

T-550-15

Sentencia T-550/15

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS Y AFRODESCENDIENTES-Orden a Alcaldía garantizar los derechos fundamentales a la participación y a la vivienda digna de comunidad afrodescendiente

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAS-Derechos de las personas, familias y comunidades afectadas por procesos de reubicación asociados a la ejecución de proyectos de desarrollo/CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS Y GRUPOS ETNICOS-Prohibición de los desalojos forzosos y la obligación de obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades étnicas

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Ámbito de aplicación y contenido

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS Y GRUPOS ETNICOS-Convenio 169 de la OIT, bloque de constitucionalidad y jurisprudencia constitucional

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS Y GRUPOS ETNICOS-Titularidad

Los derechos étnicos, como la consulta previa, no se predicán de individuos, sino de comunidades, las cuales, en tanto grupos humanos diversos, son titulares de derechos distintos de aquellos que se predicán de sus integrantes individualmente considerados. La presencia de factores raciales, espaciales o formales es relevante, pero no esencial para la atribución de derechos étnicos. Ni la raza, ni el hecho de que el grupo habite determinado territorio ni su reconocimiento formal por parte del Estado son criterios determinantes o excluyentes de la identidad étnica. Las controversias sobre el carácter étnico de las comunidades que solicitan la protección de sus derechos colectivos deben resolverse considerando que no existe una definición estricta acerca de lo que puede entenderse por pueblo tribal o indígena, sino unos criterios descriptivos de los sujetos a los que el marco internacional de protección pretende proteger. El criterio más relevante para determinar si un pueblo o individuo puede ser considerado indígena o tribal es el de auto identificación. Como colectividades humanas, los pueblos indígenas y tribales tienen una trayectoria social

propia que se adapta a los cambios históricos y se reconfigura continuamente y que los derechos concedidos a las colectividades étnicamente diferenciadas no se pierden por el hecho de que algunos de sus integrantes vivan con menos apego que otros a sus tradiciones culturales.

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD AFRODESCENDIENTE-Improcedencia de la acción de tutela en materia de consulta previa, por cuanto la consulta previa es un derecho fundamental colectivo donde la acción se debe presentar a nombre de un grupo humano y no a título personal como lo hizo el accionante

DERECHO A LA PARTICIPACION Y A LA VIVIENDA DIGNA DE COMIUNIDAD AFRODESCENDIENTE-Orden con efectos inter comunis para reubicación

Referencia: Expediente T- 3411524

Magistrada Ponente (e):

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil quince (2015).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas María Victoria Calle Correa, Myriam Ávila Roldán y por el magistrado Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en primera instancia, y por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en segunda instancia, dentro del asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Gustavo Mestizo Ruiz[1] formuló acción de tutela contra los ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; la Alcaldía Distrital de Buenaventura, la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca y la Universidad del

Pacífico, para obtener el amparo de los derechos fundamentales que estas entidades les habrían vulnerado a las comunidades negras asentadas en los territorios de Buenaventura donde pretenden realizarse ciertos macroproyectos de interés nacional. La acción fue promovida con base en los fundamentos fácticos y jurídicos que la Sala resumirá a continuación, siguiendo el relato del peticionario.

Los fundamentos de la demanda

1.1. El señor Mestizo Ruiz es habitante de los terrenos recuperados al mar en la isla Cascajal de Buenaventura, que están ubicados en las comunas 1, 2, 3, 4 y 5 de la zona urbana del Distrito y fueron construidos por las comunidades afrodescendientes que residen en ese lugar desde hace más de un siglo. Las dinámicas que precedieron la construcción de los terrenos permitieron que la población generara formas de vida basadas en su interacción con el mar, que fundamentaron el carácter ancestral típico de las comunidades negras.

1.2. Relató el accionante que él mismo contribuyó, junto con los demás habitantes de la zona, a recuperar terrenos al mar, rellenándolos con basura, barro, cáscara de árboles maderables y balastro, hasta llegar a la pavimentación de las calles. Además, la comunidad de Cascajal ha realizado un trabajo comunitario importante a través de las mingas, que incluye el desarrollo de actividades productivas para su autoabastecimiento, el uso de técnicas ancestrales de construcción asociadas a su hábitat y la protección de su entorno[2]. De esa forma, una generación de hombres y mujeres afros construyeron sus casas y criaron una población que comparte lazos de hermandad, características culturales, y que tiene su propia cosmovisión, es decir, una forma particular de relacionarse con el entorno y de ver y entender el mundo.

1.3. Informó el peticionario que el municipio de Buenaventura está adelantando un proceso de renovación urbana que involucra la reubicación de 3400 hogares localizados en el sector sur de la isla Cascajal, donde se planea ejecutar el proyecto de espacio público Malecón Perimetral del Mar. Las familias desalojadas serían reubicadas en las viviendas que se construirán en la zona continental del estero de San Antonio, donde se está ejecutando el Macroproyecto de Vivienda de Interés Social Nacional San Antonio (en adelante, MVISNSA).

1.4. Esa amenaza de reubicación generó una situación de desconcierto que ha roto los

proyectos de vida personal, familiar y comunitaria de las comunidades afro que viven en la isla de Cascajal. Para el demandante, la ejecución de los macroproyectos puede afectar la economía, el medio ambiente y las prácticas tradicionales de producción del conglomerado social que habita la isla, afectando su autonomía e integridad cultural.

1.5. Pese a esto, el Ministerio del Interior no adelantó el proceso de consulta previa, libre e informada al que tienen derecho las familias afectadas, como lo exige el Convenio 169 de la OIT. No se consultaron el Plan de Ordenamiento Territorial de Buenaventura de 2001, que contempló la necesidad de realizar proyectos de vivienda de interés social y de reubicación en el municipio, ni los documentos CONPES que propiciaron la ejecución del macroproyecto nacional para la construcción la ciudadela San Antonio y el proyecto del malecón perimetral: el CONPES 3410 de 2006 “Política del Estado para mejorar las condiciones de vida de la población de Buenaventura” y 3476 de 2007 “Importancia estratégica de los macroproyectos de interés social en Cali y Buenaventura”. Por lo tanto, no se valoró el impacto que tendrán los planes de reubicación sobre la comunidad afrodescendiente de la isla, integrada por pescadores artesanales, recolectores, cortadores y vendedores de madera.

1.6. Afirma el peticionario que, aunque se inició la preconsulta del macroproyecto de construcción de las viviendas de interés social en la zona continental del estero de San Antonio, la construcción de las viviendas donde serían reubicadas las familias desalojadas de la zona perimetral de la isla de Cascajal ya está en su primera fase. Eso significa que la consulta no se realizó de forma previa, como lo exigen las normas nacionales e internacionales.

1.7. En noviembre de 2010, el Ministerio del Interior informó, en la respuesta a un derecho de petición formulado por un habitante de la zona, que “se verificó la presencia de comunidades negras, así como indígenas en el área de influencia del proyecto en mención (el MVISSA). Por lo anterior se hace necesario dar inicio en el menor tiempo posible al proyecto de consulta previa con las comunidades encontradas allí, tanto con aquellas que serán reubicadas como con las que están asentadas en los terrenos donde se construirán las nuevas viviendas”[3]. Sin embargo, esa comunicación es de finales de 2010 y, hasta la fecha, no se sabe de ninguna acción encaminada a consultar a la comunidad de los terrenos ganados al mar sobre la ejecución de los proyectos.

1.8. Con base en las anteriores consideraciones, el accionante solicitó que se tutelaran los derechos fundamentales a la integridad étnica y cultural; a la consulta previa, libre e informada; a la participación; a no ser desalojado; al debido proceso; al trabajo; a la autodeterminación y a la autonomía de las comunidades negras asentadas en las zonas donde se van a desarrollar los referidos proyectos, ordenando realizar la consulta previa, libre e informada, a través de los procedimientos pertinentes.

1.9. También pidió que los resultados de los estudios de impacto socio económico y cultural, ambiental y de mitigación del riesgo que se realicen a las comunidades afectadas se consideren como criterios fundamentales para la ejecución de los proyectos; que se garantice, en la medida de lo posible, la participación de las comunidades en los beneficios que reporten las actividades de desarrollo que se realicen en su territorio y la indemnización equitativa por los daños que puedan sufrir como resultado de la implementación de los proyectos.

1.10. Por último, solicitó que se garantice el derecho al trabajo de las comunidades afectadas y que se le ordene al Ministerio del Interior la implementación de la ruta étnica de protección a la que hizo referencia el Auto 005 de 2009 de la Corte Constitucional.

Trámite procesal y respuesta de los accionados

2. La Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali admitió la tutela por auto del seis (6) de diciembre de dos mil once (2011), que ordenó notificar a los accionados. La Corporación Autónoma Regional del Valle respondió a la solicitud de amparo en los términos que a continuación se sintetizan. Los demás accionados, guardaron silencio sobre la acción de tutela.

La Directora General de la Corporación Autónoma Regional (en adelante, CAR) del Valle del Cauca respondió que la entidad que representa no fue consultada ni notificada sobre el desarrollo de las políticas de Estado para desarrollar el MVISSA, ya que el Gobierno designó al Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial para intervenir en su ejecución.

Explicó que los técnicos operativos de la CAR tuvieron contacto con el macroproyecto en diciembre de 2008, al realizar los recorridos obligatorios de vigilancia y control que deben

hacer en la jurisdicción de la entidad. En esa ocasión, encontraron que el área donde se están construyendo las viviendas de interés social fue gravemente afectada. Eso condujo a que se iniciara una investigación administrativa contra el contratista del macroproyecto, por infringir las normas de protección del ambiente y de los recursos naturales.

Concluyó, entonces, que la CAR no ha vulnerado ningún derecho fundamental del accionante ni de las comunidades negras que dice representar, pues ha actuado en el marco de sus competencias, por lo cual debe ser exonerada de cualquier responsabilidad. Finalmente, pidió que la acción de tutela se declare improcedente, ya que se refiere a la vulneración de derechos colectivos.

El fallo de primera instancia

3. La Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali negó el amparo solicitado mediante decisión del dieciséis (16) de diciembre de dos mil once (2011), básicamente, porque el derecho a la participación solo puede protegerse colectivamente, no de forma individual, como lo pretende el accionante.

Además, consideró que no había elementos de juicio para concluir que las demandadas desconocieron el derecho a la consulta de la comunidad que podría resultar afectada a raíz de la ejecución de los macroproyectos. Esta conclusión la fundamentó en lo que señaló la coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Viceministerio del Interior, al responder un derecho de petición acerca de las medidas adoptadas por esa cartera en relación con los macroproyectos.

En el documento, la funcionaria informó que el grupo que dirige y la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior visitaron la zona en noviembre de 2010, constatando la presencia de comunidades negras. En consecuencia, se decidió la procedencia de la consulta, por lo cual se celebraron varias reuniones, en las que participaron el Ministerio del Interior y el de Medio Ambiente, la Universidad del Pacífico y representantes de la comunidad de Bajamar en la isla de Cascajal. Que, sin embargo, no se ha logrado consolidar un cronograma específico para concretar la representatividad de las comunidades afectadas y la competencia de los agentes oficiales en el proceso.

La Sala consideró que esas precisiones descartaban la hipotética amenaza a la participación colectiva de las comunidades que habitan las zonas en las que se construirán los macroproyectos. Negó, entonces, el amparo, sobre la base de que la agenda diseñada para realizar la consulta se estaba cumpliendo.

Respuesta del Ministerio del Interior

4. El día en que se profirió la sentencia de primera instancia, se recibió, vía fax, la respuesta del Ministerio del Interior a la acción de tutela. En el escrito, su Director de Consulta Previa indicó que el accionante no se legitimó como representante de ningún grupo étnico, pese a que son estos grupos los que son objeto del proceso de consulta, y recordó que dicho derecho fundamental es colectivo, en la medida en que busca proteger la cosmogonía, diversidad y pluralismo cultural de los pueblos étnicos. A su juicio, el ministerio ha garantizado el derecho fundamental a la consulta previa en relación con lo que se solicita en la tutela, ya que ha realizado las actividades destinadas a tramitarla. El funcionario citó las siguientes:

-18 de mayo de 2011: Apertura del proceso de consulta previa del MVISNSA, realizado en el Bagnó Regio, con la participación de los Consejos Comunitarios de las comunidades negras de Zacarías Río Dagua, Campo Hermoso y Guadualito.[4]

-27 de agosto de 2011: Se llevó a cabo una reunión de preconsulta del MVISNSA con el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de los Lagos.[5]

-28 de agosto de 2011: Se realizó una reunión de concertación previa al inicio de los talleres de impacto y medidas de manejo. Esta tuvo lugar en el Centro de Eventos Bagnó Regio, con los Consejos Comunitarios de las comunidades negras de Zacarías Río Dagua Campo Hermoso y Guadualito.[6]

-11 de noviembre de 2011: Se realizaron los talleres de impactos y medidas de manejo en el centro de eventos Bagnó Regio, en los que participaron los consejos comunitarios de las comunidades negras de Zacarías Río Dagua, Campo Hermoso y Guadualito.[7]

-12 de noviembre de 2011: Se realizó la fase de preconsulta con el Resguardo Indígena de la meseta del Río Dagua.[8]

Por lo expuesto, el ministerio pidió negar las pretensiones del accionante.

La impugnación

5. El accionante impugnó el fallo de primera instancia, precisando que no presentó la acción de tutela como representante de la comunidad de la isla de Cascajal, sino como ciudadano afrodescendiente y persona directamente afectada. Consideró, por eso, que la misma es procedente, ya que la afectación de los derechos fundamentales de la colectividad implica la vulneración de sus derechos individuales.

De otro lado, cuestionó que la sentencia se hubiera basado en la respuesta al derecho de petición que anexó, a pesar de que la misma es de noviembre de 2010, sin que, desde entonces, se haya avanzado en la realización del cronograma, se hayan efectuado visitas ni se haya dialogado con las comunidades. En cambio, la construcción de las viviendas ya comenzó, lo cual demuestra que la amenaza de vulneración de sus derechos fundamentales individuales y de los de las comunidades negras que habitan la isla de Cascajal no es hipotética, sino real. Por esas razones, pidió revocar la decisión de primer grado.

El fallo de segunda instancia

6. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión de primera instancia, mediante sentencia del diez (10) de febrero de dos mil doce (2012), porque el actor no acreditó la calidad de representante de su comunidad ni demostró la existencia de un perjuicio irremediable. Además, estimó que el hecho de que la consulta previa estuviera en curso descartaba la vulneración de los derechos fundamentales del accionante.

Advirtió, de otro lado, que la acción de tutela no es el escenario para alegar los eventuales perjuicios que le podrían causar las supuestas omisiones de las autoridades accionadas, pues la defensa de los derechos colectivos debe llevarse a cabo a través de las acciones populares.

Actuaciones adelantadas en sede de revisión constitucional

7. En el trámite de revisión, el magistrado sustanciador verificó que la Universidad del Pacífico y el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio no fueron notificados sobre la acción de tutela, a pesar de que el demandante los identificó como accionados y a que su

responsabilidad podría estar comprometida en la eventual vulneración de los derechos fundamentales denunciada. Sobre esos supuestos dispuso poner en su conocimiento el escrito de tutela, para que se pronunciaran sobre los hechos y las pretensiones formulados en su contra y absolvieran unas preguntas relacionadas con las circunstancias fácticas del caso.

Además, el magistrado sustanciador requirió al Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y a la Alcaldía de Buenaventura para que contestaran la tutela, teniendo en cuenta que guardaron silencio en el trámite de instancia, pese a que fueron notificados oportunamente por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Cali. Por último, ordenó poner en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación, de la Defensoría del Pueblo y de la Personería Distrital de Buenaventura la acción de tutela para que intervinieran en el trámite constitucional en el marco de sus competencias, y decretó las pruebas que estimó necesarias para resolver el asunto de la referencia.

Respuesta de la Universidad del Pacífico

7.1. El rector de la Universidad del Pacífico, Florencio Candelo Estacio, atendió la solicitud del magistrado sustanciador mediante escrito allegado a esta corporación el doce (12) de julio de dos mil doce (2012). El rector precisó que la relación de la Universidad del Pacífico con el Macroproyecto de Interés Social Nacional San Antonio tiene su origen en la ejecución del contrato de fiducia mercantil que suscribieron en 2007 el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el Fondo Nacional de Vivienda (FONVIVIENDA) y Alianza Fiduciaria S.A para constituir un patrimonio autónomo que buscaba, entre otras cosas, contratar las asesorías y estudios que se requieran para la ejecución de la gerencia técnica y la articulación social para la estructuración, la identificación, determinación, formulación y ejecución del Macroproyecto.

En 2008, Alianza Fiduciaria S.A. suscribió un contrato de consultoría con la Universidad del Pacífico cuyo objeto era “realizar el acompañamiento social, buscando crear las condiciones sociales, económicas y culturales, que permitan a las familias beneficiarias, del Macroproyecto de Interés Social Nacional para la reubicación de hogares localizados en zonas de alto riesgo en el sector sur de la Isla Cascajal del municipio de Buenaventura, disponer de alternativas para rehacer integralmente su proyecto de vida en un nuevo

contexto”.

Las actividades que ha realizado la universidad con las comunidades que habitan la isla de Cascajal se limitan al desarrollo de dicho objeto contractual. De ahí que no haya llevado a cabo ningún proceso de consulta ni actividades de participación con colectivos étnicos o no étnicos distintos de las familias beneficiarias del programa de reasentamiento. La Universidad, por lo tanto, es ajena al debate sobre el supuesto desconocimiento de los derechos étnico-territoriales de las comunidades negras y sobre la licencia ambiental y la consulta previa del MVISSA. Dichos temas, sostuvo, son responsabilidad de los Ministerios del Interior y de Ambiente, del Distrito de Buenaventura, de Alianza Fiduciaria S. A. y de COMFANDI.

Respuesta del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

7.2. Santiago Martínez, Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, precisó que la expedición de los actos administrativos en materia de macroproyectos le corresponde al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio. Por lo tanto, es esa entidad la que cuenta con el documento técnico de soporte que sustentó la Resolución N° 0684 del 28 de abril de 2008, que anunció el MVISSA. De todas formas, en el archivo del Ministerio de Ambiente no existen documentos que evidencien que se haya solicitado o emitido concepto ambiental en relación con ese macroproyecto.

Intervención de la Procuraduría General de la Nación

7.3. Oscar Darío Amaya Navas, Procurador Delegado para Asuntos Ambientales y Agrarios, se pronunció sobre la acción de tutela indicando las gestiones que adelantó esa delegada ante la queja que radicó el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Los Lagos Río Dagua sobre posibles violaciones a sus derechos fundamentales por cuenta de la ejecución del MVISSA. Sostuvo el interviniente que la delegada requirió al Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior para que informara sobre su intervención en algún proceso de consulta previa relacionado con el macroproyecto, y al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, para que explicara sobre su gestión respecto a los mecanismos de control sobre los recursos naturales renovables otorgados o concedidos, el manejo dado a la comunidades asentadas, su protección a la identidad étnica y cultural y la de sus territorios ancestrales.

Intervención de la Defensoría del Pueblo

7.4. Horacio Guerrero García, Defensor Delegado para Indígenas y Minorías Étnicas, intervino ante esta corporación reseñando las diligencias que adelantó la Defensoría del Pueblo en relación con el Macroproyecto de Interés Social Nacional Ciudadela de San Antonio desde 2009, cuando se enteró del mismo.

El defensor informó sobre las peticiones formuladas por las comunidades negras asentadas en el área de influencia del macroproyecto y sobre las reuniones que se llevaron a cabo con las entidades responsables del mismo para intercambiar criterios sobre su impacto y precisar algunos aspectos relativos a su ejecución. Además, indicó que formuló varias solicitudes para garantizar los derechos de las comunidades negras e indígenas que podrían resultar afectadas por la ejecución de la obra. En relación con los trámites relativos al impacto del macroproyecto sobre la población afrodescendiente asentada en la isla de Cascajal, el delegado informó:

-El 11 de mayo de 2010, un comité para la “Defensa de los derechos territoriales de las personas asentadas en la zona sur de Buenaventura y de la mesa de concertación comunitaria” envió al Ministro de Vivienda una comunicación señalando su inconformidad frente al MVISSA, al cual adjuntó un documento con puntos a negociar.

-El 30 de diciembre de 2010, la Corporación Comunitaria para la Defensa de los Derechos Territoriales de las Poblaciones asentadas en la zona sur de la Isla Cascajal de Buenaventura le informó al Defensor del Pueblo que “por avales expresos de las Juntas de Acción Comunal, el ente interlocutor válido para adelantar el proceso de consulta previa es la corporación comunitaria, de acuerdo con lo que resalta el artículo 6° de la Ley 21 de 1991”.

-El 11 de enero de 2011, la Delegada elaboró un concepto que remitió a la Presidenta de la Corporación Comunitaria para la Defensa de los Derechos Territoriales de las Poblaciones asentadas en la Zona Sur de la Isla de Cascajal, en el que le explica quiénes son los sujetos del derecho a la consulta previa. En el oficio se indica que la entidad “es respetuosa de las decisiones que tomen las diferentes organizaciones de la sociedad civil, así como de su derecho a participar en los asuntos públicos que les atañe, sin embargo, se debe dejar en claro que el derecho a la consulta previa es un derecho fundamental, colectivo e integral,

del cual únicamente son titulares los grupos étnicos asentados en el territorio nacional y reconocido como tales ante el Ministerio del Interior y Justicia, de acuerdo con lo establecido por la normatividad”.[9]

-El 10 de febrero de 2011, la Delegada recibió de la Oficina de Coordinación de Desplazamiento Forzado copia de la comunicación enviada por el Comité Organizacional de la Isla Cascajal de Buenaventura, en el que les solicitaba a los agentes del Ministerio Público de esa ciudad acompañar el proceso de consulta previa.

-El 22 de febrero de 2011, la Delegada atendió a la personería Distrital de Buenaventura y a un funcionario de la Procuraduría Provincial de esa ciudad, quienes expusieron el caso de la población asentada en el sur de Cascajal y solicitaron que, dada su complejidad, contara con el acompañamiento del nivel nacional. Los funcionarios indicaron que la población asentada en la zona está integrada por personas desplazadas como consecuencia del conflicto armado interno y de las fumigaciones, de reinsertados y desmovilizados de diferentes grupos armados ilegales, y que tal población está dispersa en los 165 barrios que conforman la isla de Cascajal, de los cuales se planea reubicar 47.

-Ante tal situación, la delegada propuso solicitar diagnósticos socioeconómicos de la zona a los ministerios del Interior y de Justicia, de Ambiente y a la Comisión Nacional de Reparación y adelantar un proceso de sensibilización en dos ejes: derecho a la participación y derechos de los grupos étnicos.

Intervención de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior

7.5. La Dirección de Consulta Previa respondió a lo solicitado a través de su Coordinador Legal, Jhon Jairo Morales, quien precisó:

7.5.1. Sobre los grupos étnicos asentados en el área de influencia del MVISSA, cuáles de ellos estarían en riesgo de ser afectados como consecuencia del mismo, los criterios que tuvo en cuenta para identificar a esas comunidades y las zonas geográficas en que se encuentran ubicadas:

-Los grupos étnicos asentados en el área de influencia del MVISSA son i) el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Guadalito; ii) el Consejo Comunitario de la

Comunidad Negra de Campohermoso; iii) el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Zacarías; iv) el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Los Lagos y v) el Resguardo Indígena La Meseta.

-Para identificar a estas comunidades, el Ministerio realizó visitas de verificación de presencia de comunidades étnicas en el área de influencia en septiembre de 2009 y octubre de 2010. Se realizaron entrevistas con funcionarios del Ministerio de Ambiente, de la Universidad del Pacífico y con los líderes y pobladores de las comunidades presentes en el área de influencia. También se realizó inspección ocular en el área de influencia del proyecto.

-Adicionalmente, el interviniente formuló algunas precisiones sobre los elementos que, en su concepto, permiten caracterizar a las comunidades étnicas como sujetos colectivos destinatarios de la garantía de consulta previa consagrada en el Convenio 169 de la OIT. Al respecto, indicó que “en la época en que se efectuó la certificación y verificación de estas comunidades no había sido proferida la sentencia del 5 de agosto del 2010 Rad. 2007-00039-00 del H. Consejo de Estado que establece que para efectos de los Consejos Comunitarios se requiere de un título colectivo de tierras, en la medida en que se busca que el derecho fundamental sea efectivamente usado por quienes tienen la calidad de sujeto colectivo en contraste con un grupo social con propiedades individuales y sin usos y costumbres diferenciadas que los hacen categorizar como una tribu en desarrollo del Convenio 169 de la OIT”. En su criterio, “lo que hace diferenciar un sujeto colectivo con la garantía de la Consulta Previa de un grupo de personas con algún distingo racial es la entidad antropológica-territorial rural, en la medida en que está dada por un grupo humano delimitado por factores comunes socio-culturales, históricos, genealógicos y geográficos, bajo unas características sustanciales tales como: i) Conjunto de familias; ii) ascendencia afrocolombiana; iii) poseer una cultura propia; iv) una historia común o compartida; v) tradiciones y costumbres propias; vi) un espacio físico en el campo, esto es, rural, y vii) asentamiento humano en dicho espacio”. [10]

7.5.2. Sobre las comunidades, personas y organizaciones que fueron convocadas a participar en la preconsulta del MVISSA y los medios a través de los cuales se hizo la respectiva convocatoria.

-El Resguardo Indígena Wounnan de La Meseta fue convocado a reunión de Preconsulta desde el 15 de Marzo de 2010 pero se logró realizar la reunión de Preconsulta el día 12 de noviembre de 2011. El Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Los Lagos fue convocado a reunión de Preconsulta el día 27 de agosto de 2011. En ambas reuniones se convocó a las autoridades y miembros de la comunidad, entregando la convocatoria personalmente o a través de correo electrónico y confirmación telefónica.

7.5.3. Sobre la participación en el proceso de consulta previa de las comunidades afrocolombianas de la Isla Cascajal que, según la Resolución No. 207 del 9 de febrero de 2009, serían reubicadas en las viviendas de interés prioritario del MVISSA.

-Las comunidades afrocolombianas no han participado en un proceso de consulta previa debido a que desean participar en un proceso de diálogo y concertación coordinado por la Dirección de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, como consta en unas ayudas de memoria del 19 de mayo de 2011. Además, el Ministerio señaló que “para el caso en concreto estamos hablando de la población urbana del municipio de Buenaventura, siendo las mismas las beneficiadas del proyecto toda vez que se les debe preservar el derecho a la vida como bien jurídico superior”.

7.5.4 Sobre el trámite de algún proceso de consulta relacionado con la implementación del proyecto de espacio público Malecón Perimetral del Mar, previsto en el Plan de Ordenamiento Territorial de Buenaventura e incluido como programa estratégico de desarrollo urbano en el Conpes 3410 de 2006.

-Actualmente no se adelanta ningún proceso de consulta previa en relación con la implementación del proyecto de espacio público Malecón Perimetral del Mar, debido a que no ha llegado hasta el momento ninguna solicitud de certificación de presencia de comunidades étnicas para dicho proyecto.

7.5.5 Absuelto en esos términos lo indagado por el magistrado sustanciador, el interviniente hizo algunas precisiones sobre el MVISSA, con el fin de “saber cuál es la línea a seguir en este tipo de casos”. Al respecto, señaló:

-La situación especial que presentan las comunidades de la isla Cascajal de Buenaventura obedece a una situación que pone en riesgo sus vidas, al igual que otros derechos

fundamentales, como el de la salud, vivienda digna y trato de igualdad por parte del Estado. Esto, en términos de política pública, implica que el Estado debe ofrecer acciones contundentes, directas y urgentes destinadas a evitar un desastre y una calamidad pública en el sector, siguiendo los conceptos señalados sobre el particular en la Ley de Gestión del Riesgo de Desastres (L. 1523/12).

-Estas son las razones que motivan a la administración a reubicar a los habitantes de la Isla de Cascajal. Dado que su situación es de indefensión, se hace necesario tomar medidas urgentes para evitar la pérdida de vidas humanas.

-De acuerdo con lo previsto en el CONPES 3410 de 2006, el MVISSA pretende reubicar 3.400 hogares localizados en zonas de alto riesgo en el sector sur de la Isla Cascajal del municipio de Buenaventura y promover el desarrollo urbano planificado, teniendo en cuenta la crisis social, económica e institucional que enfrenta Buenaventura y que se refleja, entre otros, en los altos índices de pobreza en que se encuentra su población, el debilitamiento y deslegitimación de sus instituciones y el bajo nivel de desarrollo económico y de competitividad territorial de la ciudad.

-El macroproyecto, anunciado a través de la Resolución No. 0684 de 2008 y adoptado como macroproyecto de interés social nacional "Ciudadela San Antonio" mediante resolución No. 207 de 2009, busca proteger los derechos a la vida y a la vivienda digna de familias integradas por sujetos de especial protección constitucional, como menores de edad y adultos mayores, que se encuentran en situación de alto riesgo por tsunamis, sismos, viviendas palafíticas, sin ningún tipo de estructura sismo-resistente y con hacinamiento crítico.

-El proyecto está paralizado por las acometidas de acueducto y saneamiento básico. El Estado ha invertido recursos públicos para impulsar la ejecución del mismo y atender a la población más pobre de esa zona del país, de acuerdo con los indicadores de necesidades básicas insatisfechas.

-En atención a lo expuesto, el interviniente solicitó indicar "la línea a seguir en este tipo de casos, toda vez que las personas que se encuentran asentadas en la isla de Cascajal están ubicadas en zonas de alto riesgo según la resolución No. 0684 del 28 de abril de 2008 y la resolución 0207 del febrero 9 de 2009", y advirtió que, en este caso, debe prevalecer el

derecho a la vida, como lo establecen la Constitución y los Tratados Internacionales, frente a cualquier otro derecho, dado que las comunidades que habitan el sector sur de la isla de Cascajal están asentadas en una zona de alto riesgo y se requieren actuaciones urgentes e inminentes –como la reubicación– para evitar consecuencias irremediables.

Intervención de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras

7.6. Boris Felipe Zapata, Director de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior contestó a lo indagado por el magistrado sustanciador de la siguiente manera:

7.6.1. Sobre las comunidades afrocolombianas que habitan los territorios de la zona de bajamar de la isla de Cascajal, en el Distrito de Buenaventura, su localización y sus características culturales, sociales y económicas:

-La dirección no tiene información exacta sobre las comunidades asentadas en la zona de bajamar de la isla de Cascajal, pues esta se encuentra dentro del Distrito de Buenaventura, no en un corregimiento diferente.

-Para aportar la información relativa a las características culturales, sociales y económicas de los habitantes de la isla de Cascajal, la Dirección debe llevar a cabo un proceso de caracterización que implica disponibilidad presupuestal para implementar una ruta metodológica que contenga censo poblacional, autoreconocimiento, evaluación de las condiciones de vida, entre otros aspectos relevantes. La Dirección no ha llevado a cabo dicha tarea porque actualmente está adelantando los procesos de caracterización de los consejos comunitarios asentados “en los territorios ordenados por la Corte Constitucional considerados como prioritarios o casos emblemáticos”.[11]

7.6.2. Sobre las organizaciones y consejos comunitarios de Buenaventura que están inscritos en el Registro Único de Organizaciones y Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior.

-El interviniente remitió el registro de las organizaciones de base y los consejos comunitarios de comunidades negras ubicados en Buenaventura que cumplen los requisitos

del Decreto 3770 de 2008. También, el listado de títulos colectivos que el Incoder ha adjudicado en el Distrito. De acuerdo con la información remitida, existen 25 consejos comunitarios y 70 organizaciones de base de Buenaventura inscritos en el Registro Único de Organizaciones y Consejos Comunitarios de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior. Entre 1996 y 2008, el Incoder adjudicó 34 títulos colectivos a consejos comunitarios de esa ciudad.

-La Dirección indicó que no sabe cuáles de esas organizaciones y consejos comunitarios representan intereses de las comunidades afrocolombianas que habitan los territorios de Bajamar de la isla de Cascajal, ya que “en el Registro Único de Organizaciones de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior no se encuentran especificados los intereses que representan [las organizaciones y consejos comunitarios] debido a que se reconocen como comunidad afrocolombiana y no delimitan la zona exacta en la que se encuentran asentados, solo delimitan el municipio y la información expuesta en el aparte anterior”. [12]

-La Dirección realizó un acompañamiento a través de funcionarios que acudieron a las reuniones preliminares con la comunidad para ser garantes y veedores del proceso de socialización, formulación e implementación del macroproyecto. No obstante, no ha participado en el proceso de consulta, ya que según lo previsto en el Decreto 2893 de 2011 y en la Resolución 2434 de 2011, tal labor le compete a la Dirección de Consulta Previa.

7.6.4. Sobre si ha realizado alguna diligencia relacionada con la implementación del proyecto de espacio público Malecón Perimetral del Mar previsto en el Plan de Ordenamiento Territorial de Buenaventura e incluido como programa estratégico de desarrollo urbano en el Conpes 3410 de 2006.

-La Dirección no ha realizado ninguna diligencia en ese sentido, pues no se ha recibido solicitud de acompañamiento y participación. La invitación es el mecanismo idóneo para que la dirección ejerza sus competencias.

Respuesta de la Alcaldía de Buenaventura

7.7. El dieciséis (16) de julio de dos mil doce (2012), el alcalde Distrital de Buenaventura, Bartolo Valencia Ramos, remitió a esta corporación los documentos solicitados por el

magistrado sustanciador. No se refirió, sin embargo, a las pretensiones del peticionario.[13]

Respuesta del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio:

7.8. El Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio respondió el requerimiento del magistrado sustanciador a través de oficio del veinticinco (25) de julio de dos mil doce (2012). El escrito, suscrito por el entonces Viceministro de Vivienda, Luis Felipe Henao Cardona, indicó las normas en las que se sustentó el MVISSA; describió su propósito, ubicación y linderos; refirió qué comunidades étnicas certificadas por el Ministerio del Interior están asentadas en su área de influencia y precisó el estado actual de los procesos de consulta previa que se están llevando a cabo con dichas comunidades. El escrito, sin embargo, no absolvió los interrogantes que formuló el magistrado sustanciador en relación con el estado actual del macroproyecto y los planes de reubicación de las 3400 familias asentadas en Cascajal. Requerido para que diera estricto cumplimiento a lo solicitado en ese sentido, el ministerio refirió lo siguiente:

7.8.1. Sobre la ejecución del Macroproyecto.

-El MVISSA fue el resultado del compromiso adquirido por el Gobierno Nacional para materializar la inversión de los dineros provenientes de las caletas del narcotráfico. Así lo refleja la Resolución No. 207 de Febrero 9 de 2.009, mediante la cual se adopta el Macroproyecto de Interés Social Nacional San Antonio en Buenaventura.

Los macroproyectos de interés social nacional fueron promovidos por el Gobierno Nacional para aumentar la oferta de suelo urbanizado para el desarrollo de programas de vivienda de interés social VIS y prioritaria VIP en los municipios y distritos del país que concentran déficit habitacional y promover la ejecución de operaciones urbanas integrales en concordancia con las metas y objetivos del documento Visión Colombia II Centenario, que define propósitos a largo plazo hasta el año 2019, facilitando el acceso al mercado formal del suelo y vivienda a la población de menores ingresos, impulsar la promoción de vivienda VIS y VIP a gran escala en ciudades y regiones donde se concentra el déficit habitacional, incentivar el crecimiento del PIB de edificaciones y de la construcción, contribuir en la estrategia de superación de la pobreza y empleo, con el aumento del número de ocupados del sector de la construcción, entre otras.

El Gobierno destinó 70.932 millones de pesos para desarrollar el MVISSA, recursos de las vigencias 2008, 2009 y 2010. A la fecha se encuentran construidas 568 viviendas, que están en proceso de entrega. La fase II del macroproyecto se encuentra en estructuración.

7.8.2. Sobre la necesidad de reubicar a las minorías étnicas asentadas en los terrenos donde se está ejecutando el macroproyecto y la existencia de planes sobre el particular.

-El ministerio indicó que el proceso de consulta previa que se adelanta con las comunidades étnicas localizadas en el área de influencia del Macroproyecto ha impedido la entrega de las 568 viviendas construidas en la unidad de ejecución

2. Respecto de la procedencia de la consulta, expuso que el Ministerio del Interior y de Justicia informó que la misma debía adelantarse con los consejos comunitarios de comunidades negras de Guadualito Río Dagua, Campo Hermoso Río Dagua, Zacarías Río Dagua y con el Resguardo Indígena Waunana La Meseta Río Dagua. Después, las comunidades de Los Lagos y Apajaci formularon una solicitud para que el proceso de consulta previa se realizara también con ellos. Por último, el ministerio relató el estado del proceso de consulta adelantado con cada una de las comunidades asentadas en el área de influencia del macroproyecto.[14]

7.8.3 Sobre el cronograma previsto para la entrega de las viviendas de interés social y de interés social prioritario que se están construyendo en San Antonio y la forma en que fueron o serán seleccionadas las familias que ocuparán estas viviendas.

-Precisó el ministerio que, posiblemente, las viviendas empezarían a entregarse en septiembre de 2012. La Universidad del Pacífico, como Gerente Social del macroproyecto, estaba llevando a cabo las actividades tendientes a socializarlo en la zona de Bajamar en Buenaventura.[15]

7.8.4. Sobre los planes que tiene el Ministerio en relación con la reubicación de las familias que habitan los terrenos de Bajamar del sector sur de la Isla de Cascajal en las viviendas de interés prioritario que hacen parte del macroproyecto.

-Dijo el ministerio que la alcaldía distrital se ha enfocado en la recuperación total de la zona

de Bajamar mediante la ampliación del malecón perimetral y el traslado de la población a las viviendas de Buenaventura y que uno de los ejes estructurales del proyecto es el Sistema de Espacio Público para el disfrute y promoción de la vocación marina de la ciudad. La idea, en efecto, es abrir la ciudad al mar y sus esteros mediante corredores paisajísticos, ecológicos, de recreación, de deportes, miradores y malecón.

7.8.5. Mediante comunicación del trece (13) de septiembre de dos mil doce (2012), el viceministro de vivienda, Luis Felipe Henao Cardona, remitió a esta corporación los siguientes informes: i) “Macroproyectos de Interés Social Nacional-Ciudadela de San Antonio”, del 10 de septiembre de 2012; ii) “Gerencia de Acompañamiento”, de la Universidad del Pacífico y iii) “Articulación Social, Macroproyectos de Vivienda de Interés Social Nacional para la Reubicación de las Familias que habitan la zona de Bajamar de Buenaventura- Cofandi 2008-2011”.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

9. La Sala Novena es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de acuerdo con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento del auto del veintinueve (29) de marzo de dos mil doce (2012), expedido por la Sala de Selección Número Tres (3) de esta Corporación.

Presentación del caso, formulación de los problemas jurídicos y metodología de la decisión que adoptará la Sala de Revisión:

Así mismo, pidió proteger los derechos fundamentales que las mismas entidades les vulneraron a las minorías étnicas asentadas en el área de influencia del macroproyecto de vivienda, teniendo en cuenta que estas solo fueron consultadas sobre su ejecución después de que se inició la construcción de las viviendas de interés social.

11. Frente a lo pretendido, los accionados refirieron:

-La Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, que ha actuado en el marco de sus competencias, sin incurrir en conductas que puedan considerarse violatorias de los

derechos fundamentales del accionante.

-El Ministerio del Interior, que el peticionario no está legitimado como representante o miembro de ninguna comunidad objeto de consulta previa y que, de todas maneras tal derecho se ha garantizado, pues desde 2011 se han adelantado los procesos consultivos del caso con las comunidades asentadas en el área de influencia del macroproyecto.

Más tarde, en el trámite de revisión, la Dirección de Consulta Previa aseguró que la reubicación de los 3.400 hogares localizados en zonas de alto riesgo de la Isla Cascajal busca proteger el derecho a la vida de estas familias, ya que sus viviendas palafíticas pueden ser afectadas por tsunamis o sismos y garantizar sus derecho a la vivienda digna, promoviendo el desarrollo urbano planificado, dada la grave crisis social, económica e institucional que enfrenta Buenaventura.

-La Universidad del Pacífico señaló que es totalmente ajena al debate sobre la licencia ambiental y la consulta previa del MIVISN Ciudadela de San Antonio y que su intervención se ha limitado a realizar el acompañamiento social de las familias beneficiarias del macroproyecto -las que habitan el sector sur de la isla Cascajal- en ejecución de un contrato de consultoría que suscribió en 2008.

-El Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible sostuvo que no es esa entidad, sino el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, el encargado de expedir los actos administrativos relacionados con los macroproyectos.

-La Alcaldía de Buenaventura no se pronunció expresamente sobre los hechos ni sobre las pretensiones de la tutela. No obstante, remitió los documentos e informes relacionados con el asunto objeto de debate constitucional que fueron solicitados en sede de revisión por el magistrado sustanciador.

-Por último, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio expuso que los planes de reubicar a las familias de la isla de Cascajal apuntan a recuperar la zona de Bajamar mediante la ampliación del malecón perimetral y a hacer realidad el modelo territorial propuesto en el POT de Buenaventura. Con respecto al proceso de consulta previa, precisó que el mismo se adelanta con las comunidades étnicas localizadas en el área de influencia del macroproyecto, de acuerdo con lo certificado por el Ministerio del Interior.

12. Los jueces de instancia negaron el amparo reclamado por el accionante. La Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, porque la protección del derecho a la participación solo puede concederse colectivamente y porque, en su criterio, el retraso en el trámite de la consulta obedeció a que las comunidades afectadas no se pusieron de acuerdo sobre su representatividad. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, por su parte, adujo que el señor Mestizo Ruiz no acreditó la calidad de representante de su comunidad ni demostró, tampoco, la existencia de un perjuicio irremediable que ameritara resolver sus pretensiones por esta vía. En todo caso, dijo la Sala, el proceso de consulta previa que solicitó estaba en curso.

13. Lo expuesto hasta acá da cuenta de que el debate propuesto por el peticionario tiene que ver, en esencia, con el hecho de que no se haya consultado a las comunidades asentadas en los terrenos de bajamar de la isla de Cascajal de Buenaventura sobre el proyecto de espacio público Malecón Perimetral del Mar, pese a que su ejecución conlleva la reubicación de 3400 familias que serán trasladadas a las viviendas construidas en el Macroproyecto de Vivienda de Interés Social Ciudadela de San Antonio. La Sala deberá establecer, entonces, si las entidades accionadas vulneraron el derecho a la consulta previa de las referidas comunidades al no consultarlas al respecto.

14. Con el fin de resolver esos problemas jurídicos, la Sala reiterará la jurisprudencia constitucional relativa a la titularidad, contenido y ámbito de aplicación del derecho fundamental a la consulta previa y estudiará el marco normativo y jurisprudencial que determina las obligaciones del Estado de cara a los procesos de reubicación asociados a la ejecución de proyectos de desarrollo, sobre todo, cuando el traslado impacta sobre comunidades que reivindican su condición de minoría étnica. Revisados esos aspectos, resolverá los problemas jurídicos formulados previamente.

Ámbito de aplicación, titularidad y contenido del derecho fundamental a la consulta previa.
Reiteración de jurisprudencia.[16]

15. El estatus de derecho fundamental que los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, la Constitución y la jurisprudencia de esta corporación le han atribuido a la consulta previa tiene como punto de partida el reconocimiento del valor que, en sí mismas, tienen las minorías étnicas como portadoras de unas formas de vida y de

unos saberes diversos que merecen ser protegidos y conservados. Tal fue la idea que inspiró la aprobación del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1989[17], y la que, después, motivó a los constituyentes de 1991 a hacer explícito el compromiso del Estado colombiano con la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación.

Tanto el Convenio como la Constitución inauguraron un modelo de relación con las comunidades étnicamente diferenciadas que buscó responder a sus aspiraciones de decidir autónomamente sobre sus propios asuntos e intereses. El consenso que existía para finales de los años ochenta acerca la manera en que los pueblos indígenas y tribales habían contribuido a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales impulsó la adopción de nuevos marcos jurídicos de protección que, con el propósito de salvaguardar la condiciones de existencia de los pueblos culturalmente diversos y de corregir y compensar los patrones de discriminación a los que se vieron sometidos históricamente, explica la introducción, en esos cuerpos normativos, de disposiciones orientadas a brindarles a estas comunidades las herramientas que necesitaban para asumir el control de sus instituciones y de sus formas de vida.

16. El Convenio 169, en efecto, es especialmente enfático acerca del compromiso que tienen sus Estados signatarios de cara a la garantía efectiva del derecho a la participación de los pueblos indígenas y tribales. Tal compromiso implica que los gobiernos deban desarrollar, “con la participación de los pueblos interesados”, una acción coordinada y sistemática orientada a proteger sus derechos y a garantizar el respeto de su integridad[18] y que deban adoptar “las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”, las cuales, de todas maneras, no pueden ser contrarias a los deseos expresados libremente por estos pueblos[19].

Tales mandatos se concretan por vía de la garantía del derecho a la consulta previa, contemplado en el artículo 6º del instrumento internacional. La norma conmina a los gobiernos a consultar a los pueblos interesados, “mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” y a establecer los medios para que aseguren que participen en la adopción de decisiones, instituciones

electivas y organismos responsables de políticas y programas que les conciernan, por lo menos, en la misma medida que otros sectores de la población y a todos los niveles. También los compromete a asegurar el pleno desarrollo de sus iniciativas e instituciones, proporcionando los recursos necesarios para ese fin, cuando corresponda.[20]

17. El interés de los constituyentes en la preservación de las comunidades diferenciadas se vio reflejado, a su turno, en las disposiciones que definieron a Colombia como un Estado étnica y culturalmente diverso, participativo y pluralista, en las que reconocieron la autonomía territorial y jurisdiccional de los pueblos indígenas y en las que consagraron la circunscripción electoral especial para los grupos étnicos[21].

Para los efectos de lo que ahora se discute, es importante resaltar, especialmente, el artículo 330, que advirtió sobre la necesidad de propiciar la participación de los representantes de las comunidades indígenas en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios. La Ley 99 de 1993 concretó tal mandato más tarde, al advertir que tales decisiones se tomarían “previa consulta” a los representantes de las comunidades negras e indígenas.[22]

De todas maneras, ha sido esta corporación la que ha precisado los alcances, el contenido, los titulares y el ámbito de aplicación de la consulta previa. A continuación, la Sala sintetizará los elementos que determinan el ejercicio de este derecho fundamental y las obligaciones correlativas que surgen para los gobiernos frente a su garantía, en el marco de lo previsto sobre el particular en el Convenio 169 de la OIT, en el ordenamiento interno, en la jurisprudencia constitucional y en las pautas de interpretación fijadas por la doctrina autorizada sobre la materia.

El ámbito de aplicación de la consulta previa.

18. Aunque el artículo 6º del Convenio 169 indica que los pueblos indígenas y tribales deben ser consultados “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”, las primeras decisiones que adoptó la Corte sobre la materia valoraron la exigibilidad de la consulta, solamente, frente a medidas que implicaban una afectación de los territorios ancestrales de las comunidades indígenas. Tal fue el enfoque de las sentencias T-380 de 1993[23], T-405 de 1993[24] y SU-039 de 1997[25], primeras que caracterizaron a las comunidades indígenas como sujetos

colectivos de derechos fundamentales y a la consulta previa como un derecho fundamental autónomo, destinado a preservar la integridad de esos pueblos y la diversidad étnica y cultural de la Nación.[26]

19. Una nueva etapa de la jurisprudencia constitucional sobre consulta previa se abrió paso tras la Sentencia T-652 de 1998[27], que estudió la eventual infracción del derecho a la consulta previa de los Embera Katío del alto Sinú por cuenta de la construcción del proyecto hidroeléctrico Urrá I en una zona cercana a sus territorios tradicionales. El fallo determinó que el hecho de no haber sometido a consulta el otorgamiento de la licencia ambiental para la construcción de la represa había generado daños irreversibles a la comunidad indígena accionante, representados en los cambios culturales, sociales y económicos a los que se verían expuestos por cuenta de la imposibilidad de examinar y pronunciarse oportunamente sobre los impactos del proyecto.

Tales reflexiones signaron las discusiones que, posteriormente, se generaron en torno a la viabilidad de que proyectos de desarrollo, como los relacionados con obras de infraestructura, la entrega de concesiones de explotación minera y la construcción de puertos, debieran consultarse con las comunidades étnicas asentadas en su área de influencia, pese a que la Constitución no mencionaba nada al respecto.

Las dudas que existían sobre el particular fueron aclaradas, finalmente, a través de un fallo de unificación. La Sentencia SU-383 de 2003[28] explicó que la referencia explícita que hace el artículo 330 de la Constitución respecto de la obligatoriedad de la consulta frente a la explotación de recursos naturales no descarta “el derecho de estos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles”[29]. El derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados sobre las decisiones legislativas y administrativas que tengan el potencial de afectarlos, advirtió, es una modalidad de participación de amplio espectro, que además es la “la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas”. Las reglas jurisprudenciales que hoy en día aplica esta corporación al examinar la exigibilidad de la consulta se apoyan, en efecto, en los parámetros que sobre el particular fija el Convenio 169.

20. Como se expuso antes, el Convenio contiene una regla general que consagra la obligatoriedad de la consulta frente a cualquier hipótesis que pueda afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales. En todo caso, identifica, también, una serie de medidas concretas respecto de las cuales la consulta es imperativa. El instrumento internacional les impone a sus signatarios el deber de consultar las medidas i) que involucren la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales[30]; ii) que impliquen trasladar o reubicar a esas colectividades de las tierras que ocupan[31]; iii) las relativas a su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir sus derechos sobre estas fuera de su comunidad[32]; iv) las relacionadas con la organización y el funcionamiento de programas especiales de formación profesional[33]; v) la determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno[34] y vi) las medidas relacionadas con la enseñanza y la conservación de su lengua.[35]

Haría falta definir, entonces, qué ocurre cuando la medida cuya consulta se solicita no encuadra en alguna de las hipótesis contempladas taxativamente por el Convenio. La Corte ha establecido que esos eventos deben examinarse considerando las especificidades de cada caso, pues es posible que el impacto que determinada medida cause para cierta comunidad no tenga los mismos efectos frente a otra que se encuentre en circunstancias distintas. Así las cosas, es preciso valorar de qué manera la medida objeto de análisis puede afectar los intereses de la comunidad a la que se dirija. Tal ejercicio debe efectuarse considerando las pautas que sobre el particular prevé el Convenio 189 y los criterios de decisión fijados por esta corporación al abordar ese tipo de controversias.

Los titulares de la consulta previa

21. Los dilemas asociados al dinamismo propio de los procesos de construcción identitaria y a la manera en que distintos fenómenos institucionales, sociales, políticos y culturales pueden incidir en la percepción que las comunidades tengan sobre su propia identidad y en el uso estratégico que hagan de ella han hecho de la definición de los titulares de la consulta previa una de las tareas más complejas a la hora de abordar controversias relativas a la protección de ese derecho fundamental.

Así lo reconoció recientemente la Sentencia T-294 de 2014[36], al examinar la eventual

infracción del derecho a la consulta previa y a la participación de las comunidades asentadas en áreas colindantes a la construcción de un relleno sanitario en Cantagallo, Córdoba, en un contexto de reemergencia étnica enmarcado por las disputas territoriales que se han presentado históricamente en esa zona. El fallo, que advierte sobre las tensiones que entraña el reconocimiento de las identidades étnicamente diversas en el ámbito del constitucionalismo multicultural, se refirió al rol que debe cumplir el juez constitucional en ese escenario.

La providencia explicó que, frente a controversias de esa naturaleza, el operador judicial debe tener presente que tiene una competencia legítima para dirimir con autoridad la disputa en torno a los derechos que están en juego, pero no para definir la controversia en torno a la identidad de quienes reclaman su protección. No obstante, como su decisión sobre lo primero se proyecta e influye inevitablemente sobre lo segundo, su tarea exige considerar los criterios contemplados sobre el particular en el Convenio 169 de la OIT y las pautas fijadas por esta corporación sobre la materia.

Como ejemplos de los criterios orientadores que ha aplicado la Corte al examinar casos que involucran la atribución de titularidad étnica, la providencia mencionó aquel que reconoce el derecho de los grupos étnicos a auto identificarse y a ser reconocidos como portadores de una identidad étnicamente diversa. La negación de ese reconocimiento, en tanto implica una restricción de su autonomía, involucra una exigente carga de justificación. También se refirió a aquel que consagra la primacía de la realidad sobre las formas. Los registros censales y las certificaciones sobre la existencia o presencia de minorías étnicas en una zona determinada no tienen, por eso, valor constitutivo respecto de la existencia de una comunidad como culturalmente diversa.

22. La Sentencia T-576 de 2014 llevó a cabo un ejercicio similar al estudiar un caso relativo a la necesidad de consultar a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras del país sobre la conformación de la instancia de consulta de las medidas de amplio alcance, legislativas y administrativas, que pudieran afectarlas directamente. Como el Ministerio del Interior dispuso que solo podrían participar en ese escenario las comunidades negras organizadas en consejos comunitarios que, además, contaran con un territorio titulado, la Corte sintetizó los criterios que determinan que cierta comunidad pueda ser considerada como pueblo indígena o tribal a la luz de lo previsto sobre el

particular en el Convenio 169, en la doctrina autorizada sobre la materia y en la jurisprudencia interamericana. Después, sintetizó los precedentes jurisprudenciales que le han atribuido la titularidad de derechos étnicos a comunidades afrocolombianas.

23. El fallo explicó, para comenzar, que la comunidad internacional no vinculó la condición de pueblo indígena o tribal a una definición concreta. En lugar de ello, la asoció al hecho de que el respectivo grupo reuniera ciertas características particulares que lo distinguieran del resto de la sociedad (elemento objetivo) y a que reivindicara tal diferencia, en ejercicio de su derecho a determinar su propia identidad o pertenencia, de conformidad con sus propias costumbres y tradiciones (elemento subjetivo o autoidentificación).

El Convenio contempla como elementos objetivos asociados a la condición de indígena la continuidad histórica, la conexión territorial y el hecho de que conserven sus instituciones sociales, culturales, económicas y políticas o una parte de ellas. En el caso de los pueblos tribales, es relevante que reúnan ciertas condiciones culturales, sociales y económicas que les distingan de otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres, tradiciones o por una legislación especial. Tales elementos, sin embargo, no integran un catálogo exhaustivo al cual deba supeditarse el examen de la identidad tribal o indígena. Es la conciencia de la identidad colectiva la que se considera fundamental para identificar a los destinatarios de las disposiciones del Convenio.

24. Con ese marco de referencia, y en línea con lo dispuesto por la Sentencia T-294 de 2014 sobre el papel de la Corte en la definición de unas pautas que orienten las decisiones relativas a la atribución de la titularidad del derecho a la consulta previa, el fallo identificó los criterios que deben considerar los jueces constitucionales al examinar controversias de esa índole. De lo expuesto por el fallo pueden extraerse las siguientes reglas:

- Los derechos étnicos, como la consulta previa, no se predicán de individuos, sino de comunidades, las cuales, en tanto grupos humanos diversos, son titulares de derechos distintos de aquellos que se predicán de sus integrantes individualmente considerados.
- La presencia de factores raciales, espaciales o formales es relevante, pero no esencial para la atribución de derechos étnicos. Ni la raza, ni el hecho de que el grupo habite determinado territorio ni su reconocimiento formal por parte del Estado son criterios

determinantes o excluyentes de la identidad étnica.

- Las controversias sobre el carácter étnico de las comunidades que solicitan la protección de sus derechos colectivos deben resolverse considerando que no existe una definición estricta acerca de lo que puede entenderse por pueblo tribal o indígena, sino unos criterios descriptivos de los sujetos a los que el marco internacional de protección pretende proteger.
- El criterio más relevante para determinar si un pueblo o individuo puede ser considerado indígena o tribal es el de autoidentificación.
- Como colectividades humanas, los pueblos indígenas y tribales tienen una trayectoria social propia que se adapta a los cambios históricos y se reconfigura continuamente y que los derechos concedidos a las colectividades étnicamente diferenciadas no se pierden por el hecho de que algunos de sus integrantes vivan con menos apego que otros a sus tradiciones culturales.

25. El artículo 6° del Convenio 169 estipula que las consultas deben llevarse a cabo mediante procedimientos apropiados, a través de las instituciones representativas de las comunidades, de buena fe, de una manera apropiada a las circunstancias y con la finalidad de llegar a un acuerdo o de lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Tales son, entonces, las condiciones que deben constatar los jueces constitucionales al determinar si el derecho de las comunidades étnicas a ser consultadas sobre las medidas que sean susceptibles de afectarlas directamente fue salvaguardado en un caso concreto.

La primera de esas exigencias, concerniente a que la consulta se realice a través de procedimientos apropiados, implica que el proceso consultivo les brinde a las comunidades un escenario efectivo de participación y que se oriente a obtener su consentimiento o, en todo caso, a llegar a un acuerdo sobre las medidas consultadas. En palabras de la Corte, la consulta debe ser activa y efectiva. “Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas”, indicó, sobre ese punto, la Sentencia T-376 de 2012[37].

26. Otro de los presupuestos para el pleno ejercicio de la consulta es el que tiene que ver con que se lleve a cabo a través de las instituciones representativas de las comunidades concernidas. Tal es la vía para garantizar que las decisiones que resulten del proceso consultivo puedan ser consideradas legítimas y vinculantes. Con esa convicción, el Convenio 169 comprometió a los gobiernos de los Estados signatarios a identificar cuáles son las instituciones o autoridades que ostentan tal representatividad, según lo que las propias comunidades hayan definido. El Estado debe apoyar la formación de estas instituciones y proveer recursos para el efecto, cuando resulte necesario.[38]

Los órganos de control y vigilancia de la OIT han precisado, a su vez, que el Convenio 169 no impone un modelo específico de instituciones representativas, pero exige que estas sean el fruto de un proceso propio de los pueblos indígenas o tribales, según corresponda. La decisión acerca de cuáles son las instituciones que representan a determinada comunidad para efectos del agotamiento de cierto proceso consultivo no pueden ser impuestas, en ningún caso, por las autoridades estatales. La tarea del Estado en esta materia consiste en facilitar los procesos de decisión que permitan que sean las propias comunidades las que definan, en ejercicio de su autonomía, cuáles son las instituciones que las representan[39].

27. Los dos últimos criterios de aplicación de las consultas exigen que estas se realicen de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias y con la finalidad de llegar a un acuerdo o de lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Lo primero implica que se desarrollen en un clima de confianza mutua y que respeten las tradiciones culturales y sociales de los pueblos interesados. Como la consulta conlleva el establecimiento de un diálogo intercultural, los gobiernos deben reconocer a las autoridades representativas que definen las comunidades y brindarles toda la información pertinente sobre la medida o el proyecto objeto de consulta. También deben evitar los retrasos injustificados, propiciar negociaciones genuinas y constructivas y cumplir con los acuerdos pactados.

El requisito alusivo a que las consultas generen las condiciones propicias para llegar a un acuerdo o para lograr que las comunidades den su consentimiento a las medidas propuestas pretende, a su turno, asegurar que la salvaguarda de este derecho fundamental

se traduzca en una oportunidad real para que las comunidades indígenas y tribales participen en la adopción de las decisiones que pueden incidir sobre su desarrollo económico, social y cultural.

La Corte, sin embargo, ha reconocido que existen ciertas circunstancias frente a las cuales la sola ejecución de un proceso consultivo orientado a alcanzar un acuerdo no garantiza que tal propósito se alcance. Esto es lo que ocurre, puntualmente, cuando la medida susceptible de consulta conlleva una afectación intensa de los derechos fundamentales de las comunidades. Frente a este tipo de casos, no basta con que se intente llegar a un acuerdo en las comunidades. Es necesario que tal acuerdo se alcance, esto es, que la comunidad brinde su consentimiento sobre la medida correspondiente.[40]

28. La jurisprudencia constitucional, en efecto, ha considerado que las medidas que puedan generar un especial impacto sobre las comunidades indígenas o tribales requieren su consentimiento al respecto. La Sentencia T-769 de 2009[41], por ejemplo, indicó que frente a planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tengan un fuerte impacto sobre los territorios de minorías étnicas no basta con agotar el proceso de consulta, sino que debe obtenerse su consentimiento previo, libre e informado, según sus costumbres y tradiciones.[42]

Pronunciamientos en ese sentido pueden encontrarse, entre otras, en las sentencias T-1045 de 2010[43], T-129 de 2011[44] y T-376 de 2012[45]. Esta última explicó que, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, la participación de los pueblos indígenas y de las comunidades afrocolombianas tiene tres facetas: la simple participación, relativa a su intervención en los órganos decisorios de carácter nacional y a la incidencia que sus organizaciones puedan tener en los escenarios de su interés; la consulta previa, exigible frente a cualquier medida que pueda afectarlas directamente y el consentimiento previo, libre e informado, cuando tal medida produzca una afectación intensa de sus derechos –en especial de sus derechos territoriales- o amenace su integridad o su subsistencia.

De todas maneras, la Corte ha identificado unas hipótesis concretas frente a las cuales, siguiendo tal regla general, el consentimiento debe necesariamente obtenerse. El almacenamiento y eliminación de materiales peligrosos en las tierras de los pueblos indígenas y tribales, la ejecución de proyectos que afecten sus tierras o territorios y otros

recursos -particularmente frente a la utilización de recursos minerales, hídricos o de otro tipo- y el traslado o reubicación de las comunidades fuera de las tierras que ocupan son algunas de las medidas que a la luz de la jurisprudencia constitucional requieren el consentimiento de las comunidades afectadas, dado de forma libre, previa e informada. A la necesidad de obtener el consentimiento de las comunidades frente a aquellas medidas que involucren trasladarlas de sus territorios se referirá la Sala, en los párrafos que siguen.

Derechos de las personas, familias y comunidades afectadas por procesos de reubicación asociados a la ejecución de proyectos de desarrollo. La prohibición de los desalojos forzosos y la obligación de obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades étnicas.

29. Como se expuso antes, la controversia que convoca a la Sala en esta oportunidad tiene que ver con el hecho de que las autoridades accionadas no hayan consultado con las comunidades negras asentadas en los terrenos ganados al mar de la isla de Cascajal de Buenaventura su decisión de reubicar a más de 3400 familias en aras de la ejecución del proyecto de espacio público Malecón Perimetral del Mar. Eso explica que la Sala se haya propuesto identificar, en un primer momento, los criterios prevalentes en la jurisprudencia constitucional acerca del ámbito de aplicación, los titulares y los requisitos para el desarrollo de las consultas.

Cumplida esa tarea, hace falta presentar, ahora, el marco normativo y jurisprudencial que determina las obligaciones del Estado de cara a los procesos de reubicación que se llevan a cabo con ocasión de la ejecución de proyectos de desarrollo. De lo que se trata, en el contexto del problema jurídico propuesto, es de determinar si los planes de reubicación asociados a la ejecución de proyectos de desarrollo hacen parte de aquellas decisiones que deben consultarse con las comunidades interesadas, según los criterios contemplados en el bloque de constitucionalidad y en la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

No puede perderse de vista, sin embargo, que la consulta previa es un derecho fundamental cuya titularidad corresponde a sujetos colectivos que reivindican una identidad étnica y que, más allá de esto, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos contemplan un marco normativo orientado a proteger a todas las personas y comunidades que puedan verse afectadas por desplazamientos y programas de reubicación asociados a la

ejecución de proyectos de desarrollo. La Sala expondrá los parámetros vigentes en la materia y, presentados estos, identificará las obligaciones puntuales que surgen para el Estado cuando las comunidades afectadas reivindican cierta especificidad étnica.

Obligaciones del Estado frente a la reubicación de las personas, familias y comunidades asentadas en el área de influencia de proyectos de desarrollo. Estándares internacionales de protección y jurisprudencia.

30. El escenario de transformaciones políticas y económicas que tuvo lugar a nivel global a finales de los años ochenta enfrentó a la comunidad internacional con la necesidad de asumir un nuevo enfoque de desarrollo compatible con el propósito de asegurar el futuro común[46] y sostenible de la humanidad. Las preocupaciones que se suscitaron al respecto, en el marco de las reivindicaciones formuladas por los movimientos sociales y de los debates planteados en esa dirección por organismos multilaterales y sectores académicos[47], crearon el escenario propicio para que el principio de justicia ambiental se erigiera, desde entonces, en el marco de referencia para el examen de las problemáticas asociadas al impacto que los proyectos de desarrollo pueden tener sobre los ecosistemas y las poblaciones que habitan en su área de influencia.

Los instrumentos jurídicos de protección de los derechos humanos que, como la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo[48] y el Convenio 169 de la OIT, aluden a la importancia de que las decisiones sobre el proceso de desarrollo valoren la protección del ambiente y consideren los derechos de las personas y de las comunidades asentadas donde se ejecuta cualquier tipo de actividad productiva incorporaron esa perspectiva al comprometer a los Estados con la satisfacción de las demandas de distribución y participación propias del concepto de justicia ambiental.[49]

Referencias en este sentido pueden encontrarse en el principio diez de la Declaración, que contempla el derecho de los ciudadanos a acceder a información sobre los materiales y las actividades que ponen en peligro en sus comunidades y a participar en la adopción de las decisiones que tengan este tipo de consecuencias, y en las disposiciones del Convenio 169 que, en los términos referidos en el acápite precedente, consagran el derecho de los pueblos indígenas y tribales a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo susceptibles de afectarles directamente.

También, en la doctrina fijada por los órganos de interpretación de estos acuerdos y en las previsiones de otros instrumentos de protección que, pese a no ser vinculantes en el ámbito interno, dan cuenta de los parámetros a los que la comunidad internacional condiciona la solución de los conflictos asociados a la implementación de proyectos de desarrollo que generan una limitación de los derechos humanos internacionalmente reconocidos.[50]

31. Los estándares de protección de las personas y comunidades afectadas por desplazamientos conexos al desarrollo están previstos en instrumentos internacionales de uno y otro rango. Como se verá a continuación, las directrices aplicables en la materia constituyen, en esencia, un desarrollo de lineamientos relativos a la satisfacción de las dimensiones distributiva y participativa de la justicia ambiental y de las disposiciones que protegen el derecho humano a una vivienda adecuada.

Para efectos de la exposición que pretende efectuar en este caso, la Sala se remitirá, específicamente, a la “Observación General N° 7 sobre los desalojos forzados” proferida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales durante su 16º periodo de sesiones, en 1997; a las “Directrices completas para los derechos humanos en relación con los desplazamientos basados en el desarrollo”, adoptadas en junio del mismo año por el seminario de expertos sobre la práctica de los desalojos forzados, y a los “Principios y Directrices sobre los desalojos y desplazamiento generados por el desarrollo” anexos al informe presentado, en 2007, por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre una vivienda adecuada como parte del derecho a un nivel de vida adecuado.

Los tres documentos parten del supuesto de que los desalojos forzados constituyen violaciones manifiestas de un amplio abanico de derechos humanos reconocidos internacionalmente[51] que, además, suelen intensificar los conflictos sociales y la desigualdad, al afectar especialmente a los sectores más vulnerables de la sociedad[52]. Tal idea fundamenta la delimitación de las obligaciones de prevención, protección y abstención que se les atribuyen a los Estados en esta materia. Antes identificar esas obligaciones, la Sala precisará el alcance que, a la luz de los instrumentos internacionales referidos previamente, se le ha dado a la expresión desalojo forzoso.

32. La Observación General N° 7 reconoce, de entrada, los problemas intrínsecos al uso de la expresión desalojo forzoso, en tanto comprende un doble sentido de ilegalidad y

arbitrariedad que ha conducido a que se le califique como tautológica y contradictoria[53]. Pese a eso, la comunidad internacional ha validado el concepto, teniendo en cuenta que las demás alternativas propuestas (desalojos ilegales y desalojos injustos, por ejemplo) incurren en los mismos defectos que se le atribuyen a este.

Fue así como, en línea con lo previsto sobre el particular por la Comisión de Derechos Humanos, el Comité del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales resolvió emplear la expresión desalojo forzoso, en referencia al “hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o tierras que ocupan, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos”. La Observación General aclara que, en el contexto de esa definición, la prohibición de los desalojos forzosos no se aplica a aquellos que se llevan a cabo legalmente y de acuerdo con las disposiciones de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.[54]

33. Tanto las Directrices completas para los derechos humanos en relación con los desplazamientos basados en el desarrollo como los Principios y Directrices sobre los desalojos y desplazamiento generados por el desarrollo delimitan su ámbito de aplicación en función de “las definiciones pertinentes de la práctica de los desalojos forzosos que figuran en las disposiciones e instrumentos internacionales de derechos humanos”. En ese orden de ideas, las directrices anuncian que se aplican a los casos de desalojos forzosos en los que se producen “acciones u omisiones que entrañan el traslado coercitivo e involuntario de personas, grupos y comunidades de sus hogares, tierras y su pérdida de los recursos comunes que ocupan o de los que dependen, con la consiguiente supresión o limitación de la posibilidad de una persona, un grupo o una comunidad de residir o trabajar en una vivienda, una residencia o un lugar concreto”.

Los Principios y Directrices contemplados en el informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre una vivienda adecuada dicen aplicarse, a su turno, a “aquellas acciones y/u omisiones relacionadas con desplazamientos coaccionados o involuntarios de personas, grupos y comunidades de sus hogares y/o tierras y los recursos comunes de su propiedad que estaban ocupados o de los que estos dependían, eliminando o limitando con ello la capacidad de una persona, un grupo o una comunidad de residir o trabajar en una vivienda, residencia o lugar particulares, sin que se haya ofrecido o no se tenga acceso a formas apropiadas de protección jurídica o de otro tipo”. Su propósito, señalan, es evitar que los

desalojos generados por el desarrollo no se constituyan en desalojos forzosos.

En ese contexto, y tomando como punto de partida la Observación General Nº 7, es posible concluir que la comunidad internacional entiende como desalojos forzosos todas aquellas situaciones que, por acción y omisión, conducen a que una persona, familia o comunidad sea trasladada de su hogar o de sus tierras de forma involuntaria y a que se vea privada de los recursos que obtenía en ese territorio, sin que se le brinden mecanismos apropiados de protección jurídica frente a tal circunstancia, en los términos previstos por los tratados internacionales de derechos humanos. Se trata, en otras palabras, de aquellos desalojos que se producen en contravención de las normas internacionales de derechos humanos. La Sala identificará, a continuación, las obligaciones que incumben a los Estados en esta materia.

34. Para comenzar, hace falta precisar que tanto la Observación General, como las Directrices del seminario de expertos sobre la práctica de los desalojos forzosos y los Principios y Directrices del Relator Especial reconocen que, a la par con aquellos generados por cuenta del conflicto armado, muchos casos de desalojos forzosos se llevan a cabo en nombre del desarrollo.

La Observación indica, en ese sentido, que la práctica de desalojos forzosos puede darse en el marco de conflictos sobre derechos de tierras, la ejecución de proyectos de desarrollo e infraestructura (como la construcción de represas u otros proyectos energéticos de gran escala), la adquisición de tierras para programas de renovación urbana, rehabilitación de viviendas o embellecimiento de ciudades, la especulación desenfrenada de terrenos o la celebración de grandes acontecimientos deportivos.

Hecha esta precisión, el instrumento identifica el fundamento normativo de las obligaciones de prevención, protección y abstención que surgen para los Estados Partes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) con respecto a los desalojos forzosos. Tales obligaciones, sostiene, se derivan fundamentalmente del primer párrafo del Pacto, en virtud del cual los Estados reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia; a una alimentación, vestido y vivienda adecuados y a una mejora continua de las condiciones de existencia, y de su artículo 2º, que compromete a los Estados Partes a utilizar todos los

medios apropiados para promover el derecho a una vivienda adecuada (lo cual incluye, inclusive, la adopción de medidas legislativas[55]).

En virtud de tales compromisos, los Estados deben abstenerse de llevar a cabo desalojos forzosos y garantizar que se aplique la ley a sus agentes o a los terceros que los efectúen. Tales obligaciones desarrollan, también, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho a la protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en el domicilio propio.

35. En ese escenario, la Observación General Nº 7 contempla las obligaciones generales que deben satisfacer los Estados Partes del PIDESC frente a los desalojos forzosos. Aparte de la obligación de abstención ya mencionada, el documento indica que previo a cualquier desalojo, y en especial frente a aquellos que puedan afectar a grandes grupos de personas, los Estados deberían “velar por que se estudien en consulta con los interesados todas las demás posibilidades que permitan evitar o, cuando menos, minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza”. Los desalojos, agrega, deben llevarse a cabo en cumplimiento de las disposiciones pertinentes de las normas internacionales de derechos humanos y respetando los principios generales de la razón y la proporcionalidad, aun en el evento de que resulten justificados.

Adicionalmente, la norma compromete a los Estados a velar por que los afectados tengan derecho a la debida indemnización por los bienes personales o raíces de los que pudieran verse privados. Por último, enuncia las siguientes garantías procesales que deberían garantizarse en el contexto de los desalojos forzosos: a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando este afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que los afectados den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos y, finalmente, h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales.

36. Tales parámetros, como se ha dicho, conforman un marco de referencia para la salvaguarda de los derechos humanos que pueden verse comprometidos por cuenta de la ejecución de desalojos forzosos. Las directrices que el seminario de expertos sobre la práctica de los desalojos forzosos adoptó en Ginebra, en 1997, y los principios y directrices que el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre una vivienda adecuada incorporó a su informe de 2007 complementan ese marco de protección, ofreciendo “orientación a los Estados sobre medidas y procedimientos que han de adoptarse para garantizar que los desalojos generados por el desarrollo no se efectúen en contravención de las normas internacionales de derechos internacionales y, por tanto, no constituyan desalojos forzosos”. [56]

A partir de lo previsto en los mencionados instrumentos, es posible identificar una serie de obligaciones generales que complementan los compromisos reseñados previamente. La Sala los reseñará a continuación y enunciará los deberes específicos que incumben a los Estados antes, durante y después de que se llevan a cabo los procesos de desalojo. Acto seguido, concluirá este acápite refiriendo la jurisprudencia relevante en la materia.

Obligaciones generales.

Brindar la máxima protección efectiva

Los Estados deben asegurar el grado máximo de protección efectiva frente a la práctica de los desalojos forzosos, prestando especial atención a los derechos de los sujetos y comunidades especialmente vulnerables. En ese marco, deben: a) tomar medidas destinadas a otorgar seguridad jurídica de la tenencia a quienes carecen de ella; b) abstenerse de adoptar medidas deliberadamente regresivas respecto de la protección a los desalojos forzosos y c) evaluar las consecuencias de los desalojos antes de que inicie cualquier proyecto que pueda propiciarlos.

Adoptar medidas preventivas de las causas subyacentes de los desalojos forzosos

Los Estados deben adoptar medidas preventivas especiales para evitar y/o eliminar las

causas subyacentes de los desalojos forzosos, como la especulación del suelo e inmobiliaria. Así mismo, deberían examinar el funcionamiento y la reglamentación de la vivienda y la tenencia, e intervenir, de ser necesario, para garantizar que las fuerzas del mercado no aumenten la vulnerabilidad ante los desalojos forzosos de los grupos marginados.

Estudiar todas las alternativas posibles al desalojo

Los Estados deben estudiar a fondo todas las alternativas posibles a cualquier acto que acarree un desalojo forzoso. Los afectados tienen derecho a obtener la información correspondiente, a ser consultados, a participar y a proponer alternativas que las autoridades deben examinar debidamente. Si no se pudiera alcanzar un acuerdo entre los intervinientes, deberían recurrir a un órgano independiente que se encargue de la mediación.

Los desalojos solo pueden efectuarse en circunstancias excepcionales[57]

Dados sus efectos adversos sobre los derechos humanos internacionalmente reconocidos, los desalojos deben estar plenamente justificados. Esto implica que deban estar autorizados por la ley, llevarse a cabo de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, realizarse con el único fin de promover el bienestar general, ser razonables y proporcionados y estar reglamentados de forma que se garanticen indemnizaciones y rehabilitaciones completas y justas. Todo esto, independientemente de si los afectados cuentan o no con un título de propiedad.

Difundir información oportuna y adecuada

Los Estados deben garantizar la difusión de información adecuada sobre los derechos humanos y las leyes y políticas relacionadas con la protección contra los desalojos forzosos. Debería prestarse especial atención a la difusión de información oportuna y apropiada entre los grupos especialmente vulnerables a los desalojos, por medio de canales y medios culturalmente idóneos.

Disponibilidad de recursos jurídicos efectivos[58]

Los Estados deben garantizar que cualquier persona que afirme que ha sido violado su derecho a la protección contra los desalojos forzosos o cuyo derecho a esa protección se encuentre amenazado disponga de recursos jurídicos eficaces u otros recursos apropiados.

Derecho al reasentamiento

Todas las personas, grupos y comunidades que se hayan visto afectadas por cuenta de un desalojo forzoso tienen derecho al reasentamiento, lo cual incluye el derecho a una tierra distinta, mejor o de igualdad calidad, y a una vivienda que debe satisfacer criterios de adecuación, facilidad de acceso, asequibilidad, habitabilidad, seguridad de la tenencia, adecuación cultural, adecuación del lugar y acceso a los servicios esenciales, como la salud y la educación.

Obligaciones específicas.

-Antes del desalojo

Demostrar la necesidad del desalojo

Antes de cualquier decisión sobre el inicio de un desalojo, las autoridades deben demostrar que este es evitable y que corresponde a los compromisos internacionales de derechos humanos que protegen el bienestar general.

Brindar espacios de participación a los potenciales afectados por desalojos que pretendan realizarse en el marco de procesos de planificación desarrollo rural o urbano

Los posibles afectados tienen derecho a contar con espacios de participación adecuados para plantear alternativas al respecto. Esto exige que

-Avisen adecuadamente que se está considerando el desalojo y que habrá audiencias públicas sobre los planes y alternativas propuestos[59];

-Difundan eficazmente la información correspondiente, en particular la relativa a los registros de la tierra y los planes de reasentamiento propuestos;

-Concedan un espacio razonable para el examen público, la formulación de comentarios u objeciones sobre el plan propuesto;

-Brinden oportunidades y medidas para que los afectados cuenten con asesoría técnica y jurídica sobre sus derechos y opciones;

-Celebren audiencias públicas para que las personas y sus defensores puedan impugnar la decisión sobre el desalojo, presentar propuestas alternativas y formular sus exigencias y prioridades de desarrollo.

Promover la adopción de medidas apropiadas para brindar opciones de vivienda alternativa

Los desalojos no deben generar personas sin hogar o vulnerables a la violación de otros derechos humanos. El Estado debe prever la adopción de todas las medidas apropiadas, hasta el máximo de los recursos disponibles, especialmente a favor de los que no pueden ganarse la vida, para garantizar que se disponga u ofrezca vivienda adecuada alternativa, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según el caso.[60]

Asegurar la adopción de las medidas de reasentamiento

Todas las medidas de reasentamiento, como la construcción de hogares, el suministro de agua, electricidad, saneamiento, escuelas, acceso a los caminos y la asignación de tierras y solares deben corresponder a las directrices y a los principios de derechos humanos internacionalmente reconocidos y finalizar antes de que se traslade a las personas desalojadas de sus lugares de residencia.

-Durante los desalojos

Requisitos de procedimiento

En los desalojos debe haber presencia obligatoria de funcionarios del gobierno o de sus representantes en el lugar. Debería permitirse el acceso a observadores neutrales.

Respeto por la dignidad, la vida y la seguridad de los afectados

Los desalojos no deberían realizarse de una forma que viole la dignidad y los derechos humanos a la vida y a la seguridad de las personas afectadas. Los Estados deben adoptar medidas para proteger a las mujeres y a los niños.

Oportunidad

Los desalojos no deben realizarse con tiempo inclemente, por la noche, durante los festivales o fiestas religiosas, antes de las elecciones o durante o justo antes de los exámenes en las escuelas.

-Después del desalojo

Proporcionar una indemnización justa y un alojamiento alternativo suficiente.

Como mínimo, las autoridades competentes deben garantizar que las personas o los grupos desalojados, en especial quienes no puedan ganarse el sustento, tengan acceso seguro a alimentos esenciales, agua potable y saneamiento; alojamiento básico y vivienda; vestimenta apropiada; servicios médicos esenciales; fuentes de sustento; acceso a los recursos comunes de propiedad de los que dependían anteriormente y educación para los niños e instalaciones para su cuidado.

Garantizar la protección del derecho humano al más alto nivel posible de salud física y mental

Los lugares de reinstalación deben responder a los criterios de una vivienda adecuada

Los lugares determinados para la reinstalación deben responder a los criterios de una vivienda adecuada de acuerdo con el derecho internacional relativo a los derechos

humanos. Esto implica seguridad en la tenencia; servicios, materiales, instalaciones e infraestructuras adecuadas[61]; vivienda asequible; vivienda habitable que ofrezca a los habitantes espacios suficientes y protección física; accesibilidad para los grupos en situación de desventaja; acceso a las oportunidades de empleo, servicios de atención de la salud, escuelas, centros de cuidado del niño y otras instalaciones sociales y una vivienda culturalmente apropiada.

Reasentamiento compatible con las directrices

-No se producirá ningún reasentamiento hasta que no exista una política amplia de reasentamientos que corresponda con las directrices.

-Deben protegerse, por igual, los derechos humanos de grupos vulnerables, en particular su derecho a poseer bienes y tener acceso a los recursos.

-El agente que proponga y/o lleve a cabo el reasentamiento debe pagar todos los gastos conexos, en particular los gastos de reasentamiento.

-Los afectados no sufrirán perjuicios en sus derechos humanos ni verán menoscabado su derecho a la mejora continua de sus condiciones de vida.

-Se debe garantizar el derecho de las personas, los grupos y las comunidades afectados al consentimiento previo con pleno consentimiento de causa en lo que respecta a la reinstalación. El Estado proporcionará las comodidades, servicios y oportunidades económicas necesarias en el lugar propuesto.

-Los lugares de reinstalación no debe estar situados en tierras contaminadas o en la cercanía inmediata a las fuentes de contaminación que amenacen el derecho al nivel más alto posible de salud física y mental de los habitantes.

-Los afectados recibirán información suficiente sobre todos los proyectos y procesos de planificación y ejecución relativos al reasentamiento.

-El proceso de reasentamiento debe llevarse a cabo con la plena participación de las personas, grupos y comunidades afectados. Sus planes alternativos deben ser tenidos en cuenta.

-Si se confirma la necesidad del reasentamiento, se dará un aviso de 90 días antes del mismo.

37. Sobre los requisitos a los que debe someterse un desalojo para que resulte ajustado a los estándares de protección avalados por la comunidad internacional en los términos referidos previamente se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional en varias oportunidades. Tales pronunciamientos, sin embargo, no se han producido en el marco de controversias relativas al ámbito de los desalojos forzados que se producen como consecuencia de la ejecución de proyectos de desarrollo.

Las decisiones que esta corporación ha tomado al respecto han tenido que ver, en su mayoría, con la ejecución de desalojos derivados de la adopción de órdenes judiciales orientadas a la protección de los derechos de tenencia y posesión de bienes que han sido ocupados, sin justo título, por personas, grupos o comunidades vulnerables. En efecto, existe una amplia jurisprudencia relativa a la protección de los derechos fundamentales de quienes, obligados por las circunstancias, han ocupado predios de forma ilegítima para procurarse un lugar que les permita, al menos provisionalmente, satisfacer sus necesidades de vivienda.

Al resolver casos de esa naturaleza, la Corte ha dado cuenta de la importancia de ponderar los derechos en tensión (los derechos de propiedad protegidos a través de los procedimientos policivos y los derechos al debido proceso y a la vivienda digna de los ocupantes ilegítimos del predio de que se trate), para evitar que la decisión que se adopte derive en una afectación desproporcionada de alguno de ellos. El juez constitucional, ha dicho, debe valorar con ese objeto la naturaleza del bien ocupado y el uso que se esté realizando del mismo al momento de la ocupación, así como las circunstancias económicas, sociales y culturales del grupo ocupante y las consecuencias ciertas derivadas de su desalojo.[62]

En virtud de ese enfoque, las Salas de Revisión han adoptado órdenes de amparo encaminadas a salvaguardar los derechos fundamentales de personas y comunidades vulnerables que han sido desalojadas de los predios que ocupan, en el marco de diligencias que no cumplen con los estándares de protección contemplados en la doctrina internacional y en la jurisprudencia sobre la materia. Así lo han hecho, por ejemplo, las sentencias que

han precisado los criterios de protección de la población desplazada frente a desalojos forzosos. En estos casos, la Corte ha dado cuenta de la problemática social que representa el desplazamiento forzado en Colombia y, sobre esa base, ha precisado las obligaciones del Estado de cara a la garantía del derecho a la vivienda digna de las personas que han sido víctimas de ese fenómeno.[63]

38. Tal no es, sin embargo, la circunstancia que ocupa a la Sala en este asunto, pues, en los términos de la solicitud de amparo, quienes se verían eventualmente afectados por la medida de desalojo no son ocupantes ilegítimos, sino familias que han habitado los terrenos ganados al mar de la isla de Cascajal, en Buenaventura, durante varias generaciones. En esas condiciones, la controversia que se somete a consideración de la Sala resulta más cercana a las situaciones analizadas por las providencias que han valorado la eventual trasgresión de los derechos fundamentales de las comunidades asentadas en el área circundante a la ejecución de proyectos de desarrollo.

Como se advirtió antes, este tipo de discusiones suelen darse en el marco de las tutelas que han promovido las comunidades étnicas cuyos derechos fundamentales se han visto amenazados o vulnerados a raíz de la puesta en marcha de procesos de desarrollo que impactan sobre sus territorios. En ese escenario, la Corte ha advertido que las decisiones que involucren la reubicación de las comunidades asentadas en el área de influencia de estos proyectos deben ser consultadas con los afectados, que además deben dar su consentimiento al respecto. La Sala concluirá su exposición referenciando los pronunciamientos que la Corte ha efectuado sobre el tema.

La reubicación de comunidades étnicas asentadas en el área de influencia de proyectos de desarrollo exige obtener su consentimiento previo, libre e informado.

39. Hasta este punto, la Sala se ocupó de delimitar los deberes que incumben a los Estados de cara a la protección de las personas, grupos y comunidades que puedan verse afectadas por desalojos asociados al proceso de desarrollo, en el marco de los estándares de protección adoptados por la comunidad internacional sobre la materia. En este acápite, se referirá a las obligaciones concretas que les impone el Convenio 169 de la OIT cuando los afectados por medidas de esa naturaleza hacen parte de una comunidad étnica.

Lo primero que hay que recordar en esa dirección es que, en criterio de esta corporación,

todas aquellas medidas que puedan producir una afectación intensa de los derechos de las comunidades indígenas y afrocolombianas requieren de su consentimiento previo, libre e informado al respecto. Tal afectación intensa, en los términos de la jurisprudencia constitucional, se estructuraría en aquellos eventos en los que la decisión objeto de consulta comporta una amenaza para la subsistencia de esas comunidades y, en particular, cuando impacta sobre sus territorios.

La Sentencia T-769 de 2009[64], por ejemplo, advirtió en ese sentido que el Estado está obligado a consultar los planes de desarrollo e inversión a gran escala que impacten sobre los territorios de estas comunidades y a obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, considerando los profundos cambios sociales y económicos a los que pueden verse expuestos por cuenta de la ejecución de actividades de exploración y explotación en su hábitat. La pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de los recursos necesarios para su subsistencia física y cultural y la destrucción o contaminación de su ambiente tradicional, entre otros, son algunos de los efectos que pueden derivarse de tales actividades.

Decisiones posteriores que han respaldado tal criterio han aludido, además, a la exigibilidad del consentimiento frente a otras hipótesis concretas que representan una posible afectación intensa de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Las sentencias T-294 y T-576 de 2014 se remiten, con ese objeto, a los artículos 29 y 32 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, los cuales, respectivamente, comprometen a los Estados a adoptar 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” y a celebrar consultas para obtener el consentimiento libre e informado de las comunidades “antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

40. En cuanto al tema que convoca a la Sala, relativo al traslado o reubicación de las comunidades fuera de las tierras que ocupan, es preciso remitirse al artículo 16 del Convenio 169, que al respecto señala:

“1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.

4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.

5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento”.

La norma, como se observa, exige que aquellas medidas que involucren trasladar a comunidades étnicamente diferenciadas de las tierras que habitan sean consultadas con ellas y que se obtenga su consentimiento previo, libre e informado, en el marco de los procedimientos previstos legalmente para el efecto. Además, los Estados deben garantizar que las comunidades consultadas cuenten con una representación efectiva y asegurar que reciban, cuando no sea posible su retorno, tierras de calidad y condiciones jurídicas equivalentes a las que ocupaban antes, que les permitan atender sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Las comunidades tendrán derecho, así mismo, a que se les reconozcan las indemnizaciones correspondientes.

41. Aunque tales planteamientos han sido recogidos en la jurisprudencia constitucional sobre la materia, no existe, hasta ahora, ningún precedente que haya amparado el derecho a la participación de una comunidad étnica en su faceta de consentimiento. De hecho, hasta el momento, la Corte tampoco ha estudiado controversias que involucren la reubicación de comunidades étnicas, sino, tan solo, algunas en las que el traslado aparece como una circunstancia eventual.

Tal es el caso, por ejemplo, de la Sentencia T-235 de 2011[65], que amparó los derechos fundamentales que las entidades del Sistema de Prevención y Atención de Desastres del Valle de Cauca le vulneraron a la comunidad indígena radicada en el cañón del río Pepitas del municipio de Dagua, al abstenerse de adoptar medidas para prevenir y conjurar los estragos causados por la temporada invernal de finales de 2008. El fallo, que ordenó examinar la viabilidad de manejo del río y rehabilitar los caminos que conducen al resguardo, se refirió a la posibilidad de que, como última y excepcional alternativa, la comunidad indígena tuviera que ser reubicada. La sentencia aclaró que, si llegaba a establecerse la necesidad de la reubicación, la medida debería ser consentida por la comunidad y contemplar las necesidades de adecuación cultural de los albergues y de las nuevas viviendas.[66]

42. Una precisión similar hizo la Sentencia T-294 de 2014[67], ya mencionada, al amparar los derechos fundamentales a la distribución equitativa de cargas y beneficios ambientales y a la participación de la población asentada en el área del relleno sanitario de Cantagallo y los derechos fundamentales a la consulta previa y al reconocimiento y subsistencia de la comunidad indígena de Venado.

En aras de la protección efectiva de esos derechos, el fallo le ordenó al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible asumir, a través de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), el licenciamiento ambiental del proyecto de relleno sanitario Cantagallo; visitar el lugar previsto para su construcción, con el fin de establecer las condiciones de la obra, determinar su área de influencia, caracterizar a la población que la habita y brindar un espacio de participación y consulta para que la comunidad evaluara los impactos ambientales, sociales, culturales y económicos y el diseño de medidas de prevención, mitigación y compensación correspondientes.

Referencias similares a la exigibilidad del consentimiento frente a planes de reubicación de las minorías étnicas pueden encontrarse en otros fallos relativos al amparo del derecho de estas comunidades a ser consultadas frente a medidas adoptadas en el marco de la ejecución de proyectos de desarrollo o de proyectos de extracción de recursos naturales. En ese escenario, pasa la Sala, entonces, a examinar el asunto objeto de revisión.

Estudio del caso concreto

43. Como se expuso en el acápite de antecedentes, el debate que convoca a la Sala tiene que ver con la posible infracción del derecho de las comunidades negras asentadas en los terrenos de bajamar de la isla de Cascajal de Buenaventura a ser consultadas sobre la ejecución del proyecto de espacio público Malecón Perimetral del Mar, el cual, de conformidad con lo previsto en el Plan de Ordenamiento Territorial de Buenaventura de 2001[68] y el CONPES 3410 de 2006, se convertirá en “el espacio urbanístico más importante de la ciudad, con áreas de servicio, recreación, esparcimiento, equipamiento urbano y desarrollo turístico”.

En concreto, la solicitud que formuló el accionante, Gustavo Mestizo Ruiz, apunta a que se proteja el derecho fundamental a la consulta previa de las más de 3400 familias que serían trasladadas de sus viviendas de bajamar y reubicadas en el Macroproyecto de Vivienda de Interés Social Nacional Ciudadela de San Antonio por cuenta de la construcción del malecón turístico.

El señor Ruiz pidió considerar el impacto que la reubicación podría tener sobre la integridad cultural de la comunidad, que ha habitado las viviendas palafíticas desde hace varios años y está integrada por pescadores artesanales, recolectores, cortadores y vendedores de madera que derivan su sustento del mar. En ese contexto, solicitó adoptar medidas para impedir que la comunidad sea desalojada, y ordenar que se realice la consulta previa, libre e informada, a través de los procedimientos pertinentes.

44. El amparo fue denegado por las autoridades judiciales de instancia. La Sala de Familia del Tribunal Superior de Cali fundamentó su decisión en que, por cuenta del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, las tutelas que buscan la protección de derechos fundamentales amenazados o violados en situaciones que comprometen intereses o derechos colectivos proceden cuando buscan impedir la estructuración de un perjuicio irremediable. El tribunal

consideró que la tutela formulada por el señor Mestizo Ruiz no se dirigía a obtener la protección de un derecho suyo, ni perseguía, tampoco, la adopción de medidas para evitar que se configurara un perjuicio de esa naturaleza.

En todo caso, indicó que tampoco había razones para considerar que el proceso consultivo reclamado no se estuviera adelantando. Por el contrario, afirmó, la respuesta que la Coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior le dio a un derecho de petición que formuló un integrante de la comunidad de bajamar daba cuenta de que la entidad había visitado la zona, había constatado la presencia de comunidades negras y había efectuado reuniones con ellas.

45. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, a su turno, se refirió al hecho de que el accionante no hubiera acreditado su calidad de representante de la comunidad de bajamar, pese a que su solicitud se dirigía, expresamente, a obtener la protección efectiva de los derechos de las comunidades negras asentadas en las zonas donde se iban a desarrollar los proyectos. Indicó, además, que este no era el escenario para alegar los eventuales perjuicios que podrían causar las supuestas omisiones de los accionantes, pues para ello el accionante podía acudir a la acción popular, propia de la defensa de los derechos colectivos. Finalmente, en los mismos términos expuestos por el Tribunal, sostuvo que “al estar en curso la consulta previa, no se le ha vulnerado ningún derecho al accionante”. Sobre esos supuestos, confirmó el fallo de primera instancia.

46. Son tres, entonces, los argumentos que fundamentaron la denegatoria del amparo solicitado por el señor Mestizo Ruiz en el trámite de instancia. Dos de ellos, los que tienen que ver con la legitimación del accionante para reclamar la protección constitucional de las comunidades negras que habitan las viviendas palafíticas de bajamar y con la posibilidad de que tal pretensión se formulara en el marco de una acción popular, definen la procedibilidad formal de la tutela objeto de estudio. El tercer planteamiento, relacionado con el hecho de que el proceso consultivo estuviera en trámite, atañe al fondo de la controversia.

La Sala comenzará el estudio del asunto en revisión analizando los dos primeros aspectos, para verificar, así, si la tutela formulada por el señor Mestizo Ruiz es formalmente procedente. En caso de que esto se verifique, abordará el estudio del debate de fondo.

La procedibilidad formal de la acción de tutela.

47. En este punto, corresponde a la Sala determinar si la acción de tutela es procedente, aunque, según los jueces de instancia, se dirige a lograr la protección de derechos colectivos que deben ser discutidos en el marco de una acción popular. Así mismo, habría que establecer si el peticionario representa a las comunidades negras presuntamente afectadas por la infracción iusfundamental que denuncia, o si, en los términos contemplados en los fallos que se revisan, el hecho de que no haya acreditado tal condición descartaba la procedencia del amparo que pretende.

La acción de tutela es el escenario judicial idóneo y efectivo para reclamar el amparo del derecho fundamental a la consulta previa

48. El primero de los interrogantes planteados remite a una discusión que ha sido recurrente a la hora de valorar la procedibilidad de las tutelas que buscan el amparo del derecho a la consulta previa. En efecto, la idea de que la consulta es un derecho colectivo cuya protección debe buscarse a través de una acción popular es uno de los argumentos a los que suelen acudir quienes pretenden rebatir la procedencia de las tutelas que se formulan con el objeto de que se proteja ese derecho fundamental.

Esta corporación, sin embargo, ha descartado tales argumentos precisando que el carácter colectivo del derecho a la consulta previa tiene que ver con que su titularidad recaiga en una comunidad que ostenta derechos fundamentales distintos a los que se predicen de sus integrantes individualmente considerados, no a que se trate de un interés colectivo de aquellos cuya protección trata la Ley 472 de 1998, relativa al ejercicio de las acciones populares y de grupo.

Precisiones en ese sentido pueden encontrarse en jurisprudencia temprana de la Corte. La Sentencia T-380 de 1993[69], por ejemplo, advirtió al respecto que los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no pueden confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos, porque la comunidad indígena no es una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos intereses difusos, en el sentido previsto en el artículo 88 de la Carta Política[70], sino un sujeto colectivo de derechos. Así, mientras la acción de tutela se erige en el mecanismo idóneo y efectivo para la defensa de los derechos fundamentales que ostentan esas comunidades por cuenta de su especificidad

étnica y cultural, los grupos humanos que carecen de esa especificidad deben perseguir la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes.[71]

Tal tesis ha sido reiterada en numerosas providencias posteriores, que, de manera pacífica, han reconocido que las comunidades indígenas y afrodescendientes cuentan con una personería sustantiva para reclamar, a través de la acción de tutela, la protección de los derechos fundamentales que les han sido reconocidos en virtud de su identidad diferenciada.[72] La jurisprudencia constitucional consolidada en la materia impone, en consecuencia, que al examinar controversias relativas a la procedibilidad formal de las tutelas promovidas por minorías étnicas, el juez constitucional valore que estas comunidades son titulares de derechos fundamentales distintos de los de sus integrantes, que sus derechos no se asimilan a los derechos colectivos de otros grupos sociales y que su reconocimiento tiene consecuencias políticas y jurídicas concretas, entre las que se destacan su rango de norma constitucional y la procedencia de la acción de tutela para su protección.[73]

49. Es preciso considerar, adicionalmente, que la jurisprudencia constitucional ha sido clara en identificar a la acción de tutela como el mecanismo idóneo y efectivo para perseguir el amparo del derecho fundamental a la consulta previa.[74]

La Corte, se dijo antes, ha reconocido las implicaciones que la garantía del derecho de las comunidades étnicas a ser consultadas sobre las decisiones que puedan afectarlas tiene de cara a su subsistencia como grupo humano y a la preservación de su identidad étnica, social, económica y cultural. El papel trascendental que las consultas cumplen en ese sentido y la manera en que contribuyen a materializar el principio constitucional que caracteriza a Colombia como un Estado étnica y culturalmente diverso explica que esta corporación haya respaldado la competencia del juez de tutela para conocer las controversias relativas a la eventual infracción del derecho fundamental de estas comunidades a ser informadas sobre los proyectos que impacten sobre sus territorios o sus formas de vida, para evaluar su impacto en un escenario participativo e incidir en la reformulación de la decisión correspondiente.[75]

50. Examinada en ese contexto la solicitud formulada por el señor Mestizo Ruiz, la Sala

encuentra que sus pretensiones debían examinarse en este escenario, y no por la vía de la acción popular, como lo decidieron los jueces de instancia. Obsérvese, al respecto, que el accionante solicitó expresamente la protección del derecho de las comunidades negras asentadas en el área de bajamar de la isla de Cascajal a ser consultadas sobre su eventual reasentamiento, el cual, según informó, se llevaría a cabo por cuenta de la ejecución del malecón perimetral del mar que adelanta la alcaldía de Buenaventura.

El reclamo constitucional se dirigía, entonces, a obtener el amparo de un derecho fundamental de carácter colectivo, cuya titularidad no radica en cada uno de los eventuales afectados por el traslado, sino en las comunidades negras de bajamar que, como grupo humano, tienen derecho a que se les consulten las decisiones que puedan estructurar una hipótesis de afectación directa. Dado que el carácter colectivo de la consulta previa no lo despoja de su naturaleza iusfundamental, los jueces de instancia no podían, sin más, descartar la procedibilidad formal de la tutela formulada por el peticionario, conminándolo a plantear su solicitud a través de una acción popular que, como se ha visto, es totalmente ajena al debate propuesto.

Establecido así que la acción de tutela que promovió el señor Mestizo Ruiz era el mecanismo judicial eficaz e idóneo para resolver su solicitud, la Sala estudiará el segundo argumento que, de conformidad con las decisiones objeto de revisión, descartaban la procedencia formal de la solicitud de amparo: aquel relativo a que el accionante no representaba a la comunidad cuyos derechos fundamentales pidió proteger.

El accionante no estaba legitimado para reclamar la protección de los derechos fundamentales de las comunidades negras asentadas en la zona de bajamar de la isla de Cascajal, en Buenaventura. La acción de tutela es improcedente, frente a la solicitud de amparo del derecho a la consulta previa.

51. El otro argumento en el que los funcionarios judiciales de instancia sustentaron su decisión de negar la protección constitucional reclamada por Gustavo Mestizo Ruiz alude al hecho de que no hubiera demostrado que representa a las comunidades negras que habitan la zona de bajamar en la cual se planea ejecutar el malecón perimetral del mar. El director de consulta previa del Ministerio del Interior solicitó declarar improcedente la acción de tutela, precisamente, por ese motivo. En su contestación, el funcionario recordó que el

accionante no se había identificado como representante de ningún grupo étnico, pese a que son estos los titulares del derecho a la consulta previa, cuyo amparo perseguía la tutela.

Los cuestionamientos que en ese sentido formularon los jueces de instancia y el ministerio tienen que ver, como se anticipó, con un requisito formal de procedencia de la acción de tutela: aquel que exige que el accionante se encuentre legitimado para interponerla, esto es, que sea él o ella quien ostente la titularidad del derecho fundamental cuya protección reclama.

En ese marco, corresponde a la Sala establecer si el señor Mestizo Ruiz estaba legitimado para reclamar la protección del derecho de las comunidades negras de bajamar a ser consultadas sobre los planes de reasentamiento asociados a la construcción del malecón o si, por el contrario, carece de esa legitimación, lo cual haría su solicitud improcedente.

52. Para resolver ese interrogante, es preciso considerar que el hecho de que la titularidad del derecho fundamental a la consulta previa no recaiga en un individuo, sino en sujeto colectivo, tiene unas implicaciones concretas a la hora de establecer si quien promueve una tutela para obtener su protección se encuentra legitimado para ello.

La naturaleza colectiva de la consulta previa, en efecto, demanda que las tutelas que se instauren con el objeto de obtener su amparo sean impulsadas por la comunidad étnica o culturalmente diferenciada que ostenta la titularidad de ese derecho. Eso, en otras palabras, significa que la decisión de perseguir esa protección ante la jurisdicción constitucional debe ser convalidada por la comunidad que, en su condición de sujeto autónomo de derechos, se vio afectada por la circunstancia que dio lugar al reclamo propuesto.

Es importante aclarar, sin embargo, que esa circunstancia no excluye la posibilidad de que la acción de tutela sea canalizada a través de un individuo o de una organización distinta a la comunidad en sí misma. Por el contrario, esta corporación ha admitido que las tutelas que persigan la protección de derechos fundamentales de minorías étnicas no tienen que ser, necesariamente, promovidas por estas de manera directa. También pueden ser instauradas por intermedio de sus autoridades tradicionales, de sus representantes, de alguno de sus integrantes o a través de las organizaciones que las agrupan, de que aquellas que han sido instituidas en aras de la defensa de sus derechos o del Defensor del Pueblo.

53. El reconocimiento de la legitimación con que cuentan esas personas u organizaciones de cara a la defensa judicial de los derechos fundamentales de las minorías étnicas no es fortuito. Responde, expresamente, a la necesidad de facilitar el acceso a la administración de justicia de aquellos grupos humanos que, por cuenta de los patrones de exclusión y discriminación que han enfrentado históricamente, han visto amenazada la preservación de sus costumbres, de sus territorios y de sus formas de vida.

Es tal propósito, leído en el marco de los mandatos constitucionales de protección de la diversidad cultural y de igualdad material, el que explica que la Corte haya flexibilizado en los términos expuestos la verificación del requisito de legitimación para demandar la protección constitucional de los derechos de los pueblos étnica y culturalmente diferenciados. Sobre ese punto en particular, señaló la Sentencia SU-383 de 2003[76]:

“(…) si los pueblos indígenas tienen derecho a defender su integridad cultural sin escindir su existencia colectiva, es porque tanto sus integrantes, como las organizaciones que los agrupan, están legitimados para instaurar las acciones correspondientes i) debido a que el ejercicio de los derechos constitucionales de las minorías, dadas las condiciones de opresión, explotación y marginalidad que afrontan, debe facilitarse, ii) a causa de que las autoridades están obligadas a integrar a los pueblos indígenas a la nación, asegurándoles la conservación de su autonomía y autodeterminación, y iv) porque el juez constitucional no puede entorpecer el único procedimiento previsto en el ordenamiento para garantizarles a los pueblos indígenas y tribales la conservación de su derecho fundamental a la diferencia –artículos 7°, 286, 287, 329 y 330 C.P.”.

54. El criterio plasmado en el fallo de unificación, que ha sido validado y desarrollado en jurisprudencia reciente[77], implica que la procedibilidad formal de las tutelas que persigan la protección de los derechos fundamentales de minorías étnicas se evalúe considerando su condición de sujetos de especial protección constitucional y la imposibilidad de que su acceso al mecanismo judicial idóneo y efectivo para la salvaguarda de su subsistencia como grupo humano diverso sea obstaculizado mediante la imposición de requisitos procedimentales que les son inoponibles.

En lo que atañe específicamente al requisito de legitimación en la causa, tal perspectiva exige considerar que, en principio, cualquier persona que acredite ser integrante de una

comunidad étnica puede reclamar la protección de los derechos fundamentales que esta ostenta con ocasión de su carácter diverso. La única restricción al respecto estaría dada, en los términos contemplados previamente, por el hecho de que quien formule el amparo lo haga en nombre del grupo humano cuya protección pretende. Esto porque, se recuerda, es la comunidad, y no los individuos que la integran, la que ostenta la titularidad de esos derechos y cuenta con la personería para reivindicarlos judicialmente.

En ese orden de ideas, lo primero que habría que considerar para dirimir la controversia que existe acerca del cumplimiento del requisito de legitimación en el caso objeto de estudio es que la solicitud de amparo no fue promovida directamente por la comunidad étnica que se habría visto afectada por la situación narrada en la tutela. La acción constitucional tampoco fue instaurada por alguna de las autoridades tradicionales de esa comunidad, por una organización que la represente o que se dedique a la defensa de sus derechos ni por el Defensor del Pueblo. La tutela, como se ha dicho, fue formulada por el señor Gustavo Mestizo Ruiz, quien se identificó como habitante de los terrenos recuperados al mar de la isla Cascajal que se ubican en la zona urbana del Distrito de Buenaventura.

55. El señor Mestizo Ruiz informó que los terrenos de bajamar de Cascajal están habitados por una comunidad de familias afrocolombianas que comparten características culturales, lazos de hermandad y una forma particular de relacionarse con su entorno. En particular, resaltó que la comunidad a la que pertenece tiene una importante relación con el mar, que le ha permitido desarrollar prácticas tradicionales de producción para autoabastecerse. Sus viviendas palafíticas, agregó, fueron construidas aplicando técnicas ancestrales de construcción que fueron utilizadas por sus antecesores, cuando recuperaron terrenos del mar para asentarse definitivamente en la zona.

Dicho esto, dio cuenta de la incertidumbre que se ha suscitado entre la población de bajamar por cuenta de la posibilidad de que sus viviendas sean reubicadas ante la ejecución del malecón perimetral del mar y advirtió sobre los efectos que un eventual reasentamiento podría tener sobre la integridad cultural de la comunidad a la que pertenece. Sobre esos supuestos, solicitó proteger los derechos fundamentales de las comunidades negras asentadas en bajamar, para que se les permitiera participar en la adopción de las decisiones sobre la reubicación, en el marco del proceso consultivo correspondiente.

56. Hasta este punto, la petición formulada por el accionante parecería ajustarse a las reglas a las que la Corte ha supeditado el examen de la legitimación de las tutelas que persiguen la protección de derechos fundamentales de minorías étnicas. En efecto, el peticionario reclama el amparo de los derechos de una comunidad afrocolombiana que, según su relato, reúne ciertos elementos objetivos que la distinguen de la sociedad mayoritaria y que se reconoce cultural y étnicamente diversa. Además, se reconoce como integrante de esa comunidad, cuestión que la jurisprudencia constitucional ha considerado suficiente para dar por cumplido el requisito de legitimación para interponer tutelas como la que acá se examina.

Ciertamente, esta corporación ha considerado que, cumplidas esas dos condiciones, el requisito de legitimación en la causa se encuentra satisfecho. La Sentencia T-955 de 2003, por ejemplo, amparó los derechos fundamentales 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, en el marco de una tutela que fue promovida por varios de sus integrantes que, sin embargo, no representaban a la comunidad. La representación del sujeto colectivo, de hecho, era uno de los asuntos en disputa. El fallo estableció que, aun en ese escenario, los accionantes estaban legitimados para invocar la protección constitucional, por el solo hecho de pertenecer a la comunidad respectiva.[78]

La Sala comparte el enfoque aplicado en esa ocasión y la pacífica línea jurisprudencial que ratifica tal criterio. Pese a esto, estima que las particularidades del caso que ahora se revisa impiden dar por cumplido el requisito de legitimación valorando, solamente, la pertenencia del señor Mestizo Ruiz a la comunidad que se habría visto afectada por cuenta de la omisión del proceso de consulta previa. En concreto, es la manifestación efectuada por el peticionario al presentar la impugnación del fallo de primera instancia la que impide asimilar su situación a la estudiada por la Sentencia T-955 de 2003.

57. Obsérvese, al respecto, que el accionante controversió la decisión del a quo aclarando que su solicitud no fue promovida en nombre de la población asentada en bajamar, sino a título personal, considerando la manera en que la afectación de los derechos fundamentales de la comunidad comprometía sus propios derechos. Por eso, solicitó tener en cuenta que “al violentar los derechos fundamentales de una colectividad de la cual hago parte, mis derechos fundamentales individuales también son afectados”.[79] Así las cosas, concluyó, el

hecho de que no se hubiera agotado la consulta previa constituía una muestra clara de la infracción de otros derechos, como el debido proceso, el derecho al trabajo y a la participación, entre otros.

La manifestación que en ese sentido efectuó el señor Mestizo Ruiz tiene consecuencias trascendentales en el marco de una discusión como la que convoca a la Sala en esta oportunidad, básicamente, porque demuestra que la tutela no fue promovida en nombre del grupo humano que se habría visto afectado por la presunta omisión del proceso de consulta previa, sino por una persona que reclamó la protección de ese derecho, en tanto su infracción afectaba sus propios derechos fundamentales.[80]

Esas circunstancias demuestran que la tutela incumplió con uno de los presupuestos indispensables para dar por demostrada la legitimación en la causa, este es, aquel relativo a que quien formule el amparo lo haga en nombre del grupo humano cuya protección pretende. Así las cosas, en lo que atañe a la pretensión de amparar el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades negras asentadas en los terrenos de bajamar de la isla de Cascajal, la tutela resulta formalmente improcedente. Tal decisión, en todo caso, no excluye la posibilidad de que las comunidades interesadas reclamen por sí mismas, o a través de sus integrantes u organizaciones representativas, el amparo de este derecho fundamental en el evento de considerarlo vulnerado.

Dado que los jueces de instancia, aun aludiendo a la falta de legitimación del accionante, resolvieron denegar el amparo, la Sala revocará lo decidido en ese sentido y, en su lugar, declarará improcedente la tutela, en lo que tiene que ver con la protección del derecho fundamental referido.

58. De todas maneras, la Sala no puede pasar por alto que el presente escenario exige valorar si la situación que se denuncia en la tutela dio lugar a la vulneración de los derechos fundamentales que el accionante ostenta a título personal. En los acápite que siguen se definirá lo pertinente.

La infracción, en el caso concreto, de los derechos fundamentales a la participación y a la vivienda digna del peticionario. La ausencia de información y espacios de participación adecuados para formular alternativas a los planes de reubicación de la población de bajamar.

59. Cuando el señor Mestizo Ruiz aclaró que pretendía el amparo de los derechos fundamentales que le fueron vulnerados como ciudadano afrocolombiano y persona directamente afectada por la decisión de reubicar a los habitantes de las viviendas palafíticas de la zona sur de Cascajal, se refirió, expresamente, a la eventual infracción de sus derechos a la participación, al trabajo y al debido proceso.

Sobre todo, cuestionó la situación de desconcierto que suscitó entre la población de bajamar el hecho de no contar con información acerca de las condiciones en las que se llevaría a cabo la reubicación de las 3400 familias que, según el Plan de Ordenamiento Territorial de Buenaventura y los documentos CONPES 3410 de 2006 y 3476 de 2007, serían trasladadas al macroproyecto de vivienda de interés social nacional Ciudadela de San Antonio con ocasión del proceso de renovación urbana en el que estaba inmerso el puerto. Su reclamo, leído en esos términos, alude a la supuesta infracción de su derecho a participar en la adopción de las medidas que, eventualmente, podrían conducir a su reubicación en la zona continental de Buenaventura, esto es, en un entorno ajeno a aquel que ha determinado las relaciones sociales, culturales y económicas de las comunidades negras asentadas desde hace años en bajamar.

En ese orden de ideas, el debate formulado por el peticionario remite a la situación examinada en los fundamentos jurídicos 29 a 38 de esta providencia, es decir, a la manera en que la ejecución de proyectos de desarrollo, como lo es, en este caso, el malecón perimetral del mar, puede afectar los derechos fundamentales de los individuos, grupos y comunidades asentados en su área de influencia, puntualmente, cuando el proyecto involucra la implementación de programas de reubicación.

60. Lo referido por los intervinientes en el trámite de revisión demuestra que, al menos desde 2001, Buenaventura se encuentra inmersa en un proceso de renovación urbana que, entre otros aspectos, aspira a generar un espacio público para el disfrute y promoción de la vocación marina de la ciudad, que la abra “al mar y a sus esteros mediante corredores paisajísticos, parques ecológicos, espacios de recreación y deportes, miradores y un malecón turístico”.^[81] De acuerdo con el Plan de Ordenamiento Territorial de Buenaventura (POT) y de dos documentos adoptados por el Consejo de Política Económica y Social (Conpes) en 2006 y 2007, tal proceso involucra la reubicación de las viviendas localizadas en zonas de alto riesgo en el sector sur de la isla de Cascajal.

61. El POT de Buenaventura, aprobado por el Acuerdo 03 de 2001, contempla expresamente esos planes. Su artículo 38 identifica a los terrenos de bajamar[82] como áreas sujetas a reubicación que, una vez recuperadas, “entrarán a formar parte de la estructura del espacio público, donde emplazarán zonas para la recreación, corredores paisajísticos apoyados por núcleos verdes, institucionales y turísticos que permitirán la protección y conservación de los recursos naturales, incluido el hídrico”. La misma disposición informa, en su párrafo 2º, que la reubicación se localizará en las zonas nororiental y suroriental de la ciudad, que la propuesta debe contemplar un estudio de socialización y concertación que permita llevar a buen término y sin mayores traumatismos el proceso y que se realizará “en forma gradual y específica de acuerdo a los estudios de riesgo no mitigable”.

El plan precisa, además, que las áreas sujetas a reubicación son las de la zona sur del sector insular, “concretamente en zona de terrenos de bajamar en condiciones de amenaza y/o riesgo no mitigable y algunas que están ubicadas sobre cuerpos de agua que requieren de protección”. Luego, indica que las viviendas por reubicar son aquellas que “tienen pésimas condiciones de construcción y más expuestas al mar abierto o tsunami” y advierte que la reubicación debería concertarse con las comunidades concernidas.

Finalmente, reconoce la importancia de adoptar estrategias y programas para la atención de las viviendas palafíticas ubicadas en terrenos de bajamar con amenaza y/o riesgo mitigable, “propendiendo por un mejoramiento de las condiciones de hábitat y conservando la tradición cultural de las viviendas sobre esos territorios”. Las viviendas de bajamar por mejorar serían aquellas exentas de la influencia de tsunami.

62. El documento Conpes 3410 de 2006, relativo a la “Política de Estado para mejorar las condiciones de vida de la población de Buenaventura”, da cuenta, a su turno, de “la problemática de asentamientos precarios en la zona de bajamar y el corredor férreo”. Siguiendo los lineamientos del POT, el Conpes menciona la necesidad de adelantar procesos para mejorar los barrios y reasentar a la población en zona de riesgo o suelo de protección, lo cual, señala, implica acciones articuladas de mitigación de riesgos, servicios básicos, saneamiento, espacio público, accesibilidad, movilidad, equipamiento social, y vivienda.

El documento Conpes 3476 de 2007, sobre la “Importancia estratégica de los

macroproyectos de vivienda de interés social en Cali y Buenaventura”, explica que el macroproyecto de vivienda que el gobierno nacional pretende realizar en Buenaventura involucra la reubicación de 3.400 hogares ya censados que estarían localizados, según el gobierno distrital, en zonas de alto riesgo del sector sur de la isla de Cascajal. A continuación, anuncia la implementación del proyecto de espacio público Malecón Perimetral del Mar, “con el fin de evitar la nueva ocupación de las zonas de bajamar liberadas con el reasentamiento y de contribuir al desarrollo urbano de la ciudad”.

63. Los mencionados documentos confirman, entonces, que tanto el Distrito de Buenaventura como el gobierno Nacional se propusieron llevar a cabo unas reubicaciones cuya justificación tendría que ver, tanto con la necesidad de prevenir que las familias que habitan asentamientos “precarios” en bajamar se vieran afectadas por los fenómenos naturales que podrían impactar en la zona, como con la intención de materializar el modelo de uso del territorio avalado por el POT de 2001, que se propuso consolidar a Buenaventura como el principal centro regional y nacional sobre el Pacífico, desarrollando e integrando las actividades pesquera, industrial, agroindustrial y de turismo ecológico a las vinculadas con los servicios portuarios.[83]

El POT, los documentos Conpes y las autoridades que intervinieron en este trámite reconocieron que la puesta en marcha de los planes de reubicación exigía llevar a cabo procesos de concertación con las comunidades. Así, mientras el artículo 142 del POT menciona que la reubicación de los asentamientos palafíticos en zonas con amenaza y/o riesgo no mitigable debe concertarse con las comunidades que los habitan, el Ministerio de Vivienda refirió, en sede de revisión, que fue la Universidad del Pacífico la que en su condición de gerente social del MVISNSA se encargó de socializarlo con los habitantes de bajamar. Según informó, el proceso de socialización incluyó varias etapas que involucraron la integración de una mesa de concertación, la elaboración de un censo poblacional, la creación de una organización comunitaria para el proceso de diálogo y concertación y el diseño de cohortes poblacionales para llevar a cabo el traslado.

64. A las actividades que se habrían llevado a cabo en aras de la socialización de los planes de reasentamiento se refirieron, también, las direcciones de Consulta Previa y de Comunidades Negras del Ministerio del Interior y la Defensoría del Pueblo. La primera explicó que las comunidades afrocolombianas que serían reubicadas en las viviendas del

MVISNSA no habían sido consultadas sobre el particular porque deseaban participar en un proceso de diálogo y concertación coordinado por la Dirección de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del ministerio. Pese a eso, resaltó que las comunidades que serían reubicadas hacían parte de la población urbana y que se verían beneficiadas por el proyecto, dado que se preservaría su derecho a la vida como bien jurídico superior.

Paradójicamente, al ser indagada sobre el tema, la Dirección de Comunidades Negras informó que no había realizado ninguna diligencia relacionada con la consulta de los planes de reasentamiento, porque tal labor no era de su competencia. De todas maneras, aseguró que no había recibido ninguna solicitud respecto del acompañamiento y participación a la implementación del proyecto de espacio público Malecón Perimetral del Mar, y que, al no haber recibido la invitación correspondiente, no había intervenido en ese sentido.

65. Esos planteamientos contrastan con la intervención de la Defensoría del Pueblo, que informó sobre el interés de la población de bajamar en ser informada y participar en la adopción de las decisiones relacionadas con los planes de reasentamiento. Tal interés se vio reflejado en la conformación de instancias de representación para participar en eventuales procesos de concertación y consulta previa, entre los que se cuentan un comité para la defensa de los derechos territoriales de las personas asentadas en la zona sur de Buenaventura y una corporación comunitaria que perseguía el mismo propósito.

Además, la Defensoría relacionó algunas reuniones que llevó a cabo con funcionarios de la Procuraduría Provincial y de la Personería Distrital de Buenaventura, en las que se discutió la necesidad de que un proceso de consulta previa relativo al eventual reasentamiento de la población de bajamar contara con el acompañamiento del ministerio público en el nivel nacional.

66. En cuanto a la alcaldía de Buenaventura, hace falta recordar que su intervención se limitó a la remisión de documentos relacionados con las gestiones que realizó la Universidad del Pacífico en cumplimiento de un contrato de consultoría para el acompañamiento social de las familias que serían reubicadas en el MVISNSA. Entre ellos figura un informe que, según se afirma, buscaba aportar elementos para tomar decisiones y generar insumos en aras de abordar el proceso de diálogo y concertación correspondiente.

El informe, elaborado en febrero de 2011, contempla los lineamientos de política y legislación para las zonas de bajamar en riesgo, evalúa las amenazas naturales y las bases para la mitigación del riesgo en el área urbana de Buenaventura e incluye un acápite sobre el contexto geográfico y estadístico de la zona de bajamar de Cascajal que contiene censos, una caracterización de las viviendas y una exposición de las condiciones de la población que las habita.

El documento indica que, al momento de iniciar el acompañamiento social, las condiciones en el área estaban marcadas por los siguientes factores:

“-Perturbación del orden público por presencia y confrontación de grupos armados al margen de la ley.

-Restricciones para la libre circulación en la zona, por la presencia de grupos ilegales.

-Desplazamientos forzados de la población en el 2006 y en el 2008.

-Deterioro del tejido social.

-Procesos de reubicación fallidos en el pasado.

-Población con información imprecisa sobre el macroproyecto y con expectativas de titular y/o negociar sus posesiones.

-Población desapercibida sobre las condiciones de riesgo.

-Desconfianza e incredulidad de la población”.[84]

“-El Macroproyecto se ha socializado en toda el área de estudio; la población conoce la vivienda prototipo y el avance de la construcción de las mismas en la Ciudadela San Antonio.

-Durante el proceso se han conformado dos organizaciones comunitarias creadas en el marco de la participación ciudadana, amparada en la Constitución Política, por tanto no se inscriben (sic) dentro del Convenio 169 de la OIT.

-El macroproyecto dispone de una caracterización de la población estudiada cuyos datos primarios están georeferenciados; esta información da cuenta de las condiciones demográficas, sociales y económicas de la población, la cual debe ser complementada con los aspectos culturales.

-Para continuar con la fase de traslado es necesario complementar la cartografía social o cualquier otro tipo de ejercicio participativo a través del cual la comunidad estructura escenarios de futuro, que a su vez se constituyan en el punto de partida para el cumplimiento de la Ley 21 de 1991.

-En el área de estudio hacen presencia una serie de actores que cuestionan la reubicación, quienes han publicado sus argumentos en diferentes páginas de internet. Se recomienda no desestimar su capacidad de convocatoria y persuasión”.[85]

67. Lo referido en los párrafos precedentes corrobora que las autoridades involucradas en la ejecución de los planes de reubicación de la población de bajamar han advertido la necesidad de que los mismos se supediten al agotamiento de un proceso de concertación previo, que permita que las familias que habitan asentamientos que el POT de Buenaventura califica como precarios y que, en todo caso, están localizados en zona “con amenaza y/o riesgo no mitigable”, participen en las decisiones relacionadas con el reasentamiento.

Pese a esto, se advierten contradicciones en lo que, sobre el particular, manifestaron los intervinientes. Así, mientras la Defensoría del Pueblo y la gerente social del proyecto –la Universidad del Pacífico- reconocieron que es necesario adelantar un proceso de consulta previa que respete las especificidades culturales de los habitantes de bajamar, los funcionarios del Ministerio del Interior cuestionaron que estos tuvieran la titularidad de este derecho, debido a su carácter urbano y a que la reubicación les reporta un beneficio, en tanto busca preservar su vida, en cumplimiento del marco normativo relativo a la prevención de desastres.

Los planteamientos que en tal dirección formuló el Ministerio del Interior se apartan de la jurisprudencia constitucional que impide descartar la condición de titular de derechos étnicos que reivindica determinada comunidad con el argumento de que habita territorios urbanos.[86] También contradice los precedentes que imponen consultar aquellas medidas

que generen una hipótesis de afectación directa a estos colectivos, sin considerar si la misma les genera un beneficio o un perjuicio, en tanto son ellas las llamadas a pronunciarse al respecto. No obstante, la Sala no se referirá a este aspecto, toda vez que el accionante no estaba legitimado para proponer un debate sobre la eventual infracción del derecho a la consulta previa.

68. Ahora bien, el interrogante que surge en el marco de la discusión relativa a la eventual trasgresión de los derechos fundamentales de Gustavo Mestizo Ruiz, es si las medidas de concertación que se adelantaron por cuenta de la labor realizada por la Universidad del Pacífico como gerente social del MVISNSA garantizaron su derecho a participar en la adopción de las decisiones relativas a su eventual reasentamiento en la zona continental de Cascajal.

Esto, sin embargo, exige absolver preliminarmente si el accionante es titular del derecho a participar sobre la adopción de esas decisiones. Así, es preciso volver sobre los planteamientos efectuados en la parte motiva de esta providencia acerca de los derechos que ostentan las “personas, familias y comunidades” afectadas por procesos de reubicación asociados a la ejecución de proyecto de desarrollo, como, en este caso, el proceso de renovación urbana que se lleva a cabo en Buenaventura.

69. Los instrumentos internacionales de protección que la Sala estudió antes incluyen dentro de la definición de desalojos forzosos generados por el desarrollo todas aquellas situaciones que, por cuenta de la ejecución de proyectos de desarrollo, infraestructura, adquisición de tierras o renovación urbana, entre otros, conducen a que personas, familias y comunidades sean trasladadas de sus hogares o de sus tierras involuntariamente, cuando tal traslado las priva de los recursos de los que derivaban su subsistencia, limita su capacidad de residir y trabajar en una vivienda, residencia o lugar particulares y no se les ofrecen formas apropiadas de protección jurídica, en las condiciones contempladas en los instrumentos internacionales de derechos humanos.[87]

La narración realizada por el peticionario en el escrito de tutela y las pruebas allegadas al expediente dan cuenta de la situación objeto de estudio se ajusta a tales supuestos, toda vez que i) los planes de reubicación que ha promovido la alcaldía de Buenaventura con el apoyo del gobierno nacional responden a un proceso de ordenamiento territorial que

aspira a promover la vocación marina de la ciudad y a aprovechar su potencial como centro de prestación de servicios industriales, portuarios, pesqueros y turísticos en el Pacífico; ii) el peticionario no desea ser trasladado de la zona de bajamar de la isla de Cascajal, que ha sido habitada por sus familiares por generaciones y en donde construyó una vivienda que le permite interactuar con el mar y con las comunidades con la que comparte lazos de hermandad y características culturales; iii) la reubicación privaría al señor Mestizo Ruiz de los recursos de los que derivaba su subsistencia, así como de su capacidad de residir en bajamar y de trabajar en ese lugar[88] y iv) el accionante no contó con formas apropiadas de protección jurídica frente al eventual desalojo.

Esta última conclusión requiere unas precisiones adicionales, atendiendo al hecho de que el concepto de desalojo forzoso esté vinculado a un juicio sobre el cumplimiento de las obligaciones que incumben a los Estados frente a la reubicación de las comunidades asentadas en el área de influencia de proyectos de desarrollo.

70. De conformidad con lo contemplado en los fundamentos jurídicos 35 a 37 de esta providencia, los Estados partes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales deben abstenerse de realizar desalojos forzosos. En el evento de que deban llevar a cabo algún proceso de reasentamiento involuntario, tras descartar todas las alternativas posibles, están obligados a adoptar las medidas que corresponda para evitar que estos se realicen en contravención de las normas internacionales de derechos humanos. De incumplirse las reglas previstas sobre el particular, los referidos procesos de reubicación se constituirían en desalojo forzoso. Así las cosas, haría falta identificar esas obligaciones, ejercicio que ya llevó a cabo la Sala, distinguiendo unos compromisos generales y unos deberes específicos que deben satisfacerse antes, durante y después de los desalojos.

Varias de esas obligaciones atañen a la garantía del derecho de las personas, familias y comunidades afectadas por un eventual proceso de reubicación a participar en la adopción de las decisiones relacionadas con el traslado, lo cual, adicionalmente, contribuye a la salvaguarda de su derecho a la vivienda digna. Así lo recordó recientemente la Sentencia T-109 de 2015[89], al amparar los derechos fundamentales de un grupo de familias de Floridablanca, Santander, que fueron desalojadas de un predio en desarrollo de un proceso policivo que se efectuó en contravía de los compromisos adquiridos por el Estado frente a la

prohibición de los desalojos forzosos. Al respecto, señaló la referida providencia:

“(…) la Corte ha advertido sobre la necesidad de que este tipo de medidas cuenten con la plena participación de los directamente involucrados. Por ello ha ordenado que se les informe de manera precisa a las personas por qué tendrán que salir, a dónde, cuándo y cómo será el traslado. Pero la participación efectiva de la comunidad requiere más que el acceso a la información; demanda igualmente una correcta asesoría jurídica que empodere a los ciudadanos con respecto a los recursos legales con que cuentan para hacer valer sus derechos y exigir las medidas de reparación a que haya lugar. Por esta razón en ocasiones la Corte ha ordenado el acompañamiento integral de la Defensoría del Pueblo y las Personerías Municipales, así como un proceso de sensibilización de los afectados para entender, a su vez, las obligaciones que como ciudadanos tienen y la necesidad impostergable, por ejemplo, de evacuar zonas de alto riesgo.

En conclusión, lo que reclama el ordenamiento constitucional es que el empeño que despliega la administración para desalojar comunidades enteras, derribar habitaciones y recuperar tierras, sea por lo menos equivalente a la diligencia que demuestre al momento de diseñar programas públicos de vivienda y atención para grupos especialmente marginados.”<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-109-15.htm> - _ftn91.

71. La perspectiva consignada en la Sentencia T-109 de 2015 parte, precisamente, de una lectura de los estándares de protección frente a los desalojos forzosos que la Sala identificó previamente. La revisión de esos lineamientos confirma, también, que las medidas de reubicación que se propuso adelantar la alcaldía distrital de Buenaventura para proteger a las familias asentadas en las zonas de bajamar expuestas a riesgos de desastre natural e impulsar el proceso de renovación urbana del distrito no se ajustaron a los estándares que los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos establecen respecto de la prohibición de realizar desalojos forzosos.

De conformidad con los hechos probados en el expediente, la decisión de trasladar a las familias asentadas en los terrenos de bajamar a la zona continental de Buenaventura supuso el incumplimiento de los compromisos del Estado frente a la reubicación de las personas, familias y comunidades asentadas en el área de influencia de proyectos de desarrollo. Puntualmente, configuró el cumplimiento de las obligaciones de difundir

información oportuna y adecuada sobre los planes de reubicación, sobre los motivos que la justificaban, sobre la imposibilidad de alcanzar esos propósitos por medios diferentes y el marco normativo que protegía a los potenciales afectados por la medida. La población de bajamar no accedió a asesoría técnica y jurídica para valorar sus opciones frente a la propuesta de la administración distrital ni contó con la oportunidad de expresar su punto de vista o de plantear propuestas alternativas a la reubicación.

El incumplimiento de las obligaciones de difundir información oportuna y adecuada sobre los planes de reubicación, de estudiar todas las alternativas posibles al mismo y de brindar espacios de participación adecuados a los potenciales afectados.

72. A la luz de los principios contemplados en la Observación General N° 7 sobre los desalojos forzosos, las Directrices completas para los derechos humanos en relación con los desplazamientos basados en el desarrollo y los Principios y Directrices sobre los desalojos y desplazamiento generados por el desarrollo, los Estados tienen una obligación general de difundir información oportuna y adecuada sobre los derechos humanos, las leyes y las políticas relacionadas con la protección contra los desalojos.

Así mismo, deben asegurar que los potenciales afectados con una política de desalojo específica cuenten con la información suficiente sobre aquella, para que puedan estudiar a fondo todas las alternativas posibles a los actos que acarreen el desalojo y plantear sus objeciones y propuestas al respecto, en un escenario de participación adecuado. De hecho, los Estados tienen un compromiso concreto con la evaluación de opciones distintas a la ejecución de los desalojos, pues estos deben ser excepcionales y producirse, solamente, con el fin de promover el bienestar general.

73. Tales compromisos fueron incumplidos por la alcaldía de Buenaventura en el caso concreto, pues, ni las pruebas allegadas al expediente ni las intervenciones de quienes participaron en el trámite constitucional dan cuenta de que los habitantes de las viviendas palafíticas de bajamar, como el señor Mestizo Ruiz, hubieran sido informados de manera oportuna y adecuada sobre la decisión de reubicarlos en la zona continental de la ciudad, sobre las condiciones en las que la administración distrital pretendía ejecutar el traslado ni, mucho menos, sobre las disposiciones normativas que los protegían frente a un eventual desalojo forzoso.

Recuérdese, al respecto, que aunque la reubicación se proyectó en el POT que el concejo de la ciudad aprobó en 2001, fue el documento Conpes 3476 de 2007 el que advirtió que las familias reubicadas serían 3400, de conformidad con un censo que, según dijo, ya se había realizado. Allí mismo, se anunció que las familias serían trasladadas al MVISNSA y que en las zonas de bajamar liberadas con el reasentamiento se llevaría a cabo el Malecón Perimetral del Mar, posteriormente denominado Malecón Bahía de la Cruz[90].

De todas maneras, ni el POT[91] ni el documento Conpes[92] refieren que la decisión de trasladar a los habitantes de bajamar que ocupaban áreas en condiciones de riesgo no mitigable haya sido puesta en consideración de las comunidades afectadas. Tampoco demuestran que se les haya brindado a las personas, familias y comunidades asentadas en ese lugar la información que requerían para pronunciarse al respecto, ni que se hayan discutido alternativas a la reubicación. La Resolución 0207 de 2009, mediante la cual el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial adoptó el macroproyecto de vivienda, tampoco señala nada al respecto.

74. En contraste, varias circunstancias corroboran que la falta de información oportuna y completa sobre los planes de reubicación y la ausencia de espacios de concertación destinados a garantizar que los potenciales afectados se pronunciaran al respecto vulneró el derecho del accionante y de las demás personas que se encontraban en sus mismas condiciones a participar en la adopción de las decisiones relativas a su eventual traslado a las viviendas del MVISNSA.

De tal situación da cuenta, por ejemplo, el hecho de que la Defensoría del Pueblo solo se haya enterado de la ejecución del macroproyecto en 2009, a raíz de las peticiones que los consejos comunitarios asentados en su área de influencia formularon con el fin de ser informados sobre la oportunidad y las condiciones en las que serían consultados al respecto.[93] El funcionario de la Defensoría que intervino en este trámite constitucional manifestó, en ese sentido, que solo desde entonces la entidad comenzó a indagar sobre el MVISNSA y sobre la forma en que su ejecución podría afectar a las comunidades negras e indígenas que habitaban el lugar y a la población de Cascajal que sería trasladada allí.

75. Las pruebas que la Defensoría incorporó al expediente confirman, de hecho, la incertidumbre que las noticias sobre una eventual reubicación crearon entre la comunidad

de bajamar y su interés en contar con información al respecto. La entidad remitió copia de las peticiones que la Corporación Comunitaria para la Defensa de los Derechos Territoriales de las Poblaciones asentadas en la zona sur de la isla de Cascajal y el Comité Inter-organizacional de Buenaventura enviaron a varias autoridades involucradas en los planes de reubicación, solicitando la garantía de su derecho a participar en procesos consultivos que se realizarían al respecto y apoyo en la capacitación de la comunidad sobre el derecho a la consulta previa y la protección de los derechos territoriales de las comunidades negras y afrocolombianas.

En una de esas comunicaciones, de mayo de 2010, la presidenta de la Corporación Comunitaria, Noralba Guevara, informó al Ministro de Vivienda, Ambiente y Desarrollo Territorial que la Corporación y el Comité para la Defensa de los derechos territoriales de las personas asentadas en la zona sur de Cascajal estaban legítimamente conformados por las juntas de acción comunal, las juntas administradoras locales, líderes e integrantes de las comunidades que “de manera autónoma se organizaron para hacerle frente al Macroproyecto de Vivienda de Interés Social y comunitario”. El escrito denuncia la falta de interés de los responsables del macroproyecto en cumplir los compromisos adquiridos en el marco del proceso de concertación que adelantaba la Universidad del Pacífico y sobre la “omisión de información hacia el comité y hacia la mesa” en relación con el diseño, la construcción y ejecución de las nuevas viviendas.

Luego, en diciembre del mismo año, la corporación le manifestó al entonces Defensor del Pueblo que las juntas de acción comunal de los barrios Alfonso López Pumarejo, Viento Libre, Playita Parte Alta, Pascual de Andagoya, Playita Parte Baja, Muroyusti, Alberto Lleras Camargo, El Capricho y Piedras Cantan le habían dado avales expresos para representarlas en el proceso de consulta previa con las personas de bajamar que serían reubicadas en el macroproyecto de vivienda.[94]

La Defensoría remitió, además, la copia de una carta que el Comité Inter-organizacional de Buenaventura, integrado por organizaciones sociales de la ciudad y organizaciones de base de la zona de bajamar de Cascajal[95] les dirigió a la personera distrital, a la Procuradora Provincial y al Defensor Comunitario, dando cuenta de la realidad que vivían las comunidades de la zona sur de Cascajal a raíz de los proyectos de infraestructura portuaria y turística, como el malecón, la vía perimetral y el MVISNSA. En concreto, el Comité

manifestó su preocupación respecto al hecho de que se siguieran desarrollando las acciones del componente social y de obras civiles del macroproyecto, pero no las acciones correspondientes a los procesos preconsultivos y espacios participativos a los que el propio Ministerio del Interior se había comprometido.

En este punto, el Comité se refirió a la respuesta que esa cartera le dio a un derecho de petición formulado por el señor Adriel Ruiz, habitante del barrio Pablo Lleras de Buenaventura. Tal documento, en el que el ministerio reconocía la necesidad de dar inicio en el menor tiempo posible al proyecto de consulta previa con las comunidades que serían reubicadas es, precisamente, aquel que el accionante allegó con la tutela[96] y por cuenta del cual los jueces de instancia decidieron que el proceso de consulta previa solicitado por él estaba en marcha.

76. Las autoridades accionadas no demostraron que los procesos consultivos se hubieran llevado a cabo. No obstante, como en el marco de la ausencia de legitimación del peticionario para invocar el amparo de ese derecho la Sala carece de competencia para pronunciarse sobre su exigibilidad en este caso, estudiará, solamente, la eventual infracción de los derechos fundamentales de Gustavo Mestizo Ruiz y de los demás habitantes de bajamar que han sido o serán reubicados en el marco de un proceso que no satisfizo los estándares internacionales de protección frente a los desalojos forzosos.

Para la Sala es claro que el déficit de información pertinente, transparente y adecuada que signó el anuncio y el desarrollo de los planes de reubicar las viviendas palafíticas de los terrenos de bajamar de la zona sur de Cascajal en el MVISNSA vulnera los derechos fundamentales a la participación y a la vivienda digna del peticionario y de todas aquellas personas, familias y comunidades que se encuentran en la misma situación de hecho.

En efecto, no hay prueba de que se haya justificado de manera detallada la decisión de reubicación ni de que se haya aludido a la ausencia de alternativas razonables que obligaran a ejecutarla, como lo exigen los principios básicos y las directrices sobre los desalojos y desplazamientos generados por el desarrollo. Tampoco se brindó información sobre los mecanismos de protección frente a un eventual desalojo forzoso ni se puso a disposición de los potenciales afectados asesoría técnica y jurídica sobre sus derechos y opciones.

También es evidente la ausencia de espacios de participación destinados a garantizar que los potenciales afectados por la reubicación formularan alternativas a la medida y concertaran, en caso de avalarla, las condiciones en las que debería efectuarse. Si bien se llevaron a cabo labores de difusión del MVISNSA en ciertos sectores (aquellas que llevó a cabo la Universidad del Pacífico como gerente social del Macroproyecto), las mismas no se efectuaron en el marco de una convocatoria pública que garantizara que todas las personas, familias y comunidades potencialmente afectadas por los planes de reubicación pudieran participar de ese proceso en condiciones de igualdad, transparencia y buena fe.

77. El informe que la alcaldía de Buenaventura aportó a este trámite con el fin de demostrar la labor de acompañamiento social que habría llevado a cabo la Universidad del Pacífico, alude, solamente, a la ejecución de una fase de socialización en el marco de la cual, dice, los habitantes de bajamar fueron informados sobre el prototipo de vivienda al que serían reubicados y el estado de las obras del macroproyecto. Esto confirma que las comunidades no fueron informadas sobre una propuesta de reubicación, sino sobre una decisión adoptada unilateralmente por la alcaldía de Buenaventura, con el apoyo del Gobierno nacional, según lo previsto en el POT y en los documentos Conpes que aquí se referenciaron.

Llama la atención, en cambio, que el informe haya dado cuenta de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los pobladores de bajamar y de su desconfianza frente a la administración distrital, dada la situación de orden público que se vive en la zona y de experiencias anteriores de desplazamiento forzado y procesos de reubicación fallidos.[97] De ahí que haya recomendado complementar la cartografía social o realizar otro tipo de ejercicio participativo que involucrara a la comunidad en la concertación de las condiciones del macroproyecto. [98]

Esos ejercicios no se llevaron a cabo, en el marco de lo discutido y probado en este trámite. Más allá de esto, es el incumplimiento de las obligaciones que le incumbían a la alcaldía de Buenaventura frente a la difusión de información oportuna y adecuada sobre los planes de reubicación y la creación de espacios de participación para concertar esos planes con los potenciales afectados por la medida el que impone proteger los derechos fundamentales a la participación y a la vivienda digna de Gustavo Mestizo Ruiz y de todas aquellas personas, familias y comunidades que se encuentren en sus mismas circunstancias, esto es, que

residan en los terrenos de bajamar de la zona sur de Buenaventura y estén sujetas a una eventual reubicación –o hayan sido ya reubicadas- en desarrollo de los planes de renovación urbana o medidas de prevención de desastres adelantados por la alcaldía de Buenaventura.

78. Por esas razones, la Sala revocará los fallos de instancia, que denegaron el amparo reclamado por Gustavo Mestizo Ruiz. En su lugar, declarará improcedente su solicitud frente a la protección del derecho fundamental a la consulta previa y protegerá sus derechos a la participación y a la vivienda digna, con efectos inter comunis[99].

En aras de la efectiva protección de esos derechos fundamentales, la Sala le ordenará a la alcaldía de Buenaventura elaborar un informe sobre el estado actual de del proceso de reubicación de las personas, familias y comunidades que están asentadas en los terrenos de bajamar calificados como áreas en condiciones de amenaza y/o riesgo no mitigable, en los términos previstos en su plan de ordenamiento territorial, y sobre los planes que haya elaborado en relación con futuras reubicaciones de esas viviendas.

El informe, que deberá reunir las condiciones que se precisarán en la parte resolutive de esta providencia, deberá elaborarse dentro de los 30 días siguientes a la comunicación del fallo y publicarse en un lugar de fácil visibilidad y acceso del sitio web oficial de la alcaldía distrital de Buenaventura. Una síntesis del mismo, que anuncie la publicación del informe completo en la página web, deberá publicarse en un periódico de circulación regional. Además, la alcaldía deberá remitir una copia del informe a la Defensoría del Pueblo, a la Procuraduría General de la Nación y a la Personería Distrital de Buenaventura, con el objeto de que formulen las observaciones y recomendaciones que encuentren pertinentes, en el marco de una audiencia pública que deberá convocar para presentar los resultados del informe y discutir los planes de reubicación con los potenciales afectados.

La audiencia deberá conducir a la concertación de nuevos espacios de participación que permitan hacer un seguimiento a las medidas de reubicación, en caso de que en los términos de esta sentencia, los involucrados lleguen a determinar que no hay otras alternativas posibles. Las actas de la audiencia y de todas las reuniones que se efectúen con posterioridad a ella serán publicadas, también, en un sitio visible de la página web de la alcaldía de Buenaventura, para garantizar la transparencia y publicidad del proceso.

Mientras tal proceso se lleva a cabo, con la colaboración que, para el efecto, les solicitará la Sala a los representantes del Ministerio Público, la alcaldía de Buenaventura deberá abstenerse de desalojar, trasladar o reubicar a los habitantes de los terrenos de bajamar de la zona sur de Cascajal.

Finalmente, la Sala le advertirá a la alcaldía de Buenaventura que la decisión adoptada en esta oportunidad respecto del cumplimiento de las obligaciones que le incumben frente a la garantía de los derechos fundamentales de las personas, familias y comunidades que habitan los terrenos de bajamar susceptibles de reubicación no la exime de adelantar los procesos de consulta previa que corresponda, en caso de que las reubicaciones impacten en comunidades étnicas o culturales protegidas por el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de la Corte.

III. DECISIÓN.

De conformidad con lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo colombiano y por mandato de la Constitución Política,

Primero. Levantar la suspensión de términos decretada para fallar el presente asunto.

Segundo. Revocar las sentencias proferidas por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el dieciséis (16) de diciembre de dos mil once (2011), en primera instancia, y por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el diez (10) de febrero de dos mil doce (2012), en segunda instancia, en tanto denegaron el amparo de los derechos fundamentales del accionante, Gustavo Mestizo Ruiz. En su lugar, declarar improcedente la acción de tutela frente a la protección del derecho fundamental a la consulta previa y amparar, con efectos inter comunis, sus derechos fundamentales a la participación y a la vivienda digna.

Tercero. Ordenar a la alcaldía de Buenaventura que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la comunicación de esta providencia, elabore un informe sobre el estado actual del proceso de reubicación de las personas, familias y comunidades que están asentadas en los terrenos de bajamar de la zona sur de la isla de Cascajal calificados como áreas en condiciones de amenaza y/o riesgo no mitigable, en los términos del Acuerdo 03 de 2001

(Plan de Ordenamiento Territorial de Buenaventura) y sobre los planes que existan en relación con futuras reubicaciones. El informe deberá contener información puntual, transparente, adecuada y completa sobre los siguientes aspectos:

i) El estado actual del proyecto Malecón Perimetral del Mar o Malecón Bahía de la Cruz y la relación de personas, familias y comunidades que han sido reubicadas, hasta la fecha de presentación del informe, por cuenta de las obras que se han efectuado en el marco del proyecto. La alcaldía deberá explicar cuántas de esas familias fueron trasladadas al Macroproyecto de Vivienda de Interés Social Nacional Ciudadela de San Antonio y precisar a qué zonas han sido trasladadas las demás personas y comunidades que no fueron reasentadas en ese lugar.

ii) La identificación de las viviendas que estarían sujetas a una futura reubicación, por encontrarse, en los términos del Acuerdo 03 de 2001 (Plan de Ordenamiento Territorial de Buenaventura), en áreas en condiciones de amenaza y/o riesgo no mitigable de los terrenos de bajamar de la zona sur de Cascajal, o por estar asentadas en el área de influencia del Malecón Bahía de la Cruz.

iii) La explicación de las circunstancias excepcionales que en su criterio justifican la reubicación de esas viviendas en los términos de los instrumentos de protección de los derechos humanos mencionados en esta providencia. La alcaldía deberá exponer, por lo tanto, las razones que demuestren que la reubicación pretende promover el bienestar general y que es una medida razonable y proporcionada que respeta los instrumentos referidos.

iv) Los estudios que demuestren que la administración distrital ha valorado todas las alternativas posibles a las medidas de reubicación.

v) El informe deberá incorporar, a manera de anexo, las consideraciones contempladas en la línea jurisprudencial “Derechos de las personas, familias y comunidades afectadas por procesos de reubicación asociados a la ejecución de proyectos de desarrollo. La prohibición de los desalojos forzosos y la obligación de obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades étnicas”, incluida en los fundamentos jurídicos 29 a 42 de esta providencia.

Cuarto. Ordenar a la alcaldía de Buenaventura, que dentro de los cinco (5) días siguientes al término contemplado en el numeral tercero de la parte resolutive de esta providencia, publique el mencionado informe en un lugar de fácil visibilidad y acceso de la página de inicio de su sitio web oficial. La alcaldía deberá publicar, en la misma oportunidad, una síntesis del informe en un periódico de circulación regional, precisando que el documento completo se encuentra disponible en su página web.

Quinto. Ordenar a la alcaldía de Buenaventura que, dentro de los cinco (5) días siguientes al término contemplado en el numeral tercero de la parte resolutive de esta sentencia, remita una copia del informe sobre el estado actual del proceso de reubicación de las personas, familias y comunidades que están asentadas en los terrenos de bajamar de la zona sur de la isla de Cascajal a la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y a la Personería municipal, con el objeto de que formulen las observaciones y recomendaciones que encuentren pertinentes.

Sexto. Ordenar a la alcaldía de Buenaventura que, en la misma fecha de publicación del informe y por los mismos medios (a través de su página web y de publicación en un periódico de circulación regional), convoque a las personas, familias y comunidades asentadas en los terrenos de bajamar de la zona sur de la isla de Cascajal y a los funcionarios que la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y la Personería de Buenaventura designen para el efecto, a participar en una audiencia pública para la presentación de los resultados del informe y su discusión con los potenciales afectados por los planes de reubicación.

La convocatoria a la audiencia deberá precisar la fecha, hora y lugar en la que esta se realizará, lo cual debe ocurrir un mes después de la fecha en que se publique el informe. La alcaldía deberá adoptar las medidas logísticas necesarias para asegurar la oportuna inscripción y participación de la población convocada.

Concluidas esas etapas, los intervinientes deberán concertar nuevos espacios destinados a asegurar que los habitantes de los terrenos de bajamar de Cascajal participen de forma efectiva y significativa en la adopción de las decisiones relacionadas con la eventual reubicación de sus viviendas, en caso de que, en los términos de esta sentencia, se llegue a determinar que no existen otras alternativas posibles y que la medida es necesaria.

Con el objeto de garantizar la transparencia y publicidad del proceso, las actas de la audiencia y de las demás reuniones que se lleven a cabo deberán consignarse en un acta que se publicará, junto con el informe, en un sitio visible de la página web de la alcaldía de Buenaventura. Los planes de reasentamiento que se pacten en ese marco deben ajustarse a los estándares internacionales de protección frente a los desalojos forzosos y a la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

Séptimo. Prevenir a la alcaldía de Buenaventura sobre la imposibilidad de desalojar a las familias, personas y comunidades asentadas en los terrenos de bajamar de la zona sur de la isla de Cascajal hasta tanto no culmine el proceso de concertación que se realizará en cumplimiento de esta sentencia.

Octavo. Advertir a la alcaldía de Buenaventura que la celebración de la audiencia que deberá realizar de conformidad con lo establecido en el numeral sexto de esta providencia y las diligencias y medidas que deberá adoptar posteriormente en cumplimiento de los compromisos pactados en ese escenario no la eximen de adelantar los procesos de consulta previa que corresponda, en caso de que los planes de reubicación que pretenda adelantar con ocasión de la construcción del Malecón Bahía de la Cruz impacten sobre comunidades étnicas o culturales, en los términos del Convenio 169 de la OIT y de la jurisprudencia de esta corporación.

Noveno: Solicitar a la Defensoría del Pueblo, a la Procuraduría General de la Nación y a la Personería de Buenaventura que acompañen el cumplimiento de esta sentencia, en el marco de sus funciones legales y de su misión institucional. Con ese objeto, la Secretaría General de la Corte Constitucional les remitirá copia de esta providencia.

Décimo.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada Ponente (e)

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con aclaración de voto

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA T-550/15

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA DE COMUNIDAD AFRODESCENDIENTE-Toda persona que acredite la condición de hacer parte de una comunidad étnica está legitimada para solicitar protección de sus derechos (Aclaración de voto)

No estoy de acuerdo con la decisión de declarar improcedente la acción de tutela en lo concerniente al derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad negra afectada por la construcción del malecón, en Buenaventura. De acuerdo con la posición mayoritaria, el actor no estaba legitimado en la causa para solicitar la protección de este derecho pues, al impugnar el fallo de primera instancia, indicó que presentaba su solicitud a título personal. En mi concepto, el peticionario sí estaba legitimado para invocar la protección de los derechos de la comunidad afrodescendiente a la que pertenece pues, en virtud de un criterio jurisprudencial claramente explicado en la sentencia T-550 de 2015, toda persona que acredite la condición de hacer parte de una comunidad étnica está legitimada para perseguir la protección de sus derechos. Además, en caso de duda acerca de esa condición, el juez constitucional podría, de oficio, solicitar información a la comunidad interesad

Referencia: expediente T-3411524

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán (E)

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional, aclaro mi voto a la sentencia T-550 de 2015. Aunque comparto la decisión de amparar, con efectos intercomunis, los derechos a la participación y a la vivienda digna del accionante, aclaro mi voto frente al tema de la legitimación en la causa y la decisión de la Sala de no abordar el caso desde la perspectiva de la consulta previa. Explico a continuación las razones centrales de mi voto particular:

1. La Sala Novena consideró, acertadamente, que la decisión de trasladar a las familias asentadas en los terrenos de bajamar a la zona continental de Buenaventura supuso el incumplimiento de los compromisos del Estado frente a la reubicación de las personas, familias y comunidades asentadas en el área de influencia de proyectos de desarrollo, lo que indica que no satisfizo los estándares internacionales de protección en casos de desalojo forzoso, específicamente en cuanto a las obligaciones de (i) difundir información oportuna y adecuada sobre los planes de reubicación, (ii) estudiar todas las alternativas posibles antes de llegar al desalojo, (iii) brindar espacios de participación adecuados a los potenciales afectados, (iv) comunicar oportuna y eficazmente a los afectados los mecanismos de protección que la ley prevé en estos eventos y (v) poner a su disposición asesoría técnica y jurídica sobre sus derechos y opciones de acción colectiva.

2. Sin embargo, no estoy de acuerdo con la decisión de declarar improcedente la acción de tutela en lo concerniente al derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad negra afectada por la construcción del malecón, en Buenaventura. De acuerdo con la posición mayoritaria, el actor no estaba legitimado en la causa para solicitar la protección de este derecho pues, al impugnar el fallo de primera instancia, indicó que presentaba su solicitud a título personal. En mi concepto, el peticionario sí estaba legitimado para invocar la protección de los derechos de la comunidad afrodescendiente a la que pertenece pues, en virtud de un criterio jurisprudencial claramente explicado en la sentencia T-550 de 2015, toda persona que acredite la condición de hacer parte de una comunidad étnica está legitimada para perseguir la protección de sus derechos. Además, en caso de duda acerca de esa condición, el juez constitucional podría, de oficio, solicitar información a la

comunidad interesada.

Pero, a pesar de esta objeción, comparto el sentido del fallo, pues cumple con el objetivo de lograr una protección integral y oportuna a los derechos en juego. En efecto, el objeto central de la acción de tutela estudiada, consistía en asegurar la participación de la comunidad negra potencialmente afectada por la construcción del malecón a través del derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos o colectivos que defienden diferencias étnicas y culturales frente al grupo mayoritario.

La sentencia T-550 de 2015 asegura esa participación, mediante el derecho a la participación. Sin embargo, podría pensarse que se trata de una protección de menor nivel a la que la consulta previa asegura para las comunidades afrodescendientes. Pero, en mi criterio, esta conclusión solo puede mantenerse si la consulta se reduce a un punto de vista procedimental, donde el Estado satisface diversos requisitos de trámite. Como este punto de vista no es acertado, dado que la consulta previa es un derecho fundamental autónomo, una herramienta de protección a otros derechos, y una condición de vigencia de la Constitución pluralista y multicultural, es claro que las autoridades solo podrán satisfacer los intereses constitucionales en juego dentro de este proceso, asegurándose que la participación que ha ordenado la Corte se lleva a cabo mediante los estándares de la consulta previa.

Fecha ut supra,

María Victoria Calle Correa

Magistrada

[1] En adelante, el accionante, el peticionario o el demandante.

[2] El peticionario explicó que la comunidad realiza actividades productivas dirigidas a su auto sostenimiento, como la pesca artesanal (chincorro, challo, cabo, volatín, tramallo, catanga, viento y marea), la recolección y venta de moluscos (camarón chambero, piangua, sangara, pateburro, piacuil, bulgao, chorga, meona) y el corte y la venta de madera (peine mono, iguanegro, sande, nato tangare, machare, sajo, sangre gallina, grandillo, entre otros). En cuanto a la utilización de técnicas ancestrales de construcción asociadas al

hábitat, destacó las casas palafíticas y su interacción con el entorno, que en el caso de las comunidades de Cascajal, es el mar.

[3] Oficio OFI10-44878- GCP-0201 del 24 de noviembre de 2010, Ministerio del Interior y de Justicia. Folios 1-5 del cuaderno principal.

[4] Copia del acta de apertura del proceso de consulta previa del macroproyecto de vivienda de interés social nacional “San Antonio” con los Consejos Comunitarios Campo Hermoso, Guadualito y Zacarías y Alianza Fiduciaria S.A. Folios 80-91 del cuaderno principal.

[5] Copia del Acta de Preconsulta del del Macroproyecto de vivienda de interés social nacional “San Antonio” con el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de los Lagos. Folios 61-66 del cuaderno principal.

[6] Folios 74-79 del cuaderno principal.

[7] Copia del acta de los talleres de impactos y medidas. Folios 67-63 del cuaderno principal.

[8] Copia del acta de preconsulta del macroproyecto de vivienda de interés social nacional “San Antonio” con los representantes del resguardo indígena La Meseta Río Dagua. Folios 92-99 del cuaderno principal.

[9] Folio 198, cuaderno 4.

[10] Folios 109 y 110 del cuaderno 3.

[11] Folio 177 del cuaderno 3.

[12] Folio 178 del cuaderno 3.

[13] La alcaldía remitió los siguientes documentos: i) oficio DPOT-D-035-09 de enero 16 de 2009, enviado por el ex alcalde Distrital de Buenaventura, José Felix Ocoro Minota, al Ministerio del Medio Ambiente, en el que informa las “observaciones y propuestas que presenta la Alcandía Distrital de Buenaventura a través de la Dirección de Planeación Distrital al Anteproyecto de Diseño Urbano [del Macroproyecto San Antonio de

Buenaventura] que fue entregado para lo pertinente por la Universidad del Pacífico el pasado 8 de enero del año 2009”; ii) oficio DPOT-D-013-09, enviado al Viceministro del Medio Ambiente; iii) informe sobre la visita de verificación de presencia de grupos étnicos en el área de influencia del macro-proyecto de Interés Social Nacional San Antonio, realizada el 18 de septiembre de 2009 por parte de la Dirección de asuntos para comunidades negras, raizales y palenqueras del Ministerio del Interior y el Grupo de Consulta Previa del despacho de la viceministra del Interior; iv) informes del Grupo de Consulta Previa, de febrero 1 de 2011; v) informe socio demográfico de la caracterización de la población de Bajamar, expedido por la Universidad del Pacífico, que adelantó la caracterización y el acompañamiento social de las personas asentadas en Bajamar que fueron objeto de estudio para reubicación; vi) informe de avances y caracterización del “proceso de consulta previa adelantado hasta la fecha por la doctora Andrea C. Salazar Jaramillo, Representante PA2, contratada por el fideicomiso”; vii) oficio de la Universidad del Pacífico, OPS-010903, de marzo 24 de 2011, depurando beneficiarios para subsidio de vivienda.

[14] i) Consejos Comunitarios Campo Hermoso, Guadualito y Zacarías: La etapa de pre-consulta comenzó en agosto 12 de 2011. El 13 de septiembre se suscribieron unos convenios cuya duración fue suspendida por solicitud de los consejos comunitarios. El 7 de mayo de 2012, el Fondo Nacional de Vivienda le solicitó a la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior su colaboración en la definición de los impactos, medidas de compensación y mitigación que el macroproyecto pudiera generar en las comunidades negras de Zacarías, Campo Hermoso, Guadualito y los Lagos, pero aún no se ha recibido respuesta. ii) Consejo Comunitario Los Lagos: La etapa de preconsulta con este consejo comunitario se inició el 27 de agosto de 2011. En esa ocasión, se acordó de manera verbal suscribir un convenio para garantizar la participación de la comunidad en los estudios de impacto, a la luz del artículo 44 de la Ley 70 de 1993. No obstante, la Dirección de Consulta Previa le informó a Fonvivienda que: “no es necesario adelantar la consulta previa sobre el Macroproyecto de vivienda de interés social nacional “San Antonio” en el Distrito de Buenaventura, sin embargo los acuerdos celebrados en el marco de los principios de responsabilidad social y la participación propios de estos procesos debería continuarse en los términos acordados, sin menosprecio que puedan extenderse a otras comunidades.” En este proceso no se ha formalizado ningún tipo de acuerdo. Por eso, Fonvivienda le solicitó al Alcalde Distrital de Buenaventura su

colaboración como primera autoridad de policía, para dar continuidad a las obras. En el comité fiduciario No. 47 de 2012, Wilmar Garcés Lozano, representante del Alcalde de Buenaventura, informó que la comunidad de los Lagos está interesada en suscribir un convenio con la Fiduciaria Alianza como vocera del patrimonio autónomo, para participar en la consulta previa que adelanta el ministerio. iii) Resguardo Indígena Waunana La Meseta Río Dagua: El 19 de enero de 2012 se suscribió un convenio con el resguardo en la etapa de pre consulta. Para desarrollarlo, se contrató una consultoría que determinará el impacto de la intervención del macroproyecto en materia ambiental. El contrato no ha podido cumplirse por la imposibilidad de entrar al territorio, a causa de los requerimientos de la comunidad, que exige realizar una reunión de alto nivel en Bogotá. En mayo de 2012, Fonvivienda le solicitó a la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y ROM su colaboración e intervención en la definición y alcance de los impactos, medidas de compensación y mitigación que el macroproyecto pueda generar en el Resguardo Indígena de la Meseta Río Dagua.

[15] Informó que el proceso de socialización tuvo las siguientes etapas: Etapa de preparación: Se socializó el macroproyecto y se conformó la mesa de concertación con los habitantes del sector de Bajamar. Etapa de diagnóstico: Se elaboró el censo poblacional, se levantó la información para la creación de la línea base y se desarrolló un sistema de seguimiento y evaluación. Etapa de concertación: Se creó una organización denominada Unidad de la Organización Comunitaria para el Proceso de Diálogo y Concertación y se desarrollaron actividades de participación comunitaria, socialización y sensibilización del macroproyecto, se diseñaron proyectos productivos como los de las parcelas y el cultivo de camarón, preparación de alimentos a gran escala y otros. Etapa de traslado: Se diseñó por cohortes poblacionales bajo supuestos que no se cumplieron, debido a que las viviendas se encuentran construidas pero todavía no gozan de los servicios públicos básicos para ser entregadas. La información relacionada con la primera cohorte de las posibles familias beneficiarias del macroproyecto para la reubicación fue cruzada con las bases de datos del Ministerio de Vivienda, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, cajas de compensación familiar, la Caja de Vivienda Militar, el extinto Inurbe, la Registraduría del Estado Civil y el Banco Agrario, para establecer la idoneidad de los postulantes, según las normas establecidas por el Gobierno para la asignación de subsidios de vivienda. Pese a que el macroproyecto retomó actividades en junio de 2012, el ministerio y el Distrito de Buenaventura tendrán como base para la asignación de las familias la información de la primera cohorte entregada por la Universidad del Pacífico en 2011, con base en las

actividades realizadas en los 3 últimos años.

[16] En este punto, la Sala se remitirá, en lo fundamental, a la Sentencia T-756 de 2014 (M.P. Luis Ernesto Vargas).

[17] La aprobación del Convenio 169 en el marco de la Conferencia General de la OIT celebrada en Ginebra, en 1989, rectificó el enfoque asimilacionista que respecto de la garantía de los derechos de los pueblos indígenas y tribales venía aplicando ese organismo internacional, en el marco de lo dispuesto sobre el particular por el Convenio 107 de 1957. El modelo vigente hasta 1989 partía del supuesto de que los pueblos indígenas terminarían por integrarse a la sociedad mayoritaria, asimilando sus condiciones de vida a las dominantes. El Convenio 189, que, en contraste, reivindica el valor propio de las culturas nativas, parte del supuesto de que deben ser los grupos étnicos, y no la sociedad mayoritaria, quienes determinen qué medidas resultan más convenientes para su desarrollo social, económico y cultural.

[18] Convenio 169 de 1989, artículo 2º. La norma indica que dicho deber involucra la adopción de medidas encaminadas a i) asegurar que los miembros de los pueblos indígenas y tribales gocen de los derechos y oportunidades que la legislación laboral les otorga al resto de la población, ii) a eliminar las diferencias socioeconómicas que pudieran existir entre ellos y los demás miembros de la comunidad nacional y iii) a promover la efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales; todo esto, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones.

[19] Convenio 169 de la OIT, artículo 4º.

[20] Después, el artículo 7º advierte que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a decidir sus prioridades frente al proceso de desarrollo, “en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera”; a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural y a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

[21] Constitución Política, artículos 171 y 176.

[22] Cfr. Ley 99 de 1993, artículo 76.

[23] M.P. Eduardo Cifuentes.

[24] M.P. Hernando Herrera Vergara.

[25] M.P. Antonio Barrera Carbonell

[26] Los fallos, que ampararon los derechos vulnerados a la comunidad indígena Embera Katío de Chajeradó, a las comunidades indígenas del medio Amazonas y a la comunidad indígena U'wa por cuenta de la ejecución de un proyecto de explotación maderera, de la instalación de una base militar y de las actividades de exploración petrolera que se estaban llevando a cabo en terrenos que se ubicaban en sus resguardos, respectivamente, coincidieron en resaltar la importante relación de las comunidades con los territorios que habitan y las implicaciones que conlleva para su supervivencia la contaminación de esos ecosistemas. El fallo de unificación advirtió, en este sentido, que la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección de la integridad social, cultural y económica de esas comunidades, lo cual, a su vez, garantiza y efectiviza su subsistencia como grupo humano y como cultura.

[27] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[28] M.P. Álvaro Tafur.

[29] La sentencia examinó la tutela que promovieron varias comunidades indígenas del Amazonas con el objeto de que se protegiera su derecho a ser consultadas sobre la implementación del “Programa de Erradicación de cultivos Ilícitos” en la Amazonía.

[30] Convenio 169, Artículo 15

[31] Convenio 169, Artículo 16.

[32] Convenio 169, Artículo 17.

[33] Convenio 169. Artículo 22.

[34] Convenio 169, Artículo 27.

[35] Convenio 169. Artículo 28.

[36] M.P. María Victoria Calle.

[38] La Guía para la Aplicación del Convenio 169 explica que el compromiso de los Estados signatarios del Convenio 169 con el apoyo y la entrega de recursos para el fortalecimiento de las instituciones representativas de las comunidades indígenas o tribales tiene que ver con el hecho de que estas se hayan visto afectadas por procesos discriminatorios que han socavado la legitimidad, la capacidad y la base de recursos de la mayoría de sus instituciones de gobierno.

[39] La Sentencia T-576 de 2014 verificó que la trayectoria de las distintas expresiones organizativas de las comunidades negras tras el proceso de “etnización” propiciado por la Constitución de 1991 y la Ley 70 de 1993 fue condicionada por las reglamentaciones de ese cuerpo normativo y por la decisión que adoptó el Consejo de Estado al declarar la nulidad de unas expresiones incluidas en el Decreto 2248 de 1995. Esto condujo a que las organizaciones de base de comunidades negras fueran excluidas de los procesos destinados a constituir la instancia nacional de consulta de las medidas de amplio alcance que pudieran afectar a estas comunidades. La sentencia advirtió que una decisión de esa índole no podía tomarse al margen de los interesados. Por eso, dispuso que serían las propias comunidades las que, en el marco de un proceso consultivo, definirían las “pautas para la integración del espacio nacional de consulta de las decisiones legislativas y administrativas de carácter general que sean susceptibles de afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales”, entre ellas, las relacionadas con las instituciones y organizaciones que podrían representarlas en dicho proceso.

[40] En tal punto, la jurisprudencia constitucional ha seguido el precedente fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia del 28 de noviembre de 2007, que resolvió el caso promovido por el Pueblo Saramaka contra Surinam, a raíz de la construcción de una represa que inundó los territorios tradicionales de esta comunidad étnica. El fallo advirtió que, frente a planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tenía la obligación, no sólo de consultarlos, sino también debe obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones.

[41] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[42] Esto, considerando que la ejecución de proyectos de esa envergadura puede generar cambios profundos sobre el territorio y las formas de vida de estas comunidades, relacionados con la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de los recursos necesarios para su subsistencia física y cultural y la destrucción y contaminación de su ambiente tradicional, etc.

[43] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[44] M.P. Jorge Iván Palacio.

[45] M.P. María Victoria Calle.

[46] El Informe Brundtland, presentado en 1987 por la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas y titulado “Nuestro Futuro Común”, fue el primero en aludir a la posibilidad de diseñar una agenda global que persiguiera el desarrollo económico sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para procurar, también, la satisfacción de sus propias necesidades.

[47] La Declaración de Naciones Unidas sobre el Desarrollo, aprobada por la Asamblea General en 1986, fue el primer instrumento internacional que se refirió a la “persona humana” como el sujeto central del desarrollo y que consagró, en esa línea, que los Estados tienen el derecho y el deber de formular políticas de desarrollo nacional que tiendan a mejorar el bienestar de la población y de los individuos sobre la base de su participación libre, activa y significativa y la distribución equitativa de los beneficios. Esa perspectiva dio lugar a la publicación, desde 1990, de los informes anuales de desarrollo humano, que se proponen “monitorear anualmente el progreso de la humanidad” en términos de la capacidad de cada país para traducir su crecimiento económico en oportunidades para sus habitantes. El informe de 1990, que definió los parámetros para la medición del desarrollo humano, advirtió la importancia de satisfacer las necesidades de la presente generación sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones de satisfacer sus propios requerimientos. Tal principio fue incorporado, después, en la Declaración sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, aprobada en 1992, en Río de Janeiro. La Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, en 1993,

señalaron en el mismo sentido que “El desarrollo propicia el disfrute de todos los derechos humanos, pero la falta de desarrollo no puede invocarse como justificación para limitar los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

[48] La Ley 99 de 1993 señala, en su artículo 1º, que el proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

[49] En este punto, se sigue la Sentencia T-294 de 2014 (M.P. María Victoria Calle).

[50] Tal es el caso de la Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia de medio ambiente, suscrita en Aarhus, Dinamarca, el 25 de junio de 1998. Como lo explicó la Sentencia T-294 de 2014 (M.P. María Victoria Calle), la Convención de Aarhus es el instrumento internacional que detalla, de manera más específica, los compromisos alcanzados por la comunidad internacional en relación con el componente participativo de la justicia ambiental. Su artículo 6º dispone, al respecto, que los procesos de toma de decisiones relativas al medio ambiente deben informarse al público interesado de manera eficaz y oportuna, para que los ciudadanos se preparen y participen efectivamente.

[51] Sobre el particular, indica la Observación General Nº 7: “Además de infringir claramente los derechos consagrados en el Pacto, la práctica de los desalojos forzosos también puede dar lugar a violaciones de derechos civiles y políticos tales como el derecho a la vida, el derecho a la seguridad personal, el derecho a la no injerencia en la vida privada, la familia y el hogar y el derecho a disfrutar en paz de los bienes propios”. Los principios básicos sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo anexos al Informe de Relator Especial de Naciones Unidas en 2007 sostienen, en el mismo sentido, que los desplazamientos forzosos constituyen graves violaciones de una serie de derechos internacionalmente reconocidos, en particular, de los derechos humanos “a una vivienda adecuada, a la alimentación, al agua, a la salud, a la educación, al trabajo, a la seguridad de la persona, a la seguridad del hogar, a la libertad de tratos crueles, inhumanos y degradantes y a la libertad de circulación”.

[52] “Los desalojos forzosos intensifican la desigualdad, los conflictos sociales, la segregación y la creación de guetos, que invariablemente afectan a los sectores de la

sociedad más pobres, más vulnerables social y económicamente y a los marginados, especialmente a las mujeres a los niños, a las minorías y a los pueblos indígenas”. (Principios básicos sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo anexos al Informe de Relator Especial de Naciones Unidas en 2007).

[53] La Observación indica al respecto que “para muchos observadores la referencia a los desalojos forzados es una tautología, en tanto que otros critican la expresión desalojos ilegales, por cuanto supone que la legislación pertinente brinda una protección adecuada y se ajusta al Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales], cosa que no siempre es así en absoluto”.

[54] La Observación se apoya en las declaraciones que, sobre el tema, había efectuado la comunidad internacional en el marco de otras instancias internacionales, como la conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos de 1976, la Estrategia Mundial de Vivienda que aprobó la Asamblea General en 1988, el Programa 21 y el Programa de Hábitat. Sobre esa base, se propuso determinar las circunstancias en que son admisibles los desalojos forzados y enunciar las modalidades de protección que se necesitan para garantizar el respeto de las disposiciones pertinentes del PIDESC.

[55] La Observación reconoce que, aunque el ejercicio de tales derechos no está supeditado, necesariamente, a la adopción de medidas legislativas, una legislación contra los desalojos forzados es una base esencial para crear un sistema de protección eficaz. Una legislación en ese sentido debería incluir medidas que “a) brinden la máxima seguridad de tenencia posible a los ocupantes de tierras y viviendas; b) se ajusten al PIDESC y iii) regulen estrictamente las circunstancias en que puedan llevarse a cabo los desalojos”.

[56] Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo, anexos al Informe de Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la vivienda adecuada. 2007.

[57] Así mismo, en la medida de lo posible, los Estados deben abstenerse de adquirir obligatoriamente viviendas o tierras, a menos que se trate de actos legítimos y necesarios que busquen facilitar el disfrute de los derechos humanos (un desalojo puede considerarse justificado cuando, por ejemplo, busca hacer efectivas medidas de reforma o redistribución de tierras para el beneficio de personas vulnerables). Si se ven obligados, como último

recurso, a llevar a cabo actuaciones de expropiación o adquisición obligatoria, los actos correspondientes deberán estar determinados y previstos en las leyes y normas relativas al desalojo forzoso, efectuarse en aras del bienestar general, ser razonables y proporcionados y ajustarse a los principios y directrices sobre la materia.

[58] Como medidas apropiadas para asegurar el acceso oportuno a recursos, las directrices aluden a “una audiencia imparcial, acceso a la asistencia letrada, asistencia jurídica, retorno, restitución, reasentamiento, rehabilitación e indemnización”.

[59] En los términos de los Principios Básicos y Directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el Desarrollo, el aviso de desalojo debe tener una justificación detallada de la decisión, en particular sobre: “a) la ausencia de alternativas razonables; b) todos los detalles de la alternativa propuesta; y c) cuando no hay alternativas, todas las medidas adoptadas y previstas para reducir al mínimo los efectos perjudiciales de los desalojos”. Un aviso apropiado de desalojo debe, además, permitir y posibilitar que las personas objeto de desalojo hagan un inventario para evaluar sus bienes inmuebles, inversiones y otros bienes materiales que pueden verse dañados. Las personas objeto de desalojo deben contar con la posibilidad de evaluar y documentar las pérdidas no monetarias que deberán ser indemnizadas.

[60] La vivienda alternativa debe estar situada lo más cerca posible del lugar inicial de residencia y la fuente de ingresos de las personas desalojadas.

[61] Como agua potable, energía para cocinar, calefacción y luz, saneamiento, lavaderos de ropa, formas de almacenar alimentos, vertederos de basura, drenajes del lugar y servicios de emergencia y, en los casos apropiados, acceso a recursos naturales y comunes.

[62] En este punto, la Sala se remite, específicamente, a los fundamentos jurídicos de la Sentencia T-109 de 2015 (M.P. Jorge Iván Palacio) que aluden a los límites constitucionales y la salvaguarda del derecho fundamental a una vivienda digna frente a desalojos forzosos. El fallo amparó los derechos fundamentales al debido proceso y a la vivienda digna de varias familias beneficiarias de un proyecto de vivienda de interés social en Floridablanca, Santander, quienes decidieron ocupar el predio en el que se estaba llevando a cabo el proyecto, ante los retrasos en la construcción de las viviendas respectivas. El fallo precisó que, aunque la medida de desalojo que llevó a cabo la autoridad municipal en el marco de

un proceso policivo había sido legítima (en tanto buscaba la recuperación material de un inmueble que fue ocupado de manera inapropiada y evitar que terceros de mala fe se beneficiaran de la ocupación), había incurrido en varias irregularidades que se oponían a los estándares de protección de los desalojos forzados. De acuerdo con la sentencia, los afectados por la diligencia no contaron con asesoramiento legal ni con acompañamiento de las autoridades competentes ni tuvieron la oportunidad de guardar sus enseres y bienes personales. La Sala Sexta de Revisión constató, además, que la solución de albergue de urgencia ofrecida por la alcaldía de Floridablanca no resultaba idónea para los grupos familiares desalojados y que la solución de vivienda transitoria a mediano plazo tampoco resultaba adecuada, a la luz de los criterios fijados por la jurisprudencia de la Corte.

las víctimas de desplazamiento forzado”.

[64] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[65] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[66] El fallo explicó que, de conformidad con la información allegada al expediente, la zona era de riesgo mitigable, lo cual permitía presumir que la medida de manejo del río resultaba adecuada para controlar la amenaza natural – hidrológica que este representaba y que, por lo tanto, sería permitiría mitigar el riesgo y prevenir un desastre en el lugar, en el mediano plazo. No obstante, como la viabilidad de la obra dependería del resultado de los estudios y la evaluación que de los mismos realizaran las autoridades competentes, habría que contemplar, también, un plan adecuado de evacuación por motivos de emergencia, y de eventual reubicación de las personas afectadas, que debería atender, obligatoriamente, las previsiones del artículo 16 del Convenio 169 de la OIT. Particularmente, dijo la sentencia, “el plan debe tomar en cuenta la necesidad de consentimiento de la comunidad, prever la reubicación solo como la última medida de prevención del riesgo o atención del desastre, y asegurar que la comunidad reciba tierras de, por lo menos, la misma calidad y estatus jurídico que la que actualmente ocupa. La adopción de este plan debe surtir el trámite de consulta previa”.

[67] M.P. María Victoria Calle.

[68] Aprobado mediante Acuerdo 03 de mayo de 2001.

[69] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[70] CP, artículo 88: “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.

[71] El fallo amparó los derechos fundamentales amenazados a la comunidad indígena Emberá-Catío del río Chajeradó, en Chocó, por cuenta de la omisión estatal del deber de restauración de los recursos naturales afectados por las actividades de explotación maderera que se estaban llevando a cabo en la zona.

[72] Sobre el tema pueden revisarse, entre otras, las sentencias SU-510 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-514 de 2009 y T-235 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva),

[73] Cfr. Sentencia T-235 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[74] La Sentencia SU-383 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur) señala, al respecto, que “no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia”

[75] Cfr. Sentencia T-576 de 2014 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[76] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[77] Cfr. Sentencias T-745 de 2010 y T-116 de 2011 (M.P. Humberto Sierra), T-091 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero), T-576 de 2014 (M.P. Luis Ernesto Vargas) y T-414 de 2015 (M.P. Luis Guillermo Guerrero).

[78] En concreto, dispuso el fallo: “Los actores son integrantes de las comunidades negras de la Cuenca del río Cacarica, no interesa para efecto de determinar la legitimación de su

pretensión que ostenten la representación de la persona jurídica –Consejo Mayor de la Cuenca del Cacarica-, como tampoco que dicha representación se encuentre actualmente en disputa. Lo expuesto en razón de que la jurisprudencia constitucional tiene definido que las organizaciones que agrupan a los pueblos indígenas y tribales, y quienes pertenecen a éstos, están legitimados para invocar su derecho a la subsistencia e integridad cultural. Resulta claro, entonces, que los accionantes están legitimados para invocar la protección del Juez Constitucional, sin consideración al estado actual de la representación de su comunidad, en cuanto persona jurídica i) porque pertenecen a las comunidades negras que ocupan la ribera del río Cacarica, y los artículos 2° y 7° constitucionales reconocen y protegen el derecho de éstos pueblos a la diferencia, ii) dado que el artículo 58 de la Carta ampara las formas asociativas y solidarias de propiedad, que los integrantes de las comunidades negras conocen y practican, y iii) en razón de que el artículo 55 transitorio de la Carta propende porque los pueblos que ocupan los ríos de la Cuenca del Pacífico mantengan sus prácticas tradicionales de producción, con total respeto de su autonomía e identidad cultural.

[79] Folio 119 del cuaderno de segunda instancia.

[80] En ese punto, la situación objeto de revisión resulta más cercana a los supuestos de hecho examinados en la Sentencia T-557 de 2012 (M.P. Adriana María Guillén) que a los que suscitaron el pronunciamiento efectuado en la Sentencia T-955 de 2003. La primera providencia evaluó la tutela que promovieron dos docentes indígenas, a nombre propio, con el fin de que se ordenara efectuar el proceso de consulta previa y concertación de la política indígena en Guaviare. Aunque los accionantes se identificaron como personas interesadas y afectadas por la infracción del derecho fundamental a la educación indígena propia, la Corte descartó que estuvieran legitimados para reclamar la protección de ese derecho, pues no existía ninguna prueba que demostrara su pertenencia a la comunidad indígena supuestamente afectada. El fallo concluyó que los accionantes formularon la pretensión de amparo a su nombre, y no a favor de una comunidad indígena determinada, como se plantea en este caso.

[81] Plan de Ordenamiento Territorial de Buenaventura. Acuerdo 03 de 2001.

[82] El POT remite al concepto de terrenos de bajamar contemplado en el artículo 167 del

Decreto Ley 2324 de 1984, por el cual se reorganiza la Dirección General Marítima y Portuaria. La norma define como terrenos de bajamar aquellos que “se encuentran cubiertos por la máxima marea y quedan descubiertos cuando estaba baja”.

[83] Acuerdo 03 de 2001, Artículo 7. Del propósito y vocación del desarrollo territorial del municipio de Buenaventura. “El municipio de Buenaventura se consolidará como el principal centro Regional y Nacional sobre el Pacífico, para lo cual: desarrollará e integrará las actividades pesquera, industrial, agroindustrial y de turismo ecológico a las vinculadas con los servicios portuarios; propenderá por la unidad territorial, por la unidad en la gestión y por el liderazgo del desarrollo regional: y se potenciará como un municipio – región, eje geoestratégico del Pacífico y el Occidente Colombiano”

[84] Informe del grupo de consulta previa MISN San Antonio. (Gobierno Nacional, Distrito de Buenaventura, Alianza Fiduciaria S.A.) Santiago de Cali, febrero de 2011. Aportado al expediente por la alcaldía Distrital de Buenaventura en medio magnético.

[85] *Ibídem*.

[86] Sentencias T-294 de 2014 (M.P. María Victoria Calle), T-576 de 2014 (M.P. Luis Ernesto Vargas), T-425 de 2015 (M.P. Andrés Mutis Vanegas).

[87] Cfr. Fundamento jurídico 33.

[88] El escrito de tutela refiere, sobre el particular, lo siguiente: “Todos nosotros teníamos la necesidad de alimentarnos y continuar con nuestras labores tradicionales como la expansión cultural, la educación, la recreación, la libre circulación, pesca y la extracción de madera, y esto a su vez se constituyó en la generación de ingresos de muchas familias de estas zonas, una economía de pesos diarios”. (Folio 7 del cuaderno principal).

[89] M.P. Jorge Iván Palacio.

[91] El POT menciona, solamente, que el municipio consideraría estudios relativos a la viabilidad económica y social de las reubicaciones.

[92] El documento anuncia que un acompañamiento socioeconómico en la fase previa y posterior a la entrega de las soluciones de vivienda que involucraría una estrategia conjunta

para garantizar la comunicación y atención efectivos de las familias beneficiarias y su articulación a programas sociales. Ese acompañamiento, sin embargo, no demuestra tampoco que las familias de bajamar hayan sido informadas oportunamente sobre las condiciones del traslado, ni que hayan podido opinar y oponerse a esa decisión.

[93] El Defensor Delegado para Asuntos Indígenas y Minorías Étnicas precisó que esa delegada tuvo conocimiento del proyecto en marzo de 2009, por cuenta de la copia de un oficio enviado al Ministerio de Vivienda por el Consejo comunitario de comunidades negras de Campo Hermoso, que se ubica en el área de influencia del Macroproyecto de Vivienda de Interés Social Nacional Ciudadela de San Antonio (Folio 100 del primer cuaderno de revisión constitucional).

[94] A la comunicación se anexaron copias de los avales entregados por las juntas de acción comunal correspondientes. Folios 82 a 95 del tercer cuaderno de revisión.

[95] El escrito remitido por la Defensoría fue suscrito por los representantes de Fundescodes, ANPAC, Centro de Pastoral Afrocolombiana, Fundación Rostros y Huellas del Sentir Humano, Comité por la defensa y la salvación de Buenaventura, PCN, Palenque Regional Kongal, el Servicio Jesuita para los refugiados y CHF Internacional. (Folios 111 y 112 del tercer cuaderno de revisión).

[96] Punto 1.7. del acápite de antecedentes.

[97] De la misma situación da cuenta “Buenaventura, un puerto sin comunidad”, informe del Centro Nacional de Memoria Histórica publicado en junio de este año. El documento se refiere al Malecón Turístico Bahía de la Cruz como el proyecto de renovación urbana y paisajística más importante de la historia de Buenaventura, que bordeará la Isla Cascajal, por el costado suroccidental, en un recorrido de aproximadamente cuatro kilómetros, y que se complementa con el macroproyecto Ciudadela de San Antonio, que ofrece oportunidades de vivienda para las personas que residen en los territorios costeros de las comunas 3 y 4 de la Isla Cascajal. El informe indica que los residentes y comerciantes de los territorios destinados al malecón turístico no se oponen al proyecto como tal, sino a la manera excluyente como se diseñó y se está implementando. Las comunidades costeras de las comunas 3 y 4, por ejemplo, habrían denunciado irregularidades en el proceso de reubicación de las viviendas. “Algunos residentes de las Comunas 3 y 4 se sienten

imposibilitados a oponerse y/o participar dando su opinión sobre el megaproyecto dado que en estos barrios se ha incrementado la presencia de los GAI (grupos armados ilegales), situación que ha llevado además al desplazamiento forzado de varias familias y por lo tanto al desalojo de sus residencias". El Sistema de Alertas Tempranas de la Defensoría del Pueblo había advertido sobre las amenazas que circularon en 2010 contra líderes y lideresas de organizaciones sociales y étnicas que realizaban labores de organización y participación social en relación con la ejecución de los macroproyectos de interés del gobierno distrital. "Estos grupos interfirieron en reuniones comunitarias y causaban intimidación a la población en sus procesos de discusión y toma de decisiones, en algunos casos llegaron señalando personas y tomando fotos (...) Los líderes de los procesos organizativos que estaban evaluando el reordenamiento territorial que estaba afrontando la ciudad a partir de la formulación de megaproyectos de expansión portuaria que incluían la reubicación de un gran número de personas en los barrios de Bajamar, fueron fuertemente intimidados" (Centro Nacional de Memoria Histórica. Buenaventura: un puerto sin comunidad. Bogotá, CNMH, 2015).

[98] Fundamento jurídico 66.

[99] Sobre la extensión de los efectos de las órdenes de protección impartidas en un fallo de tutela a un grupo de personas que no promovieron la acción constitucional pero se encuentran en la misma situación de hecho que los tutelantes puede revisarse el Auto 244 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao).