

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

-Sala Tercera de Revisión-

SENTENCIA T-646 de 2014

Referencia: Expediente T-4.336.338

Acción de Tutela instaurada por miembros de los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras de Bocachica y Caño de Oro contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y otros

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, septiembre cuatro (4) de dos mil catorce (2014)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela dictados por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cartagena y por la Sala de Decisión de Tutelas No. 2 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

Los señores Jarlewy Castro Hurtado y Wilman Herrera Imitola (en adelante: los accionantes), como representantes de los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras de Bocachica y Caño de Oro, instauraron acción de tutela en contra de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), la Dirección General Marítima (DIMAR), el Ministerio de Transporte, la Superintendencia de Puertos y Transportes, la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena (CORMAGDALENA), el Ministerio del Interior, la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias y el Departamento

Administrativo de la Presidencia de la República¹, al considerar vulnerado su derecho fundamental a la consulta previa, como consecuencia de que no fueron vinculados de forma anticipada en el trámite de las normas correspondientes al Estatuto Aduanero, el cual regula la operación de cargue y descargue de mercancías en fondeo, actividad de carácter permanente, que se realizará en la Bahía de Cartagena o en sus aguas adyacentes.

1.1. Hechos

La acción constitucional fue admitida por la autoridad judicial de primera instancia el siete de octubre de 2013² y los hechos relevantes se resumen así:

(i) Los accionantes pertenecen a los consejos comunitarios de Caño de Oro y Bocachica, ubicados en la isla de Tierrabomba, zona insular del municipio de Cartagena.

(ii) El proyecto de Estatuto Aduanero regula aspectos de la operación de fondeo, que incluye el cargue y descargue de mercancías, actividad que se desarrollará en la bahía de Cartagena o en sus aguas adyacentes, es decir, en cercanía a las comunidades demandantes.

(iii) Tal regulación se efectúa para adaptar las normas aduaneras, entre otros aspectos, al plan de restablecimiento de la navegabilidad por el río Magdalena que busca mejorar la competitividad comercial del país. Para ello se han adelantado reuniones con diferentes entidades públicas y privadas, al tiempo que se ha dado a conocer el Proyecto de Estatuto, pero no se ha tenido en cuenta a las comunidades de manera específica.

(iv) El Proyecto de Estatuto, en sus artículos 66 y 72, regula *el transportador* y establece que si lleva a cabo la operación de aligeramiento de carga en una o varias zonas de fondeo, el que esté inscrito bajo el régimen de cabotaje, sólo requerirá la constitución de una única garantía. A su vez, el artículo 200 contempla que los medios de transporte que vayan a realizar dicha actividad, ingresarán al territorio aduanero nacional en las zonas de fondeo establecidas por la autoridad marítima. Por su parte, el parágrafo 2 del artículo 213, indica que si, por razones de aligeramiento de carga, se descarga parte de la mercancía en una zona de fondeo, la responsabilidad del transportador internacional en relación con ella termina con la entrega al transportador fluvial, quien responderá hasta su entrega al puerto o muelle fluvial.

(v) Según los accionantes, el aumento de la actividad comercial implica un riesgo ambiental derivado de la operación de fondeo, que se ha vislumbrado a nivel nacional por lo ocurrido en la bahía de Santa Marta con el cargue de carbón. Además, al regular una actividad en las aguas adyacentes a sus comunidades, los posibles impactos los afectarán inevitablemente, sobre todo en las actividades piscícolas y turísticas que desarrollan.

¹ Estos últimos vinculados oficiosamente por el *a quo*.

² Cuaderno 9, folio 4.

(vi) Finalmente, en su mayoría, las entidades demandadas consideran que las disposiciones del Estatuto no tienen que ser consultadas, al no existir una afectación directa sobre las comunidades, ya que se trata de un conjunto de normas de carácter general que regulan aspectos de la operación de fondeo, necesarios para el desarrollo de la actividad aduanera.

1.2. Solicitud de amparo constitucional

1.2.1. Con fundamento en los hechos relatados, los accionantes solicitaron al juez de tutela que ordenara la suspensión del Proyecto de Estatuto Aduanero, en especial en aquellas disposiciones que autorizan el cargue y descargue en fondeo o en *puertos flotantes* en la Bahía de Cartagena, en el Canal del Dique o en las aguas adyacentes, hasta tanto las comunidades sean consultadas³. Igualmente solicitaron que de manera previa se les dieran a conocer los estudios técnicos ambientales que sustentan la manera en que se realizará el fondeo y la justificación de su incorporación –a último momento– en el Estatuto Aduanero, en contradicción con lo dispuesto en la Ley 1242 de 2008, las resoluciones de la Superintendencia de Puertos y Transporte y de la DIMAR, que la consideran una actividad temporal y excepcional⁴.

1.2.2. Para sustentar su solicitud, indicaron que existe una afectación directa a las comunidades negras de Bocachica y Caño de Oro, por cuanto se utilizarán aguas cercanas a los lugares donde habitan, sin que les hayan permitido participar en el trámite normativo, y sin ponerlos en conocimiento sobre la manera en que se realizarán tales operaciones y los impactos ambientales que podrían generar.

Además, si los puertos en tierra requieren concesión portuaria y de manera previa una licencia ambiental que incluye la participación de las comunidades, con más razón ha de incluirse tal procedimiento en la regulación de una actividad que se llevará a cabo en las aguas aledañas al lugar donde habitan. Por otra parte, afirman que no existen estudios de impacto ambiental ni social, que analicen los posibles daños que se causarían sobre las comunidades, a partir de las operaciones de fondeo y *los puertos flotantes*. Esto genera un riesgo cierto que incluso ha conllevado daños ambientales como aquellos de público conocimiento acaecidos en la bahía de Santa Marta por el cargue y descargue de carbón.

³ Es importante resaltar, como se verá más adelante en la intervención de la Autoridad Marítima, que los puertos flotantes y las operaciones de fondeo son diferentes. Las normas señaladas por los demandantes desarrollan esta última actividad, que se despliega en una "(...) zona definida del espejo de agua cuyas condiciones permiten el fondeo o anclaje para que las embarcaciones esperen un lugar de atraque o el inicio de una operación portuaria, la inspección, cuarentena o aligeramiento de carga (...)" (Proyecto de Estatuto Aduanero). En criterio de la Superintendencia de Puertos y Transporte, dicha operación supone "*fijar una embarcación en un lugar mediante un ancla. También se denomina a la acción de dejar caer el ancla al fondo (...)*" (Cuaderno 2, folio 190). Por su parte, según la DIMAR, el fondeo puede desarrollarse para el cargue o descargue de mercancías, para el embarque o desembarque de pasajeros, cuando no exista cupo para atracar o falten documentos, cuando la nave sea declarada en cuarentena, entre otros (Cuaderno 2, folio 197, respaldo). No obstante lo anterior, en el presente proyecto se seguirá utilizando el término "*puertos flotantes*" por constar en el libelo de la demanda.

⁴ Al respecto se menciona la Resolución No. 122 de 1995 de la Superintendencia de Puertos y Transporte.

Precisamente, con base en la ausencia de estudios de impacto ambiental, los accionantes consideran que existe una amenaza cierta para sus comunidades, que afecta su mínimo vital, que depende de la pesca, al igual que el acceso a la diversidad biológica y la actividad turística. Lo anterior, en su criterio, también repercute en sus actividades culturales, las cuales, por su ubicación, se desarrollan en torno a la playa.

Finalmente, indicaron que la actividad cuestionada no será eventual y que se realizará en zonas definidas del espejo de agua que permitan el fondeo o anclaje. En cuanto a su trámite, las entidades demandadas se han reunido con diferentes actores (industriales, comerciantes portuarios, etc.) menos con ellos. De ahí que, se haya transgredido su derecho a la consulta previa, ya que se trata de medidas de carácter legislativo que las afectan directamente, al permitir una operación en aguas en las cuales sus comunidades desarrollan actividades. Para ilustrar este tema, entre otras, se mencionan las Sentencias T-172 de 2013, T-376 de 2012, T-745 de 2010, SU-039 de 1997 y C-702 de 2010.

1.3. Contestación de la demanda

1.3.1. Contestación del Ministerio de Transporte⁵

El Director de Infraestructura del Ministerio de transporte solicitó que dicha entidad fuese desvinculada del asunto, por carecer de legitimación por pasiva frente a las pretensiones de los demandantes. En efecto, no se encuentra dentro de sus competencias la aprobación del proyecto de Estatuto Aduanero, pues sus atribuciones se limitan a determinar las políticas a desarrollar en materia de transporte.

A pesar de lo anterior, enfatizó que el Gobierno Nacional y la DIAN han implementado mesas de trabajo con diferentes entidades del sector, con el propósito de determinar requerimientos técnicos y normativos dirigidos a definir parámetros que permitan la toma de decisiones sobre las operaciones de fondeo, como una actividad de carácter permanente y constante. Para el Ministerio, este tipo de operaciones corresponden a una estrategia que se ha proyectado para fortalecer la competitividad del país, en torno a los planes que se tienen en el desarrollo del transporte multimodal⁶.

1.3.2. Contestación de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)⁷

1.3.2.1. Al momento de ejercer su derecho de defensa, la DIAN se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló que en la materia de fondeo su intervención es subsidiaria, ya que la legislación marítima y la regulación aduanera que se propone en el proyecto, disponen que sólo le compete la autorización de ingreso

⁵ Cuaderno 9, folios 65 y 66.

⁶ Según el Proyecto de Estatuto Aduanero, el transporte multimodal es: “[El] Traslado de mercancías por dos o más modos de transporte diferentes en virtud de un único contrato de transporte multimodal, desde un lugar situado en un país en que el operador de transporte multimodal toma las mercancías bajo su custodia y responsabilidad, hasta otro lugar designado para su entrega en el que se cruza por lo menos una frontera”.

⁷ Cuaderno 2, folios 41 a 52; cuaderno 9, folios 995 a 998.

y salida de mercancías de origen o procedencia extranjera bajo el *control aduanero*⁸. De donde resulta que, “(...) *en lo atinente a las zonas de fondeo, la competencia es de la Autoridad Marítima (...)*”⁹. Precisamente, el numeral 8 del artículo 5 del Decreto Ley 2324 de 1984, establece que la DIMAR tiene por función la de regular, autorizar, controlar las actividades relacionadas con el arribo, atraque, maniobras, fondeo, remolque y zarpe de las naves y artefactos navales. Por lo demás, el numeral 7 del artículo 3 del Decreto 5057 de 2009, contempló que la Capitanía de Puerto autorizará el arribo, zarpe y fondeo de naves. En este orden de ideas, de conformidad con el Proyecto de Estatuto Aduanero, el fondeo es definido como una operación de cargue y descargue de mercancías que se realizará en zonas de fondeo autorizadas por la autoridad marítima o fluvial.

A partir de lo expuesto, en criterio de la DIAN, no cabe duda de que su competencia se limita a autorizar el ingreso o salida de mercancías de origen o procedencia extranjera bajo el control aduanero, sin que le asista atribución alguna en la definición de las zonas de fondeo, cuya potestad le compete de manera exclusiva a la Autoridad Marítima.

1.3.2.2. A continuación, enfatizó que la referencia al fondeo no es circunstancia novedosa en la legislación aduanera, pues el actual Estatuto previsto en el Decreto 2685 de 1999, lo contempla en su artículo 90. De manera que, en la medida en que ya se encuentra regulado, es claro que la consulta previa resulta innecesaria. De hecho, en la Bahía de Cartagena, existen zonas de fondeo habilitadas.

Como consecuencia de lo anterior, se afirma que la aprobación del proyecto aduanero no conllevaría la proliferación de zonas de fondeo adicionales, salvo que las mismas sean autorizadas por las autoridades competentes, siempre que se cumplan las condiciones técnicas, jurídicas, ambientales y operacionales que permitan tales autorizaciones. De allí que, con el Estatuto, tan sólo se pretende actualizar las condiciones actuales del país en materia de comercio exterior, así como integrar la normatividad que regula tales operaciones.

1.3.2.3. Para la DIAN, en relación con las comunidades demandantes, no existe afectación directa que dé lugar al inicio del proceso de consulta previa, ya que se trata de una medida legislativa de carácter general, la cual por su *naturaleza tributaria* no las cobija, siendo su campo de aplicación el desarrollo de operaciones de comercio exterior, que requieran el cumplimiento de normas aduaneras.

En otras palabras, se trata de un estatuto de carácter general, que no contiene condiciones específicas para grupos étnicos. Asunto diferente a cuando se pretenda el desarrollo reglamentario práctico de las zonas de fondeo, para lo cual se requerirán todas las autorizaciones legales, entre otras, las coordinadas concretas de las zonas.

⁸ Definido por la DIAN, como el conjunto de medidas adoptadas por la autoridad aduanera, con el objeto de asegurar la observancia de las disposiciones sobre dicha materia.

⁹ Cuaderno 1, folio 42, respaldo.

1.3.2.4. Al margen de lo anterior, la citada autoridad indicó que hizo publicidad del proyecto de modificación del Estatuto Aduanero, con lo cual garantizó a la comunidad en general la participación en la etapa de elaboración de la iniciativa. A continuación señaló que la inclusión de la operación de cargue y descargue en zonas de fondeo, responde a la reactivación de la navegabilidad por el río Magdalena, a través del transporte de carga, importación y exportación. En la actualidad, esta operación se realiza en Barranquilla y en el Urabá, y para su puesta en práctica, se requiere autorización de la DIMAR y la DIAN.

1.3.3. Contestación de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena (CORMAGDALENA)¹⁰

1.3.3.1. La Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena solicitó que la acción de tutela fuese declarada improcedente. En primer lugar, alegó que no existe prueba de afectación directa a las comunidades accionantes, pues no se pretende la construcción de un puerto flotante en la zona. En seguida explicó que el fondeo supone, entre otras, el trasbordo o trasiego de mercancías de una embarcación de mayor calado a otra de menor calado (o viceversa) e incluso a barcazas, con el fin de que tales bienes puedan acceder o salir de terminales portuarios, que tengan restricciones para la parte sumergible de un barco. Esto permite, por ejemplo, que puertos fluviales participen en el tráfico internacional de mercancías.

El fondeo está contemplado en el Código Nacional de Navegación y Actividades Portuarias y Fluviales (Ley 1242 de 2008) e incluye el aligeramiento de carga. Se trata de una actividad que requiere regulación aduanera, ya que supone el tráfico internacional de mercancías.

1.3.3.2. Por otra parte, expuso que la autoridad competente para modificar el proyecto de Estatuto Aduanero es la DIAN, razón por la cual carece de legitimación por pasiva en esta causa. Si bien fue invitada a las mesas de trabajo para modificar la normatividad existente, su participación se limitó al desarrollo del principio de colaboración armónica entre entidades públicas.

1.3.3.3. Finalmente, CORMAGDALENA reiteró aspectos de la regulación de la consulta previa y enfatizó en la necesidad de la afectación directa para que sea procedente. En su criterio, ello no ocurre en el asunto bajo examen, pues se trata de una norma general con incidencia para todas las personas que habitan en Colombia.

1.3.4. Contestación de la Dirección General Marítima (DIMAR)¹¹

1.3.4.1. La Dirección General Marítima aclaró que le compete la ejecución de la política del gobierno en materia marítima; lo cual incluye la autorización y control de las actividades de fondeo, así como el establecimiento de las zonas

¹⁰ Cuaderno 8, folios 38 a 57.

¹¹ Cuaderno 8, folios 76 a 88 (respaldo).

adecuadas para ello¹². Para tal efecto, explica que se trata de áreas públicas que permiten –conforme a lo previsto en la Resolución 17 del 2 de febrero de 2007– la realización de varias actividades, entre ellas, la de cargue y descargue de mercancías. Por lo demás, es una actividad que existe en Colombia previa a la expedición del Estatuto Aduanero. De manera que, lo que pretende la DIAN, es darle claridad al tratamiento de las mercancías que sean sometidas a dicha maniobra.

A continuación refirió *in extenso* a las normas que han desarrollado el fondeo desde el Siglo XIX, sobre todo en lo atinente al cobro por la operación; así como a los lugares en donde se ha adelantado, entre los cuales se incluyen Coveñas, Barranquilla, Buenaventura, Cartagena y Turbo.

1.3.4.2. En cuanto a los hechos que se alegan en la tutela, la DIMAR señaló que se han establecido zonas de fondeo sin que se limiten en tiempo y jurisdicción, a través de la Resolución No. 0372 del 13 de septiembre de 2001, modificada por la Resolución No. 205 del 31 de julio de 2006, la cual también fue reformada por la Resolución No. 504 del 27 de noviembre de 2009. Para el caso de Cartagena, se autorizaron tres zonas de fondeo y un área restringida, incluso mediante la Resolución No. 405 del 11 de octubre de 2001, se consagró un área de fondeo para yates. La delimitación de estas zonas depende, por razones de seguridad en la navegación, de ciertas características de calidad, naturaleza y profundidad del fondo, con el fin de que las anclas encuentren buena sujeción¹³.

Tan sólo excepcionalmente se permite el fondeo sin la autorización de la Capitanía de Puerto, en casos de fuerza mayor o de arribo forzoso. Con todo, según la Ley 1ª de 1991, el cargue y descargue de mercancía se considera una actividad portuaria, por lo cual le corresponde a la Autoridad prevista para tal fin establecer los requisitos que regulan dicha actividad. En lo que a la carga se refiere, su tratamiento es competencia de la Superintendencia de Puertos y Transporte y de la Autoridad Aduanera.

Por otra parte, se considera que si bien la navegación es una actividad peligrosa que representa un riesgo de contaminación, se exigen seguros de responsabilidad civil extracontractual que amparen la ocurrencia de los mismos. Además enfatizó que en las zonas de fondeo se restringen actividades de embarcaciones artesanales, debido a posibles accidentes con barcos que no observen su presencia y puedan causar siniestros marítimos.

1.3.4.3. Finalmente, en lo que respecta a la consulta previa, la DIMAR señaló que no es procedente, ya que el Estatuto Aduanero no afecta zonas adjudicadas en propiedad colectiva a las comunidades negras. Sumado a lo anterior, la actividad de fondeo se ha adelantado desde hace tiempo, sin que se haya generado afectación alguna. A pesar de lo expuesto, en todo caso, estima que la

¹² Menciona el Decreto Ley 2324 de 1984, numerales 8º y 24 del artículo 5º.

¹³ Entre ellas mencionó: “que en su fondo agarren bien las anclas, esto es, que no sea de piedra ni demasiado duro, pero si consistente; que esté resguardado de los vientos más frecuentes o peligroso; que en él no se arbole ni recale mucha mar; que sea fácil de conducir los barcos hasta él” (Cuaderno 8, folio 80, respaldo).

expedición del Estatuto no es competencia de la DIMAR, por lo que no estaría legitimada en la causa por pasiva.

1.3.5. Contestación de la Alcaldía de Cartagena¹⁴

La Alcaldía Mayor de Cartagena se opuso a las pretensiones de la demanda. En términos generales, sostuvo que no resultaba necesaria la consulta previa, ya que se trata de una medida legislativa que no afecta especialmente a grupos étnicos. En efecto, se trata de normas revestidas de un carácter fiscal para operaciones de comercio exterior, que requieren el cumplimiento de disposiciones aduaneras, como lo es el ingreso y salida de mercancías al o del territorio nacional.

1.3.6. Contestación del Ministerio del Interior¹⁵

La Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior intervino en la causa para oponerse a las pretensiones de los demandantes. Sustentó su posición indicando que, en virtud del Decreto 2893 de 2011, le compete certificar la presencia o no de comunidades étnicas en el área de interés de un proyecto, obra o actividad. Relató que en caso de duda sobre la presencia de grupos humanos titulares del derecho de consulta, se realizan visitas de verificación, y expuso elementos jurídicos sobre la manera como se adelanta tal actuación.

A continuación, el Ministerio señaló que el criterio esencial para establecer si opera o no la consulta previa, supone la afectación directa de la comunidad, lo cual, para el caso objeto de estudio, implicaría la alteración del *estatus* del citado grupo humano como consecuencia de la expedición de una regulación particular. Para sustentar este punto, citó *in extenso* dos sentencias de la Corte: la C-030 de 2008 y la C-175 de 2009. En este sentido, concluyó que con la expedición del Estatuto Aduanero no se presentó tal variación, ya que no está diseñado para repercutir de manera directa en las comunidades accionantes. Por dicha razón, en su criterio, este acto no debería ser objeto de consulta, sin perjuicio de que al momento de requerirse el desarrollo de algunas de sus medidas, el ejecutor de la misma o el responsable de ponerla en práctica, requiera de una certificación de la Dirección.

1.3.7. Contestación de la Superintendencia de Puertos y Transportes¹⁶

1.3.7.1. El apoderado de la Superintendencia de Puertos y Transporte se opuso a las pretensiones de la demanda. Al respecto enfatizó que el proyecto de Estatuto Aduanero, que regula aspectos relacionados con el comercio exterior y no delimita una zona en concreto, no afecta el modo de vida de las comunidades accionantes o sus prácticas tradicionales, lo que conduce a su exclusión del deber de agotar la consulta previa.

Por otra parte, si bien las autoridades demandadas se han venido reuniendo sin la participación de estas comunidades, al no ser ello necesario, no se trasgredió

¹⁴ Cuaderno 8, folios 114 a 115

¹⁵ Cuaderno 6, folios 65 a 74.

¹⁶ Cuaderno 6, folios 2 a 20.

derecho fundamental alguno. A la par de lo anterior, pone de presente que el Estatuto no requiere estudios de impacto ambiental, pues no autoriza ni implica la construcción de infraestructura. Por el contrario, regula la entrada y salidas de mercancías del territorio, a través de una norma general y abstracta.

1.3.7.2. Con posterioridad, alegó que el Estatuto pretende actualizar la legislación conforme a las exigencias del comercio exterior, motivo por el cual reconoce la existencia de la actividad de fondeo que se ha desarrollado en Colombia desde hace años y que se lleva a cabo en espacios alejados de la playa, razón por la cual los demandantes podrán seguir desarrollando sus actividades tradicionales de pesca. De hecho, según afirma, las comunidades de la isla de Tierrabomba han convivido con zonas de fondeo, operación que no puede ser comprendida como un “puerto flotante”, ya que es ocasional y sólo la adelantarán las embarcaciones que cuenten con los elementos técnicos adecuados (por ejemplo: grúas).

1.3.7.3. Por lo demás, en la medida en que dentro de sus competencias no se encuentra la expedición de normas aduaneras, no se halla legitimada en la causa por pasiva. Finalmente, en ningún caso, es su responsabilidad adelantar la consulta previa, ya que se trata de una entidad de inspección, vigilancia y control, con funciones delegadas por el Presidente de la República.

1.3.8. Contestación del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República¹⁷

En virtud de que no le corresponde expedir el Estatuto Aduanero, la Presidencia de la República solicitó que fuera desvinculada de la causa. Esta pretensión también la justifica en que sus actividades no se relacionan directa ni indirectamente con la situación planteada por los accionantes.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN Y ELEMENTOS DE PRUEBA APORTADOS AL PROCESO

2.1. Primera instancia

2.1.1. En primera instancia conoció de la causa la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cartagena, la cual mediante sentencia del 27 de enero de 2014 amparó los derechos fundamentales invocados¹⁸. Como consecuencia de

¹⁷ Cuaderno 9, folios 15 a 18,

¹⁸ Con anterioridad a esta providencia, el *a quo* había resuelto la causa mediante sentencia del 21 de octubre de 2013. En dicha decisión amparó los derechos invocados. No obstante, la DIAN y la Superintendencia de Puertos y Transportes instauraron un incidente de nulidad, en el que alegaron la indebida integración del contradictorio y la carencia de competencias para darle cumplimiento al fallo. La DIAN argumentó que quien podía desarrollar la consulta previa era el Ministerio del Interior, que no había sido vinculado por la autoridad judicial. Por su parte, la Superintendencia adujo que la admisión de la tutela no le había sido notificada, desconociéndose con ello su derecho de defensa. Igualmente, solicitaron la aclaración del fallo, ya que, en su parecer, la sentencia carecía de congruencia y las órdenes resultaban desorbitantes, entre otras, porque se decretaba en su totalidad la suspensión del Estatuto Aduanero mientras se desarrollaba la consulta previa y no sólo de las disposiciones que regulaban la operación de fondeo. La autoridad judicial consideró que debía resolver de manera independiente cada una de las citadas solicitudes, pues, de prosperar la nulidad, se tomaría inócua la aclaración del fallo. En este orden de ideas, el *a quo* encontró que por un error involuntario se omitió oficiar a la Superintendencia de Puertos y Transporte, de manera que decretó la nulidad de todo lo actuado, para que esta entidad fuera notificada en debida

dicha determinación, el *a quo* ordenó suspender el trámite del proyecto que modifica la regulación aduanera del país, hasta tanto se realizara la consulta previa a las comunidades de Bocachica y Caño de Oro. Una vez garantizada tal actuación, las autoridades competentes podrían reanudar el trámite del proyecto.

Con el fin de dar cumplimiento a la citada orden, se decretó la entrega de los estudios técnicos, ambientales o de cualquier otra naturaleza que justificaran la inclusión en el proyecto de las disposiciones relativas a la actividad de fondeo, luego de lo cual se podría iniciar el proceso de consulta previa, siguiendo las directrices señaladas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Para adelantar dicho proceso, por una parte, se dispuso el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo, de la Procuraduría General de la Nación y de un sociólogo institucional; y por la otra, se encargó al Ministerio del Interior del deber de gestionar el asesoramiento para los reclamantes en materias ambientales y portuarias, para lo cual podría acudir a universidades estatales.

2.1.2. En la parte considerativa, el juez de instancia vinculó el problema jurídico con la necesidad de establecer si las entidades encargadas de elaborar el proyecto que modifica la regulación aduanera, al omitir la realización de la consulta previa, desconocieron los derechos fundamentales de los accionantes. Para resolverlo, reiteró el régimen normativo y la jurisprudencia de esta Corporación en torno a las materias objeto de controversia, en el especial frente a la protección de las comunidades negras¹⁹.

En este contexto, en cuanto a la exigibilidad de la consulta previa, refirió que opera ante medidas legislativas o administrativas que afectan a las comunidades de manera directa²⁰, sin importar la escala o nivel de afectación²¹, pues se trata de un derecho fundamental que propende por generar espacios de comunicación basados en el principio de la buena fe.

Visto lo anterior, en el asunto bajo examen, el *a quo* adujo que las comunidades se hallan asentadas en la isla de Tierra Bomba, en el Caribe Norte de la ciudad de Cartagena. Las actividades económicas principales de que dependen son la pesca y el turismo. Expuso que con base en la experiencia de casos análogos, la operación de fondeo es riesgosa y puede generar dificultades a las comunidades que habitan el territorio costero del país²². En este sentido, enfatizó que dicha actividad no se encuentra cobijada por exigencias como la concesión portuaria y la licencia ambiental previa, razón por la cual se hacía necesario el ejercicio de la consulta previa.

forma. Sin embargo, desestimó el argumento de la DIAN, debido a que se había vinculado a la Presidencia de la República como autoridad administrativa que podía tener interés en el asunto concreto y que, de considerarlo, bien podía dirigir el asunto al respectivo ministerio. Además, en gracia de discusión, quien estaba legitimada para solicitar la nulidad por ese argumento no era la OIAN, sino la Presidencia de la República, al ser la directamente afectada. Con todo, para evitar futuros inconvenientes, resolvió también vincular al Ministerio del Interior y al Ministerio de Transporte (cuaderno 1, folios 175 a 187).

¹⁹ Al respecto, se hizo referencia a la Ley 70 de 1993 y el Convenio 169 de la OIT.

²⁰ En desarrollo de este argumento, mencionó la Sentencia T-378 de 2012.

²¹ Para sustentar este punto, citó la Sentencia T-129 de 2011.

²² Sentencia T-172 de 2013.

2.2. Impugnación

2.2.1. Inconformes con la decisión de primera instancia, varias entidades formularon recurso de apelación, entre ellas, la DIAN²³, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República²⁴, CORMAGDALENA²⁵, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior²⁶, la DIMAR²⁷, la Superintendencia de Puertos y Transporte²⁸, la Alcaldía de Cartagena²⁹ y el Ministerio de Transporte³⁰. A continuación se hará un breve resumen de las razones expuestas para controvertir la decisión de instancia.

2.2.2. La DIAN insistió en los argumentos expuestos al momento de contestar la demanda y destacó que la competencia para definir las zonas y operaciones permitidas de fondeo se encuentra radicada en cabeza de la autoridad marítima. Enfatizó que en las zonas existentes para el desarrollo de dicha operación no es conveniente el ejercicio de la actividad pesquera, al tiempo que reiteró que su consagración no es nueva en el ordenamiento jurídico.

En cuanto al tema de fondo, manifestó que el proyecto aduanero es una medida de carácter general dirigida a toda la población, por lo que carece de un componente netamente étnico. A su juicio, sólo al momento de adelantarse el desarrollo del estatuto, podría ser viable la consulta, tras la realización de una visita de verificación en terreno, a fin de constatar la afectación directa de las comunidades demandantes. Finalmente, alegó que el juez de primera instancia decidió la causa sin tener certeza sobre la afectación y cuestionó que se extralimitara frente al amparo deprecado, al ordenar la suspensión de la totalidad del trámite del proyecto, ya que únicamente cinco artículos hacen referencia a las operaciones de fondeo.

2.2.3. El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República expuso que ninguna disposición del Estatuto autoriza la operación de fondeo, pues hace referencia a los requisitos y obligaciones que, desde la perspectiva aduanera, deben cumplir las mercancías sujetas a dicha operación, con el fin de permitir el correcto ejercicio del comercio exterior. Además, se trata de normas de carácter general, que no inciden de manera particular en zonas del territorio nacional, ya que el propio Estatuto indica que estas áreas deben ser establecidas por la autoridad marítima. Así las cosas, estas últimas tendrán que definir si se requiere la consulta previa, al momento de delinear dichas zonas.

Por lo demás, siendo normas de carácter general, es imposible determinar los posibles impactos ambientales de las operaciones, aunado a que no existen medios probatorios que acrediten, en este momento, la afectación directa a las comunidades demandantes. Por ende, el proyecto de Estatuto no tiene por qué

²³ Cuaderno 2, folios 90 a 106.

²⁴ Cuaderno 1, folio 121 a 131.

²⁵ Cuaderno 1, folios 154 a 167.

²⁶ Cuaderno 2, folio 138 a 147.

²⁷ Cuaderno 2, folios 175 a 183.

²⁸ Cuaderno 2, folio 184 a 196.

²⁹ Simplemente se limitó a señalar que recurría la decisión.

³⁰ Cuaderno 9, folios 282 a 284.

T-4.336.338

ser sometido a consulta previa y menos aún podía suspenderse su trámite, cuando tan sólo algunas disposiciones regulan la actividad de fondeo.

2.2.4. CORMAGDALENA insistió en que el Estatuto no requiere la realización de la consulta previa, pues se trata de una medida general que incide en todos los colombianos por igual, es decir, no causa una afectación directa y específica en las comunidades étnicas.

2.2.5. La Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior reiteró los fundamentos constitucionales, jurisprudenciales y legislativos de la consulta previa. A continuación explicó que no existe afectación directa en este caso, pues se trata de una medida legislativa de carácter general que aplica respecto de toda la población y no contempla componentes netamente étnicos. En su opinión, una vez se expida el Estatuto, podría requerirse dicha consulta, en aquellos eventos en que se definan zonas de fondeo.

2.2.6. La DIMAR manifestó que le compete la delimitación de las zonas de fondeo y el cobro por dicho servicio. Pone de presente que ha adelantado actuaciones en cumplimiento de la sentencia de primera instancia, que no comparte, por cuanto considera que no hay lugar a la consulta previa, en atención a que no se cumplen los requisitos para que ella proceda, entre ellos la afectación directa.

2.2.7. La Superintendencia de Puertos y Transporte explicó que no procedía la consulta previa, pues no se vislumbraba afectación directa a las comunidades étnicas, al tratarse el Estatuto de una regulación sobre la entrada y salida de mercancías dentro de las dinámicas propias del comercio exterior. En este contexto, la referencia a la actividad fondeo se hace desde la perspectiva aduanera y no marítima o portuaria. Por lo demás, dicha operación no se desarrolla a través de concesiones portuarias y no requiere licencia ambiental, pues está sometida, por una parte, a la expedición de una garantía y, por la otra, a la autorización de la DIMAR.

2.2.8. Finalmente, el Ministerio de Transporte reseñó que no existen evidencias de que las comunidades demandantes hayan sido afectadas por la operación de fondeo. Adicionalmente, reiteró que el Estatuto es una norma de carácter general que no establece técnicamente cuáles son dichas zonas, por lo que no cabe exigir consulta previa.

2.3. Segunda instancia

En segunda instancia conoció la Sala de Decisión de Tutelas No. 2 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual, en sentencia del 3 de abril de 2014, resolvió confirmar la decisión del *a quo*.

En términos generales, señaló que la Constitución protege la diversidad étnica y cultural, entre cuyas herramientas se encuentra la consulta previa, cuya aplicación se limita a las medidas administrativas y legislativas susceptibles de

afectar, de manera directa y específica, a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

En cuanto al ámbito territorial, expuso que la consulta abarca el espacio geográfico del resguardo o del territorio titulado, pues ha de tenerse en cuenta las relaciones de las comunidades con la zona en la que habitan³¹. De esta forma, al abordar el asunto objeto de estudio, indicó que las comunidades de Bocachica y Caño de Oro se encuentran ubicadas en la isla de Tierra Bomba, al norte de la ciudad de Cartagena, conformadas por un número cercano a las 1314 familias³². Para sobrevivir dependen de la pesca y del turismo, actividades sobre las que incidiría la operación de fondeo.

A continuación, expuso que la iniciativa en materia aduanera le corresponde al Presidente de la República y que la regulación que pretende modificar, incluye la citada actividad de fondeo. En este sentido, encontró que existe una afectación directa por la manera en que están regulados los *puertos flotantes* en el proyecto de ley, ya que desconocen los controles y medidas establecidas para autorizar su funcionamiento (concesión portuaria y licencia ambiental).

Por consiguiente, a pesar de que las entidades demandadas alegaron que se trataba de una medida legislativa de carácter general, lo cierto es que la actividad de fondeo tendrá un impacto sobre la pesca en la zona que habitan las comunidades demandantes, la cual –al ser una medio de subsistencia de estos pueblos– se haya contemplada en el artículo 23 del Convenio 169 de la OIT³³.

2.4. Pruebas relevantes aportadas al proceso

- a. Memorial remitido por la Dirección General Marítima Capitanía de Puerto de Cartagena, en el cual menciona tres resoluciones de la DIMAR que establecen las zonas de fondeo, sin limitar tiempo y jurisdicción, (i) en la Bahía Interior de Cartagena (No. 0405 del 11 de octubre de 2001), para yates y veleros; (ii) en la refinería de Ecopetrol de Mamonal, denominada “A” (No. 205 del 31 de julio de 2006) y (iii) en la cual se modifican las áreas de Fondeo del Mar Caribe, denominadas “A” y “E” para Tanqueros en Cartagena y el Área de Fondeo de Bahía Portete, departamento de la Guajira (No. 504 del 27 de noviembre de 2009). También se menciona la Carta Náutica No. 261 de la Bahía de Cartagena, donde se encuentran graficadas las 3 zonas de fondeo (Cuaderno 1, folio 194).
- b. Escrito remitido por CORMAGDALENA a los demandantes, tras el fallo judicial del 21 de octubre de 2013 –que fue anulado– en el cual refiere que: “(...) los estudios contratados (...) muestran que la mejora en las condiciones del Río desde Puerto Salgar hasta Barranquilla y Cartagena, permitirá un incremento en el uso de este modo de transporte, pasando de

³¹ Para ello, citó principalmente las Sentencias T-547 de 2011 y T-129 de 2011.

³² Cuaderno 2, folio 77.

³³ Para sustentar este punto, citó la Sentencia C-274 de 2013 que estableció, como un parámetro importante para determinar la afectación directa a los grupos étnicos, que la materia del proyecto se relacione con alguno de los asuntos regulados en el Convenio 169 de la OIT.

un millón y medio de toneladas que hoy se movilizan a más de cinco millones (...)"³⁴. A continuación señala que se requiere inversión en puertos, pero también se ha estudiado la carga y descarga en fondeo como alternativa para movilizar tal cantidad de mercancías. Luego de lo cual se afirma que la citada actividad se ha adelantado antes en Colombia, y que *"es indispensable que [la misma] se autorice en las normas aduaneras, pues es de la esencia de estas operaciones, que estas sean de comercio internacional, esto es, de importación o de exportación"*³⁵. Uno de los aspectos que destaca es la superación de las dificultades para trasladar la producción de barriles de petróleo y que se hará de manera temporal (Cuaderno 1, folios 229 a 232).

- c. Oficio remitido por el Ministerio del Interior a la autoridad judicial de primera instancia, en el cual le informa que, tras la decisión del 21 de octubre de 2013 (que posteriormente fue anulada), inició los trámites para la consulta previa y remitió la exposición de motivos, los antecedentes y los estudios técnicos que dieron lugar a la modificación de la legislación aduanera (Cuaderno 1, folios 241 a 243).
- d. Acta de reunión efectuada los días 21 y 22 de noviembre de 2013, en donde participaron Wilmar Herrera Imitola, como representante de la comunidad Caño de Oro, el Ministerio del Interior, la DIAN y CORMAGDALENA. En el acta se expone que se describió el proyecto de código aduanero y que se discutieron problemas logísticos en torno al tiempo dado por la autoridad judicial para realizar la consulta y las posibilidades reales de llevarla a cabo en dicho lapso. Igualmente, refieren los accionantes que no han recibido la información relativa a la operación de fondeo. En dicho momento, se señala que en 15 días se podría iniciar la preconsulta (Cuaderno 1, folios 247 a 256).
- e. Acta de reunión informal realizada en la Isla de Tierra Bomba el 12 de diciembre de 2013. Se manifiestan inconvenientes de tiempo para realizar la consulta conforme a lo ordenado por el juez de primera instancia. También se indica que, salvo la DIAN, las entidades no han entregado a las comunidades los documentos contentivos de la información relativa a la operación de fondeo. Finalmente, se desarrollan temas logísticos, como el lugar donde debería adelantarse la preconsulta (Cuaderno 1, folios 259 a 264).
- f. Oficio remitido por el Director de Infraestructura del Ministerio de Transporte a la autoridad judicial de primera instancia del 22 de enero de 2014, en el cual menciona que se han adelantado reuniones los días 16 y 17 de enero con las comunidades demandantes, a fin de llevar a cabo el proceso de consulta previa. Se menciona que sólo la Alcaldía de Cartagena no había acreditado la entrega de los documentos ordenados en la sentencia que posteriormente fue declarada nula por indebida integración del contradictorio. Con todo, se discutió ampliamente la

³⁴ Cuaderno 1, folios 230 y 231.

³⁵ Cuaderno 1, folio 231.

realización de la consulta, debido a la decisión adoptada en el incidente de nulidad (Cuaderno 2, folios 76 a 89).

- g. Resolución No. 0372 del 13 de septiembre de 2001, *"Por medio de la cual se establecen las Áreas de Fondeo, Áreas de cuarentena y Áreas restringidas en aguas marítimas jurisdiccionales colombianas del Mar Caribe, Archipiélago de San Andrés y Providencia y Océano Pacífico"*, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, Armada Nacional, Dirección General Marítima. En lo que a Cartagena se refiere, se establecen 3 áreas de fondeo y una restringida. Una de ellas comprendida entre Castillo Grande y la Isla de Tierra Bomba (Cuaderno 6, folios 41 a 51).
- h. Resolución No. 0405 del 11 de octubre de 2001, proferida por el Ministerio de Defensa Nacional, Dirección General Marítima, que crea las áreas de fondeo para yates y veleros en la Bahía interior de Cartagena (Cuaderno 8, folio 97).
- i. Resolución No. 205 del 31 de julio de 2006, expedida por la Dirección General Marítima, *"Por medio de la cual se modifica la Resolución número 0372 del 13 de septiembre de 2001, en el sentido de reubicar el área de fondeo establecida para: Mar Caribe, Departamento de Bolívar, Cartagena, Área de Fondeo "A" frente a la refinería de Ecopetrol de Mamonal"*. En las consideraciones se señala que la modificación que justifica por cuanto se encontró que la sedimentación del Canal del Dique se ha depositado en el área de fondeo, restringiendo su uso (Cuaderno 8, folios 98 a 99).
- j. Resolución No. 0017 del 2 de febrero de 2007, *"Por medio de la cual se reglamenta el cobro y se establecen las tarifas por el uso de las áreas de fondeo"*. En el artículo 2º se regula el procedimiento para las autorizaciones de fondeo y se indica que deberá ser tramitada ante la Capitanía de Puerto, al menos un día antes del inicio de la maniobra, salvo que medien circunstancias excepcionales (Cuaderno 6, folios 54 a 58).
- k. Resolución No. 504 del 27 de noviembre de 2009, expedida por la Dirección General Marítima, que modifica la Resolución No. 0372 de 2001. Para el asunto objeto de estudio, resulta relevante señalar que modificó las áreas "A" y "E" de fondeo, debido a que las características de las embarcaciones y las condiciones "meteomarinadas" predominantes en dicha área, conllevan un alto riesgo (Cuaderno 8, folios 103 a 164).
- l. Oficio remitido por varias cooperativas de pescadores pertenecientes a disímiles Consejos Comunitarios de Comunidades Negras, en el cual manifiestan coadyuvar la acción de tutela instaurada (Cuaderno 9, folios 144 y 151).
- m. Comunicado de Prensa del 25 de octubre de 2013, expedido por la Presidencia de la República, en el cual indica que el Estatuto Aduanero

abarcará, de manera general, los temas relativos a las operaciones de fondeo. Igualmente, señala que el Gobierno Nacional, en un plazo de 90 días calendario, “*reglamentará los temas relacionados con la seguridad operacional, ambiental legal y [ilegible], que tengan relación con el fondeo (...)*”. Finalmente, se señala que —hasta tanto lo anterior no suceda— se seguirá con la normatividad vigente en materia de fondeo, que lo contempla como una operación excepcional y no permanente (Cuaderno 9, folio 279).

- n. Oficio remitido a los accionantes el 12 de noviembre de 2013 por la DIAN³⁶, en el que anexa el documento CONPES 3758 del 6 de agosto de 2013. En términos generales, en el citado documento se hace referencia a la idea del Gobierno Nacional de reestablecer la navegabilidad del Río Magdalena y que, como consecuencia de ello, el Estatuto Aduanero se debe armonizar con las operaciones de ingreso y salida de mercancías del territorio nacional (Cuaderno 9, folios 305 y 306).
- o. Exposición de motivos del Proyecto de Estatuto Aduanero (Cuaderno 9, folio 336 a 355).
- p. Proyecto de Estatuto Aduanero. En él se incorporan los siguientes preceptos normativos referentes a la operación de fondeo, a saber: (i) el artículo 66 incluye como transportador a aquél que ejecute la operación de aligeramiento de carga en la zona de fondeo. (ii) Conforme con el artículo 72, para obtener la autorización y ejercer actividades de transporte internacional, manejo de carga y actividades relacionadas con las operaciones de tránsito aduanero, transporte multimodal y transporte combinado³⁷, entre otras, se deberá constituir una garantía única³⁸. (iii) El artículo 200 establece que para la llegada de mercancías al territorio nacional, en el caso de aligeramiento de carga, el medio de transporte deberá arribar a “*las zonas de fondeo establecidas por la autoridad marítima*” y el parágrafo del mismo artículo contempla que “*La autoridad aeronáutica y la marítima, deben suministrar los informes que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales les solicite, relacionados con la llegada y salida de naves y aeronaves del lugar habilitado o zonas de fondeo*”. A su vez, (iv) el parágrafo 2º del artículo 213, contempla que: “*Cuando por razones de aligeramiento de carga, se descarga parte de la mercancía en la zona de fondeo, la responsabilidad del transportador internacional termina con la entrega al transportador fluvial, y éste a su vez responde hasta su entrega al puerto o muelle fluvial*”. Finalmente, (v) el artículo 225 regula la entrega de las mercancías. Al respecto, en el numeral 4º, se establece que para el

³⁶ Antes de la declaratoria de nulidad del fallo de primera instancia.

³⁷ Según el Proyecto de Estatuto Aduanero, el transporte combinado es: “*(...) [La] operación que permite el transporte de mercancías de procedencia extranjera, desde el lugar de arribo hasta otro lugar convenido para su entrega en el territorio aduanero nacional, al amparo de hasta dos (2) contratos de transporte por cualquier modo, fluvial, terrestre o ferroviario*”.

³⁸ En cuanto al fondeo se dice que: “*Parágrafo.- En los casos en que el transportador que lleve a cabo operaciones de aligeramiento de carga en una o varias zonas de fondeo, este inscrito como transportador bajo el régimen de cabotaje, solo requerirá la constitución de una única garantía*”.

transportador fluvial se hará “(...) en operaciones de aligeramiento de carga en zonas de fondeo (...)” (Cuaderno 10, folios 22 a 284).

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

3.1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política. El expediente fue seleccionado por medio de Auto del 15 de mayo de 2014, proferido por la Sala de Selección número Cinco.

3.2. Planteamiento del caso, problema jurídico y esquema de resolución

3.2.1. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) se encuentra impulsando la aprobación de un proyecto de Estatuto Aduanero que, entre otros aspectos, hace referencia a las operaciones de fondeo. Esta decisión responde a un nuevo contexto comercial que incluye el plan de restauración de la navegabilidad del Río Grande de la Magdalena, para incidir en las dinámicas mercantiles del país. En la elaboración de dicho proyecto, la DIAN ha sostenido reuniones con diferentes actores. Sin embargo, en criterio de los demandantes, omitió consultar de manera previa a las comunidades étnicas de Bocachica y Caño de Oro, que habitan la Isla de Tierrabomba.

Estas comunidades consideran que con tal actuación se les ha trasgredido su derecho fundamental a la consulta previa, ya que se trata de una medida legislativa que las afecta directamente, al regular una actividad —como lo es el cargue o descargue en fondeo o en *puertos flotantes*— que se desarrolla dentro de las aguas aledañas a sus territorios y que incide en los recursos piscícolas de los cuales dependen, así como en las actividades turísticas que les sirven de sustento. En este sentido, cuestionan que carezcan de información sobre los posibles impactos ambientales y sociales que el aumento del fondeo conlleva dentro de la dinámica comercial que se proyecta y mencionan accidentes ocurridos durante la realización de esta operación al momento de transportar carbón, como ocurrió en la ciudad de Santa Marta.

En su mayoría, las entidades demandadas alegan que carecen de legitimación por pasiva frente a las pretensiones formuladas por los accionantes, ya sea porque no les corresponde adelantar la consulta previa o porque no les compete impulsar el trámite del Proyecto de Estatuto Aduanero. También enfatizan que se trata de una norma general que regula una actividad desde la perspectiva aduanera, que —por lo demás— desde hace años se ha venido llevando a cabo en el país. A partir de lo anterior, sostienen que no existe una afectación directa sobre las comunidades que impele la realización de la citada consulta, pues la regulación que se propone se limita a actualizar la normatividad aduanera de acuerdo con las necesidades actuales del comercio. Por último, en criterio de los demandados, es exigible la consulta previa tan sólo en el momento en el cual se delimiten zonas particulares de fondeo.

T-4.336.338

Para los jueces instancia se vulneró el derecho a la consulta previa de las comunidades demandantes, ya que la regulación del Estatuto toca aspectos de la operación de fondeo —que comprendieron como una especie de *puerto flotante*—, que se desarrolla en áreas aledañas a dichas comunidades, por lo que existe una afectación directa sobre ellas, máxime cuando frente a dicha actividad no existen requisitos legales de orden ambiental, como sí sucede con la instalación y operación de infraestructuras portuarias. Por esta razón, se ordenó la suspensión del trámite de *todo* el Estatuto Aduanero hasta tanto se realizara la consulta previa.

3.2.2. De los hechos narrados y probados en este proceso, corresponde a esta Sala de Revisión determinar, si como consecuencia del trámite dirigido a la elaboración del proyecto de Estatuto Aduanero, las entidades demandadas vulneraron el derecho a la consulta previa de las comunidades de Bocachica y Caño de Oro, en la medida en que frente a ellas sus mandatos producen una afectación directa, como lo exige el literal a) del numeral 1° del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

3.2.3. Para resolver el citado problema jurídico, la Sala Tercera de Revisión reiterará la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la consulta previa frente a medidas legislativas que afecten directamente a las comunidades étnicas. A continuación, se abordará el asunto objeto de estudio, en donde se determinará el tipo de normas que rigen los componentes de la actividad de fondeo y se esclarecerá si de ellas se deriva la obligación de adelantar la mencionada consulta.

3.3. La consulta previa frente a medidas legislativas que afecten directamente a las comunidades étnicas

3.3.1. La consulta previa ha sido objeto de estudio en varias providencias de esta Corporación³⁹, por lo que en el presente caso su examen se limitará a aquellos aspectos necesarios para resolver el asunto *sub-judice*, vinculados con la adopción de medidas legislativas que afectan directamente a las comunidades étnicas. Por lo anterior, en este acápite, se desarrollarán los siguientes tópicos: (a) los parámetros generales de la consulta previa dentro del principio de diversidad cultural; (b) los parámetros de regulación de dicha modalidad de participación y (c) las características y consecuencias derivadas de su no realización.

(a) Parámetros generales de la consulta previa dentro del principio de diversidad cultural

3.3.2. Conforme con el artículo 1° de la Constitución, Colombia es un Estado Social de Derecho organizado en forma de República unitaria, que tiene en el

³⁹ Al respecto, pueden consultarse, entre muchas otras, las Sentencias: T-693 de 2011, T-129 de 2011, T-116 de 2011, C-702 de 2010, T-547 de 2010, T-154 de 2009, T-973 de 2009, T-769 de 2009, C-175 de 2009, C-461 de 2008, C-038 de 2008, T-880 de 2006, C-742 de 2006, T-737 de 2005, SU 383 de 2003, C-891 de 2002, T-652 de 1998, T-252 de 1998, SU-039 de 1997, T-342 de 1994, T-380 de 1993, T-257 de 1993 y T-188 de 1993.

pluralismo una de sus características principales⁴⁰. A ello se suman otros mandatos establecidos dentro de los principios fundamentales de la Carta Política, como el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana⁴¹, la cual es contemplada como una riqueza que debe ser protegida por el Estado, al igual que por todas las personas⁴². Por lo demás, el Texto Superior define que la cultura, en sus diversas manifestaciones, es fundamento de la nacionalidad, por lo que se resalta la dignidad e igualdad de todas aquellas expresiones que conviven en el país⁴³.

3.3.3. De estos postulados se deriva el denominado principio de diversidad étnica y cultural, el cual pretende proyectar en el plano jurídico el carácter democrático, participativo y pluralista del Estado colombiano, a través de la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo. A partir de allí surge el objetivo de adaptar el derecho a las realidades sociales, con el fin de satisfacer las exigencias de aquellos grupos que se identifican como *diferentes* por disímiles cuestiones⁴⁴. En suma, la diversidad étnica y cultural obedece al imperativo de construir una democracia cada vez más inclusiva y participativa, cuyo norte de actuación es consecuente con las reivindicaciones de reconocimiento de las comunidades que tradicionalmente han sido excluidas por la sociedad⁴⁵.

En el caso de los grupos indígenas o pueblos tribales⁴⁶, el anotado principio brinda la posibilidad de otorgarles un *estatus* jurídico especial consecuente con sus valores culturales. Así, por ejemplo, la Constitución consagra la existencia de una jurisdicción especial para los pueblos indígenas (CP art. 246); el derecho de estos últimos de gobernarse por sus propias autoridades según sus usos y costumbres (CP art. 330); el derecho de propiedad en resguardos y en tierras colectivas (CP arts. 63, 329 y 55 transitorio) y la consagración de un régimen especial de representación en el Congreso de la República para los grupos étnicos (CP arts. 171 y 176).

⁴⁰ El artículo 1º de la Constitución establece: “Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

⁴¹ Artículo 7º C.P.

⁴² Artículo 8º C.P.

⁴³ El inciso segundo del artículo 70 de la Constitución establece: “La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación”.

⁴⁴ En este sentido, en el Auto 005 de 2009, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza, proferido en el marco del seguimiento a las órdenes dadas en la Sentencia T-025 de 2004 y con el objetivo de proteger a las comunidades afrocolombianas de la violación de sus derechos fundamentales en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucionales, se indicó que la identificación de estas agrupaciones no depende exclusivamente de su ubicación geográfica territorial o del color de su piel. Por el contrario, existen elementos objetivos y subjetivos que -de manera concomitante- las diferencian. Para los efectos de esta sentencia, basta con señalar que los primeros, obedecen a rasgos culturales que los distinguen de otros grupos humanos y los segundos a una identidad colectiva que genera sentimientos de pertenencia y autoreconocimiento.

⁴⁵ Precisamente, en el precitado Auto, se mencionaron como sustentos de la protección a las comunidades afro el mandato de no discriminación y el deber de superación de la marginalidad histórica a la que han sido sometidos y que repercute negativamente en el acceso a las oportunidades de desarrollo económico y social a que todo colombiano tiene derecho.

⁴⁶ El Convenio 169 de la OIT define a los pueblos tribales, como aquella población que al interior de cada Estado presenta “condiciones sociales, culturales y económicas [que los distinguen] de otros sectores de la colectividad nacional, y que [están] regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”.

3.3.4. Esta nueva realidad –en términos de la Corte– supuso un cambio de paradigma, pues se eliminó el modelo de asimilación por el reconocimiento de la diversidad cultural como un elemento relevante objeto de protección, en la medida en que existe el interés general en que estas culturas sobrevivan y sean amparadas por el Estado⁴⁷. Este cambio no sólo ha ocurrido a nivel nacional, sino primordialmente en el contexto internacional. Precisamente, uno de los elementos destacados del preámbulo del Convenio 169 de la OIT⁴⁸, supone que: *"(...) la evolución del 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"*.

La importancia de este cambio fue resaltado por la Corte. Así, en la Sentencia C-030 de 2008⁴⁹, se expuso que *"(...) el Convenio 169 de la OIT fue adoptado con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, conforme a la cual era preciso eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales son permanentes y perdurables, y la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado"*.

3.3.5. Una manera a través de la cual se manifiesta el principio de diversidad étnica y cultural, que se contrapone al modelo de asimilación, es por la vía del reconocimiento de la autodeterminación de los pueblos indígenas o tribales. Esta autodeterminación, entre otros, comprende la disposición sobre sus instituciones y autoridades de gobierno, y la posibilidad de guiarse por sus propias normas, costumbres, opciones de desarrollo, visión del mundo y proyectos de vida.

En este orden de ideas, la Corte ha desarrollado tres ámbitos en los cuales se desenvuelve el mandato de autodeterminación. Dos de ellos se relacionan con la participación de las comunidades y el tercero con el autogobierno. En la Sentencia T-693 de 2011⁵⁰, reiterando precedentes sobre la materia, se expuso lo siguiente:

*"En el ámbito externo, el respeto por la autonomía de las comunidades indígenas exige reconocer el derecho de tales grupos, a **participar en las decisiones que los afectan**. Ese reconocimiento supone que en las relaciones entre estos pueblos y el*

⁴⁷ Ejemplos de esta riqueza, en tratándose de comunidades negras (término utilizado en el artículo 55 transitorio de la Constitución) pueden encontrarse en los múltiples reconocimientos dados por la UNESCO a sus prácticas culturales como patrimonio inmaterial de la humanidad. Vale la pena mencionar, entre ellas, la Fiesta de San Francisco de Asís en Quibdó, el espacio cultural de San Basilio de Palenque, y las músicas de marimba y cantos tradicionales del Pacífico Sur. Al respecto, puede consultarse *"Listas del patrimonio cultural inmaterial y Registro de mejores prácticas de salvaguardia"* en: <http://www.unesco.org> (última consulta: 22 de agosto de 2014).

⁴⁸ Incorporado a la legislación nacional mediante la Ley 21 de 1991, *"Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adaptado por la 76.ª Reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989"*.

⁴⁹ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁰ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Estado, **la consulta previa a las comunidades indígenas juega un rol necesario en los términos previamente enunciados**, para asegurar que las aspiraciones culturales, espirituales y políticas de los pueblos indígenas sean consideradas en el ejercicio de las demás atribuciones y competencias de la Administración. Por lo tanto, estos pueblos tienen el derecho a ser consultados previamente con relación a las decisiones que los afecten, en los términos que determine la Constitución y la ley. Un segundo ámbito de protección, también externo, tiene que ver **con la participación política de estas comunidades**, en la esfera de representación nacional en el Congreso. Así, las comunidades indígenas tienen el derecho de participar en la circunscripción especial electoral prevista para ellas, de acuerdo con la Constitución. (...)

Finalmente, existe un tercer ámbito de reconocimiento a la autonomía de estas comunidades que es de orden interno, y que está relacionado con **las formas de autogobierno y de autodeterminación de las reglas jurídicas al interior de los pueblos indígenas**. Ello supone el derecho de las comunidades, (i) a decidir su forma de gobierno (CP art. 330); (ii) el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (C.P. art. 246) y (iii) el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios, con los límites que señale la Constitución y la ley. La autonomía política y jurídica, relacionada de este modo con una autogestión territorial, actúa así como un instrumento de reafirmación de la identidad de las comunidades indígenas, las cuales, mediante el ejercicio de sus prácticas tradicionales, avanzan en el fortalecimiento de sus autoridades internas y en el auto-reconocimiento de sus espacios de expresión colectiva”.

3.3.6. De lo expuesto se concluye que la consulta previa opera como una manifestación del principio de diversidad étnica y cultural, la cual, a su vez, permite el desarrollo de la autodeterminación en una de sus fases, esto es, la externa. En términos generales, la consulta surge como un mecanismo de protección que obedece a la superación del paradigma de la asimilación, por uno en el cual se ve a los grupos indígenas y pueblos tribales como una riqueza a resguardar, tanto a nivel nacional como internacional.

(b) Parámetros de regulación de la consulta previa

3.3.7. Visto lo anterior, para los efectos de esta sentencia, la Sala hará referencia a la consulta previa en relación con las medidas legislativas que afectan directamente a los grupos indígenas y pueblos tribales, sin perjuicio de que también se expongan elementos relevantes de esta figura cuando se trata de actuaciones administrativas. Para tal efecto, la Sala ahondará en su sustento constitucional, en el requisito de afectación directa y en la caracterización de la consulta previa como derecho fundamental.

3.3.8. La consulta previa tiene su origen en múltiples normas consagradas en el Texto Superior. Así, en la Sentencia C-068 de 2013⁵¹, se señaló que: “*es expresión y desarrollo del artículo 1º de la Constitución, que define a Colombia como una democracia participativa; del artículo 2º, que establece como una de las finalidades del Estado la de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan; del artículo 7º, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación; del artículo 40, que garantiza el derecho de todo ciudadano a hacer uso de los distintos mecanismos de participación*

⁵¹ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

democrática; y finalmente, del artículo 70, que considera a la cultura como fundamento de la nacionalidad.” Por su parte, en tratándose de explotación de recursos naturales, el parágrafo del artículo 330 de la Carta dispone que: “La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

La consulta previa también encuentra fundamento normativo, como ya ha sido señalado en las líneas precedentes, en normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como lo es el Convenio 169 de la OIT. Al respecto, el literal a) del artículo 6 del instrumento en cita, establece que: *“Al aplicar las disposiciones del (...) 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 (...)”.*

Lo anterior, sin perjuicio de los otros mecanismos generales de participación, a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población. A estos hace referencia el literal b) de la norma previamente mencionada, en los siguientes términos: *“Al aplicar las disposiciones del (...) Convenio, los gobiernos deberán: (...) 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 (...)”.*

En este sentido, en la Sentencia C-030 de 2008⁵², esta Corporación concluyó que: *“(...) cuando se adopten medidas en aplicación del convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de los pueblos indígenas y tribales: el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación, y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta”.*

Como se observa de lo expuesto, en aplicación del citado Convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de los pueblos indígenas y tribales: (i) el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el cual se hace efectivo el derecho general de participación; y (ii) el que se concreta en las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso en el cual se ha previsto la obligación de adelantar el proceso de consulta previa, como instrumento para asegurar su participación real y efectiva, en el marco de un Estado democrático

⁵² M.P. Rodrigo Escobar Gil.

y pluralista. En esta misma línea de interpretación, la Guía de Aplicación del citado Convenio, se refiere en los siguientes términos al artículo 6°:

“El artículo 6 requiere que los gobiernos establezcan los medios que permitan a los pueblos interesados participar en la toma de decisiones a todos los niveles a nivel de instituciones legislativas y de organismos administrativos. También exige que consulten a los pueblos indígenas y tribales mediante procedimientos adecuados y sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. 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”.

3.3.9. En primer lugar, en lo que corresponde al derecho general de participación, la Corte ha señalado que el mismo se orienta a garantizar que, en las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, ya sean de naturaleza legislativa o administrativa, los pueblos indígenas y tribales deben tener a su disposición oportunidades de participación que sean equivalentes, al menos, a las que disponen otros sectores de la población.

Este compromiso se cumple, por una parte, con el reconocimiento que la Constitución realiza a todos los ciudadanos –incluidos los miembros de los pueblos indígenas y tribales– de los derechos de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político (CP art. 40); así como con la posibilidad de hacer uso de los instrumentos previstos en el artículo 103 del Texto Superior, no sólo los que corresponden a los mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía –el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato–, sino también los que “surgen de la posibilidad, prevista en el inciso segundo del artículo 103, de articularse libremente, con el apoyo del Estado, para la promoción de sus intereses, en asociaciones que tengan por objeto constituir mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública”⁵³. Por otra parte, el ordenamiento constitucional también les ha otorgado a las comunidades indígenas y pueblos tribales espacios concretos de participación, que van más allá de los establecidos para todos los colombianos, como ocurre, como ya se dijo, con la posibilidad de elegir dos senadores en circunscripción nacional y elegir tres representantes por circunscripciones especiales (CP arts. 171 y 176), o de transformar los territorios indígenas en entidades territoriales (CP art. 329), o de estar gobernados por sus propias autoridades, conformadas y reglamentadas según sus usos y costumbres, en el ejercicio de importantes funciones como la de velar por la aplicación de las normas sobre usos del suelo, la de diseñar planes y programas de desarrollo económico y social, la de vigilar la preservación de los recursos naturales y la de colaborar con el mantenimiento del orden público (CP art. 330).

En el ámbito legislativo, en criterio de la Corte, este derecho general de participación de los pueblos indígenas y tribales se manifiesta, entre otras, “(1) en la posibilidad que sus integrantes tienen de concurrir, en igualdad de

⁵³ Sentencia C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

T-4.336.338

condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; (2) en el hecho de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, pueden conocer las iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos y solicitar audiencias; y (3) en las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales”⁵⁴.

3.3.10. En segundo lugar, en lo que se refiere al 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 dichas comunidades de decidir acerca de las prioridades en su proceso de desarrollo, con miras a la protección de su cultura y la preservación de su integridad étnica⁵⁵.

Para la Corte, la realización de esta consulta, en los casos exigidos por la Constitución y la ley, constituye un derecho fundamental colectivo de las comunidades indígenas y pueblos tribales, el cual se encuentra íntimamente ligado a su sobrevivencia. De hecho, en la Sentencia T-769 de 2009⁵⁶ se indicó que: “(...) 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 (...) cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación”.

3.3.11. Ahora bien, como se observa de lo expuesto, el requisito *sine qua non* que se exige para que sea obligatoria la consulta previa, cuando se trata de la adopción de medidas legislativas, es que exista una afectación directa en los pueblos interesados. Sobre dicha afectación, en la Sentencia C-068 de 2013⁵⁷,

⁵⁴ Ibídem. En estos mismos términos, en la Sentencia C-063 de 2010, este Tribunal manifestó que: “La regulación que sobre el tema estableció el art. 6º del Convenio y el análisis de la jurisprudencia constitucional arroja como resultado que la consulta previa será un mecanismo que realice el derecho de participación plural y democrática de las comunidades indígenas en la determinación de políticas públicas en aquellos específicos casos en que una decisión vaya a afectarles directamente. *Contrario sensu*, no será obligatoria la realización de este procedimiento en los casos en que la afectación de la comunidad indígena no tenga estas específicas características. Esto no significa que cuando la afectación no sea directa las comunidades indígenas carezcan por completo de mecanismos que garanticen su derecho de participación en dichas decisiones, sino que éstas se podrán involucrar a través de otros mecanismos como la posibilidad que sus integrantes tienen de concurrir, en igualdad de condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; la posibilidad de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, puedan conocer las iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos y solicitar audiencias; y en las posibilidades abiertas por las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales.”

⁵⁵ Sentencia C-208 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁶ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁵⁷ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

reiterando lo expuesto en la Sentencia C-030 de 2008⁵⁸, se señaló que: “(...) *existe 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’*. Esto significa que, para efectos de la consulta previa, es indiferente el efecto positivo o negativo de la medida legislativa propuesta”. Esto se debe, precisamente, a que la consulta es una manera de proteger a dichas comunidades mediante su participación en los asuntos que de manera específica les atañen. Las demás normas jurídicas, que no les afecten de manera diferenciable frente al resto de la población colombiana, como ya se dijo, podrán ser discutidas, pero dentro de los escenarios ordinarios de participación y deliberación democrática, en donde, como se ha reiterado, cuentan con una especial representación.

En la citada Sentencia C-030 de 2008⁵⁹, también se delimitaron los parámetros para esclarecer cuándo una norma jurídica tiene incidencia directa sobre las comunidades indígenas o pueblos tribales. Al respecto, se dijo que:

“(…) es preciso tener en cuenta que la especificidad que se requiere en una determinada medida legislativa para que en relación con ella resulte predicable el deber de consulta en los términos del literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido material de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercute de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales”⁶⁰.

Este Tribunal volvió a pronunciarse sobre la afectación directa de las comunidades indígenas, con ocasión de la Sentencia C-175 de 2009⁶¹, referente a una demanda contra el Estatuto de Desarrollo Rural. En esta oportunidad, como se transcribe a continuación, se vinculó el citado concepto, en lo que se refiere a la alteración del *estatus* de la persona o de la comunidad, con la definición del *ethos* o identidad étnica de los grupos indígenas. Sobre este punto, esta Corporación señaló:

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

Así, de acuerdo con el precedente constitucional estudiado en esta sentencia, para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del *ethos* de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la

⁵⁸ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁹ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁶⁰ Subrayado por fuera del texto original.

⁶¹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

definición de la identidad de las citadas indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. (...)”

En todo caso, se insistió en que uno de los parámetros para identificar las medidas legislativas susceptibles de consulta, es su relación con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT. Por esta razón, se formuló la siguiente regla: “la consulta se predica sólo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar directamente los intereses de las comunidades. Por lo tanto, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están *prima facie* sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses”⁶².

Posteriormente, en la Sentencia C-063 de 2010⁶³, al pronunciarse sobre el sistema de aseguramiento en salud, la Corte reiteró lo expuesto en la Sentencia C-030 de 2008, al tiempo que adicionó nuevos criterios para identificar cuándo existe una afectación directa, específica y particular derivada de una medida legislativa. En sus propias palabras, este Tribunal manifestó:

“[La] Corte [debe] recordar que el literal a. del artículo 6° del convenio 169 de 1989 obliga a la realización de la consulta previa únicamente en aquellos casos en que las comunidades indígenas se vean afectadas *directamente* por una decisión del Estado, sea ésta de carácter administrativo o legal, lo que, como no puede ser de otra forma, ha sido enfatizado por parte de la jurisprudencia de esta Corte, como se pone de presente en el numeral 3.2.2 de la presente sentencia. De manera que en este caso, y habiéndose establecido con plena certeza que no se llevó a cabo procedimiento alguno de consulta, corresponde a la Corte determinar si el precepto demandado es de aquellos que afecta *directamente* a las comunidades indígenas ubicadas en nuestro territorio y, por consiguiente, de los que debía ser fruto de un procedimiento de creación que incluyera la realización de dicha consulta.

Para la Corte la afectación directa se presenta cuando una norma tiene como objeto principal de regulación una o varias comunidades indígenas; o cuando la regulación planteada tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que aquellos que tiene en el resto de la población. En este sentido se reitera la jurisprudencia C-030 de 2008, ocasión en la que se estableció ‘que 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’. Por el contrario, ‘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’ (...)”⁶⁴.

Por último, en la Sentencia C-366 de 2011⁶⁵, se propusieron los siguientes criterios de identificación de la afectación directa:

⁶² Sentencia C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶³ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶⁴ Subrayado por fuera del texto original.

⁶⁵ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

“(i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales; (ii) cuando a pesar que no se trate de esas materias, el asunto regulado por la medida está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de las comunidades diferenciadas; y (iii) cuando a pesar de tratarse de una medida de carácter general, regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales, por lo que puede generarse bien una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una omisión legislativa relativa que las discrimine.”⁶⁶

3.3.12. En suma, cuando quiera que se pretenda adoptar una medida legislativa, la consulta previa –entendida como un derecho fundamental colectivo– se torna obligatoria, si existe una afectación directa a los grupos étnicos. En el resto de los casos, la intervención de estos pueblos se garantiza a través de los distintos mecanismos de participación ciudadana o mediante los instrumentos previstos en el trámite legislativo (conceptos, promover discusiones o solicitar la práctica de audiencias⁶⁷), en igualdad de condiciones, con la generalidad de la población colombiana, teniendo en cuenta que gozan de unos interlocutores especiales que garantizan su representación en el parlamento.

Por último, a partir de la evolución jurisprudencial sobre el tema, se entiende que existe una afectación directa, independientemente del efecto positivo o negativo de la decisión legislativa adoptada, entre otras, en las siguientes hipótesis: (i) cuando la medida regula un asunto que, por expresa disposición constitucional, debe estar sometido a participación directa de las comunidades étnicas⁶⁸; (ii) cuando la medida se encuentra estrechamente vinculada con el *ethos* o identidad étnica de los pueblos indígenas; (iii) cuando el objeto principal de la regulación son una o varias comunidades o pueblos tribales o el desarrollo concreto de un derecho previsto en el Convenio 169 de 1989 de la OIT; y (iv) cuando a pesar de tratarse de una medida general, (a) ésta tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que en el resto de la población, o (b) regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de dichas comunidades, por lo que puede generarse bien una posible afectación, un déficit de protección de sus derechos o una omisión legislativa relativa que las discrimine.

c. Características de la consulta previa y consecuencias de su no realización

3.3.13. La consulta se constituye en un verdadero diálogo que busca el entendimiento entre las partes, sin que su alcance se limite a una mera comunicación o evento informativo y en donde debe primar la buena fe. Conforme con el cambio de paradigma que abandonó la asimilación por el reconocimiento y valor de la diversidad, no resulta legítimo imponer de manera

⁶⁶ En esta providencia se hace igualmente referencia a la definición del *ethos* o identidad étnica de los grupos indígenas como supuesto de afectación directa, en los mismos términos expuestos en la Sentencia C-175 de 2009.

⁶⁷ Con fines de ilustración, por ejemplo, el artículo 230 de la Ley 5ª de 1992 dispone que: “Para expresar sus opiniones toda persona, natural o jurídica, podrá presentar observaciones sobre cualquier proyecto de ley o de acto legislativo cuyo examen y estudio se esté adelantando en algunas de las Comisiones Constitucionales Permanentes.”

⁶⁸ Constitución Política, artículos 329 y 330 (parágrafo). Sobre la materia también se puede consultar la Sentencia C-196 de 2012.

abstracta la idea de interés general sobre el particular, pues la conservación y sobrevivencia de las comunidades indígenas y pueblos tribales también hace parte de tal interés, cuya relevancia ha sido destacada incluso a nivel internacional⁶⁹. De esta manera, al momento de abordar las características de la consulta previa, no puede obviarse que con ella se busca la protección de los derechos e intereses de dichos grupos étnicos.

En este orden de ideas, la jurisprudencia de esta Corporación ha abordado el examen de las características de la consulta previa, teniendo en cuenta que ni el Convenio 169, ni la Constitución, ni la ley, establecen reglas de procedimiento para llevarla a cabo⁷⁰. Precisamente, por jurisprudencia se ha entendido que el citado Convenio le otorga a los Estados la posibilidad de señalar, por vía del derecho interno, los mecanismos idóneos para hacer efectiva la participación de las comunidades, conforme a un amplio margen de discrecionalidad⁷¹. En todo caso, mientras ello no ocurra, acorde con el criterio de flexibilidad que se deriva del mencionado instrumento internacional, en cada proceso de consulta previa, se puede adoptar los cánones, trámites y directrices que mejor permitan adelantar el proceso de concertación sobre los intereses de los pueblos étnicos que se encuentran en juego. Lo anterior, por ejemplo, excluye los acercamientos que se hacen a través de miembros que no representan efectivamente a la comunidad⁷², las simples reuniones informativas que no cumplen con el fin de la

⁶⁹ Ejemplos de esta riqueza, tratándose de comunidades negras –término utilizada en el artículo 55 transitoria de la Constitución– pueden encontrarse en las múltiples reconocimientos dados por la UNESCO a sus prácticas culturales como patrimonio inmaterial de la humanidad. Entre ellas, vale la pena mencionar: la Fiesta de San Francisco de Asís en Quibdó, el espacio cultural de San Basilio de Palenque, y las músicas de marimba y cantos tradicionales del Pacífico Sur. Al respecto, puede consultarse “*Listas del patrimonio cultural inmaterial y Registro de mejores prácticas de salvaguardia*” en: <http://www.unesco.org> (última consulta: 22 de agosto de 2014).

⁷⁰ Para ahondar en este punto, puede consultarse la Sentencia C-068 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, en la que se mencionó que: “Ni la Constitución ni la ley definen el procedimiento para llevar a cabo la consulta previa de las medidas legislativas que afectan directamente a los pueblos indígenas. Sobre la materia se han proferido el Decreto 1320 de 1998, por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y afrodescendientes para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio; y el Decreto 1397 de 1996, por el cual se crea la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas. El primero, como lo ha señalado la Corte, limita su ámbito de aplicación a las materias allí previstas, más allá de que sus mandatos –en ciertos casos– han sido inaplicados por parte de esta Corporación. El segundo, por su parte, ha sido acogido como una importante instancia de concertación, en desarrollo de los procesos de consulta previa”.

⁷¹ En este sentido, la Corte ha dicho que: “De conformidad con el artículo 6, numeral 1, literal a) del Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por Colombia a través de la Ley 21 de 1991, los Estados Partes tienen la obligación de consultar a los grupos étnicos que habitan en sus territorios, ‘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’. (...) De esta manera, existe, en principio, un compromiso internacional de gran amplitud, que obliga al Estado colombiano a efectuar el aludido proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida, legislativa o administrativa, que tenga la virtud de afectar en forma directa a las etnias que habitan en su territorio. Al mismo tiempo, el artículo 34 del mismo tratado estipula: ‘La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país’. Es decir, el instrumento otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: de lo contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de tratados, como la que consta en el artículo 31-1 de la Convención de Viena de 1969, según la cual ‘un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin’ (...).” Sentencia C-891 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería. Subrayado por fuera del texto original.

⁷² Sobre este punto se puede consultar la Sentencia T-769 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

consulta⁷³, o los procesos que se adelantan sin una debida convocatoria previa⁷⁴.

En este contexto, la jurisprudencia constitucional ha identificado como elementos característicos de la consulta previa, los siguientes: su trámite debe ser adelantado por personas que representen realmente a la comunidad, previo agotamiento de un proceso preconsultivo, cuyo fin es delimitar la manera como se adelantará o llevará a cabo el proceso de concertación con los grupos étnicos⁷⁵. Adicionalmente, su desenvolvimiento debe estar fundado en el respeto mutuo y regirse por el principio de la buena fe, lo que conlleva a que debe existir una real voluntad de las partes y claridad en el proceso. Finalmente, la consulta debe tener efectos sobre la decisión acordada⁷⁶ y responder al enfoque diferencial que la caracteriza⁷⁷. Algunos de estos puntos fueron condensados en la Sentencia T-693 de 2011⁷⁸, en los términos que a continuación se exponen:

“En primer lugar, en la sentencia SU-039 de 1997, la Corte dejó claro que no puede tener el valor de consulta previa ‘(...) la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.’ (Resaltado fuera del texto original).

Por eso, en el caso que dio lugar a dicho pronunciamiento, la Corte estimó que una reunión

⁷³ Un ejemplo se presentó en la Sentencia T-880 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁷⁴ En la citada Sentencia C-068 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, se expuso que: “Por último, en lo que se refiere al momento en que debe hacerse la consulta previa, este Tribunal ha reiterado en varias oportunidades que la misma debe ser oportuna, o lo que es lo mismo, debe tener ocurrencia con anterioridad a la adopción de la medida, pues ésta constituye la etapa idónea para influir en el proceso decisorio. Expresamente, en la Sentencia C-175 de 2009, se sostuvo lo siguiente: ‘la obligación de realizar este procedimiento con anterioridad a la radicación del proyecto de ley, es una condición imprescindible para dotar de efectividad e incidencia material a la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes en la determinación del contenido de las medidas susceptibles de afectarles directamente’. En efecto, dicho escenario participativo está diseñado para promover una concertación entre las comunidades y las instancias gubernamentales, lo que implica que las autoridades representativas de aquellas deben (i) estar en la posibilidad de formular modificaciones y adiciones al proyecto propuesto por el Gobierno; y (ii) de lograrse un acuerdo sobre la inclusión de esa modificación, que la misma tenga la potencialidad de hacer parte del texto definitivo de la ley.”

⁷⁵ Sobre este punto, en la Sentencia C-461 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, se expresó que: “La manera en la que se habrá de realizar cada proceso de consulta previa, habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso *pre-consultivo* específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad (...)”

⁷⁶ Al respecto, en la Sentencia C-068 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, se estableció que: “Una vez radicada la iniciativa en el Congreso de la República, como expresión del principio democrático, se abre la posibilidad de que el parlamento debata sobre las medidas acordadas y se pronuncie sobre la conveniencia de las mismas. En tal caso, en primer lugar, el escenario participativo de los pueblos indígenas no se interrumpe, pues dichas comunidades pueden hacer uso de los distintos instrumentos previstos en el trámite legislativo que facilitan la participación ciudadana, incluso pueden canalizar sus propuestas a través de los congresistas elegidos por la circunscripción especial indígena; en segundo término, surge a cargo del Congreso de la República y conforme al reglamento, la obligación de brindar espacios más amplios y efectivos de participación, con el propósito de que sean las propias comunidades —a través de sus representantes— quienes intervengan informalmente en las sesiones de las Cámaras explicando el consenso logrado y defendiendo su contenido; y finalmente, como consecuencia del principio de la buena fe, el Gobierno Nacional debe intervenir activamente con el fin de justificar los acuerdos a los que se llegaron, brindado todos los elementos de juicio que permitan reconocer la importancia de la concertación lograda, como herramienta destinada a asegurar la integridad étnica y cultural de estos pueblos.”

⁷⁷ En la Sentencia T-129 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, se dijo que: “Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres.”

⁷⁸ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

de divulgación de un proyecto en la que no se brinda oportunidad a los representantes de las comunidades de pronunciarse, no puede hacer las veces de una consulta previa. En el mismo sentido se pronunció la Corte en la sentencia C-175 de 2009⁷⁹, al indicar que las audiencias públicas en el trámite legislativo no agotan el requisito de consulta.

En segundo lugar, como se indicó en la sentencia C-461 de 2008⁸⁰, antes de llevar a cabo la consulta previa en estricto sentido, se deben realizar conversaciones preliminares –una especie de preconsulta– con la comunidad o comunidades concernidas, cuya finalidad es identificar las instancias de gobierno local y los representantes de la comunidad, así como socializar el proyecto, y concertar la metodología de la consulta. Al respecto se indicó lo siguiente en la sentencia citada: *“La manera en la que se habrá de realizar cada proceso de consulta previa, habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad (...).”*

En tercer lugar, la consulta debe realizarse indefectiblemente antes de que se comience el proyecto de explotación (incluso desde la formulación del proyecto y antes del inicio de las actividades de prospección) o se tome la decisión normativa que concierne a las comunidades directamente. La Corte precisó en la sentencia SU-039 de 1997⁸¹ que actuaciones posteriores a la adopción de la decisión no pueden subsanar el vicio que se genera por la ausencia de consulta previa⁸². En el mismo sentido se manifestó la Corte en la sentencia C-702 de 2010⁸³, en la que afirmó que la omisión de la consulta antes de dar inicio al trámite legislativo es un vicio insubsanable que da lugar a la declaración de inconstitucionalidad de cualquier medida legislativa.

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

En quinto lugar, con miras a lograr que las comunidades étnicas estén plenamente informadas de la propuesta y sus implicaciones, y puedan tomar decisiones informadas, las autoridades que dirigen el proceso consultivo deben velar por que las comunidades estén acompañadas por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, cada una dentro de sus órbitas de competencia, y siempre y cuando así lo soliciten los respectivos grupos⁸⁴.

En sexto lugar, para la Corte, la consulta debe tener efectos sobre la decisión a adoptar⁸⁵. La efectividad de la consulta se refiere entonces al deber de las autoridades de dar valor a la palabra de las comunidades.

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

⁷⁹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁸⁰ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸¹ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁸² La Corte manifestó lo siguiente: “Para la Corte resulta claro que en la reunión de enero 10 y 11 de 1995, no se estructuró o configuró la consulta requerida para autorizar la mencionada licencia ambiental. Dicha consulta debe ser previa a la expedición de ésta y, por consiguiente, actuaciones posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación. // Tampoco pueden considerarse o asimilarse a la consulta exigida en estos casos, las numerosas reuniones que según el apoderado de la sociedad Occidental de Colombia Inc. se han realizado con diferentes miembros de la comunidad U'wa, pues aquélla indudablemente compete hacerla exclusivamente a las autoridades del Estado, que tengan suficiente poder de representación y de decisión, por los intereses superiores envueltos en aquélla, los de la comunidad indígena y los del país relativos a la necesidad de explotar o no los recursos naturales, según lo demande la política ambiental relativa al desarrollo sostenible.”

⁸³ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸⁴ Sentencia C-461 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸⁵ Sentencia C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

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

3.3.14. De este conjunto de características, es preciso resaltar la importancia que tiene la buena fe y el respeto mutuo en el desarrollo del proceso de consulta, sobre todo, en lo que respecta a la voluntad de las partes para llevarlo a buen término. Así, en la Sentencia T-547 de 2010⁸⁶, se indicó que el adelantamiento de este trámite de concertación, entre otras, implica la *“disposición para adelantar la consulta, acudir a los escenarios de participación que resulten pertinentes, suministrar la información necesaria para que las comunidades puedan evaluar el impacto de la medida, ser receptivos a las inquietudes que surjan en el trámite de la consulta, valorarlas y obrar en consecuencia. Por el contrario, se opone al postulado de la buena fe, la reticencia en participar en los escenarios de consulta, o la obstaculización a los mismos, retener o demorar información relevante, actuar con actitud refractaria hacia las inquietudes de las comunidades indígenas y en plan de confrontación con ellas”*.

De ahí que, como en varias oportunidades se ha señalado, son inadmisibles las posturas adversariales o de confrontación en los procesos de consulta previa⁸⁷, pues esta instancia está prevista para asegurar que las comunidades tradicionales participen activamente en la definición de la medida legislativa que los afecta de manera directa, con el propósito de propiciar un acercamiento que asegure su concertación o consentimiento con el contenido del proyecto de ley que se somete a esta instancia de participación. Por esta razón, visto su objetivo, también se ha considerado que el trámite de consulta previa no conlleva, ni puede conllevar, un poder de veto de las medidas legislativas por parte de los pueblos indígenas y tribales⁸⁸.

3.3.15. Con todo, la Corte de manera reiterada ha señalado que, cuando no sea posible llegar a un acuerdo o concertación con las comunidades indígenas o pueblos tribales, o éstos por algún motivo se nieguen a participar en los procesos de consulta previa, las autoridades preservan la competencia para tomar una determinación final sobre la imposición de una medida legislativa⁸⁹. A pesar de ello, el ejercicio de esta atribución no pueda dar lugar a arbitrariedades, como se

⁸⁶ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁸⁷ Véase, por ejemplo, las Sentencias SU-383 de 2003, C-461 de 2008, T-129 de 2011 y C-366 de 2011.

⁸⁸ En la Guía para la Aplicación del Convenio 169 se afirma que: “ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecte a todo el país. Durante las discusiones encaminadas a la adopción del Convenio, algunos representantes indígenas afirmaban que esto permitiría a los gobiernos hacer lo que quisieran. La Conferencia no entendió de esta manera el contenido de este artículo del Convenio. // El artículo 7 exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones. Lo anterior significa que los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo. En algunos casos, esto puede traducirse en acciones dirigidas a ayudar a los referidos pueblos a adquirir el conocimiento y las capacidades necesarias para comprender y decidir sobre las opciones de desarrollo existentes.” Subrayado y sombreado por fuera del texto original.

⁸⁹ Al respecto, en la Sentencia C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, se expuso que: “cuando luego de agotado un procedimiento previamente definido, con pretensión de incidencia en la medida a adoptar y llevado a cabo bajo los postulados de la buena fe, las comunidades tradicionales no prestan su consentimiento, no por ello el Estado se ve inhabilitado para proferir la medida legislativa.” En el mismo sentido se pueden consultar las Sentencias T-382 de 2006, C-030 de 2008, C-461 de 2008 y C-068 de 2013.

T-4.336.338

expuso en la Sentencia T-547 de 2010⁹⁰, en los siguientes términos: “(...) cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena”.

Lo anterior, sin perjuicio de que se mantengan incólumes las demás vías consagradas en el ordenamiento jurídico para la salvaguarda de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas, incluso la misma consulta previa, cuando se pretenda la ejecución de las medidas previstas en la ley que sean susceptibles de producir una afectación directa. En este sentido, se ha distinguido la consulta previa que se debe realizar frente a una ley y aquella que resulta obligatoria frente a las medidas que en ella se disponen. En este orden de ideas, por ejemplo, en la Sentencia C-891 de 2002⁹¹, al pronunciarse sobre varios artículos del Código de Minas frente a los cuales el proceso de consulta previa con las comunidades indígenas fracasó, la Corte manifestó que:

“(...) no encuentra ningún reproche constitucional que admitir frente al proceso de consulta que se surtió en relación con la expedición de la ley parcialmente demandada, por cuanto los canales de participación indígena fueron razonables y suficientes, a pesar de no haberse podido llegar a un acuerdo entre los interlocutores. Vale decir, se respetó cabalmente el principio de participación y el derecho fundamental de consulta que tienen los pueblos indígenas respecto de la explotación de recursos mineros yacientes en sus territorios.

La Corte advierte que esta consulta previa a la ley, es adicional a la participación que se les debe dar a los pueblos indígenas a partir de su entrada en vigencia, esto es, con posterioridad a la expedición de la respectiva ley; destacándose el especial cuidado que deben observar las autoridades que tienen a su cargo el desarrollo administrativo de la misma, particularmente en lo tocante a la adopción de las medidas administrativas susceptibles de afectar directamente los intereses de tales pueblos.”⁹²

Por último, como se expuso recientemente en la Sentencia C-068 de 2013⁹³, en ciertos casos extraordinarios y excepcionales, la posibilidad de continuar adelante con la aprobación de una iniciativa legislativa, debe ceder frente al derecho fundamental a la subsistencia de los grupos étnicos, así como frente al principio del Estado Social de Derecho de protección de la diversidad de la Nación colombiana (CP art. 7), “cuando una decisión de tal naturaleza tenga la virtualidad de poner en riesgo, de manera específica y concreta, la existencia misma de dichos pueblos, en virtud de la aplicación preferente del principio pro homine. Así, por ejemplo, ocurriría en aquellas hipótesis en que por un mandato legal se permita el vertimiento de desechos tóxicos en tierras étnicas o cuando se exija el traslado forzoso de sus territorios con perjuicio irreparable sobre su supervivencia y preservación étnica y cultural⁹⁴”. Con excepción de

⁹⁰ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁹¹ M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁹² Subrayado por fuera del texto original.

⁹³ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁹⁴ Sobre la materia, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala: “Artículo 10. Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se

este tipo de hipótesis, cuyo análisis debe realizarse en cada caso concreto, la regla que se aplica es la de la preservación de la competencia, cuando no sea posible llegar a un acuerdo o concertación con las comunidades étnicas sobre el proyecto de ley que les afecta directamente.

3.3.16. Respecto del tipo de medidas que deben ser objeto de consulta, este Tribunal ha sostenido que la obligación prevista en el artículo 6° del Convenio 169 de 1989 de la OIT, se refiere a un *concepto genérico* de medidas legislativas⁹⁵, por lo que resulta aplicable a toda norma con fuerza de ley e incluso a las reformas constitucionales⁹⁶. Igualmente, en las Sentencias C-030 y C-461 de 2008, se admitió que la afectación directa puede provenir de una regulación integral, así como de algunas disposiciones específicas y puntuales que se establezcan en un cuerpo normativo general.

Ahora bien, en criterio de esta Corporación, el incumplimiento del deber de adelantar la consulta previa en el trámite legislativo, en aquellos casos en que dicho proceder resulta obligatorio, constituye una violación directa de la Carta Política⁹⁷. De ahí que, a juicio de este Tribunal, se presenta “*un vicio [que] impide declarar exequible la ley*”⁹⁸, ya sea que el control provenga del uso de la acción pública de inconstitucionalidad o de algunas de las modalidades de control automático que se consagran en la Constitución. No obstante, en ciertos casos, dependiendo del nivel de afectación de la ley o de las materias que son objeto de regulación, es posible adoptar otras fórmulas que preserven el principio democrático o la supremacía e integridad del Texto Superior, como lo sería suspender la aplicación de las normas hasta tanto se surta el proceso de consulta respecto de ellas⁹⁹. En este sentido, salvo la adopción de una fórmula especial que permita la existencia de la norma que omite el deber de consulta, su incumplimiento conlleva a la declaratoria de inexequibilidad de la totalidad de la

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 29. (...) 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.”

⁹⁵ Sentencia C-196 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

⁹⁶ En la Sentencia C-702 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte declaró inexequible el Acto Legislativo 01 de 2009 que modificaba el artículo 108 de la Constitución, sobre el aval de candidatos por parte de los partidos y movimientos políticos cuya personería jurídica se obtuvo por la circunscripción especial de minorías étnicas, por no haber surtido el proceso de consulta previa.

⁹⁷ Sentencia C-615 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁹⁸ Sentencias C-461 de 2008, C-175 de 2009 y C-196 de 2012.

⁹⁹ Así, por ejemplo, mientras que en la Sentencia C-030 de 2008 se declaró la inconstitucionalidad de la totalidad de la Ley Forestal General por omitir la realización de la consulta previa; en la Sentencia C-461 de 2008, por el contrario, el fallo se limitó a suspender la ejecución de los proyectos previstos en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo (Ley 1151 de 2007), que afectaban en forma directa y específica a los grupos indígenas y comunidades afrodescendientes de las zonas donde se pretendían implementar. En esta última providencia, se dispuso que: “considera la Sala Plena que en el presente proceso es posible, en aplicación del principio de conservación del derecho, proteger los valores y derechos constitucionales afectados por la inclusión en la Ley del Plan de disposiciones cuya consulta previa era obligatoria y se omitió, sin necesidad de recurrir a una declaratoria de inexequibilidad de toda la ley ni de todos los artículos de sus partes general y específica. Es procedente en este caso declarar que la Ley 1151 de 2007 es exequible, siempre y cuando se entienda que se suspenderá la ejecución de los proyectos —y de los respectivos programas o presupuestos plurianuales— incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir de manera directa y específica sobre pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la doctrina constitucional reiterada en la presente providencia.” Sombreado por fuera del texto original.

T-4.336.338

ley, o si es del caso, de los artículos específicos correspondientes a los temas que afecten directamente a los grupos étnicos.

(d) conclusiones sobre la consulta previa

3.3.17. La consulta previa se fundamenta en una visión del pluralismo cultural como riqueza, que superó la perspectiva de asimilación que primaba antes de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT y de la Constitución Política de 1991. Su consagración obedece al principio de diversidad étnica y cultural, conforme al cual los grupos étnicos deben ser resguardados y deben poder autodeterminarse frente a las situaciones que les atañen.

Por lo anterior, la consulta ha sido admitida como un derecho fundamental de carácter colectivo, que tiene por finalidad la apertura de espacios de dialógico y que se desarrolla con el objeto de alcanzar, en lo posible, el consentimiento o aquiescencia de los pueblos étnicos respecto de una medida. Con todo, al ser un mecanismo específico en el orden constitucional, en los casos en que se discute la aprobación de decisiones legislativas, sólo resulta obligatorio cuando las mismas afectan directamente a las comunidades. Esto último sucede cuando el *estatus* de las mismas se ve modificado, ya sea de manera negativa o positiva o cuando a partir del concepto de *ethos* del grupo humano, lo que supone una incidencia en su identidad, se regula un tema contemplado expresamente en el Convenio 169 de la OIT o se expide una norma general que tiene una incidencia diferencial para con estos grupos humanos.

La jurisprudencia de este Tribunal ha identificado ciertas características que han de ser seguidas para que efectivamente pueda hablarse de la realización de la consulta previa, entre las cuales se destacan, entre otras, el hecho de ser antecedida por una preconsulta, la necesidad de vincular a las personas que efectivamente representan al grupo étnico, la búsqueda de que el proceso tenga una incidencia en la decisión a adoptar y la sujeción de su trámite a los postulados de la buena fe.

El incumplimiento del deber de adelantar la consulta previa en el trámite legislativo, en aquellos casos en que dicho proceder resulta obligatorio, constituye una violación directa de la Carta Política; la cual, a menos que se adopte una formula especial que permita la subsistencia de la norma, conlleva a la declaratoria de inexecutable de la totalidad de la ley, o si es del caso, de los artículos específicos correspondientes a los temas que afectan directamente a los grupos étnicos.

3.4. Caso concreto

3.4.1. Como se señaló en el acápite de antecedentes y al momento de hacer el planteamiento del caso, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) se encuentra impulsando la aprobación de un proyecto de Estatuto Aduanero que, entre otros aspectos, hace referencia a las operaciones de fondeo. Esta decisión responde a un nuevo contexto comercial que incluye el plan de restauración de la navegabilidad del Río Grande de la Magdalena, para incidir

en las dinámicas mercantiles del país. En la elaboración de dicho proyecto, la DIAN ha sostenido reuniones con diferentes actores. Sin embargo, en criterio de los demandantes, omitió consultar de manera previa a las comunidades étnicas de Bocachica y Caño de Oro, que habitan la Isla de Tierrabomba.

Estas comunidades consideran que con tal actuación se les ha trasgredido su derecho fundamental a la consulta previa, ya que se trata de una medida legislativa que las afecta directamente, al regular una actividad –como lo es el cargue o descargue en fondeo o en *puertos flotantes*– que se desarrolla dentro de las aguas aledañas a sus territorios y que incide en los recursos piscícolas de los cuales dependen, así como en las actividades turísticas que les sirven de sustento. En este sentido, cuestionan que carezcan de información sobre los posibles impactos ambientales y sociales que el aumento del fondeo conlleva dentro de la dinámica comercial que se proyecta y mencionan accidentes ocurridos durante la realización de esta operación al momento de transportar carbón, como ocurrió en la ciudad de Santa Marta.

3.4.2. Como se observa de lo expuesto, en el asunto bajo examen, lo que se cuestiona es la obligación de adelantar el *proceso de consulta previa* frente al trámite de una iniciativa legislativa que se encuentra en proceso de discusión y elaboración por parte de las autoridades competentes (el proyecto de Estatuto Aduanero), razón por la cual la Corte se pronunciará exclusivamente, por vía del amparo, sobre la protección solicitada al citado derecho fundamental, sin que quepa adelantar un juicio sobre su constitucionalidad, al tener como objeto disposiciones que todavía no hacen parte del ordenamiento jurídico.

A pesar de ello, es claro que el caso plantea una controversia constitucional, que apunta a determinar si en el desarrollo del citado proceso de elaboración del proyecto de Estatuto Aduanero, se debe dar inicio a un trámite de consulta previa respecto de las comunidades de Bocachica y Caño de Oro, en la medida en que se alega que frente a ellas sus mandatos producen una afectación directa, como lo exige el literal a) del numeral 1º del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, a partir de las disposiciones que consagran la actividad de cargue o descargue en fondeo o en *puertos flotantes*.

No se trata entonces de un juicio de constitucionalidad en el que se examina el cumplimiento de un trámite obligatorio para la aprobación de una ley o de un análisis relativo a la eventual afectación que las comunidades puedan tener por el desarrollo de las citadas actividades (el cargue o descargue en fondeo o en puertos flotantes), sino de un juicio de amparo en el que se pretende proteger el derecho a la consulta previa de una colectividad, que considera que debe hacerse parte en el proceso de deliberación de una iniciativa aduanera, por cuanto, en su opinión, uno de sus aspectos regulatorios les afecta de manera directa. En otras palabras, la Corte ha de esclarecer si las normas del Proyecto de Estatuto Aduanero que se tramita, tienen o no la potencialidad de incidir en el estatus jurídico de dichas comunidades, ya sea generándoles gravámenes o beneficios, únicamente desde la óptica de un juicio de amparo y no desde la perspectiva de una demanda de inconstitucionalidad.

3.4.3. Como fue expuesto en las consideraciones generales de esta providencia, la consulta previa es un derecho fundamental colectivo reconocido a nivel nacional e internacional, tras la superación de un paradigma que pretendía la asimilación de los diferentes grupos étnicos y que no veía en el pluralismo cultural una riqueza a resguardar. Con todo, para que ella opere, al ser una manifestación del ámbito externo de la autodeterminación de dichas comunidades, se requiere, como presupuesto ineludible, que se vean afectadas directamente por la medida legislativa que se pretenda adoptar. Ello sucede, como ya se dijo, en los siguientes eventos: (i) cuando la medida regula un asunto que, por expresa disposición constitucional, debe estar sometido a participación directa de las comunidades étnicas; (ii) cuando la medida se encuentra estrechamente vinculada con el *ethos* o identidad étnica de los pueblos indígenas; (iii) cuando el objeto principal de la regulación son una o varias comunidades o pueblos tribales o el desarrollo concreto de un derecho previsto en el Convenio 169 de 1989 de la OIT; y (iv) cuando a pesar de tratarse de una medida general, (a) ésta tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que en el resto de la población, o (b) regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de dichas comunidades.

En todo caso, aún a pesar de que la consulta no sea procedente, de ello no se deriva la imposibilidad de las comunidades de incidir en la discusión o aprobación de las disposiciones que se tramiten, ya que podrán hacerlo a través de los demás mecanismos de participación contemplados en el ordenamiento jurídico colombiano o mediante los instrumentos que se otorgan para incidir en el trámite de las iniciativas legislativas, como ocurre con la posibilidad de entregar conceptos, promover discusiones o solicitar la práctica de audiencias en el Congreso de la República¹⁰⁰. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad que tienen de acudir ante sus representantes elegidos mediante circunscripciones especiales (CP arts. 171 y 176), los cuales se conciben como voceros que pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y pueblos tribales.

3.4.4. Por lo anterior, esta Sala de Revisión procederá a establecer, si las normas del Proyecto de Estatuto Aduanero que se encuentran en trámite tienen o no la potencialidad de incidir en el *estatus* de las comunidades que actúan en calidad de demandantes, ya sea generando gravámenes o beneficios para ellas.

3.4.5. En primer lugar, es menester indicar que estas disposiciones no regulan la figura de los "*puertos flotantes*", como erradamente lo interpretaron las autoridades judiciales de instancia, sino exclusivamente la actividad de fondeo en relación con el flujo de mercancías a través de las zonas de frontera. Por lo anterior, esta Corporación no se pronuncia respecto de la primera hipótesis, en la medida en que no tiene un respaldo normativo concreto en el proyecto sometido a consideración.

¹⁰⁰ Con fines de ilustración, como previamente se señaló, el artículo 230 de la Ley 5ª de 1992 dispone que: "Para expresar sus opiniones toda persona, natural o jurídica, podrá presentar observaciones sobre cualquier proyecto de ley o de acto legislativo cuyo examen y estudio se esté adelantando en algunas de las Comisiones Constitucionales Permanentes."

En cuanto a la definición de lo que se entiende por zonas de fondeo, el Proyecto de Estatuto contempla que se trata de: *“La zona definida del espejo de agua cuyas condiciones permiten el fondeo o anclaje para que las embarcaciones esperen un lugar de atraque o el inicio de una operación portuaria, la inspección, cuarentena o aligeramiento de carga (...)”*¹⁰¹. Como se observa, la operación de aligeramiento (esto es, cargue o descargue de mercancía) es sólo una de aquellas que pueden ocurrir en una zona de fondeo. La citada definición, por su propia naturaleza, corresponde a un mandato general, el cual no genera ningún tipo de afectación directa frente a las comunidades demandantes.

3.4.6. En segundo lugar, el Proyecto de Estatuto Aduanero está compuesto de 686 artículos y cinco de ellos se relacionan con la operación de fondeo. El resto trata aspectos referentes a las relaciones jurídicas que se establecen entre la administración aduanera y quienes intervienen en el ingreso, permanencia, traslado y salida de las mercancías, desde y hacia el territorio aduanero nacional. En lo que respecta a las disposiciones vinculadas con la actividad de fondeo, cuya consagración constituye el origen del presente amparo constitucional, se destaca lo siguiente:

3.4.6.1. El artículo 66 del Proyecto define como transportador a la *“Persona jurídica que mediante un contrato de transporte, asume la obligación de trasladar mercancías desde un punto de origen a un punto de destino, a cambio de un pago denominado flete (...)”*. A continuación, contempla que será *“(...) responsable de la carga que traslada, desde que le es entregada hasta que la entrega en el lugar y a la persona, acordados”*. En el tercer inciso de ese artículo se menciona que el transportador nacional que ejecute la operación de *“(...) aligeramiento de carga en la zona de fondeo, estará sujeto a las disposiciones previstas en [esta] sección (...)”*.

La sección básicamente regula (i) quiénes son los agentes aeroportuarios y marítimos de los transportadores (art. 67), el agente de carga internacional (art. 68) y el operador de transporte multimodal (art. 69). A continuación, (ii) exige la obtención para el transportador y los citados sujetos de una autorización ante la DIAN, para efectos de la aplicación de la legislación y formalidades aduaneras (art. 70). Luego contempla el régimen de obligaciones generales en materia aduanera para el transportador, agentes y operadores (art. 71). Y, finalmente, se dispone el deber de constituir una garantía (art. 72), cuyo objeto consiste en asegurar el pago de las obligaciones derivadas de la actividad realizada de comercio exterior y el pago de derechos e impuestos a la importación, cuando haya lugar a ello.

En este contexto, y tras la definición de zona de fondeo transcrita anteriormente, el párrafo del artículo 72 es el primero que se relaciona con dicha operación. Este artículo contempla que: *“Para obtener la autorización y ejercer las actividades de transporte internacional, el manejo de la carga y actividades relacionadas con las operaciones de tránsito aduanero, transporte multimodal y*

¹⁰¹ Artículo 3, referente a las definiciones. Cuaderno 11, folio 11.

*transporte combinado, se deberá cumplir (...) con la constitución de garantía en los siguientes términos: (...) **Parágrafo:** En los casos en que el transportador que lleve a cabo operaciones de aligeramiento de carga en una o varias zonas de fondeo, esté inscrito como transportador bajo el régimen de cabotaje, solo requerirá la constitución de una única garantía”.*

Según se infiere de lo expuesto, ninguna de estas disposiciones se relaciona con el *estatus* de las comunidades demandantes, ni tampoco altera o se refiere a su identidad étnica, de lo que se deriva necesariamente que no existe una afectación directa que conlleve la realización de la consulta previa. En efecto, se trata de un conjunto de preceptos normativos dirigidos a regular cómo se denominará a la persona que efectuará el transporte de mercancías y la obligación que tiene de constituir una garantía única para poder adelantar el aligeramiento de carga, cuando el transportador este inscrito bajo el régimen de cabotaje¹⁰².

3.4.6.2. Las siguientes disposiciones que tocan temas atinentes a operaciones en zonas de fondeo están contempladas en el capítulo I, *Formalidades Aduaneras previas al Desaduanamiento*; en la Sección I, *Llegada de Mercancías al Territorio Aduanero Nacional*; y en la Sección II, *Recepción y Registro de los Documentos de Viaje*.

Así, el artículo 200 se refiere a los medios de transporte que ingresen al territorio aduanero nacional —definido como la demarcación dentro de la cual se aplica la legislación aduanera¹⁰³— y señala que “*deberán arribar por los lugares habilitados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (...)*” A continuación dispone que: “*En los casos de aligeramiento de carga, la llegada del medio de transporte se realizará en las zonas de fondeo establecidas por la autoridad marítima*”. A su vez, el parágrafo 2º del artículo 213 desarrolla aspectos concernientes al descargue de las mercancías, que se entiende como la operación a través de la cual aquellas son retiradas del medio de transporte en el que ingresaron al territorio aduanero. Dicho parágrafo contempla que: “*cuando por razones de aligeramiento de carga, se descarga parte de la mercancía en una zona de fondeo, la responsabilidad del transportador internacional termina con la entrega al transportador fluvial, y éste a su vez responde hasta su entrega al puerto o muelle fluvial*”.

Como se evidencia de lo expuesto, se trata de normas que regulan el lugar por donde ingresarán al territorio aduanero los medios de transporte con mercancías y la responsabilidad del transportador durante la operación de descarga. Esto es un conjunto de normas que responden al contexto de la legislación aduanera.

¹⁰² En palabras del Consejo de Estado, el cabotaje consiste: “en una especie de cargamento que se transporta de un puerto a otro, por vía marítima o aérea, y a tal actividad, según el artículo 39 de la Resolución 2450 de 1997, expedida por el Director General de la DIAN, corresponde igual tratamiento que el que rige para el tránsito aduanero.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera ponente: Olga Inés Navarrete Barrero, febrero trece (13) de dos mil tres (2003).

¹⁰³ El proyecto de Estatuto define el concepto de Territorio Aduanero Nacional en los siguientes términos: “(...) Demarcación dentro de la cual se aplica la legislación aduanera; cubre todo el territorio nacional, incluyendo el subsuelo, el mar territorial, la zona cantigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa el Estado colombiano, de conformidad con el derecho internacional a con las leyes colombianas a falta de leyes internacionales”.

Por ello, en criterio de esta Sala de Revisión, las citadas disposiciones tampoco tienen una incidencia directa en el estatus jurídico de las comunidades accionantes, que conlleve la realización de la consulta previa, en los términos definidos en las consideraciones generales de esta providencia.

3.4.6.3. Finalmente, el artículo 225 regula las reglas que se aplican en el comercio exterior para la entrega de mercancías. Allí, nuevamente un contexto general, dispone que: *“Una vez descargada la mercancía, su entrega se hará de la siguiente manera: (...) 4. Al transportador fluvial en operaciones de aligeramiento de carga en zonas de fondeo, para el sometimiento al régimen de cabotaje, la continuación de la operación de transporte multimodal o de transporte combinado”*.

Al igual que en los casos anteriores, no se trata de una norma vinculada con el *ethos* o identidad étnica de las comunidades demandantes, ni tampoco es una norma general que repercuta de mayor manera en dichos pueblos. Por el contrario, es un mandato abstracto que tan sólo refiere a las reglas de comercio, en lo que respecta al momento en que se considera que queda formalizada la entrega de lo que se transporta.

3.4.6.4. De manera que ninguna de las citadas disposiciones tiene la potencialidad de incidir directa y específicamente, de modo diferencial, en las comunidades étnicas demandantes. De ellas no se desprende la regulación de un asunto que por expresa disposición constitucional esté sujeto a consulta previa; tampoco se trata de medidas que estén ligadas a la identidad étnica de dichos pueblos; ni buscan el desarrollo concreto de aspectos atinentes al Convenio 169 de la OIT. Se trata, como ya se dijo, de disposiciones eminentemente aduaneras, que regulan las relaciones de quienes intervienen en el comercio internacional.

Precisamente, su análisis y descripción, permite concluir que son medidas generales que repercuten por igual a toda la población colombiana y, en especial, a quienes intervienen en el ingreso, traslado, permanencia y salida de mercancías, desde y hacia el territorio aduanero nacional.

Desde esta manera, en las mismas consideraciones generales que motivan el trámite del Estatuto, se observa que con él se busca *“(...) modernizar, simplificar, compilar la regulación aduanera y adecuarla a las mejores prácticas de legislación comparada, para facilitar el comercio internacional y el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el país dentro de los acuerdos comerciales”*.

Por consiguiente, no cabe duda de que se trata de disposiciones generales que, en lo atinente al fondeo, regulan cómo se llevará a cabo el tráfico internacional de mercancías a través de estas zonas y no inciden en el estatus jurídico de las comunidades demandantes, como acertadamente lo señalaron varias entidades, entre ellas, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y la Presidencia de la República. Todas estas disposiciones tienen un carácter eminentemente aduanero, el cual, para efectos de esta sentencia, basta con señalar que se trata de normas de orden público que tienen por objeto la

regulación de actividades relacionadas con el comercio internacional, pues establecen –entre otros– aspectos relativos a las importaciones, exportaciones, transbordos de mercancías y demás operaciones aduaneras¹⁰⁴.

3.4.7. La complejidad del régimen aduanero es posible que haya generado confusiones en torno a la obligatoriedad de la consulta previa en este evento. Con todo, tras el fallo de primera instancia, que fue anulado por la indebida integración del contradictorio, se observa que existieron acercamientos entre las comunidades demandantes y las autoridades públicas demandadas, y que incluso CORMAGDALENA, a pesar de no ser responsable del trámite normativo, les expuso de qué se trata el Proyecto de Estatuto referido. En efecto, les informó dentro de qué contexto internacional comercial se adelanta la adecuación normativa, y señaló que por tratarse del flujo de mercancías, era indispensable que se efectuaran regulaciones aduaneras¹⁰⁵.

Es claro entonces que, en el asunto *sub-judice*, si bien las autoridades judiciales efectuaron un juicioso recuento de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la consulta previa, al igual que un análisis detallado sobre las disposiciones nacionales e internacionales que regulan esta materia, erraron al analizar en concreto las normas del Proyecto de Estatuto Aduanero. En relación con las cuales, de manera infundada, consideraron que incidían directamente en aspectos atinentes a las comunidades demandantes. Por lo demás, la Corte no puede dejar de lado un error cometido, ya que suspendieron la totalidad del trámite del Estatuto, a pesar de que la mayoría de sus normas –681 en total– no regulan en absoluto la actividad de fondeo, sino múltiples aspectos relacionados con las mercancías y el comercio internacional.

3.4.8. Con todo, la Sala no discute que la actividad de fondeo, como bien lo señala la DIMAR, pueda ser riesgosa –calificativo que se aplica para toda actividad de navegación según la propia autoridad marítima–, pero ello supone un análisis diferente al sometido a juicio en esta oportunidad. Precisamente, un control sobre la citada operación, ya sea previo o posterior, sugiere un examen respecto de su ejecución práctica, de la delimitación de las zonas dispuestas para el efecto y de la reglamentación específica de cómo se llevará a cabo dicha actividad en un lugar del territorio aduanero nacional. Ninguno de dichos aspectos es objeto de regulación en el Estatuto, en el que incluso expresamente se remite a lo dispuesto por las autoridades competentes, para entender cuáles son las zonas autorizadas para llevar a cabo la operación de fondeo, acorde con el marco normativo actualmente vigente. Al respecto, el artículo 200, señala que: “*En los casos de aligeramiento de carga, la llegada del medio de transporte se realizará en las zonas de fondeo establecidas por la autoridad marítima*”¹⁰⁶.

La ausencia de una regulación sobre el tema en esta iniciativa y, por el contrario, su limitación a la consagración de un marco genérico de la actividad aduanera,

¹⁰⁴ Definidas en el Proyecto de Estatuto como “*Toda actividad de embarque, desembarque, entrada, salida, traslado, circulación y almacenamiento de las mercancías objeto de comercio internacional, sujeta al control aduanero*”.

¹⁰⁵ Cuaderno 1, folios 229 a 232.

¹⁰⁶ Subrayado y sombreado por fuera del texto original.

impiden que esta Sala se pronuncie sobre una posible incidencia ambiental de la actividad de fondeo o de accidentes que hayan ocurrido en el pasado, frente a una práctica preexistente en nuestro ordenamiento jurídico, en algunas zonas del territorio nacional. Para la Corte, es lógico y razonable que las comunidades demandantes, tras los sucesos conocidos a nivel nacional en la bahía de Santa Marta, manifiesten su preocupación, pero en esta ocasión, el asunto puesto en conocimiento de la Corte se circunscribe —como ya se dijo— a normas aduaneras que en nada inciden en el estatus o identidad étnica de dichos pueblos y que, por lo mismo, no están sujetas a la consulta previa. En efecto, no puede existir una afectación directa cuando una regulación no autoriza una actividad (la operación de fondeo), ni la describe, ni señala la forma de llevarla a cabo, ni autoriza ni dispone su práctica en una determinada zona del territorio nacional. Por el contrario, la regulación propuesta tan sólo refiere a dicha actividad y a las zonas demarcadas para el efecto, a partir de un marco vigente sobre navegación y actividades portuarias y fluviales.

3.4.9. En este contexto, de los medios probatorios obrantes en el expediente es claro que en la actualidad existen varias zonas de fondeo a nivel nacional y que, en lo que a Cartagena se refiere, han sido delimitadas cuatro, siendo una de ellas para yates y veleros¹⁰⁷. También es claro que estas zonas varían según las condiciones específicas del sitio en el cual han sido delimitadas. Por ejemplo, en atención a la sedimentación del suelo que restringe su uso. Lo anterior se observa en la Resolución No. 205 del 31 de julio de 2006, expedida por la Dirección General Marítima. En sus consideraciones se lee que se modifica la zona previamente delimitada, por cuanto se encontró que “la sedimentación del Canal del Dique se ha depositado en el área de fondeo, restringiendo su uso”¹⁰⁸. Otro ejemplo de ello se vislumbra en la Resolución No. 504 del 27 de noviembre de 2009, expedida por la citada autoridad, que modifica la Resolución No. 0372 de 2001, debido a que las características de las embarcaciones y las condiciones “meteomarinadas” predominantes en el área de fondeo, conllevan un alto riesgo¹⁰⁹.

Por razón de lo anterior, la Sala dispondrá que cuando la DIMAR vaya a delimitar nuevas zonas de fondeo, a modificar las existentes o a implementar en concreto la operación de alguna de ellas, siguiendo los postulados desarrollados por la jurisprudencia constitucional en torno a este derecho fundamental, esclarezca con la participación de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, si resulta posible la afectación directa de comunidades indígenas o pueblos tribales y si, como consecuencia de ello, se debe dar inicio a un proceso de consulta previa.

3.4.10. En suma, comoquiera que las autoridades judiciales de instancia concedieron el amparo del derecho a la consulta previa, cuando no existía una afectación directa a las comunidades demandantes, la Sala revocará estas decisiones y, en su lugar, denegará las pretensiones formuladas. Con todo,

¹⁰⁷ Cuaderno 6, folios 41 a 51 y cuaderno 8, folio 97.

¹⁰⁸ Cuaderno 8, folios 98 a 99.

¹⁰⁹ Cuaderno 8, folios 103 a 164.

T-4.336.338

ordenará a la DIMAR, en los términos señalados anteriormente, para que, en dichos eventos, dé trámite a la consulta previa si a ello hay lugar.

En todo caso, como se mencionó con anterioridad, el presente juicio de amparo no constituye un límite para que en el futuro, si la citada iniciativa llegare a convertirse en una ley, las disposiciones que allí se aprobaran pudiesen ser controvertidas por vía de la acción pública de inconstitucionalidad, si se observa que algunas de ellas, en concreto, debió haber sido sometida al proceso de consulta previa.

IV. DECISIÓN

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

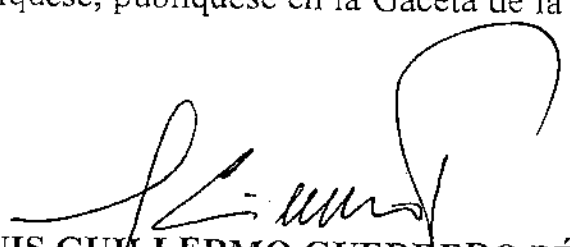
RESUELVE

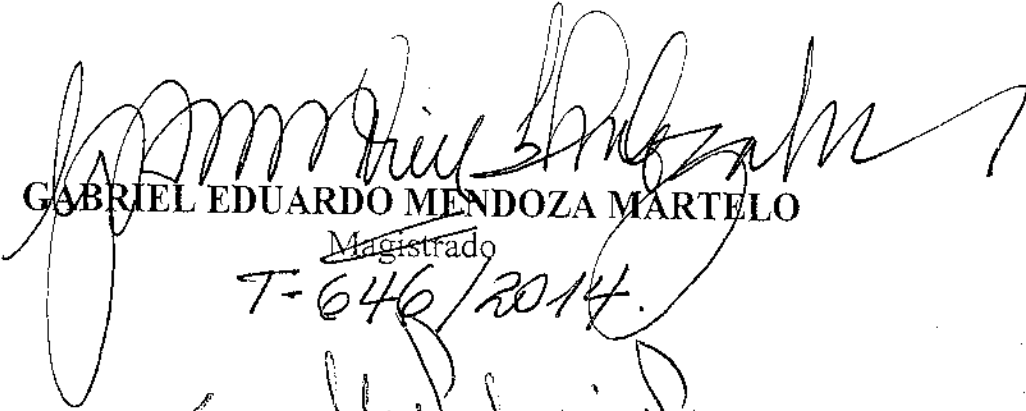
Primero.- REVOCAR la sentencia adoptada el 3 de abril de 2014 por la Sala de Decisión de Tutelas No. 2 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y, en su lugar, **DENEGAR** la acción de tutela instaurada por los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras de Bocachica y Caño de Oro contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y otros, por la presunta trasgresión del derecho fundamental a la consulta previa en el trámite del Proyecto de Estatuto Aduanero.

Segundo.-DISPONER que cuando la Dirección General Marítima (DIMAR) vaya a delimitar nuevas zonas de fondeo, a modificar las existentes o a implementar en concreto la operación de alguna de ellas, esclarezca, con la participación de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, si resulta posible la afectación directa de comunidades indígenas o pueblos tribales y si, como consecuencia de ello, se debe dar inicio a un proceso de consulta previa, siguiendo las reglas desarrolladas por la jurisprudencia constitucional.

Tercero.- Por Secretaría General, **LÍBRESE** la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

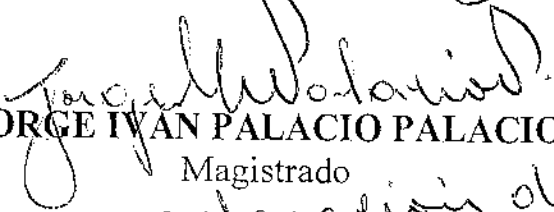
Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.


LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado


GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

T-646/2014.


JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

con observación de voto


ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)