

Cartagena de Indias D.T. y C., doce (12) de febrero de dos mil veinticinco (2025)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	REVISIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE CONSULTA POPULAR
Radicado	13-001-23-33-000-2024-00419-00
Demandante	ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR
Demandado	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD PARA CONSULTA POPULAR SOBRE LA CREACIÓN DEL MUNICIPIO DE SAN BASILIO DE PALENQUE
Tema	<i>Revisión de constitucionalidad de la consulta popular que se realizará a la comunidad del corregimiento de San Basilio de Palenque, para la creación del municipio.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Bolívar a realizar la revisión previa de constitucionalidad del texto de la consulta previa, aprobada por la Asamblea del Departamento de Bolívar, para la creación del Municipio de Palenque.

III.- ANTECEDENTES

3.1 LA DEMANDA¹

La Asamblea Departamental de Bolívar, mediante escrito dirigido a esta Corporación, solicitó el examen previo de constitucionalidad de la consulta popular y/o previa que se realizará a la comunidad del corregimiento de San Basilio de Palenque, para que el mismo se erija en municipio en el Departamento de Bolívar, atendiendo las disposiciones contenidas en la Ley 2379 del 15 de julio de 2024, que tiene como propósito “*eleva a municipio el corregimiento de San Basilio de Palenque en el Departamento de Bolívar por razones de salvaguarda y preservación del patrimonio oral e inmaterial de la humanidad declarados por la UNESCO, así como por la declaratoria del Ministerio de Cultura, las Artes y los Saberes que los consideró como bien de Interés Cultural de Carácter Nacional, como sinónimo de soberanía territorial*”

¹ Folio 1-5 pdf 01 y folio 3-11 pdf 07

13-001-23-33-000-2024-00419-00

con enfoque étnico y reivindicación histórica al primer pueblo libre de América”.

En ese sentido, expuso que el texto de la consulta que se le realizará a la comunidad del corregimiento de San Basilio de Palenque, es la siguiente:

¿Está usted de acuerdo SI o NO que el corregimiento de San Basilio de Palenque se erija en municipio en el departamento de Bolívar?

De igual manera se informa, que la Gobernación de Bolívar elevó petición a la Asamblea Departamental para la emisión del concepto de conveniencia para adelantar consulta popular y/o previa a la comunidad del corregimiento de San Basilio de Palenque, inherente a la creación del municipio en los términos de la Ley 2379 de 2024.

El fundamento de esta petición, lo determinaron en el artículo 6 numeral 1 de la ley 21 de 1991, que textualmente expresa en el literal a), los siguiente: *“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”*; concordante con lo señalado en el artículo 7 numeral 1 que dice: *“Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”*

Como soporte de la solicitud se aportaron al proceso los siguientes documentos:

- Petición elevada por el Gobernador del Departamento de Bolívar², a la Asamblea Departamental, el 2 de septiembre de 2024, a través de la cual solicita la emisión de concepto de conveniencia para adelantar una consulta popular y /o consulta previa a la Comunidad del corregimiento de San Basilio de Palenque inherente a la creación del municipio en los términos de la Ley 2379 de 2024.

En dicho documento, pone a consideración de la Asamblea Departamental la pregunta que se formulará a los ciudadanos del corregimiento de San Basilio de Palenque, para efectos de que estos manifiesten su voluntad para convertirse en municipio.

² Folio 25-28 pdf 001



13-001-23-33-000-2024-00419-00

- Resolución 0466 del 30 de marzo de 2012 *"por la cual se adjudica en calidad de "tierras a las comunidades negras" los derechos baldíos, ancestrales y rurales ocupados colectivamente por las comunidades negras integradas en el Consejo Comunitario Ma Kankamana de San Basilio de Palenque, Primer Pueblo Libre de América, Municipio de Mahates, Departamento de Bolívar"*³.
- Resolución 202351002123606 del 5 de septiembre de 2023, por medio de la cual se corrige un error en la Resolución 0466 del 30 de marzo de 2012⁴.
- Documento de la UNESCO en el cual aparece San Basilio de Palenque enlistado como Patrimonio oral e inmaterial de la Humanidad (2005)⁵.
- Resolución 2245 del 30 de octubre de 2009⁶, por medio de la cual se aprueba el plan de salvaguarda del espacio cultural del palenque de san Basilio, declarado como bien de interés cultural del ámbito nacional.
- Resolución 246 del 26 de septiembre de 2023⁷ *"Por la cual se actualiza los cambios de Junta y representante legal de un Consejo Comunitario en el Registro Público Único Nacional de Consejos Comunitarios, Formas y Expresiones Organizativas, y Organizaciones de Base de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior"*
- Acta 004 a través de la cual la Asamblea Departamental de Bolívar, aprobó la solicitud elevada por el Gobernador de Bolívar⁸

3.2 ACTUACIÓN PROCESAL.

El proceso en referencia fue repartido ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 23 de septiembre de 2024⁹, siendo inadmitido por este Tribunal mediante auto de la misma fecha¹⁰.

Con escrito del 1 de octubre de 2024¹¹, se subsanó la petición de revisión constitucional, por lo que el 29 de octubre de 2024¹² se decidió avocar conocimiento y ordenar la publicación correspondiente a fin de que todos aquellos que estuvieran interesados en intervenir, pudieran hacerlo en el plazo de 10 días.

³ Folio 38-68 pdf 001

⁴ Folio 69-112 pdf 001

⁵ Folio 113-118 pdf 001

⁶ Folio 119-129 pdf 001

⁷ Folio 130-133 pdf 001

⁸ Folio 139-149 pdf 001

⁹ Pdf 003

¹⁰ Pdf 004

¹¹ Pdf 007

¹² Pdf 009

13-001-23-33-000-2024-00419-00

La notificación de la actuación se realizó el 30 de octubre de 2024¹³ y publicación del aviso en la página web de esta Corporación se realizó el 31 de octubre de 2024¹⁴; por otro lado, la fijación en lista se llevó a cabo del 31 de octubre al 15 de noviembre de 2024¹⁵.

El asunto en comento, ingresó al despacho el 17 de enero de 2025 para decisión de fondo.

3.3 INTERVENCIONES

3.3.1 CONSEJO COMUNITARIO MA KANKAMANÁ¹⁶

Mediante escrito presentado el 6 de noviembre de 2024, se recibió pronunciamiento del Consejo Comunitario MA KANKAMANÁ¹⁷ de San Basilio de Palenque, en el que manifiesta a esta Corporación su desacuerdo con la iniciativa del Gobernador y la Asamblea de realizar una consulta popular, en la medida en que considera que la misma no está ajustada a la constitución y a la ley.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, a su juicio, la creación del municipio de San Basilio de Palenque debe hacerse a través de una consulta previa, como lo señala el Convenio 169 de la OIT en su artículo 7, ratificado por la Ley 21 de 1991. Para sustentar lo anterior, hace referencia al artículo 3 de la Ley 2379 de 2024 que en el parágrafo 2 expone que: "El Gobierno nacional destinará las partidas presupuestales necesarias para la realización de consulta previa con las comunidades beneficiadas con la presente ley, y la ejecución de la ley."

Sostiene, que San Basilio de Palenque es una emblemática comunidad negra, ubicada en el Departamento de Bolívar, que fue declarada Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad por razones de Salvaguarda la Identidad, la Cultura y sus Usos y Costumbres; asimismo, el Ministerio de Cultura, lo reconoció como bien de Interés Cultural de Carácter Nacional, en función de la soberanía territorial con enfoque étnico y reivindicación histórica al primer pueblo libre de América.

En orden de lo expuesto, considera que la consulta previa es el mecanismo idóneo para consultar a la comunidad palenquera sobre su voluntad de ratificar o no a la Ley 2379 de 2024. Agrega, que el mecanismo de iniciativa

¹³ Pdf 010

¹⁴ Pdf 018

¹⁵ Pdf 011

¹⁶ Pdf 013

¹⁷ Documento de representación de autoridades Folio 130-133 pdf 001



13-001-23-33-000-2024-00419-00

popular de origen ciudadano¹⁸ riñe con los establecido en la Ley 21 de 1991 y el Convenio 169 de la OIT, sin que pueda esta última ser subyugada por la primera, al ser una norma de rango constitucional.

Por último, alega que el acto administrativo es ambiguo y en su posible aplicación no establece si en el proceso de consulta popular se utilizará el Censo Electoral del Municipio de Mahates, para efectos de determinar el porcentaje valido de participación (artículo 55 de la Ley 134 de 1994); además que en el texto del mismo se indicó que no procedía recurso alguno, contrariando el espíritu de la Ley 1437 de 2011.

3.3.2 DEFENSORÍA DEL PUEBLO¹⁹.

La Defensoría del Pueblo Regional Bolívar, considera procedente y justificada la realización de una consulta popular teniendo en cuenta que San Basilio de Palenque es reconocido por su riqueza cultural y su estatus como Patrimonio Cultural e Inmaterial de la Humanidad (UNESCO, 2005).

Argumenta, que la independencia administrativa permitiría a la comunidad preservar y promover su identidad única, reforzar su autonomía y desarrollar políticas y proyectos propios en áreas clave como educación, cultura y turismo. Agrega, que es importante también evaluar la viabilidad económica y administrativa de San Basilio de Palenque como municipio autónomo, para esto, se debe revisar la capacidad de generar recursos propios y acceder a recursos del Sistema General de Participaciones.

Adicionalmente, manifiesta que para adelantar este proceso de consulta se tenga en cuenta lo siguiente:

- Se solicite a las autoridades correspondientes revisar la viabilidad logística para la realización de la consulta popular y proporcionar los recursos necesarios para garantizar una participación efectiva de la comunidad.
- Para fortalecer la legitimidad y representatividad de la consulta popular sobre la creación del municipio de San Basilio de Palenque, se recomienda establecer un espacio inclusivo de diálogo y planeación con la participación activa de las autoridades locales y colectivos étnicos representativos de la comunidad, dado que San Basilio de Palenque es reconocido por su identidad étnica y cultural, es fundamental que el proceso de consulta respete y promueva los valores tradicionales y la autonomía cultural de la comunidad.
- Incluir prácticas y lenguajes locales puede hacer que el proceso sea más accesible y significativo para los habitantes.
- Se debe asegurar que todos los colectivos tengan participación durante la consulta y que el proceso se desarrolle con la máxima transparencia. Para ello, se pueden

¹⁸ Iniciativa Popular de origen ciudadano No. 004 de 2024

¹⁹ Pdf 014



13-001-23-33-000-2024-00419-00

implementar mecanismos de observación electoral comunitaria, con la supervisión de representantes de los colectivos étnicos y del ministerio público.

- Al finalizar la consulta, se recomienda realizar una reunión pública en la que los resultados sean expuestos a la comunidad. Asegurando que la comunidad esté informada de los resultados.

3.3.3 PEDRO ADÁN TORRES PÉREZ²⁰.

Dice actuar como representante legal del Partido Demócrata Colombiano, sin embargo, no acredita la calidad en la que actúa, por lo que se le relaciona su pronunciamiento como interviniente.

Expone que, ciertamente, la ley obliga al desarrollo y perfeccionamiento de una consulta popular como mecanismo de participación ciudadana para la creación de un municipio, en este caso, el Municipio de San Basilio de Palenque. No obstante, esta figura no tiene vocación de prosperidad como quiera que la comunidad de San Basilio de Palenque es un grupo étnico reconocido a través de la legislación nacional y organismos internacionales como un pueblo afrodescendiente, con más de 200 años de historia.

Bajo este contexto, se ha establecido la consulta previa como aquel mecanismo carácter fundamental –derecho fundamental- que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos cuando se toman medidas (legislativas y administrativas) o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación, habida consideración que, estas decisiones y/o medidas puedan afectar sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual. Además, les asiste el derecho a dichos grupos étnicos en participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional que los pueda afectar y/o involucrar. De tal manera que, en el sub lite no es aplicable el desarrollo de una consulta popular, sino que contrariamente debe llevarse a cabo una consulta previa.

3.3.4 GERSEL LUIS PÉREZ ALTAMIRANDA²¹

GERSEL LUIS PÉREZ ALTAMIRANDA, Representante a la Cámara, presentó escrito dirigido a esta Corporación para pronunciarse en el presente asunto, manifestando que, dado que San Basilio de Palenque es un territorio de costumbres, ancestralidades y etnoculturalidad propia, que cuenta con título de propiedad colectiva entregado al Consejo Comunitario Ma Kankamaná por

²⁰ Pdf 015 y 16

²¹ Pdf 017



13-001-23-33-000-2024-00419-00

parte del Ministerio de Agricultura desde el 20 de octubre 2023, es necesario cumplir el mandato constitucional y legal de consulta previa de las comunidades étnicas, a través del procedimiento establecido para tal fin según el artículo 6° del Convenio 169 de 1989 de la OIT, la Ley 21 de 1991, la sentencia T-096 de 2014 y las Directivas Presidenciales 01 de 2010; 10 de 2013 y 08 de 2020; en ese sentido, no procede la consulta popular, dado que la consulta previa, es el mecanismo establecido en el parágrafo 2° del artículo 3° de la ley 2379 de 2024.

Con respecto a la pregunta que el Gobernador presentó y que la Asamblea Departamental: ¿Está usted de acuerdo si o no que el corregimiento de San Basilio de Palenque se erija como municipio de departamento de Bolívar? Manifiesta que puede ser la misma que se utilice para la realización de la consulta previa toda vez que, la redacción de la pregunta, es coherente, precisa y no induce al error, garantizando así el principio de información adecuada y suficiente para que los habitantes del corregimiento de San Basilio de Palenque participen efectivamente de este mecanismo de participación ciudadana que busca el reconocimiento de la diversidad cultural, su autonomía como comunidades étnicas y el derecho fundamental de adoptar decisiones conforme a sus propias reglas jurídicas, usos y costumbres.

3.3.5 ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR²²

Solicita que se acceda a declarar la constitucionalidad consulta previa presentada antes esta Corporación, a fin de que se indague a la comunidad de San Basilio de Palenque, su voluntad para que dicho corregimiento se erija en municipio del Departamento de Bolivar, atendiendo las disposiciones contenidas en la Ley 2379 del 15 de julio de 2024.

Indica, que el artículo 1° de la mencionada norma se exhorta a la Asamblea Departamental de Bolívar, para que inicie el trámite y/o promueva en el pueblo Palenquero la radicación de la solicitud de creación de municipio de San Basilio de Palenque. De igual manera, el parágrafo del artículo 2°, señala que *“Las iniciativas para la creación de los municipios, por razones de Salvaguarda y Preservación del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad, las tendrá el gobernador, los diputados del respectivo departamento, el Gobierno nacional o por iniciativa popular.”*

Atendiendo las directrices señaladas por el legislador, el señor Gobernador del Departamento de Bolivar, elevó una solicitud a la Asamblea Departamental de Bolivar para que emitiera concepto de conveniencia para adelantar una

²² Pdf 019

13-001-23-33-000-2024-00419-00

consulta previa a fin de que el corregimiento de San Basilio de Palenque se segregue del Municipio de Mahates, lo que afecta directamente el territorio. Este hecho, motivó la realización de una Asamblea con la comunidad del corregimiento de San Basilio de Palenque, los representantes del Consejo Comunitario de Makankamana, los representantes de la Asamblea Departamental de Bolívar, los representantes del Departamento de Bolívar (Secretarios de Planeación, Interior y Convivencia Ciudadana), y un delegado del Municipio de Mahates.

En cumplimiento de los mandatos legales, la Asamblea emitió el concepto favorable frente a la conveniencia de la iniciativa y se envió a control de constitucionalidad la pregunta que se realizará al pueblo consultado.

Dice, que el fundamento de esta petición en el artículo 6 numeral 1 de la Ley 21 de 1991, que textualmente expresa en el literal “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 el artículo 7 numeral 1 que dice: “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, (...)”.

Concluye, que la disposición legal que viabilizó la posibilidad de que San Basilio de Palenque se erigiera como Municipio, afecta directamente a esta población étnica, se trata de una medida legislativa y administrativa que, a la luz del convenio OIT 169, requiere de consulta previa, toda vez que esta situación implica decisiones sobre planes y programas de desarrollo Nacional, Regional y Departamental que susceptiblemente pueden afectarles directamente, también involucra la explotación de recursos naturales del subsuelo, y otros existentes en las tierras de este grupo étnico, etc.

Atendiendo lo expresado, solicitan a esta Corporación avalar el proceso que materializará un anhelo de la población de San Basilio de Palenque, declarando ajustada a la constitución y la ley la pregunta que se les formulará a través de la Consulta Previa, que deberá adelantar el Ministerio del Interior y de Justicia en los términos que señala el decreto Ley 200 del 3 de febrero de 2003, modificado por el Decreto 4530 de 2008, que le asigna la competencia de coordinar interinstitucionalmente la realización de la Consulta Previa con los grupos étnicos sobre los proyectos que puedan afectarlos.

3.3.6 MANUEL CASSERES REYES²³

²³ Pdf 020

El señor Manuel Casseres Reyes solicita que se dé aprobación constitucional al texto de la pregunta que se realizará en la consulta popular para la creación del Municipio de San Basilio de Palenque, resaltando en su escrito la importancia histórica, cultural y tradiciones.

3.3.7 JESÚS NATIVIDAD PÉREZ PALOMINO²⁴

Jesús Natividad Pérez Palomino, también realizó un recuento histórico sobre los orígenes de San Basilio de Palenque, su cultura y su importancia nacional e internacional.

3.3.8 DORINA HERNANDEZ PALOMINO²⁵

Dorina Hernández Palomino, Representante a la Cámara, considera que debe declararse constitucional la proposición para la realización de una consulta popular en el corregimiento de San Basilio de Palenque, atendiendo la necesidad de que dicha población pueda decidir autónomamente, dentro del marco constitucional y legal, si quiere ejercer su gobierno y que se les respete su autodeterminación, basándose en razones justas, honestas y legales. Por ello, es muy claro que la Consulta Popular, tiene un marco Constitucional y Legal robusto, por lo que considero que así debe ser declarado, por su honorable despacho.

Sustentó su afirmación, en el hecho de que San Basilio de Palenque es el primer pueblo libre de América Latina, y debe convertirse en municipio, motivados por razones de Salvaguarda y Preservación del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad declarados por la Unesco, así como por la declaratoria del Ministerio de Cultura, las Artes y los Saberes que los consideró como bien de Interés Cultural de Carácter Nacional.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1 competencia

²⁴ Pdf 021

²⁵ Pdf 022

Es competente este Tribunal para conocer del presente proceso en única instancia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53 Ley Estatutaria 134 de 1994 el artículo 21 de la Ley 1757 de 2015.

5.2. Problema jurídico.

La Sala encuentra que el problema jurídico que se debe resolver en esta oportunidad se circunscribe a determinar si la pregunta que pretende formular el Gobernador de Bolívar, para efectos consultar a la comunidad del corregimiento de San Basilio de Palenque sobre la creación del municipio con el mismo nombre, se ajusta o no a la constitución política de Colombia. El texto de la consulta es el siguiente:

¿Está usted de acuerdo SI o NO que el corregimiento de San Basilio de Palenque se erija en municipio en el departamento de Bolívar?

5.3. Tesis.

La Sala considera que la pregunta por medio de la cual se pretende consultar a la comunidad de San Basilio de Palenque sobre su transformación en municipio, se encuentra ajustada a la constitución y cumple con los requisitos de la Ley 134 de 1994 y la Ley 1757 de 2015, bajo el entendido, que es una consulta popular y no una consulta previa; tal como se explica en el marco de esta decisión.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

Constitución Política de Colombia
Convenio 169 de la OIT
Ley 21 de 1991
Ley 134 de 1994
Ley 136 de 1996
Ley 617 de 2000
Ley 1757 de 2015 (complementaria de la Ley 134/94)
Ley 2379 de 2024

5.4.1 Normatividad y procedimiento de creación de municipios.

El **artículo 15** de la Ley 617 de 2000 que modificó el artículo 8° de la Ley 136 de 1994, dispone que, para la creación de un municipio deben cumplirse una serie de requisitos, así:



13-001-23-33-000-2024-00419-00

1. Que el área del municipio propuesto tenga identidad, atendidas las características naturales, sociales, económicas y culturales.
2. Que cuente por lo menos con catorce mil (14.000) habitantes y que el municipio del cual se pretende segregar no disminuya su población por debajo de este límite según certificación del DANE.
3. Que el Municipio propuesto garantice, por lo menos, ingresos corrientes de libre destinación anuales equivalentes a cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales vigentes, durante un período no inferior a cuatro (4) años. El Departamento Nacional de Planeación debe elaborar el respectivo estudio, sobre la conveniencia económica y social de la iniciativa y la viabilidad de la nueva entidad, teniendo en cuenta sus posibilidades económicas, de infraestructura y su identificación como área de desarrollo. Con base en dicho estudio, el órgano departamental de planeación deberá expedir concepto sobre la viabilidad de crear o no el municipio, debiendo pronunciarse sobre la conveniencia de la medida para el municipio o los municipios de los cuales se segregaría el nuevo.
4. En ningún caso podrá crearse un municipio que sustraiga más de la tercera parte del territorio del municipio o municipios de los cuales se segrega. De forma previa a la sanción de la ordenanza de creación del municipio, el Tribunal Contencioso Administrativo ejercerá control automático previo sobre la legalidad de la misma. Si el proyecto no se encontrare ajustado a la ley no podrá sancionarse.

A su turno, el **artículo 16** de la Ley 617 de 2000 expone también, que podrán crearse municipios sin el lleno de los requisitos antes mencionados, cuando el presidente de la república lo considere necesario por razones de defensa nacional. Adicionalmente, también pueden erigirse como municipios los corregimientos creados por el Gobierno Nacional antes de 1991 que se encuentren ubicados en las zonas de frontera siempre y cuando no hagan parte de ningún municipio, previo visto bueno del presidente de la república.

Por otra parte, la Ley 2379 de 2024 que modificó el artículo 16 de la Ley 617 de 2000, creó una nueva excepción, determinando la posibilidad de elevar a la categoría de municipios aquellas poblaciones que posean simultáneamente, la declaratoria de la Unesco, y declaratoria del Ministerio de Cultura, las Artes y los Saberes de la República de Colombia como Bien de Interés Cultural de Carácter Nacional, por razones de Salvaguarda y Preservación del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad.

En ese sentido, la norma en cita establece lo siguiente:

ARTÍCULO 1º. *La presente ley tiene por objeto modificar el artículo 16 de la Ley 617 del 2000, para elevar a municipio al corregimiento de San Basilio de Palenque en el Departamento de Bolívar por razones de Salvaguarda y Preservación del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad declarados por la Unesco, así como por la declaratoria*



13-001-23-33-000-2024-00419-00

del Ministerio de Cultura, las Artes y los Saberes que los consideró como bien de Interés Cultural de Carácter Nacional, como sinónimo de soberanía territorial con enfoque étnico y reivindicación histórica al primer pueblo libre de América.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Se exhorta a la asamblea departamental de Bolívar, para que inicie el trámite y/o promueva en el pueblo Palenquero la radicación de solicitud de creación de municipio a San Basilio de Palenque, como sinónimo de soberanía territorial con enfoque étnico y reivindicación histórica al primer pueblo libre de América.

ARTÍCULO 2º. Modifíquese el Artículo [16](#) de la Ley [617](#) de 2000, el cual quedará así:

ARTÍCULO 9º. Excepción. Sin el lleno de los requisitos establecidos en el artículo anterior, las asambleas departamentales podrán crear municipios cuando, previo a la presentación de la ordenanza, el Presidente de la República considere su creación por razones de defensa nacional. **Asimismo, podrán crear municipios por razones de Salvaguarda y Preservación del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad, siempre y cuando estos posean simultáneamente, la declaratoria de la Unesco, y declaratoria del Ministerio de Cultura, las Artes y los Saberes de la República de Colombia como Bien de Interés Cultural de Carácter Nacional.**

También, podrán las asambleas departamentales elevar a municipios sin el lleno de los requisitos generales los corregimientos creados por el Gobierno Nacional antes de 1991 que se encuentren ubicados en las zonas de frontera, siempre y cuando no hagan parte de ningún municipio, previo visto bueno del Presidente de la República.

PARÁGRAFO. Las iniciativas para la creación de los municipios por razones de Salvaguarda y Preservación del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad, la tendrá el gobernador, los diputados del respectivo departamento, el Gobierno Nacional o por iniciativa popular.

ARTÍCULO 3º. Sostenibilidad Fiscal y Política. (...)

PARÁGRAFO 2º. El Gobierno nacional destinará las partidas presupuestales necesarias para la realización de **consulta previa con las comunidades beneficiadas con la presente ley, y la ejecución de la ley.**

De acuerdo con lo expuesto, es posible concluir que, en efecto, la Ley 2379 de 2024 introdujo una modificación al artículo 16 de la Ley 617 de 2000, permitiendo la creación de municipios sin el cumplimiento de los requisitos del artículo 15 de la Ley 617/00 (en temas de población, recursos y territorio), con el fin de salvaguarda y preservación del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad, siempre y cuando estos territorios posean simultáneamente, la declaratoria de la Unesco, y la declaratoria del Ministerio de Cultura, las Artes y los Saberes de la República de Colombia como Bien de Interés Cultural de Carácter Nacional, como es el caso del corregimiento de San Basilio de Palenque.

También es relevante anotar, que la norma en comento tiene un carácter



13-001-23-33-000-2024-00419-00

transitorio en el tiempo, pues el artículo 5 señala que su vigencia se limita hasta que “*hasta que se cree el nuevo municipio de San Basilio de Palenque en el departamento de Bolívar*”.

Ahora bien, en lo que se refiere al trámite o procedimiento de creación de los municipios nuevos, el párrafo 1 del artículo 15 de la Ley 617 de 2000 establece lo siguiente:

1. La iniciativa para presentar el respectivo proyecto de ordenanza estará a cargo de los siguientes funcionarios o particulares:
 - a) El Gobernador puede presentar directamente el proyecto de ordenanza para la creación del municipio nuevo; pero, **en caso de adelantarse una consulta popular en la que la comunidad avale o apruebe la creación del municipio, el Gobernador estará obligado a presentar el proyecto de ordenanza respectivo, ante la asamblea departamental.**
 - b) Los miembros de la Asamblea Departamental.
 - c) Iniciativa popular²⁶.
 - d) En virtud de la reforma introducida por el párrafo 1 del artículo 2 la Ley 2379 de 2024, el gobierno Nacional también podrá tener iniciativa para la creación del Municipio de San Basilio de Palenque²⁷.
2. La asamblea expedirá la ordenanza de creación del nuevo municipio, y, en caso de no hubiere realizado de antemano la consulta popular (evento planteado en el punto 1-a), dicho acto administrativo debe ser sometido a referéndum en el que participaran los ciudadanos del respectivo territorio.
3. El referéndum deberá realizarse en un plazo máximo de (6) seis meses, contados a partir de la fecha de sanción de la ordenanza.
4. Si el proyecto de ordenanza fuere negado, se archivará y una nueva

²⁶ Ley 1757 de 2015, artículos 4 y ss

²⁷ **ARTÍCULO 2º.** Modifíquese el Artículo [16](#) de la Ley [617](#) de 2000, el cual quedará así:

ARTÍCULO 2º. Excepción. (...)

PARÁGRAFO. Las iniciativas para la creación de los municipios por razones de Salvaguarda y Preservación del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad, la tendrá el gobernador, los diputados del respectivo departamento, **el Gobierno Nacional** o por iniciativa popular.

13-001-23-33-000-2024-00419-00

iniciativa en el mismo sentido sólo podrá presentarse tres (3) años después.

5.4.2 Consulta popular como mecanismo de participación ciudadana – procedimiento.

La **consulta popular** es un mecanismo de participación ciudadana contemplado en el artículo 103 de la Constitución Política²⁸ y definido en el artículo 8 de la Ley 134 de 1994:

ARTÍCULO 8o. CONSULTA POPULAR. *La consulta popular es la institución mediante la cual, una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometida por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto.*

En todos los casos, la decisión del pueblo es obligatoria.

Cuando la consulta se refiera a la conveniencia de convocar una asamblea constituyente, las preguntas serán sometidas a consideración popular mediante ley aprobada por el Congreso de la República.

En cuanto al procedimiento para la realización de la consulta popular, debe consultarse el artículo de la Ley 134 de 1994 y Ley 1757 de 2015²⁹, que complementa la primera, así:

	Ley 134 de 1994	Ley 1757 de 2015
Iniciativa	ARTÍCULO 51. CONSULTA POPULAR A NIVEL DEPARTAMENTAL, DISTRITAL, MUNICIPAL Y LOCAL. Sin perjuicio de los requisitos y formalidades adicionales que señale el Estatuto General de la Organización Territorial y de los casos que éste determine, <u>los gobernadores y alcaldes podrán convocar consultas para que el pueblo decida sobre asuntos departamentales, municipales, distritales o locales.</u>	ARTÍCULO 31. REQUISITOS ESPECIALES PREVIOS AL TRÁMITE. Antes de iniciar el trámite ante corporaciones públicas de cada mecanismo de participación ciudadana se requiere. (...) c) Para la Consulta popular a nivel departamental, distrital, municipal y local de iniciativa gubernamental. <u>Los gobernadores y alcaldes, con la firma de los secretarios de despacho, podrán convocar consultas para que el pueblo decida sobre asuntos departamentales, municipales, distritales o locales.</u> (...)

²⁸ **ARTÍCULO 103.** *Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará.*

²⁹ De acuerdo con el artículo 113 de la Ley 1757 de 2015, esta norma rige a partir del momento de su promulgación y deroga solo las disposiciones que le sean contrarias, lo que permite concluir que, en las disposiciones de la Ley 134 de 1994 que no contravenga lo estipulado en la nueva norma, continúan vigentes.



<p>Temas que se pueden someter a consulta popular</p>	<p>ARTÍCULO 52.- FORMA DEL TEXTO QUE SE SOMETERÁ A VOTACIÓN. (...)</p> <p>No podrán ser objeto de consulta popular proyectos de articulado, ni tampoco la convocatoria a una asamblea constituyente, salvo cuando se vaya a reformar la Constitución según el procedimiento establecido en el artículo 376 de la Constitución Política y en esta ley.</p>	<p>ARTÍCULO 18. MATERIAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE (...) CONSULTA POPULAR. Solo pueden ser materia de (...) consulta popular o referendo ante las corporaciones públicas, aquellas que sean de la competencia de la respectiva corporación o entidad territorial. No se podrán presentar (...) consultas populares (...) sobre las siguientes materias:</p> <p>a). Las que sean de iniciativa exclusiva del Gobierno, de los gobernadores o de los alcaldes;</p> <p>b). Presupuestales, fiscales o tributarias;</p> <p>c). Relaciones internacionales;</p> <p>d). Concesión de amnistías o indultos;</p> <p>e). Preservación y restablecimiento del orden público.</p>
<p>Concepto previo</p>	<p>ARTÍCULO 53. CONCEPTO PREVIO PARA LA REALIZACIÓN DE UNA CONSULTA POPULAR.__(...) <u>El gobernador o el alcalde solicitará a la asamblea, al concejo o a la junta administradora local, un concepto sobre la conveniencia de la consulta de carácter departamental, municipal o local en los mismos términos y con los mismos requisitos de la consulta nacional. Si éste fuere desfavorable el gobernador o el alcalde no podrá convocar la consulta.</u>(...)</p>	<p>ARTÍCULO 20. TRÁMITE DE LAS PROPUESTAS SOBRE MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA. Las reglas que rigen el trámite en corporaciones públicas de cada mecanismo de participación ciudadana son las siguientes:</p> <p>d) Consultas Populares. (...)</p> <p>Las asambleas, los concejos o las Juntas Administradoras Locales, según se trate, se pronunciarán sobre la conveniencia de las consultas populares de iniciativa gubernamental en las respectivas entidades territoriales;</p> <p>ARTÍCULO 32. CONCEPTOS PREVIOS. (...)</p> <p>Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo del artículo 20 de la presente ley, en un término de veinte (20) días, contado a partir del cumplimiento del requisito previo del que trata el artículo 20 de la presente ley, <u>la corporación pública correspondiente emitirá su concepto</u></p>



		<u>respecto de la convocatoria a Consulta Popular Departamental, Distrital, Municipal o Local. La Corporación Pública correspondiente podrá, por la mayoría simple, rechazarla o apoyarla.</u>
Control constitucional I	ARTÍCULO 53. (...) El texto de la consulta se remitirá al tribunal contencioso administrativo competente para que se pronuncie dentro de los 15 días siguientes sobre su constitucionalidad.	ARTÍCULO 21. REVISIÓN PREVIA DE CONSTITUCIONALIDAD. No se podrán promover mecanismos de participación democrática sobre iniciativas inconstitucionales. Para tal efecto: (...) b) Los tribunales de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo competentes se pronunciarán sobre la constitucionalidad del mecanismo de participación democrática a realizarse.
Texto de la consulta	ARTÍCULO 52. FORMA DEL TEXTO QUE SE SOMETERÁ A VOTACIÓN. Las preguntas que se formulen al pueblo estarán redactadas en forma clara, de tal manera que puedan contestarse con un sí o un no.	ARTÍCULO 38. REGLAS ESPECIALES DE LA TARJETA ELECTORAL (...). b) No podrán ser objeto de consulta popular o plebiscito proyectos de articulado y las preguntas que se formulen al pueblo estarán redactadas en forma clara, de tal manera que puedan contestarse con un sí o un no;

5.4.3 Consulta previa como mecanismo de participación de las comunidades étnicas en la toma de decisiones legislativas, administrativas y de proyectos que puedan afectarlas.

El derecho a la consulta previa se encuentra consignada, de manera particular, en los artículos 329 y 330 de la Constitución, que disponen la participación de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios. Este derecho se encuentra reforzado en el Convenio número 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos

humanos³⁰.

El Convenio 169 de la OIT tiene especial connotación y desarrollo el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la participación en la adopción y la aplicación de las decisiones que los afectan, aspecto que está previsto en los artículos 6 y 7 del convenio, según los cuales debe asegurarse la participación de las comunidades a través de un mecanismo adecuados de consulta, que respete el derecho de estos pueblos a “... *decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo*”³¹.

El Convenio 169 de la OIT³² y su estatuto aprobatorio, Ley 21 de 1991, expone lo siguiente:

ARTICULO 6°

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a). Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

c). Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

*d) 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.***

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-383 de 2003 hizo un pormenorizado recuento del desarrollo legislativo del derecho constitucional de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados, así:

“resulta de especial importancia para el asunto en estudio, además, reiterar que el Convenio 169 de la OIT, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional.”

Igualmente, en sentencia T-039-24 ha expresado:

La Constitución de 1991 plantea un modelo de relación con los grupos étnicos basado en el reconocimiento de su diferencia cultural como algo digno de respeto y valoración, en tanto contribuye a forjar una sociedad plural e incluyente de las múltiples formas de vivir la humanidad (...)

Este modelo de relación con los grupos étnicos establecido en la Constitución, y

³⁰ Sentencia C – 030 de 2008

³¹ ibidem

³² Ver también los artículos 7 y 8 del mencionado acuerdo.



13-001-23-33-000-2024-00419-00

consolidado con la incorporación al derecho interno del Convenio 169 de 1989 de la OIT³³, se funda en un enfoque de diversidad y autonomía. Este modelo ha dado lugar a la consagración de una serie de derechos orientados a: (i) garantizar las condiciones para su existencia como pueblos culturalmente diversos; (ii) reconocer espacios de autonomía para definir sus prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y controlar, en la mayor medida posible, su propio desarrollo económico, social y cultural; (iii) corregir y compensar patrones históricos de discriminación, a través de acciones afirmativas que establezcan las condiciones para que la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país sea real y efectiva; (iv) asegurar su participación no sólo en los escenarios donde se toman decisiones susceptibles de afectarles de manera directa, sino además en aquellos donde se definen, con carácter general, las reglas del juego social.

Entre estos derechos se **destaca la consulta previa**, a través del cual se busca hacer efectivo este nuevo modelo de relación con la alteridad basado en el reconocimiento de la diversidad y de la autonomía y en la necesidad de propiciar un intercambio de conocimiento entre distintos saberes en torno al concepto de desarrollo. Además, la consulta previa constituye una garantía específica de las exigencias de la justicia ambiental - equidad distributiva, participación, sostenibilidad y precaución - en relación con los grupos étnicos.³⁴ Tales exigencias permean el diseño constitucional de este mecanismo, que toma como punto de partida el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política, donde se establece la obligación estatal de garantizar la participación de las comunidades indígenas previa la explotación de recursos naturales en sus territorios. A su vez, el Convenio 169 de la OIT amplía el alcance del derecho a la consulta previa, cuando en su artículo 6º consagra el deber de "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". Esta misma disposición establece como reglas generales: (i) el deber de consultar a los pueblos indígenas y tribales previa la adopción de medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles de manera directa; (ii) la definición de los medios para asegurar su participación en instituciones vinculadas con el diseño e implementación de políticas y programas que les conciernan; (iii) la destinación y provisión de recursos necesarios para el cumplimiento de esos propósitos; (iv) el imperativo de realizar las consultas de buena fe, de una manera apropiada a las circunstancias y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

A partir de la sentencia SU-039 de 1997³⁵, donde se amparó el derecho del pueblo U'wa a ser consultado antes de autorizar la realización de actividades de exploración de hidrocarburos en su territorio, la Corte Constitucional ha establecido que la consulta previa opera no sólo tratándose de proyectos de explotación de recursos naturales en territorios de grupos étnicos, sino también en relación con aquellas medidas legislativas y administrativas, así como frente a la ejecución de proyectos, obras o actividades de diversa índole, susceptibles de afectarles de manera directa.

³³ "Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes".

³⁴ Sobre la relación entre el derecho a la consulta previa y la justicia ambiental, ver sentencias T-294 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa y SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes. AV. Carlos Bernal Pulido. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³⁵ M.P. Antonio Barrera Carbonell. SV Hernando Herrera Vergara, Vladimiro Naranjo Mesa, Fabio Morón Díaz, Jaime Vidal Perdomo.



13-001-23-33-000-2024-00419-00

A través de su jurisprudencia, la Corte ha decantado una serie de estándares normativos que han de orientar la comprensión, desarrollo, aplicación y protección judicial del derecho fundamental a la consulta previa. Dichos estándares fueron unificados y sistematizados en las sentencias SU-123 de 2018 y SU-121 de 2022, que contienen la doctrina constitucional vigente sobre la materia. La Sala centrará su exposición en la reiteración de los estándares relacionados con la decisión del presente caso, a partir de su formulación en la citada sentencia y del análisis de la manera en que han sido comprendidos y aplicados por la Corte al resolver casos que involucran la consulta previa de proyectos viales”.

De todo lo expuesto, debe destacarse que Colombia se constituye como una república democrática, participativa y pluralista (C.P. art. 1), que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural como un valor constitucional (C.P. arts. 7 y 70) y que las comunidades étnicas gozan de plenos derechos constitucionales fundamentales. Además, la Constitución reconoce la autodeterminación de los pueblos indígenas en sus territorios (CP art. 330), por lo cual Colombia es un Estado multicultural y multiétnico, y la consulta previa es un instrumento y un derecho fundamental para amparar esos principios constitucionales. Por eso, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que puedan afectarlas, ofrece como particularidad la referida participación a través del mecanismo de la consulta previa, la cual adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social³⁶.

Como se expuso en la Sentencia C-348 de 2021, desde la SU-039 de 1997 la Corte ha reconocido que la consulta previa “es un derecho fundamental autónomo, que permite proteger la pervivencia y preservación de (...) comunidades culturalmente diferenciadas (...) [garantizando] su identidad como minoría étnica y cultural, organizadas y reguladas mediante sus prácticas tradicionales³⁷.

Es importante también señalar que “*el derecho a la consulta previa no cubre únicamente a las comunidades indígenas, sino que es un derecho de los grupos étnicos en Colombia. **En concreto para las comunidades afrodescendientes, en la Sentencia C-461 de 2010 la Corte estableció que las “comunidades negras son grupos étnicos titulares de los derechos constitucionales fundamentales a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, al uso, conservación y administración de sus recursos naturales, y a la realización de la consulta previa en caso de medidas que les afecten directa y específicamente”***³⁸

³⁶ Sentencia SU-123 de 2018. MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes (conjuez). AV. Carlos Bernal Pulido. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez, párrafo 17.10.

³⁷ También puede consultar Sentencia C-054 de 2023

³⁸ Sentencia T 162 de 2023



En **Sentencia T-175 de 2009**³⁹, la Corte sintetiza las pautas tener en cuenta en relación con la consulta previa para adoptar medidas legislativas, indicando que:

- ✓ El deber de consulta previa respecto de medidas legislativas, resulta jurídicamente exigible cuando las mismas afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes⁴⁰.
- ✓ La consulta no es un escenario de confrontación entre las autoridades gubernamentales y los grupos étnicos; tiene por objeto servir para que las comunidades participen activamente en la definición de la medida legislativa relacionada directamente con sus intereses, a fin de propiciar una concertación sobre el contenido del proyecto o política correspondiente – no existe poder de veto.
- ✓ El proceso de consulta debe estar precedido de un trámite preconsultivo, en el cual se defina, de común acuerdo entre las autoridades gubernamentales y los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes, las bases del procedimiento participativo. De acuerdo con los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado.
- ✓ Los procesos de consulta se deben llevar a cabo mediante relaciones de comunicación efectiva, basadas en el principio de buena fe. Por ende, dicho procedimiento estará dirigido a proteger los derechos fundamentales de las comunidades étnicas, mediante instrumentos de participación que, amén de su disposición y diseño, puedan incidir en la definición del contenido y alcance de la

³⁹ En armonía con estas consideraciones, el deber de consulta previa respecto de medidas legislativas, resulta jurídicamente exigible cuando las mismas afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello sucede cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos. Por ende, no existirá deber de consulta cuando la medida legislativa no pueda predicarse de forma particular a los pueblos indígenas y tribales y, a su vez, el asunto regulado no tenga relación con aspectos que, razonable y objetivamente, conformen la identidad de la comunidad diferenciada. Así, de acuerdo con el precedente constitucional estudiado en esta sentencia, para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Como se señaló en la sentencia C-030/08, uno de los parámetros para identificar las medidas legislativas susceptibles de consulta es su relación con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT. (...) En tal sentido, simples trámites administrativos que tiendan a permitir el ejercicio del derecho a la defensa de las comunidades respecto a las medidas adoptadas, o esfuerzos extemporáneos por parte del Gobierno Nacional para cumplir con dicho procedimiento, no satisfacen el deber de consulta previa.

⁴⁰ Sentencia C-054 de 2023: "Concepto de afectación directa tratándose de medidas legislativas o administrativas. En este orden de ideas, el concepto determinante para analizar la procedencia de la consulta previa es el de afectación directa, que ha sido definido en la SU-123 de 2018 como "el impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica". Esta decisión, como se había sostenido en la sentencia C-348 de 2021, "recogió ejemplos de eventos en los que existen afectaciones directas a las comunidades étnicas y precisó que hay situaciones en las que, a pesar de no existir evidencia razonable de una afectación directa, procede la consulta", enunciando cuatro supuestos: "(i) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (iii) cuando se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (iv) por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido"



13-001-23-33-000-2024-00419-00

medida legislativa o administrativa. Lo anterior implica que la consulta previa no puede concebirse como un mero requisito formal, sino que es un proceso sustantivo de raigambre constitucional, dirigido a que (i) las comunidades afectadas estén provistas de la información completa, precisa y significativa sobre los proyectos que se pretenden desarrollar en sus territorios o de las medidas legislativas o administrativas del caso; y (ii) se tenga como objetivo principal el logro de un acuerdo con los pueblos indígenas y tribales, quienes podrán discutir el contenido de la política y proponer alternativas a ella. Para cumplir con estas condiciones, es posible que las comunidades estén acompañadas por la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría General de la Nación, si así lo estiman pertinente.

- ✓ Las medidas legislativas y administrativas que afecten directamente los intereses de las comunidades tradicionales, deben estar precedidas de un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego de los grupos étnicos afectados.
- ✓ Finalmente, el precedente constitucional sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa ha contemplado que, en los casos en que cumplidos los requisitos y garantías anteriormente descritas, no sea posible llegar a un acuerdo sobre la medida legislativa o administrativa, el Estado conserva su competencia para adoptar una decisión final a ese respecto.

En lo que se refiere a la **consulta previa para la creación de municipios**⁴¹, es relevante traer a colación la sentencia de la Corte **Constitucional C-047 de 2022**, en la cual se estudió la constitucionalidad del artículo 16 de la Ley 617 de 2000 y el artículo 2 de la Ley 177 de 1994.

En esa oportunidad, a juicio del interesado se expuso que, las normas en comento desconocían los fines esenciales del Estado Social de Derecho y la diversidad e integridad étnica y cultural de la Nación, asimismo, violaba los principios de progresividad y no regresividad establecidos tanto en la Carta Fundamental como en el derecho internacional de los derechos humanos. La demanda explica que, el artículo 9 de la Ley 136 de 1994 prohibía la creación excepcional de municipios en territorios indígenas. No obstante, esa protección, que tiene un origen constitucional, se flexibilizó con el artículo 2 de la Ley 177 de 1994, para, finalmente, ser desmontada mediante el artículo 16 de la Ley 617 de 2000, lo que constituye una evidente acción regresiva que desconoce las normas superiores.

En el estudio de los cargos en referencia, la Corte determinó que debía declararse la exequibilidad condicionada del artículo 16 de la Ley 617 de 2000, bajo el siguiente presupuesto:

233. Tal como lo advierten los demandantes, la disposición bajo examen no proscribía la creación de municipios sin el lleno de los requisitos legales en los territorios indígenas, ni advierte sobre la posibilidad de llevarla a cabo únicamente cuando medie acuerdo con las autoridades indígenas, como lo preveía el artículo 2 de la Ley 177 de 1994, modificado por la norma en cuestión. Por tanto, en principio, se podría afirmar que el

⁴¹ También puede consultar Sentencia C-054 de 2023



13-001-23-33-000-2024-00419-00

artículo 16 de la Ley 617 de 2000 afecta la exigibilidad del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

234. Sin embargo, **la Sala advierte que el hecho de que la disposición demandada no se refiera de manera expresa a la necesidad de consultar a las comunidades indígenas no implica que el Estado y, concretamente, las asambleas departamentales, estén autorizados para adelantar el correspondiente proceso de constitución de municipios sin realizar dicha consulta, cuando involucre territorios indígenas.** En efecto, una interpretación integral y sistemática de la disposición demandada permite concluir que el derecho a la consulta previa está garantizado por instrumentos internacionales ratificados por el Estado colombiano, que hacen parte del bloque de constitucionalidad y establecen un régimen especial de protección de la autonomía de las comunidades étnicas que no puede ser desconocido por las autoridades administrativas.

235. **Así, no es posible afirmar que, en el asunto bajo examen, el ámbito de protección del derecho a la consulta previa se vea limitado o recortado, pues la obligación de consultar a las comunidades indígenas permanece, con independencia de que la norma en cuestión la prevea o no. En otras palabras, el hecho de que la disposición cuestionada no señale expresamente que se debe adelantar la consulta previa de ninguna manera excusa al Estado del cumplimiento de esa obligación constitucional, en los términos previstos por el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de esta Corte. Por tanto, se entiende que es imperativo llevar a cabo la consulta previa, cuando la constitución de municipios sin el cumplimiento de los requisitos generales afecte de manera directa a las comunidades indígenas que habitan en la zona.**

236. Ahora bien, en tales eventos, es necesario evaluar cada caso particular, para determinar la intensidad de esa afectación, pues el grado de afectación derivado de la aplicación de la disposición demandada puede no resultar equivalente en todos los casos. En efecto, la creación de un municipio en territorios indígenas tiene la aptitud de desencadenar impactos diversos que se deben tener en cuenta al momento de dar aplicación práctica a la norma demandada. Así, es posible que la creación de un municipio -considerando las características organizativas de la comunidad indígena- tenga repercusiones más o menos intensas. Por tanto, las autoridades deberán tener en cuenta los niveles de intensidad de la afectación señalados de la Sentencia SU-123 de 2018, al momento de aplicar la disposición en cuestión.
(...)

240. Es decir, el hecho de que la norma demandada no prohíba crear municipios sin el lleno de los requisitos generales en territorios indígenas no autoriza al Estado para desconocer la autonomía de esos territorios ni para imponer en ellos formas de administración y gobierno ajenas a las costumbres y cosmovisiones de los pueblos que los habitan. De lo contrario, se desconocería el régimen constitucional especial que les confiere a dichos territorios el carácter de entidades territoriales y les atribuye específicas funciones dirigidas a materializar sus derechos a la autodeterminación y la autonomía territorial. La Sala insiste en que, independientemente de que la disposición demandada no lo establezca de manera expresa, es indiscutible la obligación, en cabeza del Estado, de respetar y garantizar el derecho a la autonomía territorial de las comunidades indígenas.

En lo que se refiere a la Ley 2379 de 2024, se advierte una situación similar, pues

13-001-23-33-000-2024-00419-00

aun cuando dicha norma no contempló de manera expresa la realización de la consulta previa en la comunidad de San Basilio de Palenque, hizo la salvedad de que tal mecanismo de participación debía ser financiado por el Gobierno Nacional. En ese sentido, el parágrafo 1 y 2 del artículo 3 determinan lo siguiente:

ARTÍCULO 3°. Sostenibilidad Fiscal y Política. (...)

PARÁGRAFO 1°. *La división político-administrativa del ente territorial, **tendrá en cuenta sus costumbres, ancestralidad y etnoculturalidad**, sin desconocer la necesidad de elegir sus autoridades democráticamente, promoviendo el mejoramiento social y la preservación de su tradición e historia.*

PARÁGRAFO 2°. *El Gobierno nacional destinará las partidas presupuestales necesarias para la realización de **consulta previa** con las comunidades beneficiadas con la presente ley, y la ejecución de la ley.*

En conclusión, para erigir el corregimiento de San Basilio de Palenque en municipio se requiere una consulta previa, tal como quedó expuesto en sentencias anteriores.

5.4.4. CASO CONCRETO

Corresponde a la Sala realizar el pronunciamiento frente a la constitucionalidad del texto de la consulta popular impulsada por el Gobernador del Departamento de Bolívar y la Asamblea Departamental, que tiene por objeto indagar a los pobladores del corregimiento San Basilio de Palenque sobre la creación de un Municipio con el mismo nombre, en su territorio.

Descendiendo al caso concreto, observa este Tribunal que, el 2 de septiembre de 2024 el Gobernador del Departamento de Bolívar⁴², radicó ante la Asamblea Departamental una solicitud de concepto de conveniencia para **adelantar una consulta popular y/o consulta previa a la Comunidad del corregimiento de San Basilio de Palenque inherente a la creación del municipio en los términos de la Ley 2379 de 2024.**

En dicho documento, se puso a consideración de la Asamblea Departamental los argumentos de la petición y la pregunta que se debía formular a los ciudadanos del corregimiento de San Basilio de Palenque, para efectos de que estos manifiesten su voluntad para convertirse en municipio:

¿Está usted de acuerdo SI o NO que el corregimiento de San Basilio de Palenque se erija en municipio en el departamento de Bolívar?

⁴² Folio 25-28 pdf 001



Seguidamente, la Asamblea Departamental le dio trámite a la solicitud, verificándose que, en sesión del 5 de septiembre de 2024, dicha Corporación sometió a debate el concepto de conveniencia positivo para “ADELANTAR LA **CONSULTA POPULAR Y/O PREVIA** A LA COMUNIDAD DEL CORREGIMIENTO DE SAN BASILIO DE PALENQUE INHERENTE A LA CREACIÓN DEL MUNICIPIO EN LOS TÉRMINOS DE LA LEY 2379 DE 2024”. El resultado de esa votación se plasmó en el Acta 004 de la misma fecha, en el que se avizora la aprobación de la solicitud elevada por el Gobernador de Bolívar⁴³.

La decisión anterior fue enviada a este Tribunal para emitir el respectivo pronunciamiento de constitucionalidad.

Ahora bien, varios de los intervinientes, entre ellos el Consejo Comunitario MAKANKAMANÁ y el Representante a la Cámara GERSEL LUIS PÉREZ ALTAMIRANDA (quien impulsó la ley 2379/24), sostienen que la consulta popular no es el trámite procedente para la creación del Municipio de San Basilio de Palenque, pues lo obligatorio es la realización de una consulta previa, conforme con los parámetros establecidos por la Corte Constitucional, el Convenio 169 de la OIT y la Ley 21 de 1991.

Por su parte, la Asamblea argumenta que, la consulta popular sí es procedente, pues a través de ella se cumplen con los mandatos establecidos en las normas señaladas, y se le brinda la oportunidad a la comunidad de San Basilio de Palenque para que se manifieste su voluntad de pasar de la categoría de corregimiento a municipio y que luego será el Ministerio del Interior quien realice la pregunta a la comunidad a modo de consulta previa.

Frente a esta situación, lo primero que debe exponerse es que no es posible asimilar la consulta popular a la consulta previa, toda vez que estas dos instituciones jurídicas tienen características y trámites diferentes, tal como se expuso en el marco normativo y se muestra a continuación:

⁴³ Folio 139-149 pdf 001



	Consulta previa	Consulta popular
Normativa que la regula	Convenio 169 OIT, Ley 21 de 1991, Directiva Presidencial 08 del 9 de septiembre de 2020 (para proyectos de desarrollo o inversión) y sentencias de la Corte Constitucional como la T-039 de 2024, SU-121 de 2022, SU-123 de 2018 y T-002 de 2017; también la SU T-461 de 2008, T-175 de 2008 entre otras (en materia de consulta previa de proyectos legislativos o actos administrativos).	Ley 134 de 1994, artículos 8, 50 y ss. Ley 1757 de 2015, artículos 20, 21, 31 y ss.
Objeto y características	Naturaleza, finalidad y principios orientadores de la consulta previa “(i) [E]l objetivo de la consulta previa es intentar lograr en forma genuina y por un diálogo intercultural el consentimiento con las comunidades indígenas y tribales sobre las medidas que las afecten; (ii) busca asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados; (iii) es un proceso intercultural de diálogo en el que el Estado debe tomar las medidas necesarias para reducir las desigualdades fácticas de poder que puedan tener los pueblos étnicos; (v) la consulta debe ser flexible, es decir, adaptarse a las necesidades de cada asunto; (vi) la consulta debe ser informada, esto es dispensar a los pueblos indígenas y tribales la información suficiente para que ellos emitan su criterio; (vii) la consulta debe respetar la diversidad étnica y cultural lo que permitirá encontrar mecanismos de satisfacción para ambas partes” . (...)” ⁴⁴	La consulta popular es la institución mediante la cual una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometida por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto. La decisión del pueblo es obligatoria.
Oportunidad	La consulta previa en el tiempo ⁴⁵ La Corte ha sostenido que en materia de medidas legislativas la consulta previa se debe realizar con anterioridad a la radicación del proyecto de ley en el Congreso de la República, lo cual obedece a la exigencia de oportunidad de la	Previo a la adopción de una decisión por parte del órgano ejecutivo, ya sea gobierno nacional, gobernador y alcalde

⁴⁴ Corte Constitucional - Sentencia T-039-24

⁴⁵ Corte Constitucional - Sentencia T-054-23



	<p>consulta, ya que una vez adoptadas “la participación de las comunidades étnicas no tendría ninguna utilidad”. En este escenario, se trataría, entonces, no de un proceso de consulta, sino de una mera notificación de algo que ya ha sido decidido, situación que resultaría contraria a los criterios para la aplicación de la consulta”.</p>	
<p>Trámite</p>	<p>La Corte Constitucional y algunas Directivas Presidenciales⁴⁶ han sintetizado las etapas o fases del proceso de consulta previa, así:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Certificación sobre la presencia de las comunidades étnicas ✓ Apertura del proceso y convocatoria ✓ Pre-consulta: que permite a las entidades gubernamentales y las comunidades indígena o afrodescendientes elegir el procedimiento a implementar para la consulta, conforme a sus costumbre y creencias. ✓ Consulta previa y protocolización: etapa de socialización, diálogo y adopción de acuerdos. ✓ Seguimiento al cumplimiento ✓ Cierre del proceso de consulta previa <p>(sentencia T-002 de 2017)</p>	<p>En la consulta popular existe un trámite preconstituido e inflexible, es decir, que no puede ser cambiado, y es el siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ El gobernador solicita a la Asamblea un concepto de conveniencia. ✓ La asamblea emite un concepto de conveniencia, favorable. ✓ El texto de la consulta se envía al tribunal administrativo respectivo para que realice el control de constitucionalidad. ✓ Dentro de los plazos establecidos en la Ley 1757 de 2015 se realiza la consulta a la comunidad interesada. ✓ La decisión adoptada en las urnas es obligatoria, por lo que la Asamblea deberá expedir la ordenanza correspondiente o, en caso de incumplimiento por parte de la Asamblea, será el Gobernador el obligado a expedirlo por decreto. <p>(Ley 1757 de 2015)</p>

⁴⁶ Directiva Presidencial No. 10 de 2013 y No. 08 de 2020



<p>Control de constitucionalidad</p>	<p>La consulta previa NO está sometida a control de constitucionalidad por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa</p>	<p>La consulta popular SÍ está sometida a control de constitucionalidad por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa</p>
---	--	---

De lo anterior, queda suficientemente claro que la consulta previa y la consulta popular son mecanismos de participación que, si bien encierran una manifestación de voluntad por parte de la comunidad afectada, tienen requisitos y procedimientos diferentes, por lo cual no pueden ser equiparados como lo considera el Gobernador y la Asamblea de Bolívar, a tal punto que la consulta popular pueda reemplazar la consulta previa.

En ese orden, debe explicarse que, aunque en el escrito del 2 de septiembre de 2024 (folio 25 pdf 01), al encabezar la misiva al Presidente de la Asamblea de Bolívar, el Gobernador solicitó concepto de conveniencia para adelantar una **consulta popular y o una consulta previa** a la comunidad de san Basilio de palenque, lo cierto es que en el párrafo final de su oficio señaló que:

*Por lo anteriormente expresado, reitero la solicitud de iniciar el trámite para la emisión del concepto sobre la conveniencia para adelantar la **consulta popular**, para erigir como municipio en el departamento de Bolívar al corregimiento de San Basilio de Palenque, en lo términos y condiciones que señala la ley. (el subrayado y negrilla no son del texto)*

De lo antes expuesto, se desprende diáfananamente que lo pretendido por el Gobernador del Departamento de Bolívar, es someter la creación del Municipio de San Basilio de Palenque al mecanismo de participación ciudadana que se denomina consulta popular, por ello, las imprecisiones utilizadas en el encabezado del escrito de solicitud de concepto de conveniencia, y plasmadas también en el Acta 004 de 2024, emanada de la Asamblea Departamental de Bolívar, no tienen el alcance de transformar este mecanismo, en una consulta previa.

Bajo ese entendido, este Tribunal procederá a emitir su concepto de constitucionalidad frente a la pregunta objeto de consulta popular, pues se itera, que el trámite que se le imprimió a este asunto fue el de una consulta popular y no el de una consulta previa; más aún, porque solo frente a la primera este Tribunal tiene competencia para pronunciarse conforme lo establece el artículo 21 de la Ley 1757 de 2015.

En ese orden de ideas, la Sala abordará el estudio de este caso, y lo circunscribirá ÚNICAMENTE a la verificación de los requisitos establecidos en los artículos 18 y 38 de la Ley 1757 de 2015; es decir, que la pregunta sometida a



13-001-23-33-000-2024-00419-00

consulta popular sea clara y que no corresponda a un proyecto de articulado, ni verse sobre asuntos no susceptibles de ser sometidos a consulta popular.

Así las cosas, se evidencia que, en efecto el texto de la consulta es claro, puede ser contestado con un sí o un no; no corresponde a un proyecto de articulado, ni versa sobre temas relacionados con asuntos que sean de iniciativa exclusiva del gobierno, de los gobernadores o de los alcaldes; presupuestales, fiscales o tributarias; relaciones internacionales; concesión de amnistías o indultos; preservación y restablecimiento del orden público.

En conclusión, la pregunta cumple con los requisitos para ser sometida a consulta popular de la comunidad de San Basilio de Palenque, y se encuentra ajustada a la constitución, bajo el entendido de que la misma no reemplaza a una consulta previa, la cual debe ser realizada para efectos de la creación del municipio, so pena de que en el futuro pueda verse afectado el proceso que da origen al nuevo ente territorial, por falta de cumplimiento de este requisito.

Lo anterior, encuentra respaldo en el hecho de que la comunidad de San Basilio de Palenque es reconocida por ser una colectividad de personas afrodescendientes con identificación cultural propia, catalogado como Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad, reconocido por la Unesco, y la declaratoria del Ministerio de Cultura, las Artes y los Saberes de la República de Colombia como Bien de Interés Cultural de Carácter Nacional. En consecuencia, el Tribunal quiere dejar explícitamente plasmado que, para la creación del Municipio de San Basilio de Palenque, ya sea por iniciativa del Gobernador, de la Asamblea Departamental, del Gobierno Nacional, o por Iniciativa Popular Ciudadana, previamente debe haberse realizado la consulta previa con la comunidad, pues el no hacerlo, puede afectar el proceso de creación del municipio.

Al respecto, es importante traer a colación como antecedente sobre esta materia, el pronunciamiento hecho por esta misma Corporación, en sentencia del 21 de noviembre de 2011, dentro del expediente 130012331003-2011-00565-00, mediante el cual se asumió el conocimiento del control de legalidad del proyecto de ordenanza por medio del cual se creaba el Municipio de San Pablo Norte. En ese momento se indicó también, que aun cuando se había realizado la consulta popular a todos los corregimientos involucrados en la creación del nuevo municipio, el acto administrativo objeto de estudio era ilegal en la medida en que a la comunidad de San Basilio de Palenque no se le realizó la consulta previa.

De igual manera, existe un caso similar, correspondiente a la creación del Municipio de Barrancominas, en el Departamento del Guainía, instituido a partir



del Decreto 1454 de 2018, en el que sometió a consulta previa la decisión con las comunidades indígenas que habitaban la zona afectada, sobre la futura creación del municipio y luego de aprobada, se presentó el proyecto que más tarde se convirtió en la Ordenanza No. 248 del 24 de junio de 2019.

Para finalizar, esta Corporación concluye entonces, que la pregunta que se pretende someter a votación por la comunidad de San Basilio de Palenque para pasar de ser un corregimiento y elevarse a la categoría de municipio, a través de la consulta popular que pretende adelantar el Gobernador de Bolívar, se encuentra ajustada a la constitución; pero no puede ser asimilada a una consulta previa, por lo que la expresión “y/o consulta previa” no debe entenderse como parte integrante de la consulta popular, ni de la aprobación que emite esta Corporación; ya que la consulta previa, como quedó plasmada en párrafos anteriores, es otro mecanismo diferente al que nos ocupa y su trámite le corresponde a otras autoridades.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI. FALLA

PRIMERO: DECLARAR LA CONSTITUCIONALIDAD del texto sometido a estudio, el cual tiene por finalidad realizar la **consulta popular** a la comunidad del corregimiento de San Basilio de Palenque, para la creación del Municipio de San Basilio de Palenque, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: COMUNÍQUESE esta decisión al señor Gobernador del Departamento de Bolívar, a la Asamblea Departamental del Departamento de Bolívar, al Ministerio Público, a la comunidad en general.

TERCERO: ARCHÍVESE el expediente, previas las anotaciones en el sistema SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 002 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ

JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA

OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

Medio de control	REVISIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE CONSULTA POPULAR
Radicado	13-001-23-33-000-2024-00419-00
Demandante	ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR
Demandado	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD PARA CONSULTA POPULAR SOBRE LA CREACIÓN DEL MUNICIPIO DE SAN BASILIO DE PALENQUE
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ