que en el asunto bajo estudio se presentaban los elementos para la protección del derecho al trabajo y el mínimo vital de Jovannys Pardo Castro, a partir del principio de confianza legítima.

En efecto, la peticionaria afirma que hace quince años ejercía como *carpera* en las playas de Cielo Mar (corregimiento de La Boquilla), con la anuencia de las autoridades públicas. Esto significa que laboraba en el sector con anterioridad al inicio del trámite que dio lugar a la concesión otorgada por la Dimar a Inversiones Talamare SCA. La buena fe se desprende de la circunstancia de que las autoridades permitieron ese aprovechamiento durante más de quince años; aceptación que no se basó en conductas dolosas o evidentemente culposas según se desprende de los datos del expediente, ni podía ser razonablemente desconocida por la Capitanía del Puerto, en la medida en que involucraba la colocación de carpas en una zona de alta afluencia turística. Cabe recordar que las afirmaciones de la peticionaria no fueron desvirtuadas en el trámite de tutela y la protesta iniciada por la Comunidad por el retiro de las carpas de algunos de sus miembros refuerza sus afirmaciones.

61. La concesión entregada a Inversiones Talamare SCA supuso una alteración cierta de esa situación. Si bien a partir de la expedición de la Resolución 0497

⁹⁷ Esta síntesis sigue también la exposición efectuada en la sentencia [T-729 de 2006](#) (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

de 2009⁹⁸ no se realizó ninguna operación de desalojo de las playas, ello obedeció únicamente al hecho de que el Hotel Las Américas Global Resort no había inaugurado la torre asociada a ese sector de playa. Tan pronto ello ocurrió se produjeron los hechos de desestabilización de las relaciones entre el Hotel y la comunidad, que culminaron con la citada protesta por parte de los miembros de la Comunidad Negra de La Boquilla, y la intervención de la Policía, en defensa de los intereses del Hotel Las Américas Resort, basada en la citada Resolución.

62. Tampoco previó la Dimar, en coordinación con la Alcaldía de Cartagena, ningún tipo de medida especial de transición ni la creación de alternativas económicas para los afectados. En consecuencia, la Sala concluye que se presentó una violación al debido proceso, al derecho al trabajo y al mínimo vital de la peticionaria, derivada de un desconocimiento del principio de confianza legítima en los términos en que lo ha definido esta Corporación, al tratar el conflicto entre el derecho al trabajo de los vendedores informales y la preservación del espacio público.

63. Sin embargo, en documento radicado ante la Secretaría de la Corte Constitucional por el señor Carlos Eduardo Velásquez Turbay, se adjunta un oficio suscrito por la peticionaria en el que desiste de la tutela, señalando que llegó a un acuerdo económico con Inversiones Talamare SCA, el cual le permite satisfacer sus necesidades vitales.

En principio, debe aclararse que el señor Velásquez Turbay no está legitimado para actuar en representación de la peticionaria ni agenciar sus intereses, especialmente si se toma en cuenta que durante las instancias intervino en defensa de los intereses de la sociedad Inversiones Talamare SCA. Por ello, la Sala no se ocupará de responder cada uno de los argumentos allí presentados. Sin embargo, en tanto la solicitud de desistimiento suscrita por la peticionaria cuenta con sello de presentación personal, resulta pertinente evaluar su procedencia.

El desistimiento en la acción de tutela es procedente durante el trámite de las instancias⁹⁹, y siempre que se refiera a intereses personales del peticionario. Sin embargo, cuando este es elevado después de la escogencia de un expediente por parte de la Corte Constitucional se torna improcedente, debido a que las decisiones que adopta esta Corporación al revisar los fallos proferidos por todos los jueces cuando ejercen funciones propias de la jurisdicción constitucional se orientan a satisfacer propósitos que trascienden los intereses individuales del accionante, asociados primordialmente a la unificación de la interpretación de los derechos constitucionales y el desarrollo de la jurisprudencia constitucional.

⁹⁸ Por la cual se otorga una concesión a la sociedad Inversiones Talamare & Cía. S.C.A., en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Cartagena.

⁹⁹ Cfr. Artículo 26 del [Decreto 2591 de 1991](#), por el cual se regula el trámite de la acción de tutela.

Lo expresado es fundamento suficiente para considerar improcedente el desistimiento de la accionante en este trámite. Sin embargo, es oportuno agregar que el juez de primera instancia vinculó al trámite a la Comunidad Negra de La Boquilla. Sus intereses, por supuesto, no pueden hacer parte de ningún acuerdo entre la peticionaria y la sociedad mencionada, ni ser objeto de desistimiento alguno por la accionante.

Así mismo, resulta irrelevante que el escrito se haya presentado al Tribunal Administrativo de Bolívar, según afirma el señor Velásquez Turbay (aunque no lo prueba), y que se haya mantenido en espera de la decisión de Selección por parte de esta Corporación. Este fue radicado ante la Secretaría de la Corte Constitucional en el trámite de revisión, tal como se expresó.

64. El escrito de desistimiento de la peticionaria, sin embargo, aporta elementos de juicio que demuestran la ausencia de necesidad de impartir órdenes concretas para la protección de sus derechos. Al parecer, a partir de un pacto privado, sus necesidades básicas se encuentran satisfechas y considera por ello legítimas las decisiones que por vía de tutela cuestionó. Como la protección de los derechos de los vendedores informales en este escenario se ha concretado en la creación de medidas por parte de las autoridades públicas para que puedan satisfacer su mínimo vital (planes de reubicación laboral, préstamos en condiciones favorables, programas de capacitación laboral), resulta claro que en este caso no es necesario actualmente adoptar ese tipo de medidas.

65. Debe aclararse, empero, que son las autoridades las que deben proteger la confianza legítima y crear las condiciones de transición y las alternativas económicas para quienes enfrenten una amenaza a sus derechos como consecuencia de las obligaciones estatales de preservar el espacio público y ello no ocurrió en esta oportunidad pues la satisfacción de los intereses de la peticionaria se deriva únicamente de un pacto privado. Por lo tanto, la Sala estima que en este trámite se presenta carencia de objeto por daño consumado.

Solución al segundo problema jurídico. Violación al derecho fundamental a la consulta previa en la concesión entregada por la Dimar a Inversiones Talamare SCA sobre el sector de playa Cielo Mar, en el corregimiento de La Boquilla.

Procedencia formal de la acción.

66. El juez de primera instancia consideró que si bien la tutela no procede por regla general contra actos administrativos, el juez constitucional sí cuenta con la posibilidad de ordenar la inaplicación de estos cuandoquiera que se constate la violación o amenaza a un derecho fundamental, razón por la cual abordó el estudio de fondo de la tutela. El juez constitucional de segunda instancia revocó esta decisión basado en la supuesta improcedencia de la tutela contra actos administrativos.

67. Al respecto, esta Sala recuerda que (i) es cierto que existe una regla general de improcedencia de la tutela contra actos administrativos, debido a que estos gozan de presunción de legalidad y existe una jurisdicción especializada para controvertirlos, de manera que el principio de subsidiariedad se opone a la procedencia de la tutela¹⁰⁰.

Sin embargo, (ii) la Corte ha expresado que la tutela procede excepcionalmente contra este tipo de actuaciones cuando sea imprescindible para salvaguardar un interés iusfundamental y, en el caso concreto, se demuestre la ausencia de idoneidad o eficacia de la acción ordinaria para el amparo de los bienes presuntamente lesionados, o la necesidad de intervención por parte del juez constitucional para conjurar la amenaza de un perjuicio irremediable. Además de ello, la Corporación ha planteado una regla especial cuando están de por medio los derechos de los pueblos indígenas o las comunidades afrodescendientes, de acuerdo con la cual la tutela es, en principio, el medio idóneo para proteger sus derechos.

68. En ese sentido, puede concluirse que, en virtud de las especiales condiciones de vulnerabilidad de los pueblos originarios, y los patrones de discriminación histórica asociados a esa condición, la Corte ha considerado que los mecanismos ordinarios de defensa no poseen el nivel de eficacia e idoneidad suficiente.

69. Es importante señalar que si bien la acción de tutela fue interpuesta por Jovannys Pardo Castro, en virtud de la actividad procesal desplegada en primera instancia, la Comunidad Negra de La Boquilla intervino en el trámite de la primera instancia y ratificó la solicitud de amparo a sus derechos fundamentales como grupo étnica y culturalmente diverso, despejando así cualquier duda sobre la legitimación por activa.

Análisis de fondo del segundo problema jurídico. La Dimar desconoció el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad negra de La Boquilla. La concesión otorgada sobre el sector de playa de Cielo Mar afecta directamente a la comunidad negra accionante.

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

70.1. En un estado multicultural, por definición, conviven grupos humanos con formas de vida diversas. Cuando esos grupos tienen el derecho a conservar sus formas políticas, jurídicas, sociales y su modo de desarrollo, se presenta además, un pluralismo de órdenes normativos e instituciones que inciden en la regulación social de esos grupos. Ambos aspectos concurren en el caso

¹⁰⁰ Al respecto, *cfr.* [Decreto 2591 de 1991](#). “Artículo 6o. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”. Ver, por todas, la reciente sentencia [T-067 de 2011](#) (M.P. Juan Carlos Henao Pérez).

colombiano y son reconocidos y valorados como hechos positivos, en virtud de la incorporación de principios constitucionales destinados a proteger la riqueza cultural de la nación, en toda su diversidad.

Sin embargo, todos los grupos humanos, es decir, la comunidad mayoritaria, los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes, raizales y población *rom* conviven bajo el mismo orden constitucional y son titulares de iguales derechos. Esas premisas generan una paradoja normativa entre igualdad y diversidad, varias veces destacada por la Corte Constitucional. La paradoja sin embargo no debe eliminarse; el reto para el intérprete es asegurar el respeto por cada uno de sus extremos. Para hacerlo, es preciso un acercamiento, caso a caso, a cada una de las culturas. Sus puntos de vista sobre cada asunto, su forma de vida, sus prioridades pueden incidir en el balance constitucional adecuado frente a cada problema jurídico. Por ese motivo, la Corte suele acudir a conceptos etnográficos, antropológicos y toma siempre en cuenta, como razones de primer orden para su decisión, la intervención de las comunidades concernidas.

La Sala presenta a continuación algunas consideraciones etnográficas sobre la Comunidad Negra de La Boquilla, que servirán de contexto para el análisis constitucional sobre la decisión de la Dimar, objeto de controversia.¹⁰¹

70.2. Recientemente, el Incoder expidió la resolución 0467 de 2012, por la cual se reconoce el título colectivo a la Comunidad de La Boquilla¹⁰². En el acápite del acto administrativo referente a los datos etnográficos, tomando como fuente la tradición oral de la propia comunidad, se explica su proceso histórico, las transformaciones que han tenido lugar en su seno, y la forma en que el entorno ha incidido en su forma de vida. A continuación se presenta una síntesis de esa información, acompañada de las conclusiones extraídas en recientes estudios antropológicos sobre La Boquilla y la situación de sus pobladores, '*los boquilleros*'.

“La tradición oral del pueblo de mar de La Boquilla, reconoce tres momentos históricos: el primero comienza entre finales del siglo XVII y principios del XIX, cuando los pueblos en principio esclavos, inician un proceso de adaptación a las actividades pesqueras en la

¹⁰¹ De similar manera ha actuado la Corte en un amplio conjunto de casos. Ver, por ejemplo, las sentencias [T-903 de 2009](#), en la que se destacó la situación del pueblo kankuamo, como marco de decisión, de un conflicto jurídico entre dos comuneros, en relación con la sucesión de una mejora. Las sentencias [T-244 de 2011](#) y [T-348 de 2011](#) (ambas con ponencia del magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), sobre la situación de comunidades de pescadores afectadas por decisiones asociadas al uso del espacio público), La sentencia [T-1253 de 2008](#) (MP Manuel José Cepeda Espinosa), sobre la división de dos comunidades de la etnia coyaima-natagaima en el Tolima. La situación de división dentro del pueblo tutelante llevó a la Corte a privilegiar los medios propios de solución de conflicto, sobre una intervención del juez constitucional.

¹⁰² Por la cual se adjudican en calidad de “Tierras de las Comunidades Negras” los terrenos baldíos rurales ocupados colectivamente por las Comunidades Negras integradas en el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra del Gobierno Rural de La Boquilla, correspondiente a la Localidad de la Virgen y Turística del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, departamento de Bolívar.

Ciénaga de la Virgen que definirían su condición y vocación económica. [...] para entender la transición, rupturas o continuidades poblacionales entre el cimarrón y [los] esclavos que venían a la Ciénaga a pescar Mojarras, Lebranches y Róbalos para satisfacer el paladar de los amos en casas señoriales aledañas [...] Ambos grupos tomaron presencia activa como fundadores de lo que ahora es La Boquilla. Esta memoria, además soporta y legitima la condición homogénea [...] de ser comunidades negras, a pesar de los orígenes heterogéneos en la pasada condición de libertad personal.

[...]

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

[...]

En esta época también se consolidan prácticas culturales que son reflejo hasta cierto punto de las condiciones materiales en La Boquilla; así, la inexistencia de centros de salud, educación, agua potable o energía eléctrica, promueve la autogestión hacia el curanderismo y la profesión de partera [...] La ausencia de escuelas oficiales promueve los banquitos, primera escuela gestionada por la señora Isabel Ariza Castillo¹⁰³.

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

¹⁰³ También surgen métodos autóctonos de aprovisionamiento de agua, [como] las Casimbas, cavando en la arena e introduciendo medio tanque de hierro de doce latas para impedir que se derrumbaran las orillas de la arena [de donde brotaba el agua, o] recolectando agua lluvia en los alares de las casas. Para el alumbrado doméstico, primero fueron confeccionadas mechas de tela sumergidas en manteca de cerdo luego [...] aparecen unos recipientes de latón funcionando con petróleo o gas y que dependiendo de su capacidad se les llamaba mechones para más de un ligero y guarichas, los más pequeños. [Por] estos tipos peculiares de iluminación nocturna, se precia el Boquillero de explicar su extraordinaria agudeza visual.

encargadas de hallar nuevas formas de procesar y comerciar el producto [...] en la ciudad de Cartagena.

[...]

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

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

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

[L]os *boquilleros* reafirman su relación con su territorio, demarcándolo y apropiándolo en el ámbito simbólico, mediante prácticas como las Fiestas del Pescador, las cuales se celebran durante la última semana de junio, cuando tiene lugar el solsticio de verano. Como parte de estas celebraciones se realizan varias actividades como la procesión de San Juan Bautista, patrono de los pescadores, que recorre toda la población, un *fandango* y un desfile de carrozas por la playa, una regata en el mar, y un concurso de belleza en el cual cada sector, el de arriba, el de abajo y el del medio tienen su representante. Todas estas actividades se dan en lugares que son importantes dentro de la vida de la población, como sus calles, la playa, y el mar. Por otra parte, las

Fiestas del Pescador son muy importantes para sus habitantes, porque en ellas se reafirman las relaciones entre los miembros de la comunidad y el territorio, pues, es un evento en el cual manifiestan con mayor claridad su identidad como *boquilleros*. (Streicker, 1997: 117).

[...]

La Boquilla es un *territorio estratégico* [...] porque varios actores sociales han construido y transformado el espacio y el paisaje mediante sus conocimientos, prácticas, usos y representaciones. La valorización que se ha dado en la zona en las dos últimas décadas, ha ocasionado que sea estratégica desde diferentes puntos de vista para cada uno de los actores. Para los *boquilleros*, es la garantía de una vida digna y de seguir existiendo como comunidad; para los empresarios es una zona de potencial desarrollo turístico y urbano; y para las instituciones locales, es un ecosistema que debe ser conservado para beneficio de todos los ciudadanos. [L]os *boquilleros* consideran que su ocupación y aprovechamiento de los recursos es legítima porque son *nativos*-personas nacidas en La Boquilla y que pertenecen a una de las familias extensas— [...] Las autoridades distritales [parten de] la designación de las playas y los terrenos de bajamar como bienes [...] de uso público [y] la definición del ecosistema de manglar de la Ciénaga de la Virgen, como un ecosistema de gran importancia ecológica [...] [L]a población de La Boquilla se encuentra actualmente en una estrecha franja de tierra [que] limita por el norte con la Hacienda Los Morros (propiedad privada). Por el oriente [con] la Ciénaga de la Virgen [...] por el sur (con) el Hotel Las Américas Resort[...] conjuntos residenciales, casas de veraneo y el restaurante Don Blas del Teso. Al sur [...] está la Bocana Estabilizadora, un canal artificial construido para disminuir la contaminación de la Ciénaga de la Virgen, el Aeropuerto Internacional Rafael Núñez, y por último el barrio residencial de Crespo. Por el occidente se encuentra el Mar Caribe y sus amplias playas.”¹⁰⁴

¹⁰⁴ Cfr. *Rodeados por las murallas*. Ángela Buitrago, en Revista Memorias. Universidad del Norte. Barranquilla. Número 5, Año 3. (Investigación realizada entre los años 2003 y 2005). La investigadora María Aurea de Oliveira a su turno plantea: “El corregimiento de La Boquilla tiene poblamiento raizal de pescadores asentados en zona histórica y turística; en consecuencia, por su condición de Paisaje Cultural Pesquero merece constituirse en Parque Natural por su privilegiada ubicación entre la ciénaga de la Virgen y el mar Caribe. Es menester abordar el problema de la permanencia en las zonas. Al subir la estratificación con el aumento de los impuestos y el alza de los servicios públicos, sus legítimos pobladores o moradores se ven obligados a abandonar su cultura ancestral, lo que se traduce en abandono de sus tierras y costumbres. Los nuevos habitantes, no raizales, generalmente ya son poseedores de varios inmuebles. A muy bajo precio adquieren propiedades en estas zonas turísticas, afectando a familias enteras de pescadores [...] Hace falta una visión clara de para dónde queremos que se mueva el Caribe colombiano, y esta visión debe ser compartida por los principales agentes del poder: la Alcaldía de Cartagena, la Corporación Turismo Cartagena, la comunidad, la prensa, los particulares y los inversionistas. La ausencia de consenso entre los intereses de las clases altas y bajas y entre el sector dirigente y las comunidades nativas sobre el manejo de la economía y la inversión social para equilibrar la iniquidad (...) puede generar situaciones de conflicto, alto desgaste y pérdida económica para todos los interesados (...) Los empresarios y técnicos del sector hotelero

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

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

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

El desarrollo del sector a través del turismo y la construcción, acompañado del

deben asociarse y aliarse con las comunidades operadoras turísticas en la formulación de políticas y diseño de micro y megaproyectos, estableciendo sinergias que propicien el crecimiento del producto interno bruto del país para beneficio de los sectores interesados y de la población en general. El centro y la razón de ser del turismo étnico y cultural deben ser favorecer la consolidación y el fortalecimiento del patrimonio humano, de los recursos naturales y se su inclusión en la repartición de los dividendos de la macroeconomía." Comunidad de La Boquilla: lo patrimonial en el escenario global, en "Afro-reparaciones: memorias de la esclavitud y justicia reparativa para negros, afrocolombianos y raizales. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Humanas, Centro de Estudios Sociales, Bogotá, 2007.

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

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

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

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

Sin embargo, antes de adelantar la respuesta constitucional al problema jurídico propuesto, es necesario despejar algunos aspectos que fueron objeto de discusión en las instancias, como la existencia de la Comunidad Negra de La Boquilla y la supuesta apropiación de un bien de uso público, argumentada por las accionadas.

73. La comunidad negra de La Boquilla existe, y también existía plena prueba de ello, por lo menos, desde el año 2004. Es un contrasentido afirmar que un reconocimiento del Estado crea o constituye comunidades originarias que materialmente han habitado su territorio.

73.1. En el trámite de las instancias surgió una controversia sobre la existencia de la comunidad negra de La Boquilla. Esa controversia se cifró en determinar si había sido reconocida antes o después de iniciado el trámite de concesión. Al respecto, es oportuno recordar que la existencia de una comunidad negra o indígena depende de la presencia de un grupo social que evidencia factores

objetivos constitutivos de una cultura diversa y, muy especialmente, de su conciencia como grupo étnicamente diferenciado.¹⁰⁵

73.2. El reconocimiento estatal solamente contribuye a facilitar un medio de prueba sobre su existencia y, por lo tanto, a propiciar el acceso del grupo a los beneficios derivados de su condición, así como a los mecanismos de defensa de sus derechos fundamentales, pero no es un hecho constitutivo del derecho a la identidad cultural. La ausencia de reconocimiento o la imposición de trámites ineficaces o ineficientes para lograrlo, en cambio, comportan serias violaciones de sus derechos fundamentales. En otras palabras, como la existencia de una comunidad indígena es una cuestión material y puramente fáctica, puede probarse por cualquier medio que resulte adecuado para forjar la convicción del juez, en virtud del principio de libertad probatoria, el cual adquiere mayor fuerza en sede de tutela, debido a la informalidad de la acción y la prevalencia del derecho sustancial.

73.3. En síntesis, cabe resaltar que (i) la existencia de una comunidad indígena o afrodescendiente no depende de un acto expreso de las autoridades públicas sino (ii) de los hechos constitutivos de la diversidad cultural y el auto reconocimiento del grupo. Sin embargo, (iii) el reconocimiento oficial facilita la prueba de la existencia de la comunidad ante la administración y la jurisdicción y, por lo tanto, el acceso a los servicios del Estado y la protección de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes.

Con todo, (iv) observa la Sala que, en el caso concreto, la Alcaldía de Cartagena había inscrito los Consejos Comunitarios de la Comunidad Negra de La Boquilla¹⁰⁶ aproximadamente cuatro años antes de la expedición de la Resolución 0497 de 2009 (Dimar)¹⁰⁷, lo que cerraba cualquier eventual discusión sobre su existencia y dará lugar a una orden de prevención dirigida a la Alcaldía Distrital de Cartagena, sobre su deber de acreditar la existencia de comunidades de las cuales tenga conocimiento sin que ello dependa de un acto formal del Distrito o del nivel central.

74. *La comunidad no reivindica la playa como territorio colectivo. Sin embargo, defiende la realización de determinadas actividades tradicionales en esta.*

La Comunidad Negra de La Boquilla no solicita la protección a un derecho de propiedad colectiva o posesión ancestral sobre el área de playa concesionada. Su argumentación se dirige en cambio a señalar que las playas del corregimiento son utilizadas por sus miembros para prestar servicios turísticos; y que la comunidad, en su conjunto, hace uso de ellas para el ejercicio de la pesca de forma ancestral y para otras actividades culturales y festividades tradicionales (esa información coincide con el contexto etnográfico presentado. *Supra*,

¹⁰⁵ Al respecto, ver el artículo 1° del Convenio 169 de 1989 de la OIT, así como la sentencia [T-282 de 2011](#). (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

¹⁰⁶ Cfr-Folios 73 a 75.

¹⁰⁷ Por la cual se otorga una concesión a la sociedad Inversiones Talamare & Cía. S.C.A., en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Cartagena.

considerando 70), razones por las cuales debió ser consultada antes de de concesionar el área en cuestión.

Este fallo, por lo tanto, no definirá el problema hipotético al que hacen referencia las entidades demandadas, sobre la eventual ocupación ancestral de un bien de uso público por parte de una comunidad afrocolombiana o indígena. Un caso como ese requeriría una delicada ponderación constitucional que tome en cuenta todos los elementos relevantes del conflicto y no sólo la regulación legal de los bienes de uso público, examen que no corresponde realizar a la Sala en esta oportunidad.

Ello no implica, por otra parte, que la discusión sobre la afectación de la comunidad por una restricción en el uso de la playa derivada de la concesión otorgada por la Dimar a Inversiones Talamare SCA, sea un asunto por completo ajeno a la comunidad tutelante. Precisamente, la Sala destinará los párrafos sucesivos a examinar si ello puede considerarse como una *afectación directa* para la comunidad, en los términos expresados en los fundamentos jurídicos de esta decisión.

75. La afectación directa.

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

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

Sin embargo, la información contenida en el expediente, derivada de la intervención de las partes y de documentos que permiten un acercamiento etnográfico a la situación de la Comunidad Negra de La Boquilla (ver, *supra* 2.2.1.) no admite sostener esa conclusión desde un punto de vista fáctico, pues si bien en esos documentos se menciona la incursión de algunos miembros de la comunidad en labores asociadas al turismo, de ello no se desprende, al menos en el contexto histórico actual, que la prestación de esos servicios sea un elemento definitorio de la identidad cultural del grupo. Es

decir, que sea una práctica constantemente ejercida por un amplio número de boquilleros, con trascendencia en su forma de vida.

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

76. Naturaleza de la medida adoptada por la Dimar.

En el orden jurídico colombiano, las playas son bienes de uso público y hacen parte del espacio público. Las características del espacio público, desde el punto de vista constitucional, se concretan en (i) su afectación al interés general y (ii) su utilización en beneficio de la comunidad. Esos elementos operan como objetivos constitucionales a los que deben ceñirse las autoridades al definir las políticas públicas, o adoptar medidas específicas sobre el manejo del espacio público, incluidas las concesiones otorgadas a particulares para su uso y aprovechamiento.¹⁰⁸

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

En el caso concreto, la concesión otorgada al Hotel Las Américas Global Resort o a Talamare SCA para el uso exclusivo de la playa del sector de Cielo Mar, corregimiento de La Boquilla, se enmarca dentro de las políticas de desarrollo de la ciudad encaminadas a solucionar problemas asociados con la ocupación de las playas por comerciantes informales y, en términos más amplios, como una decisión relacionada con la promoción del turismo como prioridad de desarrollo del distrito¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Sobre la obligación de preservar los bienes de uso público para el uso de la colectividad, ver artículo 82 CP, y sentencias [SU-360 de 1999](#) y [T-331 de 2011](#).

¹⁰⁹ Al respecto, en relación con la gestión del espacio público, se expresó en el Plan de Desarrollo 2008-2011, artículo 4º: “Este programa pretende garantizar la preservación del espacio público libre de apropiaciones privadas, en condiciones físicas que permitan su disfrute y aseguren su accesibilidad para todos y todas y con el equipamiento necesarios para su uso (...) Co este propósito de se deberá: a) Adelantar las acciones necesarias para recuperar el espacio indebidamente ocupado por actividades comerciales, vehículos estacionados en lugares prohibidos de conformidad con lo dispuesto por el Código de Tránsito, cerramiento y obstáculos que impidan o dificulten la movilidad, publicidad exterior visual sin autorización y otras maneras

Esos fines no se oponen, en principio, a la Constitución Política, siempre que resulten también concordantes con el interés público y que cumplan con el propósito de entregar beneficios a la colectividad. En ese marco, debe destacarse que el interés público involucra, de forma prioritaria ¹¹⁰, la atención de grupos vulnerables y su participación en las decisiones sobre el desarrollo de la ciudad¹¹¹ y que la entrega de concesiones sobre bienes de uso público no puede llevar a una desnaturalización de estos, mediante la creación de un privilegio individual equivalente, en la práctica, al ejercicio del derecho de propiedad. En el caso de las playas, esta Corte expresó en sentencia [T-1186 de 2004](#)¹¹²:

“Las playas marítimas son bienes de dominio público. Este punto que, en otras épocas pudo suscitar duros debates en nuestro país, en especial, cuando las grandes cadenas hoteleras internacionales o nacionales, establecidas en Colombia, quisieron que las autoridades les permitieran hacer uso exclusivo de las playas aledañas a sus hoteles, excluyendo de su uso y goce a personas distintas a las que estaban alojadas en sus habitaciones, fue claramente resuelto a favor del uso común de las playas, desde la perspectiva de que hacen parte del espacio público, y en virtud de ello, todas las personas pueden disfrutar de las mismas, con las restricciones propias de todo espacio público, en el sentido de que

de ocupación indebida. En los casos de recuperación de espacios públicos ocupados por vendedores informales, garantizar a quienes gozan de confianza legítima que se les ofrezca una alternativa para el ejercicio de su actividad o de otra de generación de ingresos (...) con preferencia por la reconversión económica que facilite su inserción en la economía formal.

¹¹⁰ En el Plan de Desarrollo de Cartagena, 2008-2011 (vigente al momento de los hechos objeto de análisis), se estableció: “Artículo 4º. Objetivo General. La adopción y ejecución de este Plan permitirá sentar las bases para superar las condiciones de exclusión que han fragmentado la ciudad desde el punto de vista social, físico, ambiental, cultural y económico. El propósito de la acción colectiva será tener UNA SOLA CARTAGENA, cohesionada socialmente e integrada físicamente. Una ciudad en la que se han erradicado los comportamientos discriminatorios por etnia, por género, por edad, o por cualquier otra condición (...) A su turno, en el artículo 5º se planteó como principio de acción de las políticas distritales, la participación ciudadana, la redistribución de los beneficios económicos y la tarea de enfrentar la pobreza exclusión e inequidad, así como la obligación de tomar en cuenta la diversidad “regional, étnica y cultural” de los habitantes del Distrito, entre otros”. (Plan de Desarrollo 2008-2011. “Por una sola Cartagena”).

¹¹¹ En efecto, de acuerdo con el programa “Reconocimiento de la diversidad étnica y cultural”, incluido en el Plan de Desarrollo 2008-2011, previamente citado, se expresa: “Este Plan propicia una concepción del desarrollo que reconoce la diversidad étnica y la multiculturalidad de Cartagena y respeta los diversos patrones culturales y la diversidad. Las políticas públicas distritales se dirigirán a cumplir y hacer efectivos los derechos étnicos, sociales, ambientales y culturales que reconoce la Constitución y las leyes e incorporarán acciones afirmativas, en términos de reparaciones y de justicia compensatoria a favor de los pueblos afrodescendientes para garantizar la igualdad de oportunidades y potenciar la equidad social y combatir la marginalidad. El plan incorpora de manera transversal y específica a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras; de igual manera a las minorías indígenas que residen en la ciudad. La Administración Distrital estimulará y garantizará la participación de la población afrodescendiente en la toma de decisiones, la formulación y la ejecución de los programas y proyectos distritales. Regular el uso de bienes públicos tales como las playas para garantizar la oferta de bienes y servicios requeridos por la ciudadanía para su disfrute de manera ordenada”.

¹¹² M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

su uso no perturbe a los demás, ni que implique el abuso de los propios derechos (art. 95 de la Carta)“.

Ahora bien, en la mayoría de las sentencias en que la Corte se ha referido al espacio público, lo ha hecho al abordar casos sobre posibles violaciones a derechos fundamentales, ocasionadas en la ejecución de medidas de recuperación del espacio para el uso directo de las comunidades, cuando este se encuentra ocupado por comerciantes informales. El problema individual que planteó la peticionaria en esta oportunidad, se enmarca dentro de esos presupuestos. Como lo expresó la Corte en la sentencia [T-244 de 2012](#) (ya reiterada):

“(…) esta Sala debe advertir que en las políticas de recuperación del espacio de uso público, y en general en los proyectos de renovación urbana, la autoridad municipal no sólo debe proteger los derechos de las personas que ocupan el espacio público y que están amparadas por el principio de confianza legítima, sino que está en la obligación de proteger los derechos de todas las personas que pudieran resultar afectadas con la puesta en marcha de dicha política, con mayor razón a las **personas en situación de vulnerabilidad**. (...)”¹¹³.

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

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

¹¹³ “Corresponde a la Sala examinar si la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias-Secretaría de Infraestructura-, el Consorcio Cartagena 2010 y Transcaribe están vulnerando los derechos fundamentales de los accionantes al trabajo, a la igualdad, a la dignidad humana y al debido proceso, por no incluirlos, debido a la labor que desempeñan en el mercado de Bazaruto como “patinadores”, dentro de un plan de reubicación o, en su defecto, por no otorgarles un reconocimiento económico para resarcirles los perjuicios que les están causando como consecuencia de la ejecución de las obras en el sector de Bazaruto, cuyo propósito es poner en marcha el sistema de transporte masivo en la ciudad” (Sala Séptima de Revisión, Sentencia [T-244 de 2012](#), citada).

Dentro de ese marco, la pregunta a resolver en esta oportunidad es si la entrega de la concesión a Inversiones Talamare SCA representa una afectación directa para la comunidad negra de La Boquilla, grupo cultural y étnicamente diverso, que alega tener interés en el uso de la playa, tanto para la obtención de bienes de subsistencia como para la realización de actividades culturales y religiosas o espirituales y la prestación de servicios turísticos. Para solucionarla, la Sala utilizará dos herramientas planteadas en los fundamentos de la decisión: con base en el concepto de afectación directa, analizará la forma en que la medida incide en la vida de la Comunidad de La Boquilla; con base en la aplicación de las *subreglas* sobre el derecho general de participación, consulta y consentimiento de las comunidades indígenas, determinará el alcance de la decisión.

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

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

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

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

La situación se asemeja a la planteada en el caso decidido por sentencia [T-348 de 2012](#): en esa oportunidad, la construcción de un tramo de carretera en el

sector de Crespo ocasionó la afectación a la forma de vida de una comunidad de pescadores que involucró el acceso a los lugares desde donde se inicia la pesca, la afectación de la vida marítima y por lo tanto, una amenaza para la seguridad alimentaria de la comunidad y al ejercicio de labores asociadas a su modo de producción, al derecho al trabajo y a la libertad de escoger profesión u oficio.

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

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

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

En ese marco, la afectación directa se concreta de diversas maneras: en primer término, debido a que la concesión inconsulta sobre la playa creó una amenaza cierta para el mínimo vital de algunos de sus miembros (concretamente, los que vienen ejerciendo labores en la playa) pero también para la comunidad, considerada en su conjunto, debido a la presión que ejerció sobre el ejercicio de la pesca, como modo de vida y forma de producción esencial de los boquilleros.

En segundo término, debido a la creación de barreras de acceso a lugares que guardan un significado cultural y religioso para la comunidad. Sobre el particular, la Sala observa que ninguna limitación se planteó en la concesión

para el aprovechamiento de la playa por parte de Inversiones Talamare SCA destinada, por ejemplo, a garantizar que las comunidades étnicas y culturalmente diversas no vean restringidos sus derechos culturales asociados a las celebraciones tradicionales que celebran en las playas del sector, desconociendo así uno de los límites constitucionales al ejercicio de la potestad de entrega de concesiones: la preservación de los derechos fundamentales y los intereses de los grupos interesados, más aún cuando son vulnerables y han sido reconocidos como sujetos de especial protección constitucional.

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

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

En ese marco, la Sala determinará el alcance de la protección.

78. Consulta previa como remedio judicial adecuado.

El derecho a la participación de las comunidades étnicamente diferenciadas se concreta en tres niveles de participación de distinta intensidad: (i) la "participación simple" frente a medidas que supongan un interés indirecto y sólo accidental para la comunidad; (ii) la consulta previa frente a medidas que las afecten directamente; y (iii) el consentimiento previo, libre e informado en relación con aquellas que suponen una afectación especialmente intensa, según la ha definido la jurisprudencia constitucional.

Así, la Corporación ha defendido el derecho al consentimiento cuando se prevén proyectos que suponen una seria lesión a la integridad territorial y los recursos de la comunidad, ha ordenado la realización de la consulta previa, en los términos establecidos por la jurisprudencia constitucional y la comunidad internacional en una amplia gama de eventos en que se concreta una afectación directa para la comunidad; y ha defendido el derecho de participación, al menos en igual medida que el resto de la población, para la incidencia de la comunidad en asuntos de interés apenas accidental.

Sin embargo, debe tomarse en cuenta que juzgar sobre ese carácter directo o incidental requiere que el análisis de la afectación se realice en cada caso. Dos

casos demuestran un claro avance en la comprensión del derecho a la participación.

En las sentencias [T-244 de 2012](#) y [T-348 de 2012](#) (citadas) la Sala Séptima defendió el derecho de participación directa de personas y grupos humanos vulnerables, en relación con decisiones asociadas al desarrollo de la ciudad de Cartagena (proyectos urbanísticos o macroproyectos asociados a la recuperación del mercado de Bazurto y la construcción de un tramo de carretera) en el sector de Crespo.

Esos casos han dotado a la Sala de importantes elementos de análisis, al evidenciar cómo la exclusión de grupos vulnerables en proyectos urbanísticos o decisiones asociadas al desarrollo constituye una violación al derecho de participación que usualmente deriva en amenazas o violaciones de otros derechos porque la omisión en la participación lleva a la toma de decisiones que no consultan todos los aspectos constitucionalmente relevantes.

En esos casos, la medida adoptada por la Sala Séptima se concretó en la celebración de reuniones destinadas a alcanzar un acuerdo sobre las medidas de compensación y reubicación adecuadas para los afectados, tomando en cuenta, de una parte, que los peticionarios no eran pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes, titulares del derecho a la consulta previa y, por otra, que el objeto material de la petición era precisamente la obtención de medidas de compensación.

En este evento, por el contrario, la parte tutelante es la comunidad negra de La Boquilla, titular del derecho y se ha demostrado la afectación directa. Por ello, el balance constitucionalmente adecuado está representado por la regla general de consulta, la cual deberá realizarse con base en los pronunciamientos reiterados en esta oportunidad.

En ese orden de ideas, la Sala dejará sin efectos la Resolución 0497 de 2009, debido a que no se surtió el trámite de consulta previa con la Comunidad Negra de La Boquilla. En consecuencia, se ordenará a la Dimar que inicie un proceso de concertación con las partes interesadas destinado a establecer las condiciones de un trámite consultivo, a desarrollarse con base en las reglas reiteradas en esta oportunidad.

Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones previamente realizadas, el proceso de consulta está destinado a establecer el alcance de la concesión, entendida como un proyecto o medida que hace parte de una política pública adelantada en el Distrito Turístico de Cartagena, asegurando en todo momento la participación de todos los interesados, pero muy especialmente de las comunidades étnicas que mantienen un contacto culturalmente significativo con el lugar, como ocurre con la Comunidad Negra de la Boquilla, según la exposición efectuada.

Por ese motivo, en caso de que se conceda una nueva concesión por parte de la Dimar, esta deberá observar, por lo menos, los siguientes límites

constitucionales: (i) la definición precisa del alcance y límites de la concesión; (ii) que no se altere la calidad de espacio público de la playa ni se transgreda (jurídica o materialmente) la prohibición de que las playas se conviertan en propiedad privada; (iii) que se preserve todo uso tradicional que la Comunidad de la Boquilla efectúe sobre el sector de Cielo Mar; y (iv) que se asegure el derecho al tránsito a favor de la colectividad.

Con el propósito de que el proceso de consulta se lleve a cabo adecuadamente, la Sala solicitará a la Alcaldía de Cartagena, la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, para que, en el marco de sus funciones, concurren a la realización del procedimiento consultivo.

IV. DECISION

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

RESUELVE:

Primero.-Revocar las sentencias proferidas en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el veintisiete (27) de julio de dos mil once (2011), y en segunda instancia, por la Sección Primera del Consejo de Estado, el veinticuatro (24) de noviembre de dos mil once (2011); la primera, en tanto concedió el amparo al derecho fundamental a la Consulta Previa, por razones diversas a las expuestas; el segundo, en tanto declaró improcedente la acción.

En su lugar, **declarar** la carencia de objeto en relación con los derechos de Jovannys Pardo Castro, y **conceder** el derecho a la consulta previa de la Comunidad Negra de La Boquilla.

Segundo.-Dejar sin efectos la Resolución 0497 de 2009, expedida por la Dirección Marítima de la Capitanía del Puerto de Cartagena, Por la cual se otorga una concesión a la sociedad Inversiones Talamare & Cía. S.C.A., en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Cartagena, con el fin de que rehaga el trámite, respetando el derecho fundamental a la consulta previa.

En cumplimiento de esta orden, la Dimar deberá proponer a las partes una reunión para la concertación de las condiciones del proceso consultivo (preconsulta) en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, e informar a la Alcaldía Distrital de Cartagena y la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior para que, en el marco de sus competencias, concurren al proceso consultivo.

De acuerdo con la parte motiva de esta providencia, en caso de que nuevamente se decida entregar una concesión por parte de la Dimar sobre el

sector de playa de Cielo Mar, esta deberá respetar los siguientes límites constitucionales: (i) que se definan de forma precisa el alcance y límites de la concesión; (ii) que no se altere la calidad de espacio público de la playa, transgrediendo la prohibición de que las playas se conviertan en propiedad privada; (iii) que se preserve todo uso tradicional que la Comunidad de la Boquilla efectúe sobre el sector de Cielo Mar; y (iv) que se asegure el derecho al tránsito a favor de la colectividad.

Tercero.-Advertir a la Dimar y **prevenir** a la Alcaldía Distrital de Cartagena sobre su obligación legal y constitucional de permitir, mientras se adelanta el proceso de consulta, el tránsito y uso de la playa para todas las personas, y especialmente, de respetar el acceso de los miembros de la comunidad de La Boquilla, así como el ejercicio de las actividades asociadas a la pesca y las festividades u otros eventos culturales tradicionalmente desarrollados por la comunidad tutelante en el sector de Cielo Mar, lugar sobre el que se discutirá la entrega de la concesión.

Cuarto.-Solicitar a la Alcaldía de Cartagena que implemente medidas, en los planes de desarrollo de la Ciudad y en las políticas públicas que actualmente desarrolla en relación con el corregimiento de La Boquilla, destinadas a asegurar la incorporación de la comunidad en las mismas, y a evitar que a través de estas se intensifique su actual situación de vulnerabilidad social y económica.

Quinto.-Solicitar a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación que, a través de sus seccionales o delegados, ejerzan las labores tendientes para lograr el cumplimiento de esta providencia, en el marco de sus funciones legales y misión institucional.

Sexto.-Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del [Decreto 2591 de 1991](#).

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

ADRIANA MARIA GUILLÉN ARANGO
Magistrada (E)

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado
Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General