



San Andrés, Isla, Veintiuno (21) de Septiembre de Dos Mil Veintiuno (2021)

RADICACIÓN: 88-001-4003-003-2020-00229-00
REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA
TUTELANTE: REMIGIO BARKER SJOGREEN
TUTELADO: DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE
SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA
CATALINA

SENTENCIA No. 0093-020

1. OBJETO

Procede el Despacho a decidir la acción de tutela instaurada por el señor REMIGIO BARKER SJOGREEN actuando en nombre propio en contra del DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA.

2. ANTECEDENTES

El señor REMIGIO BARKER SJOGREEN actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela por razón de los hechos que a continuación se sintetizan:

Expresa el accionante que Colombia reconoce al pueblo raizal del archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina como uno de los grupos étnicos del país.

Sostiene que el gobernador del Departamento expidió el Decreto 0149 del 13 de abril de 2020, sin tener en cuenta la participación del pueblo raizal en una decisión que los puede afectar positiva o negativamente.

Indica que, si bien es cierto que la Junta Directiva de la OCCRE aprobó el Decreto 0149 de 2020, y allí estuvieron representantes del pueblo raizal, también es cierto que, en este caso, ellos no podían tomar esa decisión sin que la comunidad raizal a quienes representan tuviera la oportunidad de participar ampliamente en la toma de esa decisión a través de la consulta previa.

Manifiesta que de igual forma crea el reglamento interno de la junta administradora del fondo de capacitación laboral, la cual esta para aprobación de la junta sin el debido proceso de la consulta previa.

Sustenta que la forma de participación de los grupos étnicos es a través de la consulta previa que les da la posibilidad de analizar los impactos que genera la puesta en marcha de un acto administrativo, un proyecto, un plan o una actividad.

3. PRETENSIONES

Con fundamento en los anteriores hechos, REMIGIO BARKER SJOGREEN actuando en nombre propio solicita:

- 3.1. Que se tutele los derechos fundamentales al debido proceso, participación, consulta previa, libre determinación e identidad cultural.
- 3.2. Que se ordene a la GOBERNACIÓN DEPARTAMENTAL, la suspensión temporal del Decreto 0149 del 13 de abril de 2020, y el estudio del reglamento interno de la junta administrativa del fondo hasta tanto se realice la consulta previa.

4. ACTUACIÓN JUDICIAL

Mediante Auto N° 0344-021 de fecha Trece (13) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), se admitió la presente acción de tutela, ordenándose comunicarle al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con el fin de que contestara la presente solicitud y rindiera los informes del caso dentro del término de dos (2) días, de la presente acción.

5.- CONTESTACIÓN A LA ACCIÓN DE TUTELA

La Entidad accionada contestó la presente acción constitucional dentro del término legal concedido por este Despacho, en la cual manifestó que el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se regirán, además de las normas previstas en la Constitución y las leyes para los otros departamentos, por las normas especiales que, en materia administrativa, de inmigración, fiscal, de comercio exterior, de cambios, financiera y de fomento económico establezca el legislador. Mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de cada cámara se podrá limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, establecer controles a la densidad de la población, regular el uso del suelo y someter a condiciones especiales la enajenación de bienes inmuebles con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales del Archipiélago. Mediante la creación de los municipios a que hubiere lugar, la Asamblea Departamental garantizará la expresión institucional de las comunidades raizales de San Andrés. El municipio de Providencia tendrá en las rentas departamentales una participación no inferior del 20% del valor total de dichas rentas. Según lo establece el Artículo 310 de la Constitución Nacional.

Sostiene que para la contratación de trabajadores no residentes en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, deberá el empleador cumplir con los siguientes requisitos: a) Constituir una póliza de seguro mediante la cual garantice el cumplimiento, por su parte y la del trabajador, de las disposiciones del presente Decreto; b) Demostrar la idoneidad laboral de quien pretende trabajar en el Archipiélago sin ser residente; c) Pagar una suma de dinero, por una sola vez, correspondiente a un salario mínimo legal mensual, por cada persona no residente que emplee, la cual será destinada a la creación de un Fonda especial para la capacitación laboral de los residentes en el Departamento Archipiélago; d) Obtener la residencia temporal para el trabajador, por el tiempo de duración del contrato.

PARAGRAFO. Los trabajadores contratados conforme la disponen este artículo,

deberán laborar en la actividad declarada y con el patrono que cumplió los requisitos para la obtención de la respectiva tarjeta. El incumplimiento de esta disposición será causal de pérdida de la residencia temporal en los términos de este Decreto.

Sostiene que la Consulta Previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales del mundo, reconocido por las Naciones Unidas mediante el Convenio OIT 169 de 1989 e incorporado en la legislación nacional por la Ley 21 de 1991 que aplica a los grupos étnicos. Busca salvaguardar las personas, instituciones, bienes, trabajo, culturas y medio ambiente de estos pueblos, así como reconocer y proteger sus valores y prácticas sociales, culturales, religiosas, espirituales e institucionales.

Explica que la tutela no es el medio idóneo para quien solicite el amparo de sus derechos fundamenta/es a través de esta acción constitucional utilizándolo como mecanismo transitorio, evento este en el cual tendrá que demostrar que está es necesaria, para evitar un perjuicio irremediable y en este caso no operaría la figura. Ya que, ha transcurrido más de un año y no se demuestra el perjuicio irremediable e inminente, además no se aporta prueba alguna de los perjuicios causado a la comunidad raizal.

6.- CONSIDERACIONES

6.1. COMPETENCIA:

De conformidad con el numeral 1° del Art. 1° del Decreto 1983 del 2017, éste Despacho es competente para conocer la presente solicitud de tutela.

La norma citada, respecto del reparto de la acción de tutela, dispone lo siguiente:

“(...) Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital, municipal y contra particulares, serán repartidas para su conocimiento en primera instancia, a los jueces municipales”. Lo anterior por ser la tutelada la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Frente a la competencia, según el criterio del lugar donde se haya producido el hecho o sus efectos, los mismos tuvieron ocurrencia en la Isla de San Andrés.

Así las cosas, son los Juzgados Municipales del Distrito Judicial de San Andrés, los competentes para conocer la presente solicitud de tutela, según el correspondiente reparto.

6.2. PROCEDENCIA:

El Artículo 86 de la Constitución Política de 1991, desarrollado en los Decretos 2591 y 306, ambos del mismo año, ha institucionalizado la acción de tutela como una

garantía y un mecanismo constitucional de protección directa, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de las personas cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y de los particulares, en los casos que establezca la ley.

Dicha acción muestra por su finalidad un carácter extraordinario, en la medida en que su utilización parte del respeto y garantía a la consagración constitucional y legal de las jurisdicciones ordinarias y especiales, así como de las respectivas acciones, procedimientos, instancias y recursos que ante las mismas se surten, lo que supone un uso en forma supletiva con carácter subsidiario; de manera que, la procedencia de la tutela se restringe a la inexistencia de otros medios de defensa judicial o a la ineficacia de los mismos, como también a su utilización transitoria ante la presencia de un perjuicio irremediable que permita contrarrestar dicho efecto en forma temporal, con una operancia inmediata, urgente, rápida y eficaz, mediante el trámite de un procedimiento preferente y sumario, hasta tanto la autoridad correspondiente defina el fondo del asunto.

En el presente asunto, se trata del ejercicio de la Acción de Tutela incoada contra de la Gobernación del Departamento Archipiélago, por tanto, es procedente, al tenor de los Artículos 5º y 42 Numeral 2º del Decreto 2591 de 1991.

6.3. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar, si se ha vulnerado y/o amenazado o no el derecho fundamental al debido proceso, participación, consulta previa, libre determinación e identidad cultural del señor REMIGIO BARKER SJOGREEN por parte del DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, al no haber realizado la consulta previa respecto del Decreto 0149 de 13 de abril de 2020.

6.4. ANÁLISIS NORMATIVO Y/O JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS O AMENAZADOS

6.4.1. DERECHO AL DEBIDO PROCESO

El artículo 29 de la C.P., reserva a todos los ciudadanos el derecho fundamental al debido proceso y derecho de defensa como rector en toda actuación administrativa, principio que han de observar no sólo los servidores públicos sino los particulares que temporalmente ejercen funciones públicas y en relación con el desarrollo de las mismas.

Es mandato constitucional que las entidades que ejercen función administrativa están sometidos a la constitución y la ley (arts. 121 y 122 de la CP). En consecuencia, en todas las actuaciones adelantadas dentro del giro de la función administrativa, tienen el deber de respetar las garantías constitucionales reservadas

para los administrados, entre los cuales se encuentra el Debido Proceso entendido como un sistema de garantías que procura a través de la realización del derecho material, la obtención de decisiones justas; concepto que comprende una serie de subreglas no taxativas que se desprenden del canon superior a saber: el ser oído antes de la decisión, participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas, notificaciones oportunas y conforme a la ley, acceso a la información y documentación sobre la actuación, controvertir los elementos probatorios antes de la decisión, obtener asesoría legal, posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas (El Derecho de Defensa en las Actuaciones Administrativas, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 1998, pags. 24 y 25).

Siguiendo los lineamientos expuestos en la Sentencia SU.961 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa:

*“...en cada caso, **el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone.** Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, **pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable.***

*En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que **las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral...**”, en este caso, es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo eficaz e idóneo de protección de los derechos fundamentales.”*

En este sentido, se iteró:

*“De esta manera, existiendo otro medio de defensa judicial idóneo, la tutela en principio es improcedente para controvertir los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, inclusive aquellos que imponen sanciones, **salvo cuando las circunstancias concretas del caso y los derechos fundamentales involucrados en el mismo tornan ineficaces las acciones contenciosas administrativas** o implican la inminencia de un perjuicio irremediable para el actor”. (Sent. T- 975. 8 de Octubre de 2004- subrayado nuestro).*

6.4.2. DERECHO A LA PARTICIPACIÓN

La Corte sintetiza las diversas formas de participación que ha reconocido la Constitución.

1. En primer lugar, la participación se manifiesta en la posibilidad que tienen todos los individuos así como las minorías de oponerse a las determinaciones de las mayorías cuando tales decisiones tengan la aptitud de afectar los derechos que constitucionalmente les han sido reconocidos y que les permiten expresar su individualidad. De otra forma dicho se trata de la protección de un ámbito de libre configuración personal, inmune a cualquier injerencia injustificada y que permite a las personas tomar decisiones individualmente o en familia. Esta protección de las decisiones privadas como forma de participación se apoya, entre otras disposiciones, en el artículo 1º que reconoce la dignidad de las personas y el pluralismo, en el artículo 16 de la Carta al amparar el libre desarrollo de la personalidad y en el artículo 42 al establecer el derecho de la pareja a definir la conformación de su familia. 2. En segundo lugar, la Constitución reconoce la participación de comunidades étnicas en los procesos de adopción de medidas que puedan impactar o afectar directamente sus formas de vida (art. 330 y Convenio 169 de la OIT). 3. En tercer lugar y según se recordó en otro lugar de esta providencia, la Constitución prevé diversas formas de participación social mediante la habilitación para que las personas constituyan organizaciones que gestionen sus intereses o los representen en diferentes instancias. Allí se encuadran, entre otros, los colegios profesionales (art. 26), las organizaciones sindicales y gremiales (art. 39), las organizaciones en las que participan los jóvenes (art. 45), las organizaciones deportivas (art. 52) las instituciones de educación (art. 68), las organizaciones de consumidores y usuarios (art. 78) así como los partidos y movimientos políticos (art. 107). 4. En cuarto lugar las formas de participación en entidades públicas o en el ejercicio de funciones públicas. Ello ocurre, por ejemplo, al admitir que los jóvenes intervengan activamente en los organismos públicos o privados que tengan a su cargo la protección, educación y progreso de la juventud (art. 45), al señalar que los usuarios del servicio de salud o los ciudadanos impactados por una medida ambiental puedan intervenir en los procesos de decisión (arts. 49 y 79) o al permitir la participación de las comunidades en los Consejos Nacional y territoriales de Planeación (art. 340). Tal forma de participación se prevé también cuando se dispone, por ejemplo, que los particulares puedan ejercer funciones públicas (arts. 123 y 210) administrando justicia (art. 116) o que los colegios profesionales actúen en igual dirección (art. 26). En quinto lugar, la Constitución fija como una forma de participación el ejercicio de las acciones administrativas o judiciales requeridas para el control de las actividades a cargo del Estado o para la efectividad de los derechos colectivos. En ese marco se establece el derecho de petición (art. 23), la acción de cumplimiento (art. 87), la acción popular (art. 88), la solicitud de aplicación de sanciones penales o disciplinarias (art. 92) y la acción pública de inconstitucionalidad (art. 241), entre otras. Igualmente, tal y como lo señala el artículo 89 de la Carta, deberán preverse los demás recursos, acciones y procedimientos para propugnar por la integridad del orden jurídico y por

la protección de los derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas. (...).

6.4.3. DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

La Consulta Previa es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos cuando se toman medidas (legislativas y administrativas) o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación.

Se fundamenta en el derecho que tienen los pueblos 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, en el derecho de dichos pueblos de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (Artículo 7 Convenio 169 de la OIT).

6.4.4. DERECHO A LA LIBRE DETERMINACION

En la sentencia C-882 del 23 de noviembre de 2011, se expuso que (i) el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural se manifiesta, entre otros, en el derecho fundamental a la libre determinación o autonomía de los pueblos indígenas y tribales y, además, que (ii) el contenido del derecho a la autonomía o libre determinación potencializa la faceta participativa de dichas comunidades como también su derecho a optar, desde su visión del mundo, por el modelo de desarrollo que mejor se adecúe a las aspiraciones que desean realizar como pueblo o comunidad, con el fin de asegurar la supervivencia de su cultura.

6.4.5. DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL

Como una manifestación del derecho fundamental a la identidad y a la integridad económica, social y cultural, se consagró en el ordenamiento jurídico los derechos fundamentales a la autonomía y a la autodeterminación de las comunidades indígenas, garantías superiores que propenden por su supervivencia como grupos étnica y culturalmente diferenciados y, en esa medida, se asume que son estas quienes deben decidir por sí mismas lo inherente a su comunidad en los ámbitos cultural, espiritual, político y jurídico, sin desconocer, claro está, los valores, principios y derechos fundamentales de orden constitucional como lineamientos y límites de orden superior, ya que *“(s)ólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural”*, siempre y cuando se respete el contenido esencial de la Constitución que precisamente es el que hace posible el pluralismo. En este sentido, el Estado reconoce la diferencia cultural, pero bajo la premisa de integración al resto

del orden nacional, dado que estos pueblos indígenas no se consideran naciones independientes, su nacionalidad es colombiana.

6.5. CASO CONCRETO

Encuentra el Despacho que de acuerdo a lo manifestado por el señor REMIGIO BARKER SJOGREEN, el gobernador del Departamento expidió el Decreto 0149 del 13 de abril de 2020, sin tener en cuenta la participación del pueblo raizal en una decisión que los puede afectar positiva o negativamente.

Indica que, si bien es cierto que la Junta Directiva de la OCCRE aprobó el Decreto 0149 de 2020, y allí estuvieron representantes del pueblo raizal, también es cierto que, en este caso, ellos no podían tomar esa decisión sin que la comunidad raizal a quienes representan tuviera la oportunidad de participar ampliamente en la toma de esa decisión a través de la consulta previa.

Por lo anterior, considera vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso, participación, consulta previa, libre determinación e identidad cultural

En ese sentido, se observa que en el ámbito de las actuaciones administrativas, el derecho al debido proceso hace referencia al comportamiento que deben observar las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones en cuanto éstas se encuentran obligadas a actuar conforme a los procedimientos previamente establecidos en la ley, con el fin de garantizar los derechos de quienes puedan resultar afectados por las decisiones de la administración que crean, modifican o extinguen un derecho o imponen una obligación o una sanción¹.

Igualmente, con el propósito de asegurar la defensa de los administrados, la jurisprudencia ha señalado, en este sentido, que el debido proceso administrativo comprende, entre otros, los derechos (i) a ser oído durante toda la actuación; (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley; (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas; (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación; (v) a que la actuación se adelante por la autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico; (vi) a gozar de la presunción de inocencia; (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción; (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso².

De conformidad con lo anterior, el debido proceso administrativo se entiende vulnerado cuando las autoridades públicas no siguen los actos y procedimientos establecidos en la ley y los reglamentos, y, por esa vía, desconocen las garantías reconocidas a los administrados.

¹ Ver sentencia T-653 de 2006 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), reiterada en la C-980 de 2010 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

² Ver sentencia C-980 de 2010 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

Es así como, el artículo 86 de la Constitución consagra la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario, mediante el cual se busca evitar, de manera inmediata, la amenaza o vulneración de un derecho fundamental. Su procedencia está condicionada a que “*el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial*”. Sin embargo, la H. Corte Constitucional ha señalado que no puede declararse la improcedencia de la tutela por la sola existencia en abstracto de un medio ordinario de defensa judicial. En el marco del caso concreto, el juez constitucional debe analizar si la acción dispuesta por el ordenamiento jurídico es idónea y eficaz para proteger los derechos fundamentales comprometidos. En el evento en que no lo sea, la acción de tutela procederá para provocar un juicio sobre el fondo.

La Jurisprudencia constitucional ha reiterado que, conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, pues para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, cuando los derechos fundamentales del accionante resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición tardía de actos administrativos propios de la referida jurisdicción, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de las garantías constitucionales para evitar un daño irreparable.

En el caso objeto de estudio, se evidencia que el señor REMIGIO BARKER SJOGREEN presentó acción de tutela en contra del DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, consulta previa, participación, libre determinación e identidad cultural, puesto que a su parecer el ente territorial no realizó consulta previa antes de la expedición del Decreto 0149 de 13 de abril de 2020.

Es menester precisar que la H. Corte Constitucional desde la SU-039 de 1997, precisó que la consulta previa tiene el carácter de derecho fundamental, toda vez que concreta mandatos constitucionales, como el principio de participación de grupos vulnerables, la diversidad cultural y los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 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”.

En ese sentido, el artículo 40 superior, estableció, entre otros, el derecho a la participación de todos los ciudadanos en los asuntos que los afecten, garantía que se ve reforzada en el caso de los pueblos indígenas y tribales, por su relación con otros mandatos constitucionales.

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”.*

Además, el literal 2º del mismo artículo 6º, plantea elementos centrales de la consulta, como la aplicación del principio de buena fe, la flexibilidad de la consulta, entendida como adaptabilidad al pueblo concernido y la finalidad de obtención del consentimiento de los pueblos interesados.

El máximo Tribunal Constitucional ha desarrollado una serie de criterios aplicables a casos concretos, en lo relativo al deber de consultar previamente a las comunidades. En la sentencia SU-097 de 2017 se recogieron los siguientes criterios, al tiempo que se fijaron reglas específicas para su aplicación:

“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 y afro descendientes 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 afro descendientes.

Reglas específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta: (vii) 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; (viii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (pre consulta o consulta de la consulta); (ix) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad interesada; y, (x) 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; (xi) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social”.

Asimismo, la Corte 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 fin de obtener su consentimiento; cuando la medida represente 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.

En suma, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado unos criterios generales para la aplicación de la consulta, los cuales orientan a las autoridades y particulares en esta clase de procesos. Igualmente, ha establecido unas reglas específicas que deben ser atendidas al momento de concertar aquellas medidas que afecten directamente a los pueblos indígenas y tribales.

El concepto clave para analizar la procedencia de la consulta previa es el de afectación directa. Sin embargo, este no ha sido definido ni por el Convenio 169 de la OIT ni por la legislación interna. Ha sido un concepto desarrollado en sede judicial tanto por la Corte Constitucional como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Alto Tribunal ha señalado que para saber qué debe consultarse con los pueblos tribales se deben tener en cuenta dos niveles de afectación: (i) uno general que deriva por ejemplo de las políticas y programas que de alguna manera conciernen a las comunidades indígenas y afrocolombianas y (ii) uno directo que se desprende de las medidas que pueden afectarlos específicamente. Ha dicho también que debe consultarse siempre que exista una afectación directa sobre los intereses del pueblo indígena involucrado, es decir cuando la comunidad vaya a ser objeto de una intromisión intolerable en sus dinámicas sociales, económicas y culturales.

Para especificar aún más los supuestos en los que se produce tal afectación, esta Corte ha fijado los siguientes criterios: (i) cuando la medida administrativa o legislativa altera el estatus de las comunidades porque impone restricciones o concede beneficios; (ii) cuando las medidas son susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas como tales y no aquellas decisiones que son generales y abstractas; (iii) cuando se trata de aplicar las disposiciones o materias del Convenio 169, por ejemplo la regulación de explotación de yacimientos de petróleo ubicados dentro de los pueblos indígenas y (iv) cuando las medidas a implementar se traten sobre explotación y aprovechamiento de recursos naturales en territorios indígenas

En ese sentido, el artículo 86 de la Constitución, establece que la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, y además debe cumplir con el principio de Inmediatez, razón por la cual, sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; (ii) cuando existiendo, ese medio carece de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto; así mismo, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental, así como también debe presentarse dentro de un término razonable luego de la ocurrencia del hecho generador de la vulneración a derechos fundamentales.

Así las cosas, en el presente asunto, se evidencia que el Decreto 0149 de 13 de abril de 2020, objeto de la presente acción constitucional, tiene cerca de año y medio desde que empezó a regir.

Ahora bien, en el presente asunto, no evidencia la suscrita que se vulnere el derecho a la consulta previa y/o participación de la comunidad raizal con el Decreto 0149 de 13 de abril de 2020, pues con el mismo se creó, conformó y organizó el Fondo Departamental para la Capacitación laboral de los residentes en el Departamento Archipiélago- FONCAP.

Igualmente, el accionante no demostró que el Decreto 0149 de 13 de abril de 2020 afectara directa y exclusivamente a la comunidad raizal, pues dicho Decreto no afecta de manera directa al pueblo raizal pues este hecho no modifica la situación jurídica de la comunidad, así como tampoco interfiere con su identidad o cultura.

Así las cosas, no es posible predicar una afectación directa respecto del Decreto 0149 de 13 de abril de 2020 pues no se evidencia que afecte sus costumbres ancestrales. En suma, a juicio de este despacho la consulta previa no procedía para la expedición del Decreto 0149 de 13 de abril de 2020.

Por lo anterior, considera la suscrita que, en el presente asunto, no puede hablarse de vulneración a derecho fundamental alguno, toda vez que para el caso que nos

Expediente: 88-001-4003-003-2021-00229-00

Accionante: REMIGIO BARKER SJOGREEN

Accionado: DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

Acción: TUTELA

SIGCMA

ocupa, no se probó que fuere necesaria la realización de consulta previa, para la expedición del Decreto 0149 de 2020.

Colofón de lo anterior, el Despacho no tutelaré derecho fundamental alguno, atendiendo los razonamientos planteados en la parte motiva de esta providencia.

En mérito de lo anterior, **EL JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE SAN ANDRÉS ISLA**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la Constitución y la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NO TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, consulta previa, participación, libre determinación e identidad cultural, invocados por el señor **REMIGIO BARKER SJOGREEN**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente sentencia en la forma ordenada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: La presente decisión es susceptible de impugnación.

CUARTO: En caso de no ser impugnado, remítase la presente tutela a la H. Corte Constitucional según lo ordenado en el inciso 2º del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



INGRID SOFÍA OLMOS MUNROE
JUEZA

JVILLA