

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES
SANTA MARTA - MAGDALENA**

Santa Marta, agosto dieciocho (18) de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN: 47-001-4071-002-2020-000101-00
ACCIONANTE: NELSON DELUQUE QUINTERO Representante legal Consejo Comunitario Afrocolombiano de Fundación Magdalena CONCAFUM Y OTROS.
ACCIONADA: GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA
REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA

Se procede a decidir la Acción de Tutela, instaurada por los señores **NELSON DELUQUE QUINTERO Y OTROS** en contra de la **GOBERNACIÓN DEL MAGDANELA.**

I. ANTECEDENTES

Los ciudadanos **NELSON DELUQUE QUINTERO** Representante legal del Consejo Comunitario Afrocolombiano de Fundación Magdalena – CONCAFUM, **ROSMERI DITTA MOLINA**, Representante legal del Consejo Comunitario afro, CONCOMORI, **JARLIN JAVIER PEÑA OBESO** Representante legal del Consejo Comunitario afro FUNDACION SOL VIVIR AFROCOLOMBIANO, **ERNESTO RAFAEL PEREZ ARIZA** Representante legal del Consejo Comunitario afro CANDELARIA ZONA BANANERA MAGDALENA, **MOISES ALTAHONA DE LA HOZ** como delegado nacional de COMUNIDADES NEGRAS y AFROCOLOMBIANAS POR EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, **RONAL ROSEIRO NAVARRO VALENCIA** Representante Presidente del Consejo Comunitario afro de Guacamayal, Zona Bananera, **ELKIN ALVAREZ GUTIERREZ** Representante presidente la asociación afro “Fernando Ríos Hidalgo del Retén”, Magdalena, **ELSA ISABEL BARROS SEPULVEDA**, Representante Legal del Consejo Comunitario de Negros Afrocolombianos, Palenquearos y Raizales de Algarrobo-Magdalena con siglas COCONAPRAM , **ANDRES LINDADO ARAGON**, Representante-Presidente del Consejo Comunitario afro (COCONEMONSA) de Sabanas de San Ángel Magdalena, y **WENDY VANESSA PERTUZ DE LA CRUZ** como representante del Consejo Comunitario Afro Sevilla Zona Bananera presentaron acción de tutela para que le sean amparados los derechos fundamentales de las comunidades que representan a la consulta previa, a la participación, a la autonomía y a la diversidad étnica cultural, basándose en los hechos que a continuación se enuncian.

HECHOS

Manifiestan que: las Comunidades negras y afrodescendientes están asentadas en el departamento del Magdalena desde épocas ancestrales, y se

les reconocieron desde el CONVENIO 169 DE LA OIT, la ley 70 de 1993, el decreto 1745 de 1995, decreto 3770 de 2008 compilados en el decreto 1066 de 2015, y por la jurisprudencia derechos fundamentales como GRUPO ETNICO EN COLOMBIA.

Arguye que los asentamientos de estas comunidades se encuentran a lo largo del departamento del Magdalena, en especial en los municipios de Ciénaga, Zona Bananera, El Reten, Pueblo Viejo, Aracataca, Fundación, Algarrobo, Sabanas de San Ángel, El Piñón, Pedraza, Plato, Pijiño del Carmen, Santana, Cerro De San Antonio, El Banco, municipios donde están organizados en CONSEJOS COMUNITARIOS AFRO y ORGANIZACIONES DE BASE DE COMUNIDADES NEGRAS Y AFRODESCENDIENTES.

Sostienen que el día 29 de enero del 2020, presentaron petición ante el Gobernador del Magdalena Carlos Caicedo, Secretario del Interior Jose Humberto Torres, a nombre de los accionantes, solicitándole a la Gobernación y a la Secretaría del Interior, un espacio para trazar la ruta, el derrotero para definir de manera concertada su participación en el Plan de Desarrollo, en líneas estratégicas como el Plan Territorial De Salud, planes de salud de intervenciones colectivas, planes de alimentación escolar y demás programas y proyectos que se vayan a desarrollar en sus territorios en una reunión concertada.

Que a la fecha no han recibido respuesta o invitación por parte de la Gobernación del Magdalena y la Secretaría del Interior, para instalar las mesas de trabajo para las COMUNIDADES NEGRAS Y AFRODESCENDIENTES y definir sus programas y proyectos en el PLAN DE DESARROLLO DEPARTAMENTAL.

Consideran que el PLAN DE DESARROLLO DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA fue presentado y aprobado por la ASAMBLEA DEPARTAMENTAL, sin surtir el proceso de consulta previa, sin que las comunidades negras y afrodescendientes de los municipios que donde se encuentran asentados participaran en su formulación, de este plan de los programas y proyectos que lo componen, constituye una afectación directa a las COMUNIDADES NEGRAS Y AFRODESCENDIENTES de parte de la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA.

Dicen que conforme al proyecto definitivo del PLAN DE DESARROLLO 2020-2023 MAGDALENA RENACE, presentado por el señor CARLOS CAICEDO y aprobado por la ASAMBLEA DEPARTAMENTAL, y en sus páginas 24 y 25, punto 1.5 UN SABER ANCESTRAL QUE ORIENTA NUESTRO DESARROLLO, solo se refiere a los GRUPOS INDIGENAS y a un capítulo especial para este grupo étnico (INDIGENAS) DESCONOCIENDO E INVISIBILIZANDO a las comunidades negras y afrodescendientes como grupo étnico ancestral.

Que por ser un acto administrativo y actuación administrativa que es EL PLAN DE DESARROLLO DEPARTAMENTAL se debió surtir el proceso de consulta previa con los representantes de las comunidades negras y afrodescendientes del departamento del Magdalena: delegados del espacio nacional de consulta previa de comunidades negras del Magdalena seis delegados, consultivos departamentales 15, consultivo nacional y comisionado pedagógico de comunidades negras.

Que como consecuencia de la inobservancia de las normas anteriormente descritas no se les consideraron en el plan de desarrollo las necesidades básicas de las comunidades que representan.

Dicen que, pese a que la Asamblea Departamental fue notificada de que no se habían tenido en cuenta para el plan de desarrollo, este fue aprobado. Aunado a ello que no autorizaron a ningún individuo para representarlos en la consulta previa.

PRETENSIONES

La parte accionante pretende que se le ampare los derechos fundamentales deprecados, e invoca las pretensiones como consecuencia de la protección de su derecho fundamental así:

1. Se amparen los derechos fundamentales de las comunidades negras y afrodescendientes del Magdalena como víctimas de desplazamiento forzado sujetos de especial protección constitucional en base al auto 266 de 2017, a la consulta previa, a la participación, a la autonomía y a la diversidad étnica y cultural.
2. Se ordene al Gobernador del Magdalena y a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, para que hagan el acompañamiento y coordinen en conjunto el proceso de consulta previa del Plan Departamental de Desarrollo 2020-2023 MAGDALENA RENACE, con nuestras comunidades negras y afrodescendientes a través de sus delegados.
3. Se ordene suspender la aplicación del Plan Departamental de Desarrollo 2020-2023 MAGDALENA RENACE, y el Plan Territorial de Salud 2020-2023, aprobados por la Asamblea, en lo que respecta a las comunidades negras y afrodescendientes del Magdalena hasta que se surta el proceso de consulta previa con las comunidades negras y participen en la formulación de todos los programas y proyectos.
4. Se ordene el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación.
5. Se ordene la publicación de esta tutela en la prensa hablada y escrita del departamento y en la página oficial de la Gobernación. *Sic.*

INTERVENCIÓN DE LA GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA

Manifiesta que no se han vulnerado los derechos fundamentales de los accionantes, pues a las comunidades negras y afrodescendiente del Departamento del Magdalena, el gobierno de turno no ha desconocido sus derechos y se ha caracterizado por ser incluyentes.

Manifiesta que pese a las afirmaciones de los accionantes de que el Plan de Desarrollo Departamental debió ser sometido a Consulta Previa, resulta desatinada, dado que el PDD no afecta directamente a su comunidad.

Señala que es de conocimiento general que la consulta previa es un derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos cuando se van a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación.

Dice que el diseño del Plan de Desarrollo surtió todas las etapas legales, regidos por los principios establecidos por la Ley 152 de 1994, que es la normatividad que rige el Plan de Desarrollo, aunado a lo anterior, fue socializado con los

gremios, sectores, comunidades y aquellos actores que desearon participar, se hicieron reuniones en principio presencial y posteriormente virtual, atendiendo las limitaciones ocasionadas por el aislamiento social a raíz del COVID 19.

Dice que en varias fechas el Plan de desarrollo fue socializado, entre otros a los siguientes grupos:

- El 4 de mayo de 2020 – Sala de juntas Secretaría del Interior, antiguo Hospital San Juan de Dios y de Manera Virtual, se reunieron para socializar los alcances del Plan de Desarrollo Departamental 2020 – 2023 “Magdalena Renace” a las comunidades Negras, Afro descendientes, Palenqueras y Raizales (NAPR).
- El 4 de mayo de 2020 – Sala de juntas Secretaría del Interior, Antiguo Hospital San Juan de Dios y de Manera Virtual, se reunieron para socializar los alcances del Plan de Desarrollo Departamental 2020 – 2023 “Magdalena Renace” a las comunidades Víctimas.
- El 4 de junio de 2020, se realizó la Mesa Sectorial con el sector comunidades LGTBIQ.
- Aunado a lo anterior se evidencia en el Capítulo V del PDD (Paginas 195 a la 208 de las pruebas arrimadas), las diferentes actividades, buscando recolectar las propuestas y visiones ciudadanías para construcción del Plan de Desarrollo, se desarrolló dos clases de estrategias (Presencial y virtual) dentro de las presenciales contamos, tales como: Voluntariado Departamentales por el Cambio, Mesas Populares Para el Cambio, encuentro sectoriales para el cambio, atendiendo la emergencia sanitaria decretada a nivel nacional, obligatoriamente se tuvo que realizar cambios e implementar la virtualidad y seguir con el proceso de divulgación y participación, se dio continuidad con la recolección de ideas mediante una nueva encuesta que se activó en el plataforma gobernacióndelmagdalena.gov.co.
- sumado a esto el día 28 de abril de 2020 se llevó a cabo el Gran Foro Virtual de socialización del PDD por la red social Facebook.

El Plan de Desarrollo Departamental surtió todas las etapas de control, verificación y corrección por parte de la Asamblea Departamental, que luego de un largo debate fue aprobado, sin olvidar, que en todo el proceso de la elaboración del Plan de Desarrollo se tuvo la supervisión por parte de los Entes de Control, que a su vez allegaron diferentes directrices para el diseño de esta herramienta de Gestión Social, por lo que el Plan de Desarrollo Surtió todo el Proceso Legal para ser Aprobado, fue transparente, público y abierto a todos los sectores y cumplió con los Principios Generales de la Ley 152/94 - Art.3 y el Procedimientos para los planes territoriales de desarrollo establecido en la citada ley.

Dice que la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA obró conforme a la normatividad regulatoria de los planes de desarrollo, de manera que se propendió por una convocatoria amplia donde todos los sectores poblacionales tuvieran la oportunidad de participar en la construcción del mismo, inclusive, mediante la instalación de mesas de trabajo, lo que tuvo divulgación en medios de comunicación, garantizando así el acceso de cualquier persona que tuviera interés en dejar sentada sus posiciones frente a la carta de navegación que edificó el ente departamental para este cuatrienio y que fue aprobada por la Asamblea Departamental, lo que es un hecho notorio.

Alega que en el asunto de marras, estamos ante una falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que la consulta previa, conforme a lo señalado por la Corte Constitucional, se erige en un requisito para la ejecución de un proyecto QUE LA REQUIERA, a fin de lograr socializaciones y concertaciones necesarias para mitigar el impacto de aquél, pero a estas alturas todavía no hay ejecución de ninguno, simplemente se concibió un plan que gozó de absoluto apego a Ley 152 de 1994 y de toda una estrategia tendiente a lograr la participación de todos los sectores poblacionales, de manera que no hay evidencia de afectación directa a la parte actora por parte de la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA.

ACTUACIÓN PROCESAL

El señor NELSON DELUQUE QUINTERO actuando como Representante legal del Consejo Comunitario Afrocolombiano de Fundación Magdalena - CONCAFUM, presentó el día 30 de julio del 2020, acción de Tutela en contra la GOBERNACION DEL MAGDALENA, a fin de que se protejan derechos fundamentales A LA CONSULTA PREVIA, A LA PARTICIPACIÓN, A LA AUTONOMIA, A LA DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL. Mediante auto adiado 3 de agosto de 2020, se admitió la presente Acción de Tutela y se ofició a la entidad accionada para que en un término de cuarenta y ocho (48) horas rindieran un informe detallado acerca de los hechos y pretensiones relacionados en esta acción,

Posterior a ello, el día 11 de agosto de 2020 a través del correo electrónico, el Juzgado Primero Penal Municipal de Santa Marta remitió las acciones de tutela presentada por RONAL ROSEIRO NAVARRO VALENCIA de radicado 2020-00086 y la tutela presentada por ELKIN ALVAREZ GUTIERREZ de radicado 2020-00095 las cuales tienen identidad de accionado, fundamentos y pretensiones.

Luego de revisadas las solicitudes presentadas en éste despacho tenemos que el día 10 de agosto de 2020, la señora ELSA ISABEL BARROS SEPULVEDA, como Representante legal del Consejo Comunitario de Negros Afrocolombianos, Palenquearos y Raizales de Algarrobo-Magdalena con siglas COCONAPRAM, presentó acción de tutela que comparte pretensiones, accionado y fundamentos legales la cual fue admitida y radicadas bajo el número 47001- 4071-002-2020-00109-00.

Entonces encontrando que los hechos narrados por los demandantes RONAL ROSEIRO NAVARRO VALENCIA en calidad de Representante Presidente del Consejo Comunitario afro de Guacamayal Zona Bananera y ELKIN ALVAREZ GUTIERREZ como representante presidente la asociación afro FERNANDO RIOS HIDALGO del retén magdalena presentada en el Juzgado Primero Penal Municipal De Santa Marta son totalmente iguales a los consignados en la acción constitucional presentada por NELSON DELUQUE QUINTERO, y ELSA ISABEL BARROS SEPULVEDA, en calidad de Representante legal del Consejo Comunitario de Negros Afrocolombianos, palenqueros y raizales de Algarrobo-Magdalena con siglas COCONAPRAM que cursan en este Despacho esta judicatura por lo que consideró procedente avocar el conocimiento de las tutelas remitidas por el Juzgado 1 Penal Del Municipal De Santa Marta y acumular estos expedientes, al radicado 4700140710022020-00101.

Posteriormente, en fecha 13 de agosto de 2020 el Juzgado 4 Penal Municipal de Santa Marta envió cuatro acciones de tutela por correo electrónico, solicitando que sean acumuladas, radicadas bajo los números 47001408800420200009400,470014088004202000095,470014088004202000097, 470014088004202000101 y observando que las mismas comparten pretensiones, accionado y fundamentos legales con las acumuladas anteriormente en este despacho, que se sigue bajo el radicado 2020-00101, y al observar que cumplen con los requisitos formales establecidos en el Decreto 1834 de 2015, esta agencia judicial resolvió acumular a la tutela radicada en éste Despacho con el número 47001407100220200010100 las acciones de tutela instauradas por ROSMERI DITTA MOLINA como Representante legal del Consejo Comunitario afro, CONCOMORI, JARLIN JAVIER PEÑA OBESO como Representante legal del Consejo Comunitario afro FUNDACION SOL VIVIR AFROCOLOMBIANO, ERNESTO RAFAEL PEREZ ARIZA como Representante legal del Consejo Comunitario afro CANDELARIA ZONA BANANERA MAGDALENA Y MOISES ALTAHONA DE LA HOZ como delegado nacional de COMUNIDADES NEGRAS y AFROCOLOMBIANAS POR EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA contra GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA por la presunta violación de los derechos fundamentales a la CONSULTA PREVIA, a la PARTICIPACIÓN, a la AUTONOMIA, a la DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL.

Por último, el 18 de agosto el Juzgado 6 y 1 Penal Municipal de esta ciudad respectivamente remitieron acciones de tutela presentadas por ANDRES LINDADO ARAGON, en calidad de Representante-Presidente del Consejo Comunitario afro (COCONEMONSA) de Sabanas de San Ángel Magdalena, y la señora WENDY VANESSA PERTUZ DE LA CRUZ como representante del Consejo Comunitario Afro Sevilla Zona Bananera de Sabanas de San Ángel Magdalena, las cuales fueron acumuladas mediante auto de la misma fecha.

PRUEBAS APORTADAS AL EXPEDIENTE

Obran como medios de pruebas de cargo:

- Copia simple de los derechos de petición radicados ante Gobernación y Asamblea Departamental, Plan de Desarrollo 2020-2023 MAGDALENA RENACE.
- Decreto 001 del 1 de enero de 2020, acta No 0008 del 1 de enero del 2020 y decreto 0147 del 5 de febrero de 2008.
- Reunión LGTBIQ+: listado de asistencia - mesa de socialización PDD LGTBIQ+, Orden del día Mesa Sectorial Sector LGTBIQ+ y equipo LGTBIQ+ asistentes.
- Reunión comunidades Negras, Afrodescendientes, Palenqueras y Raizales (NAPR): ACTA DE REUNION 00 MESA SOCIALIZACION COMUNIDAD NAPR, asistencias virtuales mesa socialización PDD NAPR, listado de asistencias y encuestas COVID 19_fisicas_Mesa de socialización PDD – NAPR y Orden del día Mesa Sectorial Sector NARP version2.
- Reunión víctimas: acta de reunión 00 mesa socialización comunidad víctimas, mesa sectorial PDD con Victimas asistentes virtuales 0833, mesa sectorial PDD con Victimas asistentes virtuales 1009 y orden del día Mesa Sectorial Sector NARP.

- Capítulo 5 del plan de Desarrollo Departamental pagina 195 a la 208.
- Publicación de distintas reuniones de socialización en la página web de la Gobernación del Magdalena.
- Ordenanza 0105 del 27 de julio de 2020 – firmada por el presidente de la asamblea departamental del Magdalena el diputado JULIO DAVID ALZAMORA ARRIETA y la Secretaria General MARIA JOSÉ ZORRO CORVACHO.
- Otros.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se resuelve lo pertinente, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional reglamentada mediante el Decreto 2591 de 1991 que en el artículo 1° establece: "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto", la cual procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Sobre el objetivo de la acción de tutela, ha puntualizado la Corte Constitucional en Auto A-257-2006:

"La acción de tutela fue instituida por el Constituyente de 1991 como un mecanismo procesal de naturaleza especial, preferente y sumario, radicado en cabeza de toda persona, cuyo objetivo es la protección concreta e inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por las autoridades públicas o, excepcionalmente, por los particulares en los casos definidos en la ley."

1. PROBLEMAS JURÍDICOS

Son dos los problemas jurídicos que debe el Despacho resolver en el caso de marras:

1. ¿La acción de tutela es procedente para proteger los derechos fundamentales a la consulta previa de los asentamientos afrodescendientes en el departamento del Magdalena?
2. ¿la Gobernación del Magdalena vulneró el derecho fundamental a la consulta previa de los accionantes al expedir el "PLAN DE DESARROLLO DEPARTAMENTAL 2020-2023 MAGDALENA RENACE" y el "PLAN TERRITORIAL DE SALUD 2020-2023", ¿sin antes agotar el correspondiente proceso de consulta con las comunidades afrodescendientes?

Para resolver los mencionados problemas jurídicos, el Despacho se ocupará de reiterar la doctrina constitucional en torno a los siguientes temas: (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos para la protección del derecho fundamental a la consulta previa; (ii) la

protección de los derechos fundamentales de los afrocolombianos y de sus comunidades en la jurisprudencia constitucional; (iii) el derecho fundamental a la consulta previa: fundamentos normativos, procedencia y criterios de aplicación de la consulta. Finalmente, expondrá el contenido del PLAN DE DESARROLLO DEPARTAMENTAL 2020- 2023 MAGDALENA RENACE, y el PLAN TERRITORIAL DE SALUD 2020-2023, por último, (iv) se abordará el análisis del caso concreto.

I. La procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos para la protección del derecho fundamental a la consulta previa.

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

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

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

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

Sobre el particular, en Sentencia SU-217 de 2017, la Corte Constitucional aclaró que aun cuando el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé el desconocimiento de la consulta previa como una causal de nulidad de los actos administrativos, esto “no desvirtúa ninguna de las razones a las que ha acudido la Corte Constitucional para concluir que la tutela es el mecanismo preferente para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, tales como la

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

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

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

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

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

El 30 de julio de 2020, los ciudadanos **NELSON DELUQUE QUINTERO** en calidad de Representante legal del Consejo Comunitario Afrocolombiano de Fundación Magdalena – CONCAFUM, **ROSMERI DITTA MOLINA**, como Representante legal del Consejo Comunitario afro, CONCOMORI, **JARLIN JAVIER PEÑA OBESO** Representante legal del Consejo Comunitario afro FUNDACION SOL VIVIR AFROCOLOMBIANO, **ERNESTO RAFAEL PEREZ ARIZA** Representante legal del Consejo Comunitario afro CANDELARIA ZONA BANANERA MAGDALENA, **MOISES ALTAHONA DE LA HOZ** como delegado nacional de COMUNIDADES NEGRAS y AFROCOLOMBIANAS POR EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, **RONAL ROSEIRO NAVARRO VALENCIA** en calidad de Representante Presidente del Consejo Comunitario afro de Guacamayal, Zona Bananera, **ELKIN ALVAREZ GUTIERREZ** como representante presidente la asociación afro, Fernando Ríos Hidalgo del Retén, Magdalena, **ELSA ISABEL BARROS SEPULVEDA**, como Representante legal del Consejo Comunitario de Negros. Afrocolombianos, Palenquearos y Raizales de Algarrobo-Magdalena con siglas COCONAPRAM, **ANDRES LINDADO ARAGON**, mayor de edad, en calidad de Representante-Presidente del Consejo Comunitario afro (COCONEMONSA) y **WENDY VANESSA PERTUZ DE LA CRUZ** como representante del Consejo Comunitario Afro Sevilla Zona Bananera de Sabanas de San Ángel Magdalena, presentaron acción de tutela para que le sean amparados los

derechos fundamentales de las comunidades que representan a la consulta previa, a la participación, a la autonomía y a la diversidad étnica cultural, presuntamente vulnerados por la accionada Gobernación del Magdalena, al proferir el Plan Departamental de Desarrollo 2020-2023 MAGDALENA RENACE, y el Plan Territorial de Salud 2020-2023, sin antes agotar el correspondiente proceso de consulta con las comunidades afrodescendientes.

Legitimación por activa

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

En consonancia con dicho mandato superior, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991.

En relación con la legitimación por activa de los miembros de comunidades étnicas para presentar la acción de tutela, la Corte Constitucional ha manifestado en su extensa jurisprudencia particularmente en la SU-383 de 2003 lo siguiente:

“no solo el estatus de sujetos colectivos de derechos fundamentales a las comunidades étnicas, sino que adicionalmente ha establecido que tanto los dirigentes como los miembros individuales de estas comunidades se encuentran legitimados para presentar la acción de tutela con el fin de perseguir la protección de los derechos de la comunidad, así como también las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y la Defensoría del Pueblo”.

En el caso sub-examine, los accionantes se encuentran plenamente legitimados para instaurar la presente acción, en la medida en que se identifican como miembros autoridades y/o representantes de comunidades afrodescendientes y solicitan la protección de sus derechos.

Legitimación por pasiva

La Gobernación del Magdalena, tiene legitimación por pasiva en el presente proceso, por cuanto se les atribuye la violación del derecho fundamental en discusión, toda vez que los accionantes pretenden que se dejen sin efectos instrumentos elaborados por dicha entidad, como lo es el Plan Departamental de Desarrollo 2020-2023 MAGDALENA RENACE, y el Plan Territorial de Salud 2020-2023, pues, según afirman, a pesar de que contienen medidas que los afectan directamente, no fueron consultados previamente con las comunidades afrodescendientes del municipio.

Subsidiariedad

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

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

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

Por consiguiente, “la consagración expresa por parte de la ley 1437 de 2011 de una causal de nulidad autónoma por desconocimiento al derecho a la consulta previa, no puede ser entendida como un impedimento para la prosperidad de la tutela en un caso concreto. En igual medida, la flexibilización de los requisitos para acceder al decreto de medidas cautelares bajo el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tampoco puede entenderse como un limitante que impida el conocimiento del amparo”.

En ese orden de ideas, se observa que los accionantes acuden a la acción de tutela en aras de proteger su derecho fundamental a la consulta previa, presuntamente vulnerado por la Gobernación del Magdalena al aprobar el Plan de Desarrollo Departamental 2020-2023. Por consiguiente, en el caso objeto de estudio, la acción de tutela resulta procedente.

Inmediatez

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

Para verificar el cumplimiento de este principio, el juez debe confrontar el tiempo transcurrido entre la posible afectación o amenaza del derecho y la fecha de la presentación de la demanda, con el objeto de establecer si esa interposición es razonable¹.

¹ Sentencia T-499 de 2018, Corte Constitucional, M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ.

De conformidad con lo expuesto, se advierte que en el caso objeto de estudio la acción de tutela cumple con el presupuesto de inmediatez, toda vez que los accionantes acuden a la acción de tutela cuatro (4) meses después de que la Asamblea Departamental aprobara Plan Departamental de Desarrollo 2020-2023 MAGDALENA RENACE, y el Plan Territorial de Salud 2020-2023.

Superado el test de procedibilidad de la acción de tutela, pasa el Despacho a Determinar si la Gobernación del Magdalena vulneró el derecho fundamental a la consulta previa de los accionantes, al expedir el Plan Departamental de Desarrollo 2020-2023 MAGDALENA RENACE, y el Plan Territorial de Salud 2020-2023, sin antes agotar el correspondiente proceso de consulta con dichas comunidades.

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

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

En efecto, son varios los fallos que, en sede de control de constitucionalidad y de tutela, se han referido a la noción de comunidad negra prevista en la Ley 70 de 1993, a la expresión pueblo tribal que ideó la OIT, a los elementos que configuran la diversidad de estas colectividades y a los distintos factores a partir de los cuales podría validarse o descartarse la identidad afrocolombiana de cierto grupo o individuo, como por ejemplo, la Sentencia C-169 de 2001, en la que se examinó la constitucionalidad de la Ley estatutaria 649 de 2001[23]. En dicha providencia la Corte reconoció que las comunidades negras se ubican bajo el supuesto normativo del Convenio 169 de la OIT al definirse como un grupo étnico con una identidad cultural diferente a la de la sociedad dominante.

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

autoridades que autorizaron la explotación de maderas en sus territorios ancestrales.

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

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

Así pues, las comunidades afrodescendientes son titulares del derecho fundamental a la consulta previa.

III. El derecho fundamental a la consulta previa: fundamentos normativos, procedencia y criterios de aplicación de la consulta.

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

Según lo ha destacado la Corte, el derecho a la consulta previa encuentra pleno respaldo constitucional en el artículo 7° de la Carta, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, en el 40-2, que garantiza el derecho ciudadano a la participación democrática, en el artículo 70 que establece como imperativo constitucional considerar la cultura como fundamento de la nacionalidad, y, de manera particular, en los citados artículos 329 y 330 del mismo ordenamiento Superior, los cuales, a partir del importante papel que cumple el territorio en la definición de la identidad y supervivencia de los grupos étnicos, prevén expresamente y de manera especial, el derecho a

la consulta previa en favor de tales grupos, para definir los asuntos relacionados con la conformación de las entidades territoriales indígenas y con la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

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

Con respecto al alcance del Convenio 169, en la Sentencia C-030 de 2008, la Corte precisó que el mismo fue adoptado “con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, conforme a la cual era preciso eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales son permanentes y perdurables, y la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado”.

En el caso específico del derecho de participación, el aludido Convenio 169, en el artículo 6º, les impone a los Estados parte, el deber de “[c]onsultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. La norma citada precisa igualmente que: “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

Para la Corte, el reconocimiento que la Constitución y el derecho internacional le hacen a la consulta previa, es consecuencia directa del derecho que les asiste a los grupos étnicos “de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura, y es a su vez una forma de concreción del poder político que la Constitución promueve como valor fundamental del Estado”[34]. En concordancia con lo anterior, y en razón a su vinculación con la defensa de la integridad cultural, la propia jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que la consulta previa, como mecanismo de participación, tiene también el carácter de derecho fundamental[35], exigible judicialmente, pues se erige en instrumento imprescindible para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades tradicionales, así como también para asegurar su subsistencia como grupos sociales diferenciados. Sobre el punto, se pronunció este Tribunal en la Sentencia C-750 de 2008, señalando:

“Finalmente cabe recordar, en relación con el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa de las medidas legislativas y administrativas que los afectan, como garantía de su derecho de participación, de conformidad con lo previsto en los artículos 329 y 330 de la Constitución, y que se refuerza con lo dispuesto en el Convenio número 169

de la OIT, aprobado mediante Ley 21 de 1991, y que ha sido considerado por esta corporación como parte del bloque de constitucionalidad[37], ha considerado la Corte que es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura[38] y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.”

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

Ha estimado la Corte que la institución de la consulta previa a las comunidades tradicionales, “comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas”, dirigidas a buscar que las comunidades: **(i) tengan pleno conocimiento sobre las medidas administrativas o legislativas que incidan en sus intereses; (ii) que sean enteradas e ilustradas sobre la manera como dichas medidas pueden conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para la subsistencia como grupo humano claramente diferenciable; (iii) que se les brinde la oportunidad para que, libremente y sin interferencias, puedan valorar conscientemente, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, las ventajas y desventajas que puedan tener las medidas sobre la comunidad y sus miembros; e igualmente, (iv) que puedan ser oídas en relación con las inquietudes y pretensiones que presenten en defensa de sus intereses y puedan pronunciarse sobre la viabilidad de las medidas.** (Las negrillas son nuestras)

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

Así entendida, la consulta previa se constituye en un mecanismo jurídico de participación de doble vía. Por un lado, es un derecho fundamental de los grupos étnicos y, correlativamente, un deber estatal, en el sentido que corresponde a las autoridades competentes llevar a cabo los trámites

requeridos para que tales grupos participen en el diseño de las políticas que, de acuerdo a su contenido material, les concierna directamente.

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

Cabe resaltar, como ya lo ha expresado la Corte, que la participación de los grupos étnicos en las decisiones públicas que puedan generar una afectación directa de sus intereses, debe llevarse a cabo “dentro de un marco de derecho internacional y constitucional fuertemente garantista, que no se caracteriza por ser un simple ejercicio jurídico de respeto del derecho de defensa de quienes pueden verse afectados con una actuación del Estado, sino porque se busca asegurar por medio de esta consulta previa la efectiva protección de los intereses colectivos y derechos fundamentales de las referidas comunidades”.

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

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

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

Asimismo, profundizando en la delimitación de los criterios que permiten orientar la existencia de una afectación directa de los grupos étnicos por medidas legislativas o administrativas, manifestó la Corporación que se debe determinar si la materia que regula “tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades tradicionales”, lo cual significa que es preciso identificar si desarrolla aspectos que inciden directamente en su identidad étnica y, por tanto, si su previa discusión se inscribe dentro del

mandato de protección especial reconocido a la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. En consecuencia, **no habrá lugar a la consulta si la medida no se dirige de manera particular a los pueblos indígenas y tribales y, al mismo tiempo, el asunto regulado no tiene relación con aspectos que, razonable y objetivamente, hacen parte de su identidad étnica diferenciada.**

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

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

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

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

IV. Contenido del Plan Departamental de Desarrollo 2020-2023 MAGDALENA RENACE

La gestión estratégica para alcanzar la visión de desarrollo planteada, se soporta en cuatro (4) plataformas: CONOCIMIENTO (educación, innovación y aprendizaje colectivo). Crear y mantener ventajas competitivas supone nuevas formas de aprendizaje. Por tanto, la educación y el respeto por los saberes ancestrales, son mucho más que una frase; debe ser una política de gobierno que se basa en la creación de espacios de participación real para el diseño de las políticas. LIDERAZGO COMPARTIDO (buen gobierno, participación y corresponsabilidad). Una acción colectiva de una comunidad corresponsable, liderada adecuadamente, se convierte en instrumento privilegiado para construir gobernanza. REORDENAMIENTO DEL TERRITORIO (rediseño para el bienestar y la competitividad). Pondremos en marcha un nuevo plan territorial sustentable que asegure un uso democrático de los recursos, preservando nuestro patrimonio hídrico y biodiverso. Se busca prevenir nuevos riesgos, y adaptar el territorio y la sociedad a los impactos del cambio climático y mitigar sus efectos. RECUPERACIÓN DE LO PÚBLICO (prevalencia del interés general sobre el particular). La prevalencia del interés general sobre el particular es la base de una cultura ciudadana, que involucra el sentido de pertenencia, el respeto y la defensa de los bienes públicos.

Para una mayor ilustración vertemos in extensu la tabla de contenido del Plan de Desarrollo 2020-2023 del Departamento del Magdalena:

Contenido	
REVOLUCIÓN DE LA EQUIDAD	12
REVOLUCIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD	13
REVOLUCIÓN DE LA PRODUCTIVIDAD	15
REVOLUCIÓN DE LA GOBERNABILIDAD Y LA GOBERNANZA	16
LOS RETOS DE UNA NUEVA REALIDAD	22
CAPÍTULO 1. CÓMO ENTENDER NUESTRO PLAN DE DESARROLLO – Enfoques y precisiones conceptuales	22
1.1. El Magdalena gestiona su desarrollo	22
1.2. Pilares del Plan - Ejes estratégicos	23
1.3. El territorio, un espacio para fortalecer nuestra identidad y autonomía	23
1.4. Paz territorial	24
1.5. Un saber ancestral que orienta nuestro desarrollo	24
1.6. Visión de Desarrollo para nuestro Magdalena	25
1.7. Principios del Plan de Desarrollo	25
1.8. Plataformas de Actuación	27
Introducción	28
CAPÍTULO 2. REVOLUCIONES PARA EL MAGDALENA	30
2.1. EJE ESTRATÉGICO I: REVOLUCIÓN DE LA EQUIDAD	30
Elementos Conceptuales	30
2.1.1. Diagnóstico Integral	30
2.1.1.1. Análisis Demográfico	30
2.1.1.2. Pobreza y desigualdad	34
2.1.1.3. Educación	49
2.1.1.4. Salud	53
Pandemia COVID 19 y su impacto en el departamento	53
Situación Financiera de la Red Pública del Magdalena	71
2.1.1.5. Derecho humano a la alimentación adecuada y sostenible	72
2.1.1.6. Diversidad Cultural	74
2.1.1.7. Deporte y Recreación	75
2.1.2. ¿CÓMO VAMOS A CAMBIARLO? – APUESTA PROGRAMÁTICA	76
2.1.2.1. Movilización por el Cambio en los Cursos de Vida	76
2.1.2.2. Movilización por el Cambio para la Equidad y los Derechos	78
2.1.2.3. Movilización por el Cambio para la Reducción de la Pobreza	80
2.1.2.4. Movilización por el Cambio en la Educación	82
2.1.2.5. Movilización por el Cambio en la Salud	85
2.1.2.6. Movilización por el Cambio en el Derecho Humano a la Alimentación Adecuada y Sostenible	87
2.1.2.7. Movilización por el Cambio en el Valor de la Diversidad Cultural	90
2.1.2.8. Movilización por el Cambio en el Deporte y la Recreación	92
2.2. EJE ESTRATÉGICO II: REVOLUCIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD	95
“Magdalena, Departamento anfitrión y biodiverso”	95
Elementos Conceptuales	95
2.2.1. Diagnóstico Integral	96
2.2.2. Vivienda y Servicios Públicos	113
2.2.2.1. Movilización por el Cambio en la Gestión Ambiental	120
2.2.2.2. Movilización por el Cambio en la Gestión del Riesgo y Lucha Contra el Cambio Climático	128

2.2.2.3. Movilización por el Cambio en la Economía Circular	125
2.2.2.4. Movilización por el Cambio en la Prestación de Servicios Públicos	126
2.2.2.5. Movilización por el Cambio en la Vivienda	128
2.3. EJE ESTRATÉGICO II: REVOLUCIÓN DE LA PRODUCTIVIDAD	131
ODS Relacionados	131
Elementos Conceptuales	131
2.3.1. Diagnóstico Integral	133
2.3.1.1. Indicadores Económicos y Sociales	133
2.3.1.4. Infraestructura para la productividad	142
Infraestructura Vial	142
Transporte Multimodal	145
2.3.1.5. Innovación, Conocimiento y Competitividad	146
Índice de Competitividad Departamental (ICD)	147
Índice Departamental de Innovación para Colombia (IDIC)	148
Seguridad vial	149
2.3.2.2. Movilización por el Cambio en el Turismo Cultural y de Naturaleza	149
2.3.2.3. Movilización por el Cambio en la Agricultura con Innovación	153
2.3.2.4. Movilización por el Empleo y el Emprendimiento	155
2.3.2.5. Movilización por la Modernización de la Infraestructura	157
2.3.2.6. Movilización por el Cambio en la Seguridad Vial	158
2.4. EJE ESTRATÉGICO IV: REVOLUCIÓN DE LA GOBERNABILIDAD Y LA GOBERNANZA	160
Elementos Conceptuales	160
2.4.1. Diagnóstico Integral	161
2.4.1.1. La pandemia del COVID 19: Desafío de gobernabilidad	161
2.4.1.2. Cambio de la paz, derechos humanos, seguridad y convivencia ciudadana	163
Problemáticas Asociadas a la Seguridad	164
Problemáticas y Situación de las Víctimas del Conflicto Armado	165
Problemáticas y Situación de las Mujeres en el Departamento	166
2.4.1.3. Participación Ciudadana y la Transparencia	167
2.4.1.4. La realidad institucional y el estado de las finanzas públicas	170
2.4.1.5. Contexto de la Tecnología y la Transformación digital	175
2.4.2.1. Movilización por el Cambio en la Paz Territorial, la Convivencia y la Seguridad	175
2.4.2.2. Movilización por el Cambio en la Transparencia y la Participación Ciudadana	179
2.4.2.3. Movilización por el Cambio en la Recuperación de lo Público	181
Capítulo 3. Plan de Inversiones	185
3.1. Fuentes de financiación del Plan Plurianual de Inversiones	186
3.2. Asignación de Recursos	193
Capítulo 4. Seguimiento del Plan	194
Capítulo 5. Resultado de la Estrategia Participativa del Plan de Desarrollo	195
ESTRATEGIA PRESENCIAL	195
Voluntarios Departamentales por El Cambio	195
Mesas Populares para El Cambio	196
Bibliografía	200

V. Caso concreto

De acuerdo con la situación fáctica expuesta, en esta oportunidad, le corresponde determinar si la Gobernación del Magdalena vulneró el derecho fundamental a la consulta previa de los accionantes, al elaborar y aprobar el Plan de Desarrollo Departamental y el PLAN TERRITORIAL DE SALUD DEL MAGDALENA sin antes agotar el correspondiente proceso de consulta con los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras del territorio.

Según los accionantes, dichas medidas administrativas los afectan directamente y, por lo tanto, tenían que haberles sido consultadas previamente.

Ahora bien, conforme a lo que se dijo en las consideraciones de la presente acción, la afectación directa a las comunidades afrodescendientes por parte de una medida legislativa o administrativa puede verificarse en tres escenarios: (i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas; (ii) cuando a pesar que no se trate de esas materias, el asunto regulado por la medida está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de las comunidades diferenciadas; y (iii) cuando aunque se está ante una medida de carácter general, regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales, por lo que puede generarse bien una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una omisión legislativa relativa que las discrimine.

En el caso concreto, el Despacho observa el Plan de Desarrollo Departamental del Magdalena 2020-2023 y PLAN TERRITORIAL DE SALUD DEL MAGDALENA, no contiene los objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas adoptadas para orientar y administrar el desarrollo físico de territorios donde específicamente están asentados las comunidades negras, pues se ciñe a

entregar un diagnóstico sobre las problemáticas que aborda el departamento ampliamente y de manera generalizada cómo el gobierno actual abordará dichas problemáticas, incluyendo en ellas el Fortalecimiento de la identidad negra, afro, palenquera y raizal – NAPR. En esa medida, las normas en él contenidas se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los habitantes del departamento, no se aprobó ningún proyecto en específico y, por lo tanto, no disponen una regulación específica concerniente a los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras.

Pues es cierto que en el marco de acción del Plan de Desarrollo Departamental del Magdalena 2020-2023 y el PLAN TERRITORIAL DE SALUD DEL MAGDALENA, se encuentre que varios ejes mencionen la acción del Gobierno Departamental, para llevar a cabo unos objetivos, lo cierto es que en específico no se decidió, adoptó o implementó política alguna que afecte el núcleo esencial de las comunidades negras o afrodescendientes del Magdalena. Aunado a ello, los tópicos que anuncian los accionantes en su escrito de tutela que debió incluir la administración actual, son peticiones que se encuentran incluidas en los ejes dispuestos en los planes para ello, que deben ser desarrolladas por el ente Municipal a su turno y para lo de su cargo, en este escenario sí se torna obligatorio el proceso de consulta previa, no en el caso que hoy nos ocupa.

De igual manera, se advierte que el Plan de Desarrollo Departamental del Magdalena 2020-2023 no prevé nuevos derechos, obligaciones, restricciones o gravámenes para los Consejos, Comunidades y Asociaciones accionantes, ni incorpora medidas concretas que impliquen una afectación directa, específica y particular que modifique su estatus. Dicho acto administrativo tampoco regula una de las materias contenidas en el Convenio 169 de la OIT, ni incide directamente en su identidad étnica.

En ese contexto, encuentra el Despacho que el Plan de Desarrollo Departamental del Magdalena 2020-2023 y el PLAN TERRITORIAL DE SALUD DEL MAGDALENA no contienen medidas que afecten de forma directa a las comunidades afrodescendientes, por lo tanto, su consulta previa no se tornaba obligatoria.

Ahora bien, a la luz de los criterios jurisprudenciales arriba reseñados, considera este Despacho que el Plan de Desarrollo Departamental del Magdalena 2020-2023 y el PLAN TERRITORIAL DE SALUD DEL MAGDALENA no son medidas que en si mismas conlleven una afectación directa, específica y particular de las comunidades afrodescendientes que se asientan en el Departamento del Magdalena, por la generalidad de las regulaciones que allí se establecen, que concierne a la ciudadanía en general.

En conclusión, el Despacho estima que los actos contenidos en el Plan de Desarrollo Departamental del Magdalena 2020-2023 y en el Plan Territorial De Salud del Magdalena, tienen una connotación en general, impersonal y abstracto, motivo suficiente para que no se hallen conculcados los derechos fundamentales de los accionantes y refuerzan la teoría de que no se torne obligatoria la consulta previa en el caso de marras. Por tanto, no se tutelarán los derechos fundamentales de los actores.

En mérito de lo expuesto, La Juez Segunda Penal Municipal para Adolescentes de Santa Marta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NO TUTELAR el amparo de los derechos fundamentales a la consulta previa, a la participación, a la autonomía y a la diversidad étnica cultural invocados por los señores Los ciudadanos **NELSON DELUQUE QUINTERO** en calidad de Representante legal del Consejo Comunitario Afrocolombiano de Fundación Magdalena – CONCAFUM, **ROSMERI DITTA MOLINA**, como Representante legal del Consejo Comunitario afro, CONCOMORI, **JARLIN JAVIER PEÑA OBESO** Representante legal del Consejo Comunitario afro FUNDACION SOL VIVIR AFROCOLOMBIANO, **ERNESTO RAFAEL PEREZ ARIZA** Representante legal del Consejo Comunitario afro CANDELARIA ZONA BANANERA MAGDALENA, **MOISES ALTAHONA DE LA HOZ** como delegado nacional de COMUNIDADES NEGRAS y AFROCOLOMBIANAS POR EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, **RONAL ROSEIRO NAVARRO VALENCIA** en calidad de Representante Presidente del Consejo Comunitario afro de Guacamayal, Zona Bananera, **ELKIN ALVAREZ GUTIERREZ** como representante presidente la asociación afro, Fernando Ríos Hidalgo del Retén, Magdalena, **ELSA ISABEL BARROS SEPULVEDA**, como Representante legal del Consejo Comunitario de Negros. Afrocolombianos, Palenquearos y Raizales de Algarrobo-Magdalena con siglas COCONAPRAM, **ANDRES LINDADO ARAGON**, mayor de edad, en calidad de Representante-Presidente del Consejo Comunitario afro (COCONEMONSA) y **WENDY VANESSA PERTUZ DE LA CRUZ** como representante del Consejo Comunitario Afro Sevilla Zona Bananera de Sabanas de San Ángel Magdalena, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COMUNÍQUESE este pronunciamiento a los intervinientes por el medio más expedito posible.

TERCERO: En caso de no ser impugnada dentro de los tres (03) días siguientes a la notificación de esta providencia, por Secretaría remítase el expediente a la H. CORTE CONSTITUCIONAL, dentro del término legal, para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase,

Firmado Por:

JESSICA STORINO HERNANDEZ

JUEZ

**JUEZ - JUZGADO 002 MUNICIPAL PENAL PARA ADOLESCENTES
CONTROL DE GARANTIAS DE LA CIUDAD DE SANTA MARTA-
MAGDALENA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**06b10e6e6e1bd36461c3fa8786f19d076163981c370abee1231defc849
d016a2**

Documento generado en 18/08/2020 08:05:28 p.m.