

T-499-18

Sentencia T-499/18

ACCION DE TUTELA PARA LA PROTECCION DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Único mecanismo judicial eficaz para garantizar que los pueblos indígenas sean consultados

AFROCOLOMBIANOS Y SUS COMUNIDADES COMO TITULARES INDIVIDUALES Y COLECTIVOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES-Fundamentos normativos y jurisprudencia constitucional

CONVENIO 169 DE LA OIT Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Fundamento del derecho a la consulta previa

CONSULTA PREVIA-Afectación directa para determinar su procedencia

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

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES NEGRAS Y AFRODESCENDIENTES-Vulneración por no consultar con comunidad, el Plan de Desarrollo Territorial del Municipio que contenía medidas que los afectaban directamente

Referencia:

Expediente T-4.058.142

Demandantes:

Alfonso Santander Pertuz, Felix Barrios Cervantes, Edilsa Moreno de Mejía y Julio López Granados, Representantes Legales de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y Afrocolombianas de los Corregimientos de Sevilla, Suto Gende, Tucurinca y Guacamayal

Demandados:

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D.C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la providencia proferida, en segunda instancia, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ciénaga, el 6 de agosto de 2013, que confirmó la sentencia dictada, en primera instancia, por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Zona Bananera, el 3 de julio de 2013, dentro de la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El 24 de junio de 2013, Félix Barrios Cervantes, Julio López Granados, Alfonso Santander Pertuz y Edilza Moreno de Mejía, Representantes Legales de los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras y Afrocolombianas de los Corregimientos de Suto Gende, Guacamayal, Sevilla y Tucurín promovieron acción de tutela contra el Alcalde y el Concejo del Municipio de Zona Bananera, con el propósito de obtener el amparo de su derecho fundamental a la consulta previa, presuntamente vulnerado por los demandados, al proferir el Plan de Desarrollo 2012-2015 y el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio, sin antes agotar el correspondiente proceso de consulta con las comunidades afrodescendientes.

La situación fáctica, a partir de la cual se fundamenta la presente acción, es la que a continuación se expone:

2. Reseña fáctica y pretensiones

2.1. Manifiestan los demandantes que el 4 de mayo y el 24 de septiembre de 2012 presentaron peticiones ante la Alcaldía del Municipio de Zona Bananera con el propósito de que les fuera consultado el Plan de Desarrollo 2012-2015 y de que se incluyera dentro del

mismo el Plan de Etnodesarrollo Afrocolombiano. Igualmente, el 2 de octubre de 2012, solicitaron que les fuera consultado el Plan de Ordenamiento Territorial, toda vez que el mismo modificaba la clasificación de sus territorios colectivos de rural a urbano.

2.2. Refieren que el Alcalde del Municipio de Zona Bananera, Luis Alberto Molinares Felipe, al contestar dichas peticiones[1], señaló que en los talleres que se realizaron para socializar con la comunidad el Plan de Ordenamiento Territorial y el Plan de Desarrollo del Municipio 2012-2015, participaron los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras, de conformidad con lo previsto en las Leyes 152 de 1994 y 388 de 1997. Sin embargo, consideran que con su participación en dichas reuniones no se agotó el proceso de consulta previa de los mencionados instrumentos, pues este debe adelantarse a través de un trámite diferente, tal y como lo establecen los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT.

2.3. Indican que el 7 de abril de 2013, presentaron una petición ante el Concejo del Municipio de Zona Bananera en la que solicitaron a los miembros de la Corporación abstenerse de aprobar el Plan de Ordenamiento Territorial, toda vez que este no surtió el proceso de consulta previa con los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras, como lo establece el Convenio 169 de la OIT. No obstante, el 31 de mayo de 2013, el Concejo Municipal, mediante Acuerdo 007, aprobó el POT.

2.4. En ese contexto, consideran que el Alcalde y el Concejo del Municipio de Zona Bananera vulneraron su derecho fundamental a la consulta previa, al no consultar el Plan de Desarrollo 2012-2015 y el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio con los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras, pues estos contienen medidas que los afectan directamente. En consecuencia, solicitan que: “1. Se realice la consulta previa con nuestros consejos comunitarios para que se incluyan nuestros Planes de Etnodesarrollo, en el plan de Desarrollo Municipal 2. Se destinen los recursos necesarios para nuestros planes de etnodesarrollo 3. Se inaplique de manera temporal el Plan de Desarrollo Municipal del Municipio de Zona Bananera-Magdalena, por vicios constitucionales, hasta tanto se subsane con la consulta previa con nuestros consejos comunitarios para la reforma del plan de ordenamiento territorial” y se “eleve consulta de manera preferente al Ministerio del Interior sobre este proceso y a la Procuraduría General de la Nación delegada para asuntos étnicos.”

3. Trámite procesal y respuesta de la entidad demandada

Por Auto del 24 de junio de 2013, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Zona Bananera admitió la acción de tutela y corrió traslado de la misma a las entidades demandadas para que ejercieran su derecho a la defensa.

3.1. Alcaldía Municipal Zona Bananera

La Representante Judicial del Municipio señaló que en la implementación del Plan de Desarrollo para el periodo 2012-2015 se surtieron todas las etapas previstas en la ley, incluyendo la consulta previa a los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras del Municipio, tal y como consta en los oficios de convocatoria suscritos por los representantes legales de dichas comunidades, en los documentos de soporte de las mesas de trabajo y en las actas de asistencia.

Así mismo, indicó que el municipio, con el fin de realizar una planificación que cobijara a las comunidades afrodescendientes en los diferentes programas y estrategias del plan de desarrollo, incluyó varias partidas presupuestales destinadas a dicha población. Lo anterior, a pesar de que todas las acciones que se desarrollan con el fin de mejorar la calidad de vida de los zoneros tienen un enfoque diferencial, pues la mayoría de los habitantes de Zona Bananera son afrocolombianos.

De otra parte, afirmó que no era necesario realizar el proceso de consulta previa respecto de la modificación al Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio con los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras, por cuanto esta no consagra medidas que afecten directamente a dichas comunidades, toda vez que los territorios en los que desarrollan su dinámica social, económica y cultural no sufrieron ningún tipo de alteración, pues continuaron con su categoría de uso rural. A su vez, informó que el proceso de revisión y ajuste del Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Zona Bananera se realizó porque vencieron los plazos establecidos en la Ley 388 de 1997, toda vez que transcurrieron 12 años desde que entró en vigencia el último Plan de Ordenamiento Territorial, tiempo durante el cual se presentaron varios cambios en el territorio del municipio, tales como el crecimiento poblacional, la vocación del territorio agrícola, el aumento de los indicadores socioeconómicos de pobreza, desempleo, la deforestación en la Sierra Nevada de Santa Marta y el déficit de vivienda, entre otros.

Finalmente, advirtió que el proceso de revisión del Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio contó con la participación de los Consejos Comunitarios de las Comunidades Afrodescendientes, pues sus representantes asistieron a los talleres que se realizaron para socializar el documento con gremios, comunidades y autoridades locales y regionales.

Además, señaló que la modificación al Plan de Ordenamiento Territorial se difundió a través de cuñas radiales por más de un mes, en las que se invitó a toda la ciudadanía a participar en los talleres de socialización sobre la visión del territorio.

3.2. Concejo del Municipio de Zona Bananera

La Representante Legal del Concejo Municipal solicitó al juez de tutela desvincular a la entidad de la acción de amparo, toda vez que no está dentro de sus funciones agotar el proceso de consulta previa del Plan de Desarrollo 2012-2015 y del Plan de Ordenamiento Territorial con los Consejos de Comunidades Negras de Zona Bananera.

Las pruebas relevantes aportadas al trámite de tutela son las siguientes:

- Petición presentada ante la Alcaldía del Municipio de Zona Bananera, el 24 de septiembre de 2012, por los Representantes Legales de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y Afrodescendientes del territorio en la que solicitan la inclusión del Plan de Etnodesarrollo en el Plan de Desarrollo del Municipio 2012-2015. (Folio 6, Cuaderno 1)
- Petición presentada ante la Alcaldía del Municipio de Zona Bananera, el 2 de octubre de 2012, por los Representantes Legales de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y Afrodescendientes del territorio en la que solicitan que se les consulte la reforma al Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio. (Folios 7-8, Cuaderno 1)
- Respuesta emitida por el Alcalde del Municipio de Zona Bananera, el 22 de octubre de 2012, a la petición formulada por los Representantes Legales de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y Afrodescendientes del territorio en la que solicitan que se les consulte la reforma al Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio. Al respecto, el servidor público afirma que la administración municipal en la elaboración del POT ha garantizado los espacios de participación ciudadana previstos en la Ley 388 de 1997. (Folio

13, Cuaderno 1)

- Petición presentada ante el Concejo del Municipio de Zona Bananera, el 7 de abril de 2013, por los Representantes Legales de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y Afrodescendientes del territorio, en la que solicitan a la Corporación no darle trámite al Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio, por cuanto no les fue previamente consultado. (Folios 9-10, Cuaderno 1)
- Respuesta emitida por el Concejo del Municipio de Zona Bananera, el 19 de abril de 2012, a la petición formulada por los Representantes Legales de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y Afrodescendientes del territorio en la que solicitan no darle trámite al Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio. Al respecto, la Corporación manifestó que debe aprobar todo proyecto que vaya encaminado al beneficio de la comunidad. (Folio 77, Cuaderno 1)
- Concepto emitido por el Viceministro para la Participación e Igualdad de Derechos del Ministerio del Interior sobre la necesidad de consultar los planes de desarrollo de las entidades territoriales. En dicho documento se concluye que solo deben consultarse previamente los programas, proyectos o presupuestos del plan de desarrollo que afecten directamente a las etnias. (Folios 14-15, Cuaderno 1)
- Certificaciones emitidas por el Alcalde del Municipio de Zona Bananera en las que consta que los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras de los Corregimientos de Suto Gende, Guacamayal, Sevilla y Tucurinca están registrados en el libro de Consejos Comunitarios del Municipio de Zona Bananera. (Folios 16, 19-24, Cuaderno 1)
- Copia de las actas de asistencia a la reunión de validación del modelo de desarrollo municipal, Plan de Desarrollo Municipal 2012-2015, realizada por el Consejo Territorial de Planeación. (Folio 47-49, Cuaderno 1)
- Certificación proferida por la Secretaria de Hacienda y Crédito Público del Municipio de Zona Bananera, el 25 de junio de 2013, en la que consta que para las vigencias fiscales 2012 y 2013 se aprobaron partidas presupuestales para asumir los compromisos con las Comunidades Negras por valor de “\$5.000.000.00 y \$10.000.000.00” respectivamente. (Folio 50, Cuaderno 1)

- Copia de la Resolución de 2 de febrero de 2012, por medio de la cual el Alcalde del Municipio de Zona Bananera realizó la convocatoria para la renovación parcial de la composición del Consejo Municipal de Planeación, periodo 2012-2015. (Folios 51-53, Cuaderno 1)
- Copia del registro fotográfico y documental de las reuniones y talleres de construcción y socialización realizadas por la Alcaldía del Municipio de Zona Bananera sobre la revisión del Plan de Ordenamiento Territorial. (Folios 54-56, Cuaderno 1)
- Copia de la comunicación de 22 de marzo de 2012, por medio de la cual el Alcalde del Municipio de Zona Bananera invitó a la Representante Legal del Consejo Comunitario de Soplador para que participara en la reunión que se realizaría el 27 de marzo de 2012, en la biblioteca con el fin de articular a la población afrocolombiana en los diferentes programas y estrategias del Plan de Desarrollo de la Zona Bananera 2012-2015. (Folio 58, Cuaderno 1)
- Copia de la invitación a la reunión de concertación sobre el Plan de Desarrollo de Zona Bananera 2012-2015 dirigida a la comunidad afrodescendiente de dicho territorio. (Folio 59, Cuaderno 1)
- Copia del registro documental de las mesas de trabajo realizadas por la Alcaldía del Municipio de Zona Bananera con las Comunidades Negras del territorio sobre el Plan de Desarrollo 2012-2015. (Folio 60-70, Cuaderno 1)

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

1. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Zona Bananera, en sentencia proferida el 3 de julio de 2013, declaró improcedente el amparo deprecado por Félix Barrios Cervantes, Julio López Granados, Alfonso Santander Pertuz y Edilza Moreno de Mejía, Representantes Legales de los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras y Afrocolombianas de los Corregimientos de Suto Gende, Guacamayal, Sevilla y Tucurínca, al considerar que cuentan con otros mecanismos judiciales para la defensa de sus derechos, toda vez que el Plan de Desarrollo correspondiente al periodo 2012 a 2015 ya se estaba ejecutando y, por lo tanto el mismo adquirió rango de ley. En ese sentido, advirtió que los accionantes pueden

presentar una demanda de inconstitucionalidad y solicitar su derogatoria por vicios de procedimiento en su formación.

2. Impugnación

La decisión del a-quo fue recurrida oportunamente por parte de los accionantes, quienes se ratificaron en todo lo apuntado en la demanda e insistieron en que con la misma se pretende proteger el derecho fundamental de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y Afrocolombianas a que se les consulten previamente las medidas administrativas que los afectan.

El 15 de julio de 2013, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ciénaga avocó conocimiento de la acción de tutela de la referencia y vinculó al Ministerio del Interior para que rindiera un informe sobre las consultas que la Alcaldía y el Concejo del Municipio de Zona Bananera tenían que realizar para la elaboración del Plan de Ordenamiento Territorial con las Comunidades Afrodescendientes de los Corregimientos de Suto Gende, Guacamayal, Sevilla y Tucurinca.

3. Ministerio del Interior

El Director de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior informó que en el Municipio de Zona Bananera se registran las siguientes comunidades:

En el Corregimiento de Sevilla, el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Sevilla que tiene una solicitud en trámite para la titulación de Territorios Colectivos.

En el Corregimiento Tucurinca, el Consejo Comunitario de Comunidad Negra del Corregimiento de Tucurinca.

Adicionalmente, se registra sin ubicación especial, la Organización de Comunidades Afrocolombianas del Municipio Zona Bananera Magdalena-Suto Gende a Sengande y un proceso en trámite ante el Incoder para la titulación de Territorios Colectivos de la Comunidad “Guacamayal”.

4. Sentencia de Segunda Instancia

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Ciénaga, a través de fallo de 6 de agosto de 2013, confirmó en su integridad el pronunciamiento adoptado en primera instancia, al considerar que la acción de tutela es improcedente, toda vez que los demandantes cuentan con otros mecanismos judiciales para la defensa de sus derechos, tales como la acción de inconstitucionalidad y la acción de cumplimiento.

III. Revisión del Proceso de Tutela por parte de la Corte Constitucional

Remitido el expediente de tutela de la referencia a esta Corte para su eventual revisión, la Sala de Selección Número Nueve, mediante Auto del 26 de septiembre de 2013, notificado el 11 de octubre siguiente, dispuso su revisión, a través de la Sala Tercera de Revisión.

IV. Actuaciones adelantadas en sede de revisión

1.1. En Auto del 17 de enero de 2014, el Magistrado Sustanciador encontró necesario recaudar algunas pruebas para verificar los hechos relevantes del proceso y mejor proveer en el presente asunto. En consecuencia, resolvió:

“Primero: Por la Secretaria General de esta Corporación, requiérase al Alcalde del Municipio de Zona Bananera, Magdalena, para que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes contadas a partir de la notificación del presente auto, remita copia del actual Plan de Desarrollo Municipal y el Plan de Ordenamiento Territorial, e informe si realizó proceso de consulta previa con los consejos comunitarios demandantes.

Segundo: Por la Secretaria General de esta Corporación, requiérase a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación, para que, dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes, contadas a partir de la notificación del presente auto, informen a este despacho si conocen de algún proceso de consulta previa realizado en el municipio de la Zona Bananera, con el fin de expedir el actual Plan de Desarrollo Municipal y el Plan de Ordenamiento Territorial.

Tercero: Por la Secretaria General de esta Corporación, requiérase a Félix Barrios Cervantes, Julio López Granados, Alfonso Santander Pertuz y Edilza Moreno de Mejía, quienes dicen actuar como representantes de los consejos comunitarios de comunidades negras y afrocolombianas de Sutogende, Guacamayal, Sevilla y Tucurínca, para que, dentro de las

cuarenta y ocho (48) siguientes contadas a partir de la notificación del presente auto, informen de qué manera afecta directamente a sus comunidades la expedición del actual Plan de Desarrollo y el Plan de Ordenamiento Territorial del municipio de Zona Bananera.

Cuarto: Suspender el término para la resolución del trámite de revisión del fallo proferido dentro del expediente de la referencia, hasta cuando sea recibida y evaluada por esta Corporación la información indicada anteriormente (artículo 57 del Acuerdo 05 de 1992-Reglamento Interno de esta Corporación)."

1.2. Vencido el término probatorio, la Secretaría General de esta Corporación, en comunicación del 7 de febrero de 2014, informó al despacho del Magistrado Ponente que recibió dos Oficios, uno suscrito por Patricia Luna Paredes, Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas de la Defensoría del Pueblo y otro firmado por Danilo Aníbal Valbuena Ussa, Coordinador del Grupo de Asuntos Étnicos y Población LGTBI de la Procuraduría General de la Nación.

1.2.1. Defensoría del Pueblo

La Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas de la Defensoría del Pueblo, mediante Oficio 4080-0070, informó que no ha recibido ninguna petición en la que los accionantes soliciten la intervención de la entidad. De igual manera, adujo que requirió a la Defensoría Regional del Magdalena y a la Dirección de Consulta Previa para que aportaran información sobre el caso, sin embargo, manifestaron no tener conocimiento de dicho asunto.

En virtud de lo expuesto, afirmó que la Delegada adelantaría las gestiones necesarias en coordinación con la Defensoría Regional del Magdalena para contactar a los Consejos de Comunidades Negras de Zona Bananera, conocer su situación y brindar la asesoría y atención que estas comunidades requieran.

1.2.2. Procuraduría General de la Nación

El Coordinador del Grupo de Asuntos Étnicos y Población LGTBI, mediante Oficio de 31 enero de 2014, informó al Magistrado Sustanciador que una vez revisada la base de datos de la entidad se pudo establecer que no se ha radicado ninguna solicitud de acompañamiento para los procesos de consulta previa del Plan de Desarrollo 2012-2015 y

del Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Zona Bananera.

1.3. El 12 de febrero de 2014, la Secretaría General de la Corporación remitió al despacho del Magistrado Ponente un Oficio firmado por los señores Julio López Granados, Alfonso Santander Pertuz, Edilsa Moreno de Mejía y Feliz Barrios Cervantes, Representantes Legales de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y Afrocolombianas de Guacamayal, Sevilla, Tucurín y Suto Gende del Municipio de Zona Bananera.

1.3.1. Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y Afrocolombianas de Guacamayal, Sevilla, Tucurín y Suto Gende del Municipio de Zona Bananera.

Los señores Julio López Granados, Alfonso Santander Pertuz, Edilsa Moreno de Mejía y Felix Barrios Cervantes, Representantes Legales de los mencionados Consejos, afirmaron que el Plan de Desarrollo que elaboró el Alcalde del Municipio de Zona Bananera para el periodo 2012-2015 no contó con su participación y, por lo tanto, no incluyó el Plan de Etnodesarrollo de sus comunidades, lo que implicó que no pudieran acceder a los recursos del sistema general de regalías ni a los subsidios de mejoramiento de vivienda del Banco Agrario, pues para que las comunidades negras reciban dichos recursos sus proyectos deben estar incluidos en el plan de desarrollo del municipio.

De igual manera, señalaron que el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Zona Bananera los afecta directamente, en la medida en que modifica la clasificación de sus territorios de rural a urbanos.

1.4. El 14 de febrero de 2014, la Secretaría General de la Corporación envió al despacho del Magistrado Sustanciador un Oficio suscrito por Julio Cesar Rivera, Profesional Universitario de la Secretaría de Planeación y Obras Públicas de la Alcaldía del Municipio de Zona Bananera, mediante el cual remite copia del Plan de Desarrollo Municipal 2012-2015, copia del Plan de Ordenamiento Territorial y un informe sobre el proceso de consulta previa que la administración realizó con los Consejos Comunitarios y las Organizaciones de Comunidades Negras.

1.4.1. Secretaria de Planeación y Obras Públicas de la Alcaldía del Municipio de Zona Bananera

En el mencionado informe, el funcionario afirmó que, para la construcción del Plan de Desarrollo 2012-2015, la Alcaldía del Municipio de Zona Bananera realizó el correspondiente proceso de consulta previa con los Consejos Comunitarios y Organizaciones de Comunidades Negras del territorio. Dicho proceso se llevó a cabo en varias etapas, en las cuales participaron el Alcalde, la Secretaría de Planeación y Obras Públicas, el Consejo de Gobierno, el Consejo Territorial de Planeación, las Veedurías Ciudadanas, la Sociedad Civil, el Concejo Municipal y los Consejos Comunitarios y las Organizaciones de las Comunidades Negras.

Adujó que el Plan de Desarrollo es un instrumento que permite planificar el progreso del ente territorial, pues contiene el programa de gobierno que el Alcalde de turno adelantará durante sus cuatro años de mandato. Por su parte, el Plan de Ordenamiento Territorial tiene como objetivo regular los procesos de ocupación del espacio, las necesidades presentes y futuras de la población y garantizar el mejoramiento de su calidad de vida.

Señaló que, el 27 de marzo de 2012, se realizó el proceso de consulta previa del Plan de Desarrollo 2012-2015 del Municipio de Zona Bananera con los Consejos Comunitarios y Comunidades Negras que habitan en el territorio. Como resultado de dicho proceso, se incluyeron varias de sus propuestas en los diferentes ejes estratégicos del mencionado plan, como, por ejemplo, en los programas de: pobreza extrema, cultura para el bienestar social, desarrollo humano con garantías de igualdad, salud para todos con calidad, eficiencia, recreación y deporte para una vida saludable, ocupación y ordenamiento del territorio, empleo y desarrollo económico. Además, sostuvo que todas las acciones que desarrolla el municipio en aras de mejorar la calidad de vida de sus habitantes tienen un enfoque diferencial, pues el grupo étnico mayoritario del territorio es el afrocolombiano.

De otra parte, adujo que, aun cuando los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras de la Zona Bananera no tienen territorios colectivos en el municipio y el Plan de Ordenamiento Territorial no contiene medidas que los afecten directamente, la Alcaldía los invitó a participar en la elaboración de dicho documento.

Afirmó que los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras contaron con varios espacios de participación en la elaboración del Plan de Desarrollo 2012-2015 y del Plan de Ordenamiento Territorial, pues estos incluso tienen representación en el Consejo Territorial

de Planeación.

Sostuvo que el proceso de modificación y ajuste del Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Zona Bananera cumplió con los requerimientos legales y de participación ciudadana señalados en la Ley 388 de 1997, Decreto 879 de 1998, Ley 810 de 2003 y Decreto 2079 de 2003, toda vez que se realizó por el vencimiento de los plazos previstos en dicha normatividad y consistió en la revisión ordinaria de sus componentes general y estructural.

En la revisión del Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio se tuvieron en cuenta, tanto el modelo de crecimiento rural disperso en 11 corregimientos, ubicados a lo largo de la línea férrea y la vía Ruta del Sol, como la variable ambiental, y la interrelación de los dos ecosistemas estratégicos, la Sierra Nevada y la Ciénaga Grande.

Advirtió que en el proceso de modificación y ajuste del Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Zona Bananera se realizaron más de 15 talleres en los que participaron gremios, comunidades, autoridades locales y regionales. Así mismo, se hicieron encuestas en todos los corregimientos indagando la visión de la comunidad sobre el territorio.

Finalmente, afirmó que en el Plan de Ordenamiento Territorial no se realizaron cambios en el uso de los territorios que habitan las comunidades afrodescendientes.

1.5. Luego de que se estudiaron las pruebas recaudadas, y los cambios producidos durante el trámite del proceso de tutela en sede de revisión, el magistrado sustanciador advirtió que el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Zona Bananera fue modificado por el Concejo municipal, mediante Acuerdo 002 de 2017, por medio del cual se amplió el área de expansión urbana y suelo urbano a los corregimientos de Sevilla, Rio Frio, La Gran Vía, Orihueca, Tucurín, Julio Zawady, San José de Kennedy, Guacamayal y Santa Rosalía. En consecuencia, mediante Auto del 27 de julio de 2018, resolvió:

“PRIMERO.- Por Secretaría General, OFÍCIESE a la Alcaldía del Municipio de Zona Bananera, para que en el término de ocho (8) días hábiles, contados a partir de la notificación del presente Auto, remita los antecedentes y estudios que tuvo en cuenta para elaborar el “ajuste al plan básico de ordenamiento territorial del Municipio de Zona Bananera, Departamento del Magdalena, para facilitar y promover el desarrollo urbano y el

acceso a la vivienda de interés social y se otorgan unas facultades”, aprobado por el Concejo municipal mediante Acuerdo N° 002 de 2017. Así mismo, para que informe a esta Sala lo siguiente:

- Si previamente a la expedición del mencionado proyecto de ajuste al Plan de Ordenamiento Territorial consultó con los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras del territorio las medidas que consagra dicho acto administrativo.
- Si tiene conocimiento de que contra el Acuerdo N° 002 de 2017 se haya presentado algún tipo de acción judicial.

Para efectos de dar respuesta a los anteriores requerimientos, allegar las pruebas documentales, de audio y video que considere pertinentes.

SEGUNDO. – Por Secretaría General, OFÍCIESE a los accionantes, para que en el término de ocho (8) días hábiles, contados a partir de la notificación del presente Auto, informen a esta Sala lo siguiente:

- Si les fue consultado el proyecto de “ajuste al plan básico de ordenamiento territorial del Municipio de Zona Bananera, Departamento del Magdalena, para facilitar y promover el desarrollo urbano y el acceso a la vivienda de interés social y se otorgan unas facultades”, aprobado por el Concejo municipal mediante Acuerdo N° 002 de 2017.
- Si consideran que las medidas consagradas en el Acuerdo N° 002 de 2017 afectan de manera directa los derechos de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras del Municipio de Zona Bananera. En caso afirmativo, deberán allegar los elementos de juicio que consideren pertinentes para demostrar la concreta afectación, tales como estudios técnicos, científicos o académicos, testimonios, oficios presentados ante la administración en busca de la protección de sus garantías, informes de organizaciones oficiales o no gubernamentales, etc
- Si han presentado contra el Acuerdo N° 002 de 2017 algún tipo de acción judicial.

Para efectos de dar respuesta a los anteriores requerimientos, allegar las pruebas documentales, de audio y video que considere pertinentes.”

1.6. Vencido el término probatorio, la Secretaría General de esta Corporación, en comunicación del 14 de agosto de 2018, informó al despacho del Magistrado Ponente que recibió un Oficio suscrito por Wendy Pertuz, Edilsa Moreno de Mejía, Félix Barrios Cervantes y Julio López Granados. Así mismo, indicó que no se recibió respuesta alguna por parte de la Alcaldía del Municipio de Zona Bananera.

1.6.1. Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y Afrocolombianas de los Corregimientos de Suto Gende, Sevilla, Tucurín y Guacamayal del Municipio de Zona Bananera

Wendy Pertuz, Edilsa Moreno de Mejía, Félix Barrios Cervantes y Julio López Granados señalaron que no les fue consultado el ajuste al Plan Básico de Ordenamiento Territorial, aprobado mediante Acuerdo N°002 de 2017.

Afirmaron que los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y Afrocolombianas están presentes en el Municipio de Zona Bananera desde “antes de la guerra de los mil días, desde que nos escapamos de las cadenas de la colonia, fuimos explorando y asentándonos en estas tierras fértiles a orillas de las tierras de la Ciénaga Grande de Santa Marta y sus alrededores. Con la llegada del Narcotráfico en la década de los ochenta y la violencia de los grupos armados ilegales, muchas familias afro fueron desplazadas de su hábitat y se fueron asentando en los corregimientos de Sevilla, Tucurín, Guacamayal, Orihueca, Soplador, La Gran Vía, Varela, Candelaria, Río Frio y otros centros poblados”.

En ese contexto, indicaron que el ajuste que se realizó al Plan de Ordenamiento Territorial del municipio y por medio de la cual se modificó la clasificación de sus territorios de rural a urbano, los afecta directamente, toda vez que “a) El principio de Autonomía y Autogobierno fundamentos de nuestra constitución como Consejos Comunitarios fue desconocido por la Administración Municipal, ya que esos territorios ya estaban constituidos los Consejos Comunitarios de la referencia y por ende no podía modificarse de área rural a urbana, b) estamos registrados en el Ministerio del Interior desde los años 2008-2010, como prueba de que tenemos territorios colectivos que no pueden ser elevados a la categoría de predio Urbano, c) los servicios públicos, los impuestos predial, de industria y comercio y los valores de todo lo que se mueve alrededor de nuestras comunidades aumentaría significativamente, d) para todos estos territorios colectivos de comunidades negras y

afrodescendientes existen programas rurales de vivienda liderados por el Ministerio de Agricultura y que no es necesario que nuestros territorios se eleven a la categoría de predios urbanos para realizar proyectos de vivienda, e) nuestra cosmovisión, nuestra cultura afro, nuestra forma de vivir, de pensar no puede aceptar unos modelos de vivienda que no se ajustan a nuestras creencias y valores, porque en los proyectos de vivienda rural para comunidades negras las viviendas se realizan a nuestro querer y el material que escojamos de acuerdo a nuestras costumbres”.

1.7. El 16 de agosto de 2018, la Secretaría General de la Corporación envió al despacho del Magistrado Sustanciador un Oficio suscrito por Jan Carlos Fuentes Bustamante, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía Municipal de Zona Bananera, mediante el cual dio respuesta al requerimiento que hizo la Sala el 27 de julio del año en curso.

1.7.1. Alcaldía del Municipio de Zona Bananera

Jan Carlos Fuentes Bustamante, Jefe de la Oficina Jurídica del Municipio de Zona Bananera, señaló que el 19 de diciembre de 2016 convocó a cada uno de los Representantes de los Consejos Comunitarios Afrodescendientes y al Personero Municipal, para que asistieran a la mesa de trabajo, consulta y socialización del ajuste al Plan Básico de Ordenamiento Territorial del Municipio de Zona Bananera, que se realizaría el 22 de diciembre del mismo año. Sin embargo, dicha reunión no se pudo realizar por la ausencia de los convocados.

Adujó que la Alcaldía del Municipio de Zona Bananera en ningún momento quiso vulnerar los derechos de los Consejos Comunitarios Afrodescendientes, por el contrario, adelantó acciones pertinentes para llevar a cabo el trámite de consulta previa de la modificación al Plan de Ordenamiento Territorial. Sin embargo, este no se pudo efectuar por la no comparecencia de sus representantes.

De otra parte, sostuvo que el Municipio de Zona Bananera tiene las siguientes obligaciones:

“1. Administrar los asuntos municipales y prestar los servicios públicos que determine la ley.

2. Elaborar los planes de desarrollo municipal, en concordancia con el plan de desarrollo

departamental, los planes de vida de los territorios y resguardos indígenas, incorporando las visiones de las minorías étnicas, de las organizaciones comunales y de los grupos de población vulnerables presentes en su territorio, teniendo en cuenta los criterios e instrumentos definidos por la Unidad de Planificación de Tierras Rurales y Usos Agropecuarios-UPRA-, para el ordenamiento y el uso eficiente del suelo rural, los programas de desarrollo rural con enfoque territorial, y en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo, según la ley orgánica de la materia.

Los planes de desarrollo municipal deberán incluir estrategias y políticas dirigidas al respeto y garantía de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

3.Promover el desarrollo de su territorio y construir las obras que demande el progreso municipal. Para lo anterior deben tenerse en cuenta, entre otros, los planes de vida de los pueblos y comunidades indígenas y los planes de desarrollo comunal que tengan los respectivos organismos de acción comunal.

4.Elaborar e implementar los planes integrales de seguridad ciudadana, en coordinación con las autoridades locales de policía y promover la convivencia entre sus habitantes.

5.Promover la participación comunitaria, la cultura de Derechos Humanos y el mejoramiento social y cultural de sus habitantes. El fomento de la cultura será prioridad de los municipios y los recursos públicos invertidos en actividades culturales tendrán, para todos los efectos legales, el carácter de gasto público social, de conformidad con el artículo 10, numeral 8 de la Ley 397 de 1997.”

En ese contexto, afirmó que “dado la conformación geográfica del ente territorial y el atraso que se presenta desde su conformación, la cual son 19 años, y que, por la mala administración, hoy por hoy que esta administración viene trabajando arduamente en aras de sacar este municipio adelante, se quiera ver empañada dicha gestión por el no cumplimiento de un derecho que muy a pesar de ser fundamental, no se le ha causado perjuicio irremediable a ninguno de los miembros de las asociaciones afro ni mucho menos a cualquier otro habitante de este ente territorial, por el contrario todo se realizó con base en el principio de buena fe.”

Adicional a lo anterior, señaló que no tiene conocimiento de que se haya presentado

ninguna acción judicial contra el Acuerdo 002 de 2017.

De conformidad con lo expuesto, solicita a la Corte Constitucional que declare la improcedencia de la acción de tutela, toda vez que los accionantes cuentan con otro mecanismo judicial para la defensa de sus derechos, como es la acción de simple nulidad.

1.8. En Auto del 10 de septiembre de 2018, se dispuso el recaudo de algunas pruebas para verificar hechos relevantes del proceso y mejor proveer en el presente asunto. En consecuencia, resolvió:

“PRIMERO. – Por Secretaría General, OFÍCIESE a la Alcaldía del Municipio de Zona Bananera, para que en el término de tres (3) días hábiles, contados a partir de la notificación del presente Auto, informe a esta Sala lo siguiente:

- Qué proyectos ha realizado, está realizando o tiene planeado realizar en virtud de la modificación al Plan de Ordenamiento Territorial, aprobada mediante Acuerdo N° 002 de 2017. Específicamente, en los territorios de los Consejos Comunitarios de los Corregimientos de Sevilla, Suto Gende, Tucurín y Guacamayal.

Para efectos de dar respuesta a los anteriores requerimientos, allegar las pruebas documentales, de audio y video que considere pertinentes.

SEGUNDO. – Por Secretaría General, OFÍCIESE a los accionantes, para que en el término de tres (3) días hábiles, contados a partir de la notificación del presente Auto, informen a esta Sala lo siguiente:

Para efectos de dar respuesta a los anteriores requerimientos, allegar las pruebas documentales, de audio y video que considere pertinentes.”

1.9. Vencido el término probatorio, la Secretaría General de esta Corporación, en comunicación del 19 de septiembre de 2018, informó al despacho del Magistrado Ponente que recibió dos Oficios, uno suscrito por Wendy Pertuz, Edilsa Moreno de Mejía, Félix Barrios Cervantes y Julio López Granados y otro firmado por Jan Carlos Fuentes Bustamante, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía Municipal de Zona Bananera.

1.9.1. Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y Afrocolombianas de los

Corregimientos de Suto Gende, Sevilla, Tucurinca y Guacamayal del Municipio de Zona Bananera

Wendy Pertuz, Edilsa Moreno de Mejía, Félix Barrios Cervantes y Julio López Granados, Representantes Legales de los Consejos Comunitarios, afirmaron que la razón por la cual no acudieron a las convocatorias que realizó la Alcaldía del Municipio de Zona Bananera para consultarles el ajuste al Plan de Ordenamiento Territorial fue porque dicho ente territorial no tiene competencia para adelantar el proceso de consulta, pues esto solo le corresponde al Ministerio del Interior.

1.9.2. Alcaldía del Municipio de Zona Bananera

Jan Carlos Fuentes Bustamante, Jefe de la Oficina Jurídica del Municipio de Zona Bananera, refiere que, en virtud del Acuerdo 002 de 2017, se han realizado varios proyectos en los corregimientos de Sevilla, Tucurinca y Guacamayal que benefician a la comunidad, como, por ejemplo:

En el corregimiento de Tucurinca se construyó una cancha de fútbol sintética, aulas de clase y baterías sanitarias. Además, se mejoró la infraestructura de la biblioteca del Centro de Desarrollo Infantil y la inspección de Policía. Próximamente se construiría la Estación de Policía.

En el corregimiento de Sevilla se remodeló la cancha de futbol, la cancha múltiple y se recuperó el espacio público alrededor de dichos escenarios deportivos. Así mismo, se está construyendo un dique y gaviones en el barrio Rabo Largo y pronto se remodelará el parque central y la inspección de policía.

En el corregimiento de Guacamayal se construyó un Centro de Desarrollo Infantil para la atención de 100 niños y aulas educativas. Además, se está construyendo un mega parque que incluirá canchas de fútbol sintéticas, canchas múltiples, juegos biosaludables, entre otros y después se remodelará la cancha de Montecristo.

Finalmente, adjugó que la modificación al Plan de Ordenamiento Territorial, aprobada mediante Acuerdo 002 de 2017, se realizó para incluir proyectos de vivienda en dichos corregimientos y, posteriormente presentarlos antes el Gobierno Nacional.

V. Consideraciones

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto del 26 de septiembre de 2013, proferido por la Sala de Selección Número Nueve de esta Corporación.

2. Presentación del caso

La presente acción de tutela se promueve contra el Plan de Desarrollo 2012-2015 y el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Zona Bananera, elaborados y aprobados por la Alcaldía y el Concejo del ente territorial, mediante Acuerdos 011 y 007 de 2013, toda vez que no fueron consultados previamente con los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras del territorio a pesar de que, según afirman los accionantes, contienen medidas que los afectan directamente.

Contrario a lo anterior, la Alcaldía del Municipio de Zona Bananera aduce que el Plan de Desarrollo 2012-2015 sí fue consultado con los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras que habitan en el territorio y refiere, como prueba de ello, que se incluyeron varias de sus propuestas en los diferentes ejes estratégicos del plan. De otra parte, señala que el Plan de Ordenamiento Territorial no fue consultado con dichos Consejos porque no contiene medidas que los afectaran directamente. Sin embargo, añade que los mismos participaron en la elaboración del referido plan.

Durante el trámite de revisión, la Sala, con el fin de verificar la concreta y directa afectación de los derechos de los Consejos Comunitarios de las Comunidades Afrodescendientes del Municipio de Zona Bananera, decretó la práctica de varias pruebas. De los elementos probatorios allegados, se advirtió que el 27 de marzo de 2012, la Alcaldía del Municipio de Zona Bananera consultó con los Representantes de los Consejos Comunitarios y Organizaciones de Base de las Comunidades Negras, el Plan de Desarrollo 2012-2015, el cual, a su vez, fue aprobado por el Concejo Municipal, mediante Acuerdo N°011 de 21 de junio de 2013.

Al respecto, la sala considera que, aun cuando no hay certeza de que el mencionado proceso de consulta haya cumplido con las exigencias constitucionales, en esta oportunidad, no resulta necesario determinar dicha cuestión, como quiera que para cuando esta Corte conoció del proceso, en sede de revisión, el plan de desarrollo 2012-2015 ya se estaba ejecutando. Además, en la medida en que, actualmente, en el municipio de zona bananera se está implementando el plan de desarrollo correspondiente al periodo 2016-2019, el cual fue aprobado por el Concejo Municipal, mediante acuerdo n° 008[3], y cuyo artículo 5° señaló “el presente Acuerdo rige desde la fecha de su publicación[4] y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias. Su vigencia se extenderá hasta que se apruebe y publique un nuevo plan de desarrollo en los términos previstos en la Ley 152 de 1994 (Orgánica de Planeación)”. En ese sentido, encuentra la Sala que el Acuerdo N° 011 de 2013, por medio del cual se aprobó el Plan de Desarrollo 2012-2015 del Municipio de Zona Bananera, no está produciendo efectos jurídicos sobre las comunidades afrodescendientes del territorio.

La circunstancia de que el Plan de Desarrollo 2012-2015, haya sido expresamente derogado por el Acuerdo N° 008 de 31 de mayo de 2016, y, además, no esté produciendo efectos jurídicos sobre las comunidades afrodescendientes, lleva a concluir que, en relación con dicho asunto, opera el fenómeno jurídico de carencia actual de objeto por sustracción de materia.[5]

Ahora bien, en relación con el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Zona Bananera, aprobado mediante Acuerdo 007 de 2013, la Sala observa que este no fue consultado previamente con los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras del Territorio. Sin embargo, sus representantes participaron en los talleres que se realizaron para la construcción y socialización del mencionado instrumento. Así mismo, se advierte que el POT se encuentra vigente y que solo fue objeto de una modificación, mediante Acuerdo 002 de 2017, por medio de la cual se ajustó el área de expansión urbana y suelo urbano del municipio a los corregimientos de Sevilla, Rio Frio, La Gran Vía, Orihueca, Tucurinca, Julio Zawady, San José de Kennedy, Guacamayal y Santa Rosalía.

Cabe aclarar que los Consejos Comunitarios demandantes consideran que la última modificación al Plan de Ordenamiento Territorial contiene medidas que los afectan directamente y, por lo tanto, también tenía que haberles sido consultada, pues cambia la

clasificación de sus territorios de rural a urbano. Contrario a lo anterior, la Alcaldía del Municipio de Zona Bananera señala que convocó a los representantes de los mencionados Consejos, en dos oportunidades, para consultarles dicha decisión. Sin embargo, estos nunca acudieron a la citación.

Al respecto, los representantes legales de los mencionados consejos comunitarios señalan que no acudieron a las convocatorias que realizó la Alcaldía del Municipio de Zona Bananera porque no es la entidad competente para adelantar el proceso de consulta previa, toda vez que dicha función le corresponde al Ministerio del Interior.

En ese contexto, la Sala tendrá que determinar si el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Zona Bananera y su posterior modificación contienen medidas que afectan directamente a los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras del territorio y, por lo tanto, debían ser consultados con estos previamente.

3. Planteamiento del problema jurídico

De acuerdo con la situación fáctica expuesta, en esta oportunidad, le corresponde a la Sala Tercera de Revisión determinar si en el caso objeto de estudio, la acción de tutela es procedente para proteger el amparo solicitado. Si se supera el test de procedibilidad, pasará a determinar si las entidades demandadas vulneraron el derecho fundamental a la consulta previa de los accionantes, al expedir y aprobar el Plan de Ordenamiento Territorial y su posterior modificación, sin antes agotar el correspondiente proceso de consulta con dichas comunidades.

Para resolver el mencionado problema jurídico, la Sala se ocupará de reiterar la doctrina constitucional en torno a los siguientes temas: (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos para la protección del derecho fundamental a la consulta previa; (ii) la protección de los derechos fundamentales de los afrocolombianos y de sus comunidades en la jurisprudencia constitucional y; (iii) el derecho fundamental a la consulta previa: fundamentos normativos, procedencia y criterios de aplicación de la consulta. Finalmente, expondrá el contenido del Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Zona Bananera y de su posterior modificación.

4. La procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos para la

protección del derecho fundamental a la consulta previa. Reiteración de Jurisprudencia

El artículo 86 constitucional consagra la acción de tutela como un mecanismo de protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.

En virtud del principio de subsidiariedad como requisito de procedibilidad de la acción de tutela, esta Corporación ha sostenido que en los casos en que existan medios judiciales ordinarios de protección al alcance del actor, el amparo será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados y; (ii) se requiere del amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, se configuraría un perjuicio irremediable.

Por regla general, la acción de amparo resulta improcedente para revocar actos administrativos, pues para reclamar dicha pretensión existen en el ordenamiento jurídico mecanismos judiciales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. No obstante lo anterior, la Corte ha señalado que, en ciertos casos, los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos para la protección de derechos fundamentales, como por ejemplo, cuando quien la solicita es un sujeto de especial protección constitucional o de una persona que esté en una circunstancia de debilidad manifiesta[6]. Es así como “el amparo constitucional procede con el fin de salvaguardar bienes cuya inmediata protección resulta necesaria, siempre y cuando los medios ordinarios de defensa judicial existentes, atendiendo a las condiciones del caso concreto, resulten insuficientes para lograr dicho cometido”[7].

Dado el carácter subsidiario de la acción de tutela, la anterior consideración conduciría a la conclusión de que, a menos que se acreditase la amenaza de un perjuicio irremediable que justificase una medida de amparo transitorio, la acción de tutela resultaría improcedente en este caso.

Sobre el particular, en Sentencia SU-217 de 2017, la Corte Constitucional aclaró que aun cuando el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé el desconocimiento de la consulta previa como una causal de nulidad de los actos

administrativos, esto “no desvirtúa ninguna de las razones a las que ha acudido la Corte Constitucional para concluir que la tutela es el mecanismo preferente para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, tales como la discriminación histórica, la consideración de los pueblos como sujetos de especial protección constitucional y la dimensión constitucional particularmente intensa de estos conflictos, en tanto no sólo se refieren a derechos fundamentales, sino a las bases del orden político establecido por el Constituyente de 1991.” De igual manera, frente a la inclusión en el Código de nuevas medidas cautelares, la Corte consideró que estas “siempre operan en función del objeto final del trámite que se cifra en el control de legalidad de los actos administrativos y no en la solución de complejos problemas constitucionales, como los que involucran los derechos de comunidades y pueblos indígenas. Además, su efectividad no iguala ni supera a la de la acción de tutela, debido a la congestión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

Es importante precisar, en esta oportunidad, que los grupos étnicos que son titulares del derecho a la consulta previa, en Colombia, son los grupos indígenas y las comunidades afrodescendientes constituidas como tal, bajo el régimen legal que les es propio. Las comunidades negras son titulares de los derechos constitucionales fundamentales a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, al uso, conservación y administración de sus recursos naturales, y a la realización de la consulta previa en caso de medidas que les afecten directa y específicamente.[8]

En ese orden de ideas, no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia, por consiguiente compete al Juez de Tutela emitir las órdenes tendientes a asegurar su supervivencia, en los términos del artículo 86 de la Carta[9].

De conformidad con lo expuesto, pasa la Sala a realizar el análisis de procedencia de la acción de tutela en el caso objeto de estudio.

4.1. Análisis de procedencia de la acción de tutela en el caso concreto

El 24 de junio de 2013, Félix Barrios Cervantes, Julio López Granados, Alfonso Santander Pertuz y Edilza Moreno de Mejía, Representantes Legales de los Consejos Comunitarios de

las Comunidades Negras y Afrocolombianas de los Corregimientos de Suto Gende, Guacamayal, Sevilla y Tucurín promovieron acción de tutela contra el Alcalde y el Concejo del Municipio de Zona Bananera, con el propósito de obtener el amparo de su derecho fundamental a la consulta previa, presuntamente vulnerado por los demandados, al proferir el Plan de Desarrollo 2012-2015 y el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio, sin antes agotar el correspondiente proceso de consulta con las comunidades afrodescendientes.

4.1.1. Legitimación por activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por las actuaciones u omisiones de las autoridades públicas, y, excepcionalmente de los particulares, en los casos específicamente previstos por la ley.

En consonancia con dicho mandato superior, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, establece lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

En relación con la legitimación por activa de los miembros de comunidades étnicas para presentar la acción de tutela, esta Corporación ha reconocido “no solo el estatus de sujetos colectivos de derechos fundamentales a las comunidades étnicas, sino que adicionalmente ha establecido que tanto los dirigentes como los miembros individuales de estas comunidades se encuentran legitimados para presentar la acción de tutela con el fin de

perseguir la protección de los derechos de la comunidad, así como también las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y la Defensoría del Pueblo”[10].

En el caso sub-exámine, los demandantes Félix Barrios Cervantes, Julio López Granados, Alfonso Santander Pertuz y Edilza Moreno de Mejía, manifiestan que acuden a la acción de tutela con el propósito de obtener el amparo del derecho fundamental a la consulta previa de los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras y Afrocolombianas de los Corregimientos de Suto Gende, Guacamayal, Sevilla y Tucurín del Municipio de Zona Bananera, en su condición de Representantes Legales de dichos Consejos. Dicha condición, a su vez, fue acreditada por parte del Secretario de Desarrollo Comunitario y Social del Municipio, mediante certificaciones en las que hace constar que los mencionados consejos se encuentran registrados en el libro de consejos comunitarios del municipio de Zona Bananera, además señala quienes son sus respectivos representantes legales.[11]

En ese sentido, los accionantes se encuentran plenamente legitimados para instaurar la presente acción, en la medida en que se identifican como miembros y autoridades de comunidades afrodescendientes y solicitan la protección de sus derechos.

4.1.2. Legitimación por pasiva

La Alcaldía y el Concejo Municipal de Zona Bananera tienen legitimación por pasiva en el presente proceso, por cuanto se les atribuye la violación del derecho fundamental en discusión, toda vez que los demandantes pretenden que se dejen sin efectos instrumentos elaborados y aprobados por dichas entidades, como el Plan de Desarrollo 2012-2015 y el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Zona Bananera, pues, según afirman, a pesar de que contienen medidas que los afectan directamente, no fueron consultados previamente con las comunidades afrodescendientes del municipio.

4.1.3. Subsidiariedad

La Corte Constitucional, en la Sentencia SU-383 de 2003, señaló que dada la especial significación que para la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales comporta su participación en las decisiones que puedan afectarlos, el mecanismo de consulta previa constituye un derecho fundamental, “pues se erige en un instrumento que es básico para

preservar la integridad étnica, social económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar por ende su subsistencia como grupo social”.[12]En ese contexto, cuando está de por medio la supervivencia de las comunidades étnicas como pueblos reconocibles, sin perjuicio de la controversia que deba adelantarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cabe la acción de tutela como mecanismo de protección adecuado para la garantía del derecho a la consulta previa de tales comunidades sobre asuntos que las afectan directamente.

Sobre el particular, la Corte, tal y como se expuso en el acápite anterior, mediante Sentencia SU-217 de 2017, señaló que a pesar de que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé como una causal de nulidad de los actos administrativos la falta de consulta previa, ello no es óbice para que la acción de tutela sea, por regla general, el medio judicial adecuado y preferente para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes, en especial, del derecho a la consulta previa. Lo anterior, en la medida en que los medios de control previstos en el CPACA examinan la legalidad de los actos, mientras que la acción de amparo soluciona problemas de raigambre constitucional.

Así mismo, esta Corporación ha precisado que el nuevo régimen de medidas cautelares regulado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no desplaza a la acción de tutela, porque “la tutela y la medida de suspensión provisional protegen derechos de distinta naturaleza. Así, mientras la primera persigue la salvaguarda de derechos constitucionales fundamentales, la segunda busca impedir la ejecución de actos administrativos que violan el ordenamiento jurídico y que, por ello, perjudican a alguna persona”[13]. En ese sentido, no se desconoce que el legislador flexibilizó la procedencia de las medidas precautelativas en los procesos contenciosos, empero esa ampliación es insuficiente para proteger los derechos de una comunidad que se encuentra afectada por la decisión inconsulta de la administración, pues se deben adoptar remedios judiciales adicionales a la suspensión de un acto administrativo.[14]

Por consiguiente, para la Corte “la consagración expresa por parte de la ley 1437 de 2011 de una causal de nulidad autónoma por desconocimiento al derecho a la consulta previa, no puede ser entendida como un impedimento para la prosperidad de la tutela en un caso concreto. En igual medida, la flexibilización de los requisitos para acceder al decreto de

medidas cautelares bajo el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tampoco puede entenderse como un limitante que impida el conocimiento del amparo"[15].

En ese orden de ideas, se observa que los demandantes acuden a la acción de tutela en aras de proteger su derecho fundamental a la consulta previa, presuntamente vulnerado por la Alcaldía y el Concejo del Municipio de Zona Bananera, al elaborar y aprobar el Plan de Desarrollo 2012-2015 y el Plan de Ordenamiento Territorial. Por consiguiente, en el caso objeto de estudio, la acción de tutela resulta procedente.

4.1.4. Inmediatez

El principio de inmediatez exige que la acción de tutela sea promovida dentro un plazo razonable frente al hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales de las personas[16]. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el principio de inmediatez surge de la naturaleza de la acción de tutela, pues la finalidad última del amparo es proteger de forma inmediata los derechos constitucionales.

Para verificar el cumplimiento de este principio, el juez debe confrontar el tiempo transcurrido entre la posible afectación o amenaza del derecho y la fecha de la presentación de la demanda, con el objeto de establecer si esa interposición es razonable[17]. En caso de que se llegue a una conclusión contraria, se debe evaluar si existe una justificación para la demora del interesado en interponer la acción de tutela. En esa labor, el juez de tutela debe evaluar el cumplimiento de este requisito en relación con las circunstancias que rodean el caso concreto, entre las cuales se encuentran[18]: i) la pertenencia del actor a un grupo vulnerable; ii) las situaciones personales o coyunturales que le hayan impedido acudir de forma inmediata ante la jurisdicción constitucional; iii) el aislamiento geográfico; iv) la vulnerabilidad económica, además de la persistencia o agravación de la situación del actor; v) la eventual vulneración de derechos de terceros; vi) la ausencia absoluta de diligencia por parte del afectado; y vii) la posibilidad de que el amparo represente una seria afectación a la seguridad jurídica[19].

De conformidad con lo expuesto, se advierte que en el caso objeto de estudio la acción de tutela cumple con el presupuesto de inmediatez, toda vez que los accionantes acuden a la acción de tutela[20] tres (3) días después de que el Concejo del Municipio de Zona Bananera

aprobara el Plan de Desarrollo 2012-2015[21] y veinticuatro (24) días después de que aprobara el Plan de Ordenamiento Territorial.[22]

Superado el test de procedibilidad de la acción de tutela, pasa la Sala Tercera de Revisión a determinar si la Alcaldía y el Concejo del municipio de Zona Bananera vulneraron el derecho fundamental a la consulta previa de los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras y Afrocolombianas de los Corregimientos de Suto Gende, Guacamayal, Sevilla y Tucurínca, al expedir el Plan de Ordenamiento Territorial y su posterior modificación, sin antes agotar el correspondiente proceso de consulta con dichas comunidades.

5. La protección de los derechos fundamentales de los afrocolombianos y de sus comunidades en la jurisprudencia constitucional

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

En efecto, son varios los fallos que, en sede de control de constitucionalidad y de tutela, se han referido a la noción de comunidad negra prevista en la Ley 70 de 1993, a la expresión pueblo tribal que ideó la OIT, a los elementos que configuran la diversidad de estas colectividades y a los distintos factores a partir de los cuales podría validarse o descartarse la identidad afrocolombiana de cierto grupo o individuo, como por ejemplo, la Sentencia

C-169 de 2001, en la que se examinó la constitucionalidad de la Ley estatutaria 649 de 2001[23]. En dicha providencia la Corte reconoció que las comunidades negras se ubican bajo el supuesto normativo del Convenio 169 de la OIT al definirse como un grupo étnico con una identidad cultural diferente a la de la sociedad dominante.

Asimismo, recalcó que el régimen de protección de la cultura y de la identidad de dichas comunidades, resulta de un progresivo reconocimiento jurídico a partir de un proceso social que se ha generado y desarrollado en varias regiones del país, a saber, “la consolidación de un grupo poblacional que se autodenomina “negro”, a partir de distintos tipos de organizaciones locales que, partiendo de la base de unas condiciones compartidas de existencia y de una creciente identidad colectiva, han resuelto darse a la tarea de promover mancomunadamente la defensa de sus intereses, históricamente desconocidos, cuando no vulnerados frontalmente, por la sociedad mayoritaria”. En dicha oportunidad, la Corte también aclaró que el reconocimiento de los derechos de las comunidades negras no se hace con base en la “raza” sino en su estatus de grupo étnico, titulares de una identidad propia “y no del color de la piel de sus integrantes”. [24]

Fue esta, entonces, la primera providencia que circunscribió la etnicidad de las comunidades negras a la caracterización que hizo de ellas la Ley 70 de 1993. La comunidad negra, entendida como un “conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad (...)”, fue reconocida como titular de derechos colectivos similares a los que la Constitución y el bloque de constitucionalidad les habían reconocido a las comunidades indígenas.

Posteriormente, esta Corporación profirió la Sentencia T-955 de 2003[26], la cual marcó un hito en la jurisprudencia constitucional, por ser el primer fallo que amparó los derechos étnicos de una comunidad negra[27], en concreto, los derechos a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la propiedad colectiva, a la participación y a la subsistencia de las comunidades negras de la Cuenca del Río Cacarica, los cuales habían sido vulnerados por varias autoridades que autorizaron la explotación de maderas en sus territorios ancestrales.

En dicha ocasión, la Corte sostuvo que el Convenio 169 y las disposiciones constitucionales que protegen a los pueblos indígenas y tribales reivindican con claridad “el derecho de las comunidades afrocolombianas a ser tenidas como pueblos, atendiendo las condiciones sociales, culturales y económicas que las distinguen de otros sectores de la colectividad nacional”[28]. A su vez, el fallo destacó el valor espiritual que tiene el territorio ancestral para las comunidades negras y el papel que, en este sentido, representan sus territorios colectivos y las prácticas tradicionales de producción que desarrollan en ellos frente a la construcción de su identidad cultural[29].

Esta Corporación, además de reconocer a las comunidades negras como sujetos colectivos titulares de derechos de diversa índole, les ha extendido diferentes disposiciones constitucionales reservadas inicialmente para los pueblos indígenas. Así por ejemplo, en la Sentencia C-461 de 2008[30], la Corte precisó que las comunidades afrodescendientes, al igual que los pueblos indígenas, tienen derecho a la subsistencia, de acuerdo con sus formas y medios tradicionales de producción dentro de sus territorios, porque de esta manera se realiza y hace efectivo su derecho a la integridad cultural, social y económica. Así, tanto para los pueblos indígenas como para las comunidades negras, la consulta previa de las decisiones administrativas o legislativas que los afecten se erige como un derecho fundamental, en tanto que representa el mecanismo necesario para garantizar el respeto de sus derechos como el de su subsistencia.

De igual manera, en la Sentencia C-702 de 2010[31], la Corte reiteró el derecho fundamental de las comunidades étnicas a ser consultadas y a participar en la adopción de las decisiones que directamente las afectan[32]. Citando la Sentencia C-461 de 2008, recordó que los grupos étnicos titulares del derecho a la consulta previa no solo incluyen a los grupos indígenas sino también a “las comunidades afrodescendientes constituidas como tal bajo el régimen legal que les es propio”. Dichas comunidades, agregó el fallo, son “grupos étnicos titulares de los derechos constitucionales fundamentales a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, al uso, conservación y administración de sus recursos naturales, y a la realización de la consulta previa en caso de medidas que les afecten directa y específicamente”.

Así pues, teniendo en cuenta que las comunidades afrodescendientes son titulares del derecho fundamental a la consulta previa, pasa la Sala de Revisión a exponer los

fundamentos normativos de dicha figura y los criterios utilizados para identificar los casos en que procede la consulta previa por existir una afectación directa de los grupos étnicos.

6. El derecho fundamental a la consulta previa: fundamentos normativos, procedencia y criterios de aplicación de la consulta. Reiteración de jurisprudencia[33]

Ciertamente, como manifestación del derecho a la diversidad étnica y cultural, la Carta Política, a través de los artículos 40-2, 329 y 330, les reconoce a las comunidades étnicas el derecho a participar en la toma de decisiones que puedan incidir en sus propios intereses, a través del mecanismo de la consulta previa, utilizando procedimientos adecuados y con la intervención de sus instituciones representativas. Conforme con ello, la consulta previa busca evitar que las autoridades estatales, en ejercicio del poder político que detentan, diseñen, desarrollen y ejecuten políticas públicas que comprometan o puedan incidir en la identidad de las comunidades tradicionales, sin que estas hayan tenido conocimiento pleno de tales políticas ni hubiesen valorado sus ventajas o desventajas.

Según lo ha destacado esta Corporación, el derecho a la consulta previa encuentra pleno respaldo constitucional en el artículo 7º de la Carta, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, en el 40-2, que garantiza el derecho ciudadano a la participación democrática, en el artículo 70 que establece como imperativo constitucional considerar la cultura como fundamento de la nacionalidad, y, de manera particular, en los citados artículos 329 y 330 del mismo ordenamiento Superior, los cuales, a partir del importante papel que cumple el territorio en la definición de la identidad y supervivencia de los grupos étnicos, prevén expresamente y de manera especial, el derecho a la consulta previa en favor de tales grupos, para definir los asuntos relacionados con la conformación de las entidades territoriales indígenas y con la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

El derecho de participación de los grupos étnicos en las decisiones que los afectan, a través del mecanismo de la consulta previa, encuentra también pleno respaldo en el derecho internacional de los derechos humanos, y, concretamente, en el Convenio 169 de 1989, expedido por la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, el cual, a su vez, hace parte del bloque de constitucionalidad, conforme lo ha expresado en forma clara y reiterada la jurisprudencia constitucional.

Con respecto al alcance del Convenio 169, en la Sentencia C-030 de 2008, la Corte precisó que el mismo 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”.

Conforme con ello, el citado convenio, en el aparte correspondiente al preámbulo, define su objeto de regulación, precisando que se ocupa de los derechos de los pueblos indígenas a la tierra, a la educación, a la cultura, al desarrollo y a la participación, dentro del propósito de proteger su identidad y de lograr que tales derechos puedan ser ejercidos por las comunidades tradicionales que subsisten en el planeta en igualdad de condiciones al resto de la población, y en consideración al importante aporte que llevan a cabo en favor de la diversidad cultural, de la armonía social y ecológica de la humanidad, y a la cooperación y comprensión internacional.

En el caso específico del derecho de participación, el aludido Convenio 169, en el artículo 6º, les impone a los Estados parte, el deber de “[c]onsultar 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”. La norma citada precisa igualmente que: “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.”

Para esta Corporación, el reconocimiento que la Constitución y el derecho internacional le hacen a la consulta previa, es consecuencia directa del derecho que les asiste a los grupos étnicos “de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura, y es a su vez una forma de concreción del poder político que la Constitución promueve como valor fundamental del Estado”[34]. En concordancia con lo anterior, y en razón a su vinculación con la defensa de la integridad cultural, la propia jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que la consulta previa, como mecanismo de participación, tiene también el carácter de derecho fundamental[35], exigible judicialmente, pues se erige en

instrumento imprescindible para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades tradicionales, así como también para asegurar su subsistencia como grupos sociales diferenciados. Sobre el punto, se pronunció este Tribunal en la Sentencia C-750 de 2008, señalando:

“Finalmente cabe recordar, en relación con el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa de las medidas legislativas y administrativas que los afectan[36], como garantía de su derecho de participación, de conformidad con lo previsto en los artículos 329 y 330 de la Constitución, y que se refuerza con lo dispuesto en el Convenio número 169 de la OIT, aprobado mediante Ley 21 de 1991, y que ha sido considerado por esta corporación como parte del bloque de constitucionalidad[37], ha considerado la Corte 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[38] y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.”

En relación con su campo de aplicación, interpretando el alcance del artículo 6° del Convenio 169 de 1989, la Corte ha señalado que recae en el Estado colombiano el deber de consultar de manera previa con las autoridades representativas de las comunidades étnicas del país, todas aquellas medidas de orden legislativo o administrativo que involucren sus intereses, en los ámbitos político, social, económico y cultural, para lo cual las autoridades competentes están obligadas a implementar los mecanismos que garanticen la participación directa y activa de las distintas colectividades.[39]

Ha estimado la Corte que la institución de la consulta previa a las comunidades tradicionales, “comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas”[40], dirigidas a buscar que las comunidades: (i) tengan pleno conocimiento sobre las medidas administrativas o legislativas que incidan en sus intereses; (ii) que sean enteradas e ilustradas sobre la manera como dichas medidas pueden conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para la subsistencia como grupo humano

claramente diferenciable; (iii) que se les brinde la oportunidad para que, libremente y sin interferencias, puedan valorar conscientemente, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, las ventajas y desventajas que puedan tener las medidas sobre la comunidad y sus miembros; e igualmente, (iv) que puedan ser oídas en relación con las inquietudes y pretensiones que presenten en defensa de sus intereses y puedan pronunciarse sobre la viabilidad de las medidas[41].

Dicho en otras palabras, la institución de la consulta previa busca que las comunidades tradicionales tengan una participación oportuna, activa y eficaz en la toma de decisiones que corresponda adoptar a las autoridades, en asuntos que las involucre, cualquiera sea la materia de que se trate, en procura de que estas sean en lo posible acordadas o concertadas, desprovistas de arbitrariedad y de autoritarismo, y, en todo caso, razonables y proporcionadas al fin constitucional impuesto al Estado de proteger la diversidad étnica y cultural. Desde ese punto de vista, el proceso de consulta debe estar precedido de un trámite preconsultivo, en el que se establezca, de común acuerdo entre las autoridades estatales y los representantes de los grupos étnicos, las bases del proceso participativo.

Así entendida, la consulta previa se constituye en un mecanismo jurídico de participación de doble vía. Por un lado, es un derecho fundamental de los grupos étnicos y, correlativamente, un deber estatal, en el sentido que corresponde a las autoridades competentes llevar a cabo los trámites requeridos para que tales grupos participen en el diseño de las políticas que, de acuerdo a su contenido material, les concierna directamente.

Sobre esto último, ha aclarado la jurisprudencia constitucional, que la consulta previa no procede respecto de todo tipo de medidas legislativas o administrativas, sino en relación con aquellas que generen una afectación directa de los intereses de las comunidades, es decir, las que tienen la potencialidad de alterar su status personal o colectivo, ya sea por imponerle restricciones o gravámenes o por conferirle beneficios o dádivas, aspecto que será objeto de desarrollo en el siguiente apartado.

Cabe resaltar, como ya lo ha expresado esta Corporación, que la participación de los grupos étnicos en las decisiones públicas que puedan generar una afectación directa de sus intereses, debe llevarse a cabo “dentro de un marco de derecho internacional y

constitucional fuertemente garantista, que no se caracteriza por ser un simple ejercicio jurídico de respeto del derecho de defensa de quienes pueden verse afectados con una actuación del Estado, sino porque se busca asegurar por medio de esta consulta previa la efectiva protección de los intereses colectivos y derechos fundamentales de las referidas comunidades”.[42]

Bajo ese entendido, pasa la Sala a reiterar los criterios utilizados para identificar los casos en que procede la consulta previa por existir una afectación directa de los grupos étnicos, a efectos de poder establecer si dicha institución jurídica era exigible en relación con el Plan de Ordenamiento Territorial del municipio de Zona Bananera y su posterior modificación, aprobados por el Concejo municipal, mediante Acuerdos N°007 de 2013 y N°002 de 2017.

6.1. Criterios utilizados para identificar los casos en que procede la consulta previa por existir una afectación directa de los grupos étnicos

Como ya se ha mencionado, la jurisprudencia constitucional ha sido clara en precisar que la consulta previa no procede frente a todo tipo de medida susceptible de impactar a los grupos étnicos, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlos directamente, es decir, que alteren el estatus de alguno de sus miembros o de la comunidad, ya sea porque le imponen restricciones o gravámenes, o porque le confiere beneficios, independientemente de que el efecto sea positivo o negativo. Para identificar cuándo una medida invade ámbitos que le son propios a las comunidades tradicionales y, por tanto, ha debido ser objeto de consulta previa, esta Corporación ha previsto los siguientes criterios:

Inicialmente, en Sentencia C-038 de 2008, la Corte precisó que la especificidad que se requiere de una medida para hacer exigible el deber de consulta se deriva de que la misma regule una de las materias contenidas en el Convenio 169 de la OIT, o de que, habiendo sido concebida con efectos generales, tenga en realidad una repercusión directa y concreta sobre los grupos étnicos. Se aclaró al respecto en el mencionado fallo, que, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de esta se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que

les son propios.

Asimismo, profundizando en la delimitación de los criterios que permiten orientar la existencia de una afectación directa de los grupos étnicos por medidas legislativas o administrativas, manifestó la Corporación que se debe determinar si la materia que regula “tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades tradicionales”[43], lo cual significa que es preciso identificar si desarrolla aspectos que inciden directamente en su identidad étnica y, por tanto, si su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección especial reconocido a la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. En consecuencia, no habrá lugar a la consulta si la medida no se dirige de manera particular a los pueblos indígenas y tribales y, al mismo tiempo, el asunto regulado no tiene relación con aspectos que, razonable y objetivamente, hacen parte de su identidad étnica diferenciada.

También ha precisado este Tribunal que la determinación de la afectación de la medida legislativa o administrativa debe ser analizada de acuerdo con el significado que para las comunidades tradicionales tengan los bienes o prácticas sociales objeto de interferencia. Según esta Corporación, “el mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, implica que el análisis del impacto de las medidas se realice a partir de las características específicas de la comunidad y la comprensión que éstas tienen del contenido material de dichas políticas”[44].

La gravedad de la afectación de la medida legislativa o administrativa debe igualmente evaluarse, teniendo en cuenta “aquellas políticas que en razón de su contenido o implicaciones interfieran directamente con los intereses de las comunidades diferenciadas”[45].

Ha resaltado esta Corporación, que puede existir una afectación directa “cuando una norma tiene como objeto principal de regulación una o varias comunidades indígenas; o cuando la regulación planteada tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que aquellos que tiene en el resto de la población”[46].

De la misma manera viene señalando la Corporación, que procede la afectación directa si la medida legislativa o administrativa regula temas sobre los cuales los pueblos indígenas tienen derechos constitucionales específicos, tal como ocurre, por ejemplo, en materia de

educación[47].

De forma particular, la jurisprudencia constitucional ha sostenido[48] que existe también una presunción de afectación directa en todos los asuntos relacionados con los territorios de los grupos étnicos que exige la realización de consulta previa. A este respecto, ha explicado la Corte que “materias como el territorio, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades diferenciadas, son asuntos que deben ser objeto de consulta previa. Ello en el entendido que la definición de la identidad de las comunidades diferenciadas está estrechamente vinculada a la relación que estas tienen con la tierra y la manera particular como la conciben, completamente distinta de la comprensión patrimonial y de aprovechamiento económico, propia de la práctica social mayoritaria”[49]. A este respecto, en la Sentencia T-693 de 2011, la Corte puso de presente que la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que pueden afectarlos en relación con los territorios ocupados y la explotación de los recursos naturales, a través del mecanismo de la consulta previa, “adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se instituye en un instrumento que es básico para preservar su integridad étnica, social, económica y cultural y, por consiguiente, para asegurar su subsistencia como grupo social”.

En consecuencia, dentro del propósito de garantizar la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, es necesario que el Estado consulte previamente a los grupos étnicos, cuando se trata de la adopción de medidas legislativas o administrativas, relacionadas con los territorios donde estos tienen asiento y que puedan incidir en sus formas de vida y en la manera como llevan a cabo la explotación de sus recursos naturales.

Recientemente, la Corte Constitucional, en Sentencia C-389 de 2016, al estudiar varias normas del Código de Minas[50], indicó que la procedencia de la consulta previa se determina en la medida que sea posible concretar la afectación directa de la comunidad con la medida legislativa o administrativa en los siguientes términos:

“De acuerdo con el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de esta Corte, el ámbito material de aplicación de la consulta no se ciñe a determinados supuestos hipotéticos. Si bien los eventos explícitamente mencionados en la Constitución Política y los documentos relevantes del DIDH deben considerarse relevantes, estos no agotan la obligación estatal,

pero el concepto clave para analizar la procedencia de la consulta previa es el de afectación directa. Esta expresión, por supuesto, es amplia e indeterminada, lo que puede ocasionar distintas disputas interpretativas. Sin embargo, actualmente, la Corte ha desarrollado un conjunto de estándares que permiten evaluar al operador jurídico, si una medida, norma o proyecto afecta directamente a los pueblos indígenas: (i) la afectación directa hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica; (iv) la interferencia en elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido; y (v) se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados. Evidentemente, se trata de criterios de apreciación que no cierran por completo la vaguedad del concepto de afectación directa y mantienen de esa forma la importancia de una evaluación caso a caso sobre la obligatoriedad de la medida. Pero constituyen, sin embargo, una orientación suficiente para el desempeño de esa tarea en términos acordes a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.”

En ese contexto, la Corte, en Sentencia de Unificación 097 de 2017, amparó el derecho a la consulta previa del pueblo raizal de la Isla de Providencia, al determinar que el Convenio 9677-SAPII0013-445-2015, por medio del cual “se aúnan esfuerzos humanos, técnicos, financieros y administrativos para la generación de estrategias de desarrollo integral a través de la cultura en el Municipio de Providencia y Santa Catalina, a través de la operación del Complejo Cultural Midnight Dream, la construcción de modelos para su sostenibilidad y gestión integral y la capacitación de agentes locales para su operación y dirección futura”, era una medida administrativa que afectaba la música del archipiélago como elemento definitorio de la cultura raizal.

Posteriormente, en Sentencia SU-217 de 2017, el Tribunal Constitucional, al resolver una acción de tutela que presentó la comunidad indígena de Jaraguay para la protección de sus derechos fundamentales a la identidad étnica diferenciada y a la consulta previa presuntamente vulnerados por el Estado al proferir la licencia ambiental para la ampliación del relleno sanitario de Loma Grande, ubicado aproximadamente a 4 kilómetros de la comunidad, sin haber consultado previamente a la comunidad esta decisión, indicó:

“La jurisprudencia constitucional, como ya se anunció, ha sostenido que las medidas generales, en principio, no generan una afectación directa de los pueblos indígenas, salvo cuando estas, al tiempo que impactan de forma general a la población, inciden en términos diferenciales sobre los pueblos indígenas. Este criterio es muy relevante en el caso de las medidas legislativas y los actos administrativos de carácter general pues, como estos se expresan usualmente a través de enunciados generales (o que pretenden regular supuestos de hecho amplios), entonces se entiende que se aplican a todos los colombianos; pero, a pesar de ello, las leyes tienen diversos niveles de generalidad y no todas las normas que impactan a los colombianos producen los mismos efectos fácticos y normativos en comunidades étnicamente diferenciadas, precisamente porque para estas pueden tener un significado distinto, o pueden traducirse en cargas (o beneficios) diversos a los que se producen en quienes componen la sociedad mayoritaria.”

En ese orden de ideas, la Sala debe determinar si el Plan de Ordenamiento Territorial de Municipio de Zona Bananera y su posterior modificación contienen medidas que afectan directamente a los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras y Afrocolombianas de los Corregimientos de Suto Gende, Guacamayal, Sevilla y Tucurín y, por lo tanto, tenían que haber sido previamente consultados. Para ello, pasa a exponer el objeto y contenido de los Acuerdos N°007 de 2013 y N°002 de 2017, por medio de los cuales el Concejo municipal aprobó el mencionado POT y su ajuste.

7. Contenido del Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Zona Bananera

De acuerdo con el Acuerdo N°007 de 2013, fueron varias las razones por las cuales el Municipio de Zona Bananera decidió modificar su Plan de Ordenamiento Territorial. Primero, porque transcurrieron dos (2) periodos administrativos completos desde el último ajuste que se realizó al POT, mediante Acuerdo 018 de 2001; segundo, porque las normas urbanísticas que contenía dicho instrumento estaban desactualizadas y debían adaptarse a lo previsto en el Decreto 3600 de 2007 “por el cual se reglamentan las disposiciones de las Leyes 99 de 1993 y 388 de 1997 relativas a las determinantes de ordenamiento del suelo rural y al desarrollo de actuaciones urbanísticas de parcelación y edificación en este tipo de suelo y se adoptan otras disposiciones” y tercero, porque era necesario incorporar a dicha normatividad los nuevos elementos técnicos desarrollados en los últimos diez (10) años a nivel regional, departamental y nacional.[51]

En ese contexto, el Concejo del Municipio de Zona Bananera aprobó la iniciativa de modificar, de manera excepcional, el Plan de Ordenamiento Territorial, toda vez que “se han cumplido con todos los requisitos legales para la revisión excepcional del Plan Básico de Ordenamiento Territorial y que técnicamente se requiere su ajuste con miras a que el Municipio de Zona Bananera cuente con un instrumento de planificación moderno y acorde con la normatividad vigente y las dinámicas locales, regionales y nacionales”.

En consecuencia, es claro que el Acuerdo N°007 de 2013 tiene por objeto aprobar y adoptar una modificación ordinaria al Plan Básico de Ordenamiento Territorial del Municipio de Zona Bananera. Dentro de ese contexto, el POT se compone de 95 artículos distribuidos en (1) Título Preliminar y (4) Títulos adicionales, que se ocupan de los temas que a continuación se describen:

El Título Preliminar, al que se integran los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º se ocupa del marco legal y de la definición, normas y principios del ordenamiento territorial. En ese sentido, define que el Plan Básico de Ordenamiento Territorial “Es el instrumento básico para desarrollar el proceso de ordenamiento del territorio municipal. Se define como el conjunto de objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas adoptadas para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo. Planes básicos de ordenamiento territorial: elaborados y adoptados por las autoridades de los municipios con población entre 30.000 y 100.000 habitantes”.

El Título I (Componente General), al que se integran los artículos 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 regula lo referente a: (i) los objetivos, estrategias y políticas territoriales de largo y mediano plazo para la ocupación y el aprovechamiento del suelo municipal para la totalidad del territorio, (ii) la clasificación del suelo en urbano, suburbano, rural y de protección, así como (iii) la delimitación de las áreas de reserva para la conservación y protección del medio ambiente, los recursos naturales y las áreas expuestas a amenazas y riesgos.

El Título II (Componente Urbano), del que forman parte los artículos 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52 y 53 trata de: (i) las características básicas, dimensiones y localización de los sistemas estructurantes del territorio municipal en su parte urbana y la descripción de los planes,

programas y proyectos para su desarrollo; (ii) la expedición de normas urbanísticas para las actuaciones de parcelación, urbanización y construcción y, (ii) los usos generales del suelo.

El Título III (Componente Rural), compuesto por los artículos 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88 y 89 desarrolla (i) la identificación, señalamiento y delimitación de aspectos del suelo rural, (ii) la expedición de normas urbanísticas para las actuaciones de parcelación, urbanización y construcción, (iii) los usos generales del suelo y los parámetros o rangos para la determinación posterior de las áreas de cesión, (iv) las características básicas, dimensiones y localización de los sistemas estructurantes del territorio municipal, en su parte rural y la descripción de sus respectivos planes, programas y proyectos para su desarrollo y por último, v) el programa de ejecución correspondiente a la vigencia del periodo de la administración municipal .

El Título IV (Disposiciones Finales), al que pertenecen los artículos 90, 91, 92, 93, 94 y 95 establece las referencias, la transición, la compilación, la derogatoria y la vigencia del Plan de Ordenamiento Territorial.

Posteriormente, mediante Acuerdo N° 002 de 2017, el Concejo del Municipio de Zona Bananera aprobó un ajuste al Plan Básico de Ordenamiento Territorial que expandió el perímetro urbano del municipio a los corregimientos de Sevilla, Rio Frio, La Gran Vía, Orihueca, Guacamayal, Tucurinca, Julio Zawady, San José de Kennedy y Santa Rosalía. Lo anterior, con base en los siguientes argumentos:

“Que debido al incremento de la población del Municipio Zona Bananera en los últimos años, surge la necesidad de dar solución a la habitabilidad, y que esta se dará a través de la ampliación de expansión urbana.

Que en el Plan Básico de Ordenamiento Territorial vigente del Municipio, se encuentran limitadas las áreas de expansión urbana y suelo urbano, situación que en la actualidad no permite ejecutar programas de vivienda en algunas zonas del Municipio.

Que es política del Estado Colombiano adelantar proyectos de vivienda dirigidos a la población damnificada y de extrema pobreza, proyectos estos que se ejecutaran en zonas

que en la actualidad están en áreas rurales y/o sub urbanas y /o en zonas de expansión urbana, por lo tanto, se requiere que estas zonas sean incluidas dentro del perímetro urbano.

Que teniendo en cuenta lo descrito en el considerando anterior de este Acuerdo Municipal, se requiere incorporar al perímetro urbano (suelo urbano) para ejecutar diferentes proyectos que van orientados al desarrollo sostenible de nuestro Municipio, entre estos, los predios ubicados en los Corregimientos del Municipio.

Que teniendo en cuenta que para el aprovechamiento de los planes, e inversiones que el Estado en el tema de viviendas de interés prioritario y de viviendas de interés social que realiza en los municipios, es necesario que el Municipio Zona Bananera, Magdalena, se expanda en su zona urbana hacia los corregimientos y así pueda establecer la construcción de viviendas de forma vertical hasta cuatro pisos en la Cabecera Municipal, sin excluir que en el evento que se tenga la posibilidad de hacer construcción de manera horizontal esta no se pueda realizar. (...)

Que el artículo 91 de la Ley 1753 de 2015, modificó el Artículo 47 de la Ley 1537 de 2012, quedando así: “Artículo 47. Incorporación del suelo rural, suburbano y expansión urbana al perímetro urbano. Con el fin de garantizar el desarrollo de vivienda, infraestructura social y usos complementarios y compatibles que soporten la vivienda, durante el periodo constitucional de las administraciones municipales y distritales comprendido entre los años 2015 y 2020, y por una sola vez, los municipios y distritos podrán: 1. A iniciativa del alcalde municipal o distrital, incorporar al perímetro urbano los predios localizados en suelo rural, suelo suburbano y suelo de expansión urbana que garanticen el desarrollo y construcción de vivienda, infraestructura social y usos complementarios que soporten la vivienda de interés social y de interés prioritario, y otros, siempre que se permitan usos complementarios, mediante el ajuste del plan de ordenamiento territorial que será sometida a aprobación directa del concejo municipal o distrital, sin la realización previa de los trámites de concertación y consulta previstos en el artículo 24 de la Ley 388 de 1997[52].

Que los corregimientos una vez tenidos como zonas urbanas, en estos se podrán desarrollar programas de vivienda de interés prioritario y de interés social (VIS); para lo cual se podrá adelantar programas de cesión a título gratuito, dándole aplicabilidad a las Leyes 1001 de

2005, 1537 de 2012 y sus Decretos Reglamentarios; cuando se trate de predios de propiedad del Municipio.”

De conformidad con lo expuesto, pasa la Sala de Revisión a abordar el estudio de fondo del caso concreto.

8. Caso concreto

De acuerdo con la situación fáctica expuesta, en esta oportunidad, le corresponde a la Sala Tercera de Revisión determinar si la Alcaldía y el Concejo del Municipio de Zona Bananera vulneraron el derecho fundamental a la consulta previa de los accionantes, al elaborar y aprobar el Plan de Ordenamiento Territorial y su posterior modificación sin antes agotar el correspondiente proceso de consulta con los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras del territorio.

Según los accionantes, dichas medidas administrativas los afectan directamente y, por lo tanto, tenían que haberles sido consultadas previamente, porque modifican la clasificación de sus territorios colectivos de rural a urbano.

En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a las comunidades afrodescendientes, la Corte ha dicho que el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a estas comunidades de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura[53] y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.[54]

Ahora bien, qué clase de medidas deben ser objeto de consulta previa con las comunidades étnicas. Sobre este tema, la Corte también ha sentado un precedente consolidado, razón por la cual esta sentencia reiterará las reglas determinadas por ese análisis.

Al respecto, esta Corporación ha señalado que la afectación directa a las comunidades afrodescendientes por parte de una medida legislativa o administrativa puede verificarse en tres escenarios: (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; (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 aunque se está ante 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.

En el caso concreto, la Sala observa que el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Zona Bananera, aprobado por el Concejo Municipal, mediante Acuerdo N° 007 de 2013, contiene los objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas adoptadas para orientar y administrar el desarrollo físico de dicho territorio y la utilización del suelo. En esa medida, las normas en él contenidas se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los habitantes del municipio y, por lo tanto, no disponen una regulación específica concerniente a los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras de Sutu Gende, Guacamayal, Sevilla y Tucurinca.

Además, se advierte que aun cuando la revisión al Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Zona Bananera, aprobada mediante Acuerdo N° 007 de 2013, está dirigida entre otras a “definir y consolidar una planificación del territorio en torno a la red de centros poblados corregimentales, que implica cambios en la forma de ocupar el territorio Municipal a nivel urbano y suburbano orientados al desarrollo y mejoramiento de las condiciones de vida de la población, la implementación de espacio público y el planteamiento urbanístico y paisajístico de nuevas áreas de ocupación para la ubicación de vivienda de interés social”, dicho instrumento no modifica la clasificación de los territorios de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras de los Corregimientos de Sevilla, Suto Gende, Tucurinca y Guacamayal, pues este no identifica los predios que serán objeto de expansión urbana, sino que establece que dicha labor será realizada por el Ejecutivo Municipal, en los seis (6) meses siguientes a la sanción del Acuerdo[55], es decir, que el mismo no establece los corregimientos del Municipio de Zona Bananera que serán modificados de zona rural a zona urbana.

De igual manera, se advierte que el POT no prevé nuevos derechos, obligaciones,

restricciones o gravámenes para los Consejos demandantes, ni incorpora medidas concretas que impliquen una afectación directa, específica y particular que modifique su estatus. Dicho acto administrativo tampoco regula una de las materias contenidas en el Convenio 169 de la OIT, ni incide directamente en su identidad étnica.

En ese contexto, encuentra la Sala que el Acuerdo N° 007 de 2013 por medio del cual se aprobó el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Zona Bananera no contiene medidas que afecten de forma directa a las comunidades afrodescendientes, por lo tanto, su consulta previa no se tornaba obligatoria.

No obstante lo anterior, el 20 de febrero de 2017, el Concejo del Municipio de Zona Bananera, mediante Acuerdo N°002[56], aprobó “la modificación de las Áreas de Expansión Urbana y Suelo Urbano del Plan Básico de Ordenamiento Territorial”. Dicha norma incluyó a los Corregimientos de Sevilla, Guacamayal, Tucurínca, Río Frio, Orihueca, La Gran Vía, Santa Rosalía, Julio Zawady y San José de Kennedy dentro de las mencionadas áreas, con el propósito de que estos territorios pudieran acceder y desarrollar los programas de vivienda de interés prioritario y de interés social que ofrece el Estado.[57]

Cabe señalar que, según el artículo 32 de la Ley 388 de 1997, el suelo de expansión urbana esta constituido “por la porción del territorio municipal destinada a la expansión urbana, que se habilitará para el uso urbano durante la vigencia del plan de ordenamiento, según lo determinen los Programas de Ejecución. La determinación de este suelo se ajustará a las previsiones de crecimiento de la ciudad y a la posibilidad de dotación con infraestructura para el sistema vial, de transporte, de servicios públicos domiciliarios, áreas libres, y parques y equipamiento colectivo de interés público o social.”

En ese sentido, los demandantes consideran que el Acuerdo N° 002 de 2017 contiene medidas que los afectan directamente, pues modifica la clasificación de sus territorios de rural a urbano y, por lo tanto, tenía que haberles sido consultado previamente.

Como fue señalado en las consideraciones precedentes, la exigibilidad de la consulta previa depende de que la actuación administrativa afecte directamente a las comunidades. En consecuencia, para los efectos de esta providencia, resulta necesario ahondar en el concepto de territorio de las comunidades étnicas, tal y como ha sido desarrollado en el ámbito internacional y nacional, pues es claro que se vincula a la identidad de estos grupos

y se relaciona con sus cosmovisiones y tradiciones y, por lo mismo, repercute en sus posibilidades de permanencia, supervivencia, desarrollo político, económico y social[58].

En este punto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el territorio es uno de los elementos definitorios de la identidad de las comunidades étnicas en Colombia. Al respecto, en Sentencia C-891 de 2002[59], la Corte manifestó que: “la noción de territorio indígena supera los espectros simplemente jurídicos y económicos, toda vez que los pueblos están ligados a él de una manera comunitaria, espiritual y cosmogónica, precisamente por el carácter ancestral y sagrado que éste ostenta, constituyéndose entonces en un elemento integrante de la forma como aquéllos ven y entienden el mundo”.

El concepto de territorio se funda entonces en las relaciones que las comunidades étnicas tienen con su entorno, no desde una perspectiva fundacionalista que se sustente en la posesión prehispánica de ámbitos geográficos de estos pueblos, sino en sus vínculos tradicionales, sociales y culturales vigentes con él.

En Sentencia C-389 de 2016, esta Corporación fue enfática en señalar que “el concepto de territorio colectivo no se agota en conceptos propios del derecho civil: el reconocimiento estatal de los territorios y la delimitación de su área constituyen mecanismos de protección relevantes de las tierras indígenas. Sin embargo, el territorio colectivo no es un concepto espacial, sino uno cultural (el ámbito de vida de la comunidad). Y, en consecuencia, puede tener un efecto expansivo, destinado a la inclusión de los espacios de relevancia social, cultural y religiosa para las comunidades”[60]. De allí que el concepto de territorio debe entenderse con un sentido sociológico, esto es, comprendiendo a los grupos étnicos que históricamente han tenido y tienen arraigo físico en un lugar determinado.

Lo anterior encuentra sustento en múltiples normas a nivel internacional y nacional. Así, el artículo 13 del Convenio 169 de 1989 de la OIT establece que al aplicar sus disposiciones, se “(...) deberá respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera (...) La utilización del término <<tierras>> (...) deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra

manera”[61].

En ese orden de ideas, desde la perspectiva constitucional, el concepto jurídico de territorio de las comunidades étnicas incluye las tierras que les han sido asignadas, pero no se limita a ellas, ya que abarca –desde una perspectiva que reconoce dimensiones culturales y sociológicas– los vínculos de estas comunidades con su entorno. De allí que, la afectación directa que genere una actuación administrativa, al menos en lo que a la incidencia en el territorio de las comunidades se refiere, pasa por la misma premisa, es decir, también debe verificarse en relación con los lazos culturales vigentes que el grupo étnico tenga con el entorno.

Sobre el particular, la Alcaldía del Municipio de Zona Bananera refiere que, en dos (2) oportunidades, el 19 de diciembre de 2016 y el 10 de enero de 2017,[62] convocó a los representantes de las organizaciones afrocolombianas del municipio, incluyendo a los accionantes, a las mesas de trabajo que se realizarían el 22 de diciembre de 2016 y el 17 de enero de 2017 para consultarles y socializar el ajuste al Plan Básico de Ordenamiento Territorial. Sin embargo, dichas reuniones no se realizaron porque, según los convocados, la Alcaldía no tiene la competencia para adelantar el proceso de consulta previa, toda vez que esta es una función del Ministerio del Interior. Por consiguiente, consideraron que no era obligatorio asistir a dicha citación.

Al respecto, este Tribunal ha señalado que la consulta previa no puede entenderse como un mero trámite administrativo, pues se erige como un verdadero diálogo en procura de alcanzar, en lo posible, un acuerdo en torno a la actividad que se vaya a adelantar. Específicamente, en la Sentencia SU-039 de 1997[63] se indicó que, en virtud de los bienes que resguarda, “[ella] no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados” con una decisión, sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que busca tutelar, como lo son “los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las comunidades” indígenas y pueblos tribales.

Esto implica comprender la consulta como un verdadero diálogo que busca el entendimiento entre las partes, en el que no puede haber arbitrariedad de ninguna de ellas, lo que excluye que se le entienda como una mera comunicación o evento informativo. Por

ello, en la precitada providencia, esta Corporación apuntó que “la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo, [por ejemplo], de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas”.

Además de este parámetro general, de manera particular, la consulta también muestra determinados rasgos. Por ello, entre otras, (i) debe ser adelantada por personas que representen realmente a la comunidad; (ii) debe estar antecedida de un proceso preconsultivo, en el cual es posible delimitar la forma como llevará acabo; (iii) debe ser realizada con antelación a la medida que pueda afectar directamente a la comunidad; (vi) debe tener la capacidad de generar efectos en la decisión y (v) debe partir de un enfoque diferencial, en el que se valoren los rasgos culturales que identifican a cada pueblo. Por último, si bien en algunos casos excepcionales se requiere el consentimiento informado de las comunidades[64], la atribución para decidir finalmente sobre el desarrollo de una política estatal reside exclusivamente en las autoridades públicas, sin que por ello se entiendan autorizadas para incurrir en actos arbitrarios respecto de las resoluciones que adopten[65].

Ahora bien, de acuerdo con el Decreto 2893 de 2011, uno de los objetivos del Ministerio del Interior es formular, adoptar, dirigir, coordinar y ejecutar la política pública, planes, programas y proyectos en materia de consulta previa. Particularmente, la Dirección de Consulta Previa tiene el deber de “Dirigir en coordinación con las entidades y dependencias correspondientes los procesos de consulta previa que se requieran de conformidad con la ley”, asimismo “Asesorar y dirigir, así como coordinar con las direcciones de asuntos indígenas, Rom y minorías y asuntos para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas del Gobierno Nacional en materia de consulta previa y determinar su procedencia y oportunidad.”

De conformidad con lo expuesto, la Sala advierte que la Alcaldía del Municipio de Zona Bananera no es la entidad competente para adelantar el proceso de consulta previa de la modificación al Plan de Ordenamiento Territorial con los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y Afrocolombianas de los Corregimientos de Sevilla, Suto Gende,

Tucurinca y Guacamayal, pues dicha labor le corresponde a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior. En ese orden de ideas, al evidenciar que el Acuerdo 002 de 2017 contiene medidas que afectan directamente a los consejos comunitarios demandantes y, sin embargo, no fue consultado previamente con estos, la Sala concederá el amparo de su derecho fundamental a la consulta previa. En consecuencia, ordenará la suspensión parcial del Acuerdo 002 de 2017 únicamente en lo relacionado con los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y Afrocolombianas de los Corregimientos de Sevilla, Suto Gende, Tucurinca y Guacamayal hasta tanto se realice el correspondiente proceso de consulta con los mencionados consejos comunitarios, lo cual habrá de cumplirse en un plazo no mayor a noventa (90) días hábiles a partir de la notificación de esta providencia, plazo que la Corte ha considerado suficiente en otros escenarios de consulta[66] y que en este caso se explica, además, por la necesidad de definir la situación en un término breve en atención a las actividades que se han venido realizando en dichos corregimientos.

Cabe señalar que para que la consulta previa sea efectiva esta debe tener efectos sobre la decisión a adoptar[67]. 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 instituciones representativas de las comunidades étnicas, 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.

Sobre este último punto, que se liga con la proscripción de la arbitrariedad, así el Estado sea el que tenga la última palabra, la Sala resalta que no resulta legítimo imponer de manera abstracta la idea de interés general sobre el particular, pues la conservación y sobrevivencia de dichas comunidades hace parte integral de él, cuya relevancia ha sido destacada incluso a nivel internacional. De hecho, es claro que la guarda de tal diversidad implica, necesariamente, la defensa de una riqueza. En este sentido, en la Sentencia T-129 de 2011[68], se expuso que: “No se puede anteponer en abstracto el ‘interés general’ y la visión mayoritaria que se tenga del ‘desarrollo’ o el ‘progreso’ que traen las obras de infraestructura cuando dichas intervenciones se desarrollan en territorios indígenas o

étnicos”, pues se trata, ni más ni menos, del patrimonio cultural de la Nación”. Por ello, en la Sentencia T-547 de 2010[69], se enfatizó que “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”.

En virtud de lo anterior, se impone revocar el fallo proferido, en segunda instancia, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ciénaga, el seis (6) de agosto de dos mil trece (2013), que confirmó la sentencia emitida, en primera instancia, por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Zona Bananera, el tres (3) de julio de la misma anualidad, que declaró improcedente el amparo solicitado. En su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la consulta previa de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y Afrodescendientes demandantes, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

VI. 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.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el asunto de la referencia mediante auto del 17 de enero de 2014.

SEGUNDO.- DECLARAR la carencia actual de objeto por sustracción de materia, en relación con la pretensión formulada contra el Plan de Desarrollo 2012-2015 del Municipio de Zona Bananera, toda vez que fue expresamente derogado por el Acuerdo 008 de 31 de mayo de 2016, y, además, no está produciendo efectos jurídicos sobre las comunidades afrodescendientes de dicho territorio.

TERCERO.- REVOCAR, por las razones expuestas en esta providencia, el fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ciénaga, el seis (6) de agosto de dos mil trece (2013), que confirmó la sentencia emitida, en primera instancia, por el Juzgado

Primero Promiscuo Municipal de Zona Bananera, el tres (3) de julio de la misma anualidad, que declaró improcedente el amparo solicitado. En su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la consulta previa de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y Afrodescendientes demandantes, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

CUARTO.- SUSPENDER PARCIALMENTE el Acuerdo 002 de 2017 en lo referente a los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y Afrocolombianas de los Corregimientos de Sevilla, Suto Gende, Tucurinca y Guacamayal hasta que el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Zona Bananera, en su calidad de juez constitucional de primera instancia, disponga su reanudación.

QUINTO.- ORDENAR a la Alcaldía del Municipio de Zona Bananera que suspenda las actividades que se estén desarrollando, en virtud del Acuerdo 002 de 2017, en los territorios de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y Afrocolombianas del Municipio hasta que el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Zona Bananera, en su calidad de juez constitucional de primera instancia, disponga su reanudación.

SEXTO.- ORDENAR a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior que adelante un proceso de consulta con las autoridades de las comunidades afrodescendientes del Municipio de Zona Bananera, mediante un procedimiento apropiado, previamente consultado con dichas autoridades, en orden a establecer la afectación que el Acuerdo 002 de 2017, “por medio de la cual se adopta el ajuste del Plan Básico de Ordenamiento Territorial del Municipio de Zona Bananera, Departamento del Magdalena, para facilitar y promover el desarrollo urbano y el acceso a la vivienda de interés social y, se otorgan unas facultades”, puede causar en la integridad cultural, social y económica de dichas comunidades. Este proceso, incluyendo el de preconsulta, deberá completarse en un periodo de sesenta (60) días hábiles contados a partir de la notificación de esta providencia, prorrogable, por solicitud de las partes, por una sola vez, por un periodo de treinta (30) días adicionales. Al finalizar el término de la consulta el Ministerio del Interior deberá protocolizar los acuerdos. De no ser posible una decisión concertada, corresponderá a la Alcaldía del Municipio de Zona Bananera definir la cuestión unilateralmente, sin desconocer las inquietudes y expectativas de las autoridades de las comunidades afrodescendientes consultadas, con el fin de mitigar, corregir o restaurar los efectos de las medidas que

podrían tomarse sin su participación.

En cualquiera de las dos situaciones, se informará al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Zona Bananera, para que en el término de diez (10) días disponga, de acuerdo con las conclusiones que le sean presentadas, el levantamiento de la suspensión decretada en los numerales cuarto y quinto de esta providencia. De no llegarse a un acuerdo, el Juez deberá verificar que la Alcaldía haya tenido en cuenta las inquietudes y expectativas de las comunidades afrodescendientes consultadas para levantar la suspensión.

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

OCTAVO.- EXHORTAR a la Alcaldía del Municipio de Zona Bananera para que antes de adoptar decisiones que afecten directamente a los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y Afrodescendientes del territorio realice con estas el proceso de consulta previa.

NOVENO.- Líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MÉNDEZ

Secretaria

[1] 22 de octubre de 2012. Folio (11)

[2] 19 de diciembre de 2016 y 10 de enero de 2017.

[3] 31 de mayo de 2016.

[4] 31 de mayo de 2016.

[5] Sentencia T-204 de 2013. “hay carencia actual de objeto por sustracción de materia, en aquellos casos en que deja de existir el objeto jurídico respecto del cual el juez constitucional debe tomar una decisión”

[6] Al respecto ver entre otras la sentencia T-607 de 2007, T-702 de 2008 y T-681 de 2008.

[7] Sentencia T-235 de 2010.

[8] En términos de la Corte, “Está claro, que los pueblos que han venido ocupando las zonas rurales ribereñas de las Cuenca del Pacífico tienen derecho a la delimitación de su territorio, y que esta comporta el derecho de las comunidades negras a utilizar, conservar y administrar sus recursos naturales, no sólo porque las previsiones del Convenio 169 de la OIT, a las que se ha hecho referencia, así lo indican, sino porque el artículo 55 Transitorio de la Carta reconoce en estos pueblos, de antemano, la conciencia de identidad tribal, criterio fundamental, aunque no único, para que opere dicho reconocimiento, en los términos del artículo 1° del instrumento internacional. (...) Que el derecho de las comunidades negras sobre su territorio colectivo se funda en la Carta Política y en el Convenio 169 de la OIT, sin perjuicio de la delimitación de sus tierras a que se refiere la Ley 70 de 1993, en cuanto ésta resulta definitiva e indispensable para que dichas comunidades puedan ejercer las acciones civiles a que da lugar el reconocimiento constitucional. // Y que el derecho de propiedad colectiva en comento comprende, y siempre comprendió la facultad de las comunidades negras de usar, gozar y disponer de los recursos naturales renovables existentes en sus territorios, con criterios de sustentabilidad, y de acuerdo con las limitaciones legales (...). Al

parecer de la Sala las previsiones anteriores regulan en forma puntual el derecho de propiedad colectiva de las comunidades negras, a las tierras que tradicionalmente ocupan, reconocido inicialmente en la Ley 31 de 1967 y refrendado por el Convenio 169 de la OIT y el artículo 55 T. de la Carta, de tal manera que son éstas las únicas propietarias de la flora existente en sus territorios, y quienes pueden extraer y aprovechar los productos de sus bosques.” Corte Constitucional, sentencia T-955 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

[9] Sentencia SU-383 de 2003.

[10] Sentencia T-049 de 2013.

[11] Folios 16, 19, 23 y 25

[12] Sentencia SU-039 de 1997. En esta sentencia la Corte tuteló transitoriamente los derechos de participación, integridad étnica, cultural, social y económica y debido proceso del pueblo indígena U´WA, ordenando que éste sea consultado antes de proferir una resolución de exploración en su territorio. En igual sentido, entre otras, la Sentencia T-652 de 1998.

[13] Sentencia T-576 de 2014

[14] Sentencia T-436 de 2016.

[15] Sentencia T-196 de 2016

[16] Sentencia T-069 de 2015

[17] Sentencia T-841 de 2014.

[18] Sentencia T-069 de 2015.

[20] El 24 de junio de 2013 se presentó la acción.

[21] Acuerdo N°011 de 21 de junio de 2013, Folio 1.

[22] Acuerdo N°007 de 31 de mayo de 2013, Folio 2.

[23] Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia.

[24] C-253 de 2013.

[25] La Corte reconoció que la definición de comunidades negras prevista en el artículo 2-5 de la Ley 70/93 y el establecimiento de un régimen especial de protección de su cultura e identidad hacen parte de su reconocimiento jurídico como un actor social que ha comenzado a defender sus intereses sobre la base de sus condiciones compartidas de existencia y su identidad colectiva. “Se trata, así, de un actor social emergente, no en el sentido de ser un fenómeno exclusivo de esta época -puesto que las comunidades negras se comenzaron a configurar desde los primeros tiempos de la esclavitud en nuestro país, cuando se establecieron los “palenques”, pueblos de esclavos fugitivos o “cimarrones”, y se sentaron las bases para lo que hoy aparece como una cultura propia-, sino en cuanto se trata de un grupo que sólo en las últimas décadas ha podido asumir la tarea de organizarse más allá del ámbito local o regional” Por eso, indicó el fallo, el reconocimiento de estas comunidades como grupo étnico es un presupuesto indispensable para su adecuada inserción en la vida política y económica del país.

[26] En esta sentencia, los accionantes, miembros de la Junta Directiva del Consejo Mayor de la Cuenca del Río Cacarica demandan a las entidades públicas por supuestamente tolerar, permitir y contratar la explotación de maderas en su territorio colectivo, sin respetar los derechos que la Carta Política reconoce a las comunidades negras, y sin considerar el daño ecológico que la actividad extractiva maderera ha ocasionado y ocasiona en su territorio, alegando el desconocimiento de sus derechos fundamentales a la integridad étnica, social, económica y cultural, a la subsistencia, a no ser sometidos a desaparición forzada, así como los derechos a la participación y debido proceso.

[27] Para ese entonces, esta Corporación había consolidado, en aplicación del Convenio 169, una sólida doctrina constitucional sobre la posibilidad de que las comunidades indígenas fueran titulares de derechos colectivos distintos a los que se radican en cabeza de cada uno de sus integrantes. Sobre el particular, pueden revisarse las sentencias T-188 y T-380 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes) que ampararon el derecho a la propiedad colectiva de la comunidad indígena Paso Ancho y el derecho del resguardo de la comunidad indígena Emberá-Catío del río Chajeradó a la propiedad colectiva de los recursos naturales no renovables existentes en su territorio, respectivamente. También, la sentencia SU-039 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) que, con ocasión de la tutela que promovieron

varios indígenas U'wa, a propósito de los trabajos de exploración petrolífera adelantados por ECOPETROL y Occidental de Colombia Inc. en sus territorios, caracterizó a la consulta previa como un derecho fundamental autónomo destinado a preservar la integridad de los pueblos indígenas y la diversidad étnica y cultural de la Nación.

[28] La sentencia destacó que los pueblos tribales, entre los que se encuentran las comunidades negras, merecen la misma protección que reciben los pueblos indígenas, así algunas disposiciones constitucionales se refieran solamente a estos últimos. Lo anterior, en aplicación del Convenio 169 y de las normas superiores que reconocen en igualdad de condiciones a todas las culturas existentes en el territorio nacional y propenden igualmente por su conservación, difusión y desarrollo.

[29] En efecto, la Corte sintetizó el marco normativo que regula el derecho de propiedad colectiva de las comunidades negras a las tierras que tradicionalmente ocupan, y resaltó que tal derecho supone que estas son las únicas propietarias de la flora existente en sus territorios y las que pueden extraer y aprovechar los productos de sus bosques.

[30] Examinó si el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 debía ser declarado inconstitucional por no haberse realizado la consulta previa

[31] En esa ocasión se examinó si el Acto Legislativo N°1 de 2009 era inconstitucional por haber omitido el requisito de la consulta previa.

[32] Reiterando entre otras a las sentencias C-175 de 2009, T-382 de 2006, C-418 de 2002, C-030 de 2008, C-461 de 2008.

[33] Sentencia C-1051 de 2012.

[34] Sentencia C-208 de 2007.

[35] Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998, C-169 de 2001 y C-620 de 2003.

[36] Ver sentencias C-169 de 2001, C-418 de 2002, C-891 de 2002, C-620 de 2003, C-208 de 2007, SU-383 de 2003 y T-382 de 2006.

[37] Ver sentencia C-620 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

[38] Sentencia C-208 de 2007.

[39] Sentencia T- 737 de 2005.

[40] Sentencia Su-039 de 1997.

[41] Cfr, entre otras, las Sentencias SU-039 de 1997, SU-510 de 2008 y C-615 de 2009.

[42] Sentencia T-737 de 2005.

[43] Sentencia C-175 de 2009.

[45] Sentencia C-175 de 2009.

[46] Sentencia C-063 de 2010.

[47] Sentencia C-208 de 2007.

[48] Sentencia C-175 de 2009. En el mismo sentido se pueden consultar, entre otras, las Sentencias T-769 de 2009, T-129 de 2011, C-366 de 2011, T-693 de 2011.

[49] Sentencia C-366 de 2011.

[50] Artículos 122, 124 y 133 de la Ley 685 de 2001- Sentencia C-389 de 2016.

[51] Acuerdo N°007 de 2013 “Por el cual se aprueba y adopta una modificación ordinaria al plan básico de ordenamiento territorial del Municipio de Zona Bananera” (...):

“3. que han pasado dos periodos administrativos completos desde que se aprobó el Plan Básico de Ordenamiento Territorial del Municipio de Zona Bananera y por lo tanto es posible realizar una revisión y ajuste de sus contenidos de mediano plazo.

4. Que una vez efectuada una revisión del contenido del acuerdo 018 de 2001, que adopta el Plan Básico de Ordenamiento Territorial para el Municipio de Zona Bananera-Magdalena, por parte del equipo técnico de apoyo al ajuste de este plan, se pudo constatar que además de los contenidos de mediano plazo, un alto porcentaje de las normas urbanísticas

estructurales y generales contenidas en este plan están desactualizadas o incompletas.

5. Que en los últimos años se han expedido nuevas normativas, como el Decreto 3600 de 2007, por la cual se reglamentó disposiciones de la Ley 99 de 1993 y la Ley 388 de 1997 relativas a las determinantes de ordenamiento del suelo rural y al desarrollo de actuaciones urbanísticas de parcelaciones y edificaciones en suelo rural, siendo necesario ajustar la norma municipal a las normas nacionales, en especial en la reglamentación de la estructura ecológica principal.

6. Que revisado el Plan Básico de Ordenamiento Territorial de la Zona Bananera, Magdalena con base en estas dinámicas, existe la necesidad de incorporar los nuevos elementos técnicos desarrollados en los últimos diez años a nivel regional, departamental y nacional acordes con la normatividad que también ha evolucionado mejorando los conceptos de ordenación territorial rural, instrumentos de gestión y financiación del suelo y normas urbanísticas y en el marco de la planificación Regional, Departamental y Nacional. Así mismo es pertinente incorporar la información desarrollada en los años posteriores a la aprobación del PBOT enfocándose en los siguientes aspectos: los macro proyectos nacionales y departamentales, los ajustes y modificaciones a las Normas Urbanísticas, estructurales, generales y complementarias; el ordenamiento territorial urbano y un ajuste a la zonificación del suelo rural.

7. Que para la realización de estos ajustes el Decreto 4002 de 2004, estableció la modificación excepcional de alguna o algunas normas urbanísticas de carácter estructural o general del Plan de Ordenamiento Territorial, que tengan por objeto asegurar la consecución de los objetivos y estrategias territoriales de largo y mediano plazo definidas en los componentes General y Urbano del Plan de Ordenamiento Territorial, la cual podrá emprenderse en cualquier momento, a iniciativa del Alcalde Municipal o distrital, siempre y cuando se demuestren y soporten técnicamente los motivos que dan lugar a su modificación, de acuerdo con la jerarquía de prevalencia de los componentes, contenidos y demás normas urbanísticas que lo integran y sometiéndose a los mismos trámites de concertación, consulta y aprobación previstas en los artículos 24 y 25 de la Ley 388 de 1997.”

[52]“ARTICULO 24. INSTANCIAS DE CONCERTACION Y CONSULTA. El alcalde distrital o

municipal, a través de las oficinas de planeación o de la dependencia que haga sus veces, será responsable de coordinar la formulación oportuna del proyecto del plan de Ordenamiento Territorial, y de someterlo a consideración del Consejo de Gobierno. // En todo caso, antes de la presentación del proyecto de plan de ordenamiento territorial a consideración del concejo distrital o municipal, se surtirán los trámites de concertación interinstitucional y consulta ciudadana, de acuerdo con el siguiente procedimiento: //

1. El proyecto de plan se someterá a consideración de la Corporación Autónoma Regional o autoridad ambiental correspondiente, para su aprobación en lo concerniente a los asuntos exclusivamente ambientales, dentro del ámbito de su competencia de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 99 de 1993 y en especial por su artículo 66, para lo cual dispondrá de treinta (30) días; sólo podrá ser objetado por razones técnicas y fundadas en los estudios previos. Esta decisión será, en todo caso, apelable ante el Ministerio del Medio Ambiente. //
2. Durante el mismo término previsto en el numeral anterior se surtirá la instancia de concertación con la Junta Metropolitana para el caso de planes de ordenamiento de municipios que formen parte de áreas metropolitanas, instancia que vigilará su armonía con los planes y directrices metropolitanas, en asuntos de su competencia. //
3. Una vez revisado el proyecto por las respectivas autoridades ambientales y metropolitanas, en los asuntos de su competencia, se someterá a consideración del Consejo Territorial de Planeación, instancia que deberá rendir concepto y formular recomendaciones dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes. //
4. Durante el período de revisión del plan por la Corporación Autónoma Regional, o la autoridad ambiental correspondiente, la Junta Metropolitana y el Consejo Territorial de Planeación, la administración municipal o distrital solicitará opiniones a los gremios económicos y agremiaciones profesionales y realizará convocatorias públicas para la discusión del plan, incluyendo audiencias con las juntas administradoras locales, expondrá los documentos básicos del mismo en sitios accesibles a todos los interesados y recogerá las recomendaciones y observaciones formuladas por las distintas entidades gremiales, ecológicas, cívicas y comunitarias del municipio, debiendo proceder a su evaluación, de acuerdo con la factibilidad, conveniencia y concordancia con los objetivos del plan. Igualmente pondrán en marcha los mecanismos de participación comunal previstos en el artículo 22 de esta ley. //

Las administraciones municipales y distritales establecerán los mecanismos de publicidad y difusión del proyecto de plan de ordenamiento territorial que garanticen su conocimiento masivo, de acuerdo con las condiciones y recursos de cada entidad territorial. // PARAGRAFO. La consulta democrática

deberá garantizarse en todas las fases del plan de ordenamiento, incluyendo el diagnóstico, las bases para su formulación, el seguimiento y la evaluación.

[53] Sentencia C-208 de 2007.

[54] *Ibíd.*

[55] Acuerdo N° 007 de 2013. Artículo 65: "... corresponderá al Ejecutivo Municipal identificar los predios cobijados dentro de los polígonos de las zonas de expansión urbana, actuación que deberá adelantar dentro del término de seis (6) meses contados a partir de la sanción del presente Acuerdo Municipal"

[56] "por medio de la cual se adopta el ajuste del Plan Básico de Ordenamiento Territorial del Municipio de Zona Bananera, Departamento del Magdalena, para facilitar y promover el desarrollo urbano y el acceso a la vivienda de interés social y se otorgan unas facultades"

[57] "Que teniendo en cuenta que para el aprovechamiento de los planes e inversiones que el Estado en el tema de viviendas de interés prioritario y de viviendas de interés social que realiza en los municipios, es necesario que el Municipio de Zona Bananera, Magdalena se expanda en su zona urbana hacia los corregimientos, y así pueda establecer la construcción de viviendas de forma vertical, hasta cuatro pisos en la Cabecera Municipal, sin excluir que en el evento que se tenga la posibilidad de hacer construcción de manera horizontal esta no se pueda realizar."

[58] Sentencia T-659 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[59] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[60] Sobre el particular, la sentencia en cita citó varias providencias, entre ellas, la SU-039 de 1997, la T-376 de 2012, la T-514 de 2009 y la T-652 de 1998.

[61] El texto completo del artículo mencionado es el siguiente: "1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. // 2. La

utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

[62] Folios 46 a 60.

[63] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[64] 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 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.”

[65] 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. Adicional a lo expuesto, la Corte de manera reiterada ha señalado que, cuando no sea posible llegar a un acuerdo o concertación con las comunidades indígenas, o éstas 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. 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.” Esta misma doctrina se reiteró en la Sentencia C-068 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, al sostener que: “la Corte considera que las entidades gubernamentales encargadas de la organización de los distintos escenarios de discusión del proyecto de ley de regalías (Ley 1530 de 2012), cumplieron con su obligación constitucional de someter a consideración de las comunidades indígenas dicho proyecto de ley, acorde con el principio de la buena fe y de manera libre e informada, con el propósito de que éstas pudieran intervenir activamente en la redacción final de su articulado, al tiempo que se observa la renuencia a participar y la decisión autónoma por parte de los pueblos indígenas de apartarse del proceso de consulta, con fundamento en varias razones que –más allá de la especial protección que demandan del Estado– exteriorizan su derecho a decidir sobre sus prioridades y estrategias de desarrollo. // Por consiguiente, en criterio de la Corte, está acreditado que el Gobierno Nacional facilitó y procuró los espacios para lograr la consulta previa del proyecto de ley de regalías, conforme a los principios fundamentales de participación y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Con todo, como ya se dijo, el derecho a la consulta previa no es un derecho absoluto, por lo que de ninguna manera puede entenderse que la existencia de un consenso sobre el proyecto sea un requisito sine qua non para radicar una iniciativa, pues, como ocurre en el asunto bajo examen, en aquellos casos en que se frustra la realización del acuerdo, las autoridades competentes preservan sus potestades legislativas, entre ellas la potestad de radicar un proyecto de ley, en respuesta al carácter prevalente del interés general, cuando de por medio se encuentra la ejecución de un mandato específico previsto en la Constitución, el logro de objetivos superiores o la salvaguarda del principio democrático.”

[66] Ver, por ejemplo, las sentencias T-955 de 2003 y T-737 de 2005.

[67] Sentencia C-175 de 2009, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

[68] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio,

[69] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.