

Sentencia T-823/12

COMUNIDADES NEGRAS-Caso en que Gobernación se niega a convocar a sesión pública a los consejos comunitarios del departamento con el fin de que las comunidades elijan a sus representantes ante las comisiones consultivas departamentales y de alto nivel

COMUNIDAD AFRODESCENDIENTE-Reconocimiento y protección constitucional y legal de la diversidad étnica y cultural efectuado por la Constitución y la ley

Esta Corporación ha reconocido el carácter de “pueblo tribal” de las comunidades afrocolombianas para efectos de la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales. Como grupos étnicos diferenciados, las comunidades negras son titulares de varios derechos ligados al principio de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, reconocidos por la Constitución y el Convenio 169, entre los que se encuentran el derecho a la propiedad colectiva sobre sus territorios, el derecho a la participación, el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho al medio ambiente sano, el derecho a la protección de la biodiversidad, el derecho a determinar el modelo de desarrollo que desean seguir, entre otros.

PRINCIPIO DE AUTODETERMINACION Y DERECHO DE AUTONOMIA DE PUEBLOS INDIGENAS Y COMUNIDADES NEGRAS, AFRODESCENDIENTES O AFROCOLOMBIANAS-
Alcance

En la sentencia C-882 del 23 de noviembre de 2011, se expuso que (i) el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural se manifiesta, entre otros, en el derecho fundamental a la libre determinación o autonomía de los pueblos indígenas y tribales y, además, que (ii) el contenido del derecho a la autonomía o libre determinación potencializa la faceta participativa de dichas comunidades como también su derecho a optar, desde su visión del mundo, por el modelo de desarrollo que mejor se adecúe a las aspiraciones que desean realizar como pueblo o comunidad, con el fin de asegurar la supervivencia de su cultura.

DERECHO A LA LIBRE DETERMINACION O AUTONOMIA DE LAS COMUNIDADES ETNICAS-Orden al Ministerio del Interior inaplicar Resolución por inconstitucional

DERECHO A LA LIBRE DETERMINACION O AUTONOMIA DE LAS COMUNIDADES ETNICAS-Orden al Ministerio del Interior expedir nuevas directrices para llevar a cabo las elecciones de los representantes de las comunidades negras

DERECHO A LA LIBRE DETERMINACION Y PARTICIPACION DE COMUNIDADES ETNICAS-Orden a Gobernador convocar a sesiones públicas a las comunidades negras de su departamento, con el fin de llevar a cabo las elecciones de los delegados de estos grupos

Referencia: expediente T- 3.404.635

Derechos tutelados: libre determinación o autonomía, y participación.

Acción de Tutela instaurada por Hoover Eladio Carabali Playonero, representante legal del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de la Plata Bahía Málaga, contra la Gobernación del Valle del Cauca.

Magistrado Ponente:
JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil doce (2012)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Alexei E. Julio Estrada, Luis Ernesto Vargas Silva y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub –quien la preside-, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales y, específicamente, las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia de única instancia proferida el 17 de enero de 2012, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Santiago de Cali, que negó el amparo del derecho fundamental a la participación dentro de la acción de tutela promovida por Hoovert Eladio Carabali Playonero, representante legal del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de la Plata Bahía Málaga, contra la Gobernación del Valle del Cauca.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación, la Sala de Selección Número Tres de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1.1. SOLICITUD

Hoovert Eladio Carabali Playonero, representante legal del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de la Plata Bahía Málaga, demandó ante el juez de tutela la protección de su derecho fundamental a la participación, presuntamente vulnerado por la Gobernación del Valle del Cauca ante la negativa de convocar a sesión pública a los consejos comunitarios de este departamento con el fin de que las comunidades negras elijan a sus representantes ante las comisiones consultivas departamentales y de alto nivel.

1.2. HECHOS RELATADOS POR EL PETICIONARIO

1.2.1 El accionante indica que en desarrollo del artículo transitorio 55 de la Constitución Política, el Congreso de la República expidió la Ley 70 de 1993, la cual establece como uno de sus principios fundantes, "...la participación de las comunidades negras y sus organizaciones sin detrimento de su autonomía, en las decisiones que las afectan y en las de toda la Nación en pie de igualdad, de conformidad con la ley."^[1]

1.2.2 Además, señala el actor que en el numeral quinto del artículo 2 de la Ley 70 de 1993 se consagra la definición de comunidad negra, sumado a que

su artículo 5 preceptúa que “[p]ara recibir en propiedad colectiva las tierras adjudicables, cada comunidad formará un Consejo Comunitario...”.

- 1.2.3** Agregado a lo anterior, enfatiza en el contenido de la disposición 45 de la misma ley en el sentido de que “[e]l Gobierno Nacional conformará una Comisión Consultiva de alto nivel, con la participación de representantes de las comunidades negras de Antioquia, Valle, Cauca, Chocó, Nariño, Costa Atlántica y demás regiones del país a que se refiere esta ley y de raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, para el seguimiento de lo dispuesto en la presente ley”.
- 1.2.4** Comenta que con el fin de dar cumplimiento efectivo a lo establecido en el artículo 45 de esta ley, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3770 de 2008 y resalta en particular el artículo 11, el cual hace referencia a la forma de elección de los representantes ante las comisiones consultivas departamentales y distrital de Bogotá.
- 1.2.5** Teniendo en cuenta lo anterior, el actor refiere que mediante oficio adiado el 19 de enero de 2011, le solicitó al entonces Ministro del Interior y de Justicia que adecuara las condiciones para que los consejos comunitarios pudieran reunirse, así como también que reestructurara las comisiones consultivas departamentales y de alto nivel. No obstante, afirma, las respuestas del Ministerio del Interior como del Gobernador del Valle no abordan el fondo del asunto.
- 1.2.6** Para el peticionario, esta situación transgrede el derecho fundamental a la participación de las comunidades negras de Colombia, pues el Gobierno Nacional ha venido sometiendo de manera constante ante el Congreso de la República trascendentales proyectos de ley que en mayor o menor grado comprometen sus derechos, los cuales han sido discutidos con la actual comisión consultiva de alto nivel, sin tener en cuenta que el Consejo de Estado mediante sentencia No. 530 del 5 de agosto de 2010 la declaró ilegal por considerar que suplanta a las verdaderas comunidades negras y consejos comunitarios.

Es decir, comenta el actor, proyectos como el Plan Nacional de Desarrollo, la Ley de Ordenamiento Territorial, la Ley de Víctimas, entre otras, no han sido consultadas efectivamente con las comunidades afectadas y, en esta medida, desconocen el impacto que tendrán en su territorio y cultura. Por tanto, afirma, las medidas que estas normas contienen se implementarán en

los territorios de las comunidades negras sin haber sido consultadas, lo cual constituye una vulneración no sólo al derecho a la participación sino también al de la integridad étnica y cultural.

1.2.7 Para reforzar el anterior argumento, sostiene que los miembros de las actuales comisiones consultivas departamentales y distrital de Bogotá, fueron elegidos el último trimestre de 2008 y, como su periodo institucional es de tres años, éste se encuentra vencido desde el 1 de noviembre de 2011. Asegura que el vencimiento obliga a que la Gobernación del Valle del Cauca, en su caso particular, convoque a sesión pública para que los consejos comunitarios elijan a su representante en los espacios de participación que contempla la Ley 70 de 1993 para la toma de todas las decisiones que los afecten.

1.2.8 En definitiva, solicita la protección del derecho fundamental a la participación de los consejos comunitarios del Valle del Cauca; específicamente, se le ordene al Gobernador de este departamento que convoque a sesión pública para que dichos consejos procedan a elegir a sus representantes, tanto en la Comisión Consultiva Departamental como en la Comisión Consultiva de Alto Nivel.

1.2. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Radicada la acción de tutela el 12 de diciembre de 2011, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Santiago de Cali, la admitió y ordenó correr traslado a la parte accionada, para que ejerciera su derecho de defensa.

1.2.1. Gobernación del Departamento del Valle del Cauca – Secretaría de Asuntos Étnicos.

El 19 de diciembre de 2011, la Secretaria de Asuntos Étnicos de la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca realizó las siguientes manifestaciones:

1.2.1.1 Aduce que es el Ministerio del Interior y de Justicia, hoy Ministerio del Interior, quien reglamenta y estructura la Consultiva Departamental en Colombia, de conformidad con lo establecido en el Decreto 3770 de 2008. Aclara que si bien es cierto, son los Gobernadores en quienes recae la responsabilidad de convocar a las comunidades negras o consejos

comunitarios para que elijan a los representantes de las comisiones consultivas departamentales y nacionales, también lo es que en razón al pronunciamiento del Consejo de Estado mediante sentencia No. 530 del 5 de agosto de 2010, las directrices para llevar a cabo dicha elección han variado, por lo cual reitera la necesidad de que el Ministerio del Interior, a través de la dependencia competente, fije lineamientos claros para proceder a dicha elección, máxime cuando el término institucional de los actuales representantes de las comisiones consultivas del departamento del Valle ya venció.

1.2.1.2 En virtud de lo anterior, expone, solicitó mediante escrito adiado el 8 de octubre de 2010 al entonces Ministro del Interior y de Justicia, Germán Vargas Lleras, y al Director de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, le comunicara las directrices nacionales que permitieran dar cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia No. 530 del 5 de agosto de 2010 del Consejo de Estado. Refiere que sólo hasta el 5 de diciembre de 2011, recibió una respuesta en este respecto, en la cual le indican que “...estamos en la búsqueda de una solución que brinde legalidad y legitimidad a las instancias de representación de estas comunidades, razón por la cual solicitamos a todas las Gobernaciones del País, no iniciar el proceso de convocatoria para la elección de Consultivos Departamentales, hasta tanto no se expida un acto administrativo que resuelva este tema”.^[2]

1.2.1.3 Advierte que para la Gobernación del Valle del Cauca es de suma importancia apoyar todos los procesos tendientes a mejorar la calidad de vida de los grupos poblacionales que representa; no obstante, expone, debido al vacío jurídico que existe actualmente ante el pronunciamiento del Consejo de Estado, no tiene un marco legal de referencia para proceder a la elección requerida. Enfatiza en que la falta de convocatoria para las aludidas elecciones no ha sido un acto de omisión por parte de la actual administración departamental sino que se debe a la ausencia de lineamientos claros por parte del Ministerio del Interior acerca del procedimiento para ejecutar la convocatoria y elección de los Consultivos Departamentales del Valle del Cauca. En consecuencia, sostiene que no ha vulnerado el derecho fundamental a la participación del accionante y de la comunidad que representa.

2. DECISIONES JUDICIALES

2.1. DECISIÓN DE ÚNICA INSTANCIA -JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE SANTIAGO DE CALI-

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Santiago de Cali, mediante sentencia proferida el diecisiete (17) de enero de 2012, decidió negar el amparo del derecho fundamental invocado por el accionante.

Para iniciar, el juez de conocimiento, en apartes de su fallo, se dedica a realizar un análisis acerca del derecho a la diversidad étnica y cultural y la importancia de reconocer la individualidad. En este respecto, afirma que “...el estado actual del arte de la construcción que en torno a ‘multiculturalismo’ ha efectuado la Corte Constitucional ha traído aparejado el inconveniente de negar el derecho a la individualidad – autonomía y libertad- necesaria para trascender, en la forma en que la persona humana –que en últimas es lo que importa- considere más apropiado...”^[3]. En este mismo sentido, discrepó de la argumentación que ha presentado esta Corporación para “...fundamentar la prevalencia de ‘derechos colectivos’ en el multiculturalismo...”^[4] ya que, en su sentir, dicho alcance no se deriva de los postulados constitucionales.

A la luz de lo expuesto, concluyó lo siguiente: “...de Hover Eladio Carabalí Playonero se predicen dos dimensiones del derecho fundamental a la PARTICIPACIÓN DEL PODER POLÍTICO: a nivel individual en tanto miembro de una comunidad étnica que el artículo 40 superior le garantiza, pero también en tanto miembro de las Comunidades Negras Ancestrales del Pacífico Norte que a su vez tienen el derecho a conformar y reconformar, instancias de control político, a través de la participación”^[5].

Descendiendo al caso concreto, indica que, tal y como lo expuso la entidad accionada, existe un vacío jurídico en la reglamentación de los períodos para los representantes de las Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras (artículos 22 y 24 del Decreto 3770 de 2008) en virtud del fallo del Consejo de Estado, y que como la autoridad encargada de emitir el acto administrativo para fijar las respectivas directrices no fue vinculada, situación que el despacho sólo advirtió al momento de proferir el fallo de instancia, no puede emitir una orden que realice efectivamente el derecho a la participación del actor y de la comunidad que representa.

En particular, advierte que para la expedición de dichos lineamientos, se impone la necesidad de establecer una interlocución con las Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, de conformidad con los principios de consulta y participación contenidos en el Convenio 169 de la OIT, los cuales, explica, no sólo deben aplicarse al desarrollo de proyectos de desarrollo sino también a otro tipo de escenarios, como la adopción de políticas públicas que afecten a esa población.

Finalmente, ante la negativa del amparo invocado, el juez exhorta al accionante a instaurar una acción de cumplimiento.

3. PRUEBAS Y DOCUMENTOS

En el expediente obran, entre otras, las siguientes pruebas:

- 3.1** Fotocopia de la cédula de ciudadanía de Hoovert Eladio Carabali Playonero (Folio 1 del cuaderno principal).
- 3.2** Fotocopia de la constancia de elección del Consejo Comunitario de la comunidad negra de la Plata Bahía Málaga ante la Alcaldía Municipal de Buenaventura, en la cual consta que el accionante es el representante legal de dicho Consejo (Folio 2 del cuaderno principal).
- 3.3** Fotocopia del Decreto 3770 del 25 de septiembre de 2008 “Por el cual se reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras; se establecen los requisitos para el Registro de Consejos Comunitarios y Organizaciones de dichas comunidades y se dictan otras disposiciones” (Folios 3 al 13 del cuaderno principal).
- 3.4** Fotocopia de la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, emitida el 5 de agosto de 2010 (Folios 14 al 56 del cuaderno principal).
- 3.5** Fotocopia del derecho de petición que elevó el actor ante el Ministro del Interior y de Justicia, el 19 de enero de 2011, a través del cual solicita el ajuste inmediato de los mecanismos de participación y representación de las comunidades negras de Colombia de conformidad con lo dispuesto en el fallo del Consejo de Estado (Folios 57 al 59 del cuaderno principal).

- 3.6** Fotocopia de la respuesta al derecho de petición que emitió el Director de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, el 1 de febrero de 2011, informándole al actor que en la actualidad estaba diseñando la ruta de trabajo para dar estricto cumplimiento a la legislación y jurisprudencia nacional (Folio 60 del cuaderno principal).
- 3.7** Fotocopia del derecho de petición que dirigió el señor Carabalí Playonero al Gerente General del Incoder, en el cual pedía la cesación de la representación de las comunidades negras en el Consejo Directivo del Incoder por vencimiento del periodo (Folios 66 al 71 del cuaderno principal).
- 3.8** Fotocopia del acta final de las Consultivas Departamentales y Consultiva de Alto Nivel del 16 de abril de 2009 (Folios 13 al 16 del cuaderno de contestación de la acción de tutela).
- 3.9** Fotocopia de la respuesta de la Jefe de la Oficina Jurídica del Incoder al derecho de petición que elevó el accionante, en el cual pedía que cesara la representación de las Comunidades Negras en el Consejo Directivo del Incoder por parte de la señora Rosa Emilia Solís Grueso, por vencimiento del periodo para el cual fue elegida (Folios 61 al 65 del cuaderno principal).
- 3.10** Fotocopia de la solicitud que elevó la Secretaria de Asuntos Étnicos de la Gobernación del Valle del Cauca al Ministro del Interior y de Justicia, el 8 de octubre de 2010, con el fin de que se plantearan las directrices nacionales para dar cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia No. 530 del 5 de agosto de 2010 del Consejo de Estado. (Folio 7 del cuaderno de contestación de la acción de tutela)
- 3.11** Fotocopia de la respuesta al anterior derecho de petición formulada por Ministerio del Interior, adiada el 5 de diciembre de 2011, en la cual se le informa a la Gobernación del Valle del Cauca que se encuentra en la búsqueda de una solución que brinde legalidad y legitimidad a las instancias de representación de dichas comunidades y, por tanto, se pide a todas las gobernaciones no iniciar el proceso de convocatoria para la elección de las comisiones consultivas (Folios 10 al 11 del cuaderno de contestación de la acción de tutela).

4. ACTUACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

4.1. DEBIDA INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO Y PRUEBAS DECRETADAS POR LA SALA.

4.1.1 La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, mediante auto del veintidós (22) de junio de 2012, dispuso lo siguiente:

4.1.1 .1 Ordenó poner en conocimiento del Ministerio del Interior, Viceministerio de Participación e Igualdad de Derecho – Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras-, la solicitud de tutela de la referencia, sus anexos y el fallo de instancia, para que expresara lo que estimara conveniente.

4.1.1.2 Invitó a Renacientes PCN Colombia, al Departamento de Antropología, al Programa de Justicia Global y Derechos Humanos y al Observatorio de Discriminación Racial (ODR) de la Universidad de los Andes; al Grupo de Investigación sobre igualdad racial, diversidad cultural, conflictos ambientales y racismos en las américas negras (Idcarán) del Departamento de Trabajo Social y al Grupo de Estudios Afrocolombianos de la Universidad Nacional de Colombia; a la línea de derecho ambiental de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario; así como al Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) y a la Dirección de Poblaciones del Ministerio de Cultura, con el fin de que, si lo consideraban pertinente, emitieran un concepto técnico sobre la demanda de la referencia, para lo cual se les envió copia de la acción de tutela, sus anexos y el fallo de instancia.

4.1.2 Posteriormente, esta Sala advirtió que, según informe de la Secretaría General del 6 de julio del año corriente, una vez vencido el término para la remisión de los informes solicitados, ni el Ministerio del Interior ni las entidades invitadas emitieron su concepto sobre el problema jurídico que suscita el caso bajo estudio, con excepción del que allegó el Ministerio de Cultura, por lo cual consideró pertinente reiterar el decreto de las pruebas solicitadas y suspender los términos para fallar el presente proceso.

4.2 INFORMES RECIBIDOS

Integrado debidamente el contradictorio y rendidos los informes del caso, la Sala resume las comunicaciones e intervenciones allegadas por la Secretaría General al despacho del Magistrado Sustanciador:

4.2.1 Ministerio de Cultura

El 5 de julio de 2012, el Ministerio de Cultura, mediante el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de dicha entidad, expuso lo siguiente:

4.2.1.1 Indica que la Ley 70 de 1993 reconoce derechos colectivos a favor de las comunidades negras, entre los que se encuentran la adjudicación de tierras baldías a título de propiedad colectiva de la comunidad, el uso de la tierra y la protección de los recursos naturales y del ambiente, con el fin de promover una igualdad real y efectiva de esta comunidad como también su inclusión social. Aunado a lo anterior, señala que el reconocimiento a estos grupos minoritarios de la población busca la realización material del contenido de todos los derechos consagrados a su favor.

Igualmente, precisa que el artículo 1 de la Ley 70 establece como propósito de la misma, consagrar mecanismos para la protección de la identidad cultural y de las garantías de los derechos de las comunidades negras en Colombia como grupo étnico, así como también fomentar su desarrollo económico y social.

4.2.1.2 De otro lado, el Ministerio de Cultura manifiesta la importancia del reconocimiento a favor de las comunidades negras, de los derechos contenidos en el Convenio 169 de la OIT sobre “Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes”.

Bajo esta perspectiva, indica, uno de los derechos colectivos reconocidos a favor de las comunidades negras, es el de la consulta previa, el cual debe ser garantizado por el Estado a partir de la aplicación de los diferentes decretos y resoluciones que sobre este aspecto se encuentren vigentes.

4.2.1.3 Expresa que el Ministerio del Interior, a través del Decreto 3770 de 2008, reglamentó la Comisión Consultiva de Alto Nivel de las Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, y estableció los requisitos para que procediera el registro de los consejos comunitarios y las organizaciones de dichas comunidades.

Específicamente, sostiene que los artículos 22 y 23 desarrollan lo atinente a los periodos de los representantes -tres años- y al término en que cesa dicha representación -tres años a partir de noviembre de 2008-.

4.2.1.4 En virtud de lo anterior, aduce, la elección de “Consultivos del Departamento” debía realizarse en el último trimestre de 2008. No obstante, informa, esta elección se llevó a cabo el 16 de abril de 2009, tal y como consta en el acta de la sesión pública de elección de consultivos del departamento del Valle y del alto nivel de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.

4.2.1.5 Explica que el anterior hecho es producto del vacío legal que existía para la época, pues, para entonces, se desconocían las directrices del Ministerio del Interior y de Justicia con ocasión del pronunciamiento del Consejo de Estado del 5 de agosto de 2010, a través del cual declaró nulas las disposiciones que contenían a las “organizaciones base” de la consultiva, lo cual originó (i) falta de claridad acerca del proceso que debía seguirse para desvincular a quienes conformaban la consultiva como miembros de organizaciones base y a quienes debía mantenerse; y (ii) desconocimiento de los parámetros que debían tenerse en cuenta para el establecimiento del periodo de representación.

4.2.1.6 Continúa su exposición expresando que en enero de 2012, el Ministerio del Interior profirió una resolución por medio de la cual convocó a los representantes legales de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y a los representantes raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a asambleas departamentales, estableciendo el número de representantes como las generalidades sobre la manera en que se desarrollarían estas reuniones.

4.2.1.7 Finalmente, afirma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 transitorio de la Constitución Política, las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras del país tienen el derecho a que el Estado, además de crear espacios de participación en el orden nacional, los reglamente, con el fin de suplir los vacíos legales que actualmente existen, así como también el fortalecimiento de otros espacios de participación que reconocen a las comunidades negras.

4.2.2 Ministerio del Interior

El 6 de julio de 2012, el Ministerio del Interior, a través del Grupo de Gestión y Soporte Normativo, Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, expuso lo siguiente:

- 4.2.2.1** Señala que de conformidad con el artículo 2 del Decreto 2893 del 11 de agosto de 2011, se encuentra dentro de las competencias del Ministerio del Interior, la de formular, adoptar, dirigir, coordinar y ejecutar la política pública, planes, programas y proyectos en materia de derechos humanos para la población étnica vulnerable.
- 4.2.2.2** En virtud de lo anterior, el Ministerio del Interior expidió la Resolución No. 0121 del 30 de enero de 2012, a través de la cual se convocó a los representantes legales de los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras y los Raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a asambleas departamentales con el fin de que eligieran a sus delegados para que éstos actuaran transitoriamente como cuerpo de representación en el nuevo mecanismo de participación de estas comunidades.
- 4.2.2.3** Adicional a lo anterior, refiere, dispuso convocar a los Consejos Comunitarios que contaran con título colectivo adjudicado por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER).
- 4.2.2.4** Manifiesta que la representación de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras fue conformada de forma transitoria por los representantes legales que resultaran elegidos al interior de los consejos comunitarios, tal y como lo dispuso el Consejo de Estado mediante sentencia del 5 de agosto de 2010, en la que declaró la nulidad de algunos apartes del Decreto 2248 de 1995 -derogado por el Decreto 3770 de 2008-, referidas específicamente a las expresiones “organizaciones de base”.
- 4.2.2.5** Cuenta que de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución 0121 de 2012, el departamento del Valle del Cauca tenía derecho a contar con cuatro delegados, los cuales resultaron electos el pasado 14 de febrero de 2012, y representan no sólo los derechos e intereses de las comunidades negras del Valle del Cauca sino del país.
- 4.2.2.6** Explica que ante el vencimiento del periodo de los anteriores consultivos y ante las órdenes del Consejo de Estado, el Ministerio del Interior, a través de la Resolución 0121 de 2012, se vio abocado a crear, de

forma transitoria, un mecanismo de representación de las comunidades cobijadas por las normas constitucionales y legales sobre la materia. Dicho mecanismo fue conformado por los delegados elegidos por los representantes de los 171 consejos comunitarios que cuentan con título colectivo adjudicado por el Incoder y por los representantes de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y su finalidad es la definición del nuevo mecanismo de participación de estas comunidades, a través de un proyecto de ley estatutaria que presentará en la próxima legislatura. A la vez, manifiesta, se pretende que en este nuevo espacio se garantice el proceso de consulta previa, la reglamentación de la consultiva de alto nivel, el establecimiento de los requisitos para el registro de los consejos comunitarios y de las organizaciones de los raizales.

4.2.2.7 Finalmente, aduce que con la expedición de la citada Resolución, los argumentos del demandante carecen de sustento, pues se encuentra acreditado que el Ministerio del Interior no le ha causado daño alguno a la colectividad.

4.2.3 Secretaría de Asuntos Étnicos del departamento del Valle del Cauca.

El 9 de julio de 2012, el Secretario de Asuntos Étnicos del departamento del Valle del Cauca informó que con relación a la convocatoria y participación de los consejos comunitarios del Valle del Cauca y a la elección de representante para la Consultiva de Alto Nivel, la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras **no ha fijado las directrices sobre el tema en cuestión**. Aclara que sólo hasta el mes de enero de este año, el Ministerio les solicitó ayuda logística en el sentido de convocar a los 35 consejos comunitarios que poseen titulación colectiva del Incoder, y que bajo los parámetros fijados en la Resolución No. 0121 del 30 de enero de 2012, se eligieron a los nuevos delegados nacionales para concertar los temas de este grupo poblacional.

4.2.4 Universidad de los Andes

4.2.4.1 El 13 de julio de 2012, Luis Carlos Castro Ramírez, candidato a doctor en antropología de la Universidad de los Andes, le sugirió a esta Corporación conceder el amparo del derecho a la participación invocado por el actor, con base en los siguientes argumentos:

4.2.4.1.1 Aduce que, en principio, parece no existir un acto de omisión por parte del Gobernador del Valle del Cauca al no convocar a las elecciones

sugeridas por el demandante, por cuanto necesita por parte del Ministerio del Interior que se estipulen las condiciones para adelantar dicho proceso. Por otra parte, manifiesta que si bien el demandante podría instaurar una acción de cumplimiento, también lo es que se trata de la protección del derecho fundamental a la participación.

4.2.4.1.2 Expone que la demora en el restablecimiento del espacio de participación que pide el peticionario, ha generado inconvenientes, como por ejemplo: la solicitud de que la señora Emilia Solis Grueso cese en la representación que ejerce en nombre de las comunidades negras; la ocupación de cargos simultáneos de organizaciones de comunidades negras, y el conflicto de intereses en el que se incurre cuando se tramita a su favor la adjudicación y titulación de tierras baldías.

4.2.4.1.3 Lo anterior evidencia, en palabras del interviniente, una vulneración de los derechos fundamentales de las comunidades negras como también el incumplimiento y mala gestión de la ley colombiana en materia de representación pública de esta población étnica.

4.2.4.1.4 Por otra parte, refiere que las razones en las que se funda la negativa del amparo invocado no son pertinentes, y más bien constituyen evasivas a la solicitud del actor, la cual es clara: que la Gobernación del Valle del Cauca convoque a una sesión pública en la que puedan elegir a los representantes de los consejos comunitarios para “la consultiva departamental del Valle y la de alto nivel”.

4.2.4.1.5 Finalmente, señala que la presente acción de tutela no se hubiese originado si los mecanismos de participación diseñados para esta población étnica fueran eficaces. Enfatiza en que los decretos mediante los cuales se crearon los mecanismos de participación, fueron diseñados y aprobados desde hace dos décadas, lo cual indica que estos mecanismos tendrían que funcionar como los existentes a favor del resto de los colombianos.

4.2.4.2 De otro lado, el 27 de julio de 2012, Daniel Aguirre Licht, del departamento de antropología de la Universidad de los Andes, presentó un concepto técnico adicional, en los siguientes términos:

4.2.4.2.1 Manifiesta que para consolidar una política de Estado orientada a la diferenciación positiva que dé lugar a la eliminación de los obstáculos visibles e invisibles que restringen la igualdad de oportunidades y el

aprovechamiento de capacidades y potencialidades de la población afrocolombiana, negra, palenquera y raizal, es importante que entidades como el Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio del Interior y la Subcomisión de Planeación y Desarrollo Económico de la Comisión Consultiva de Alto Nivel, agilicen la formulación y apliquen el Plan Nacional de Etnodesarrollo de Comunidades Afrocolombianas, Negras, Palenqueras y Raizales 2010-2014, previsto en el Plan Nacional de Desarrollo para el mismo periodo.

4.2.4.2.2 Señala que en el caso específico se vulneró el enfoque diferencial de las comunidades negras, el cual va ligado con otros criterios esenciales del Plan Nacional de Etnodesarrollo como la inclusión equitativa de las comunidades en las políticas, planes, programas y proyectos; el reconocimiento étnico y de género; la perspectiva de aseguramiento de sostenibilidad y acción sin daño a través del fortalecimiento de la institucionalidad estatal y de las formas organizativas formales y no formales; y el enfoque regional acerca de qué políticas, programas y proyectos del Plan se regionalizarán.

4.2.5 Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH)

El 13 de julio de 2012, el director general del Instituto Colombiano de Antropología e Historia intervino en el presente proceso de tutela con el fin de rendir un concepto técnico sobre el problema jurídico suscitado, para lo cual realizó las siguientes manifestaciones:

4.2.5.1 Indica que la demanda tiene como trasfondo las tensiones que surgen a raíz de la selección, la institucionalización y el replanteamiento de los esquemas de representación para la participación de la gente negra en Colombia. En particular, sostiene, son problemáticos los conceptos y figuras jurídicas consagrados en la Ley 70 de 1993 que se han empleado para representar a las comunidades en su interlocución con el Estado, los cuales han sido modificados y/o reemplazados en los distintos desarrollos legislativos de esta normativa.

4.2.5.2 Explica que la Ley 70 de 1993 reconoce los derechos diferenciales de las comunidades negras, entre los que se encuentran el derecho a la propiedad colectiva. De otro lado, expone que el Decreto 1745 de 1995 estableció la figura legal del **Consejo Comunitario** como forma de administración y autoridad interna y que a través del Decreto 2248 de 1995,

se creó la Consultiva Nacional, la cual, en principio, estaba compuesta por delegados regionales y representantes de instituciones. Entre sus funciones se encontraban: (i) ser instancia de diálogo entre las comunidades negras y el Gobierno Nacional, y (ii) ser mecanismo de difusión de la información oficial hacia las comunidades negras y de interlocución con niveles directivos del orden nacional. En particular, el artículo 4 del Decreto 2248 de 1995 enuncia que las organizaciones de base de las comunidades negras designarán los representantes de esas comunidades ante la Comisión Consultiva de Alto Nivel y ante las comisiones consultivas departamentales y regionales por un periodo de tres (3) años.

4.2.5.3 Lo anterior, cuenta, generó el desplazamiento de la figura del **Consejo Comunitario** y sus autoridades frente a la figura de **Organizaciones de Base** en los espacios de participación no sólo en las comisiones consultivas sino también en la elección de los representantes ante la misma. Esta situación, comenta, generó una tensión dentro de las organizaciones, los consejos comunitarios y el Movimiento Social Afrocolombiano, en razón a la marginalidad política en la que quedaron los consejos comunitarios. Aunado a lo anterior, para estos consejos las organizaciones de base no son representativas ni gozan de legitimidad para elegir a los delegados ante la Consultiva.

4.2.5.4 Asevera que del anterior conflicto surgió el inconformismo respecto a la representatividad y legitimidad de las comisiones consultivas. Explica que el Decreto 3770 de 2008 estableció que los representantes a la Consultiva deben ser miembros tanto de consejos comunitarios como de organizaciones de base de comunidades negras. Sin embargo, aduce, en la práctica, esta disposición subsumió la acción colectiva y el poder político de los consejos comunitarios frente a las organizaciones que se atribuían su representatividad, con el agravante de que dicha representación no respondía a un proceso que reflejara el interés de los consejos.^[6]

4.2.5.5 Cuenta que los cuestionamientos realizados por las comunidades como también los fallos judiciales acerca de la falta de legitimidad y representatividad de los miembros de la Consultiva condujeron finalmente a la declaración de nulidad de la representación de las comunidades negras ante la Comisión Consultiva de Alto Nivel, mediante la sentencia 530 de 2010 emitida por el Consejo de Estado, en la cual se ordena que los “verdaderos representantes” debían ser elegidos por los consejos comunitarios.

4.2.5.6 Agrega que el Ministerio del Interior y de Justicia, ente rector de la Comisión Consultiva, ha limitado todos los procesos de interlocución y concertación ante la instancia de la Consultiva, con el propósito de hacer más expedita la consulta previa en los trámites legislativos y así cumplir con las agendas gubernamentales. Cita como ejemplos: la ley de tierras, la ley de víctimas, la ley de desarrollo rural y el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, para cuya aprobación, sostiene, no se llevó a cabo la consulta previa, pues al momento de surtirse dicha consulta con la Consultiva ya se había proferido la sentencia del Consejo de Estado que desacreditaba esta instancia como representante de las comunidades negras.

4.2.5.7 Bajo esta perspectiva, solicitan se amplíe la noción de comunidad negra empleada por todas las instancias del Estado involucradas en realizar la política pública y la garantía de los derechos de los afrocolombianos, raizales y palenqueros. En este sentido, considera que un mecanismo para reactivar la participación de los diferentes sectores de la población afrocolombiana, palenquera y raizal, es el de la aplicación de un criterio de consulta diferencial, esto es, en el caso en que se requiera consultar una disposición de carácter nacional con efectos sobre las territorialidades rurales afrocolombianas, debería realizarse sólo con el conjunto de representantes de comunidades con titulaciones u otras figuras territoriales. En otro evento, expone, si se tratara de una medida que afectara a la totalidad de la población afro, como una medida educativa, debería consultarse con la Consultiva en pleno. Al contrario, indica, si se tratara de medidas con incidencia urbana no tendría porqué ser consultada el pleno de la Comisión. En definitiva, enfatiza en la importancia de asegurarle el derecho a la participación a las comunidades negras que se encuentren en el campo como en los barrios.

4.2.6 Proceso de Comunidades Negras en Colombia -PCN-

Los ciudadanos José Santos Caicedo y Eliana Fernanda Antonio Rosero, miembros del Proceso de Comunidades Negras en Colombia –PCN-, emitieron un concepto técnico dentro del proceso de tutela de la referencia, en los siguientes términos:

4.2.6.1 Consideran que el derecho a la participación de las comunidades negras en Colombia se encuentra en un grave escenario de vulneración ante la acción y omisión del Ministerio del Interior y de las gobernaciones, en

razón a que no han dado pleno cumplimiento al deber constitucional de garantizar la participación plena y efectiva de las comunidades negras. Al contrario, afirman, han establecido distinciones ilegales entre comunidades negras con título colectivo y aquellas en proceso de titulación, comunidades en asentamientos ancestrales que no tienen la calidad de baldíos, comunidades en situación de desplazamiento y comunidades en asentamientos urbanos. Dichas distinciones, aducen, vulneran los tratados y convenios ratificados por Colombia (Convenio 169 de la OIT, Convención Americana de Derechos Humanos y Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial).

4.2.6.2 Al igual que el actor, cuentan que presentaron varios derechos de petición ante el Ministerio del Interior, solicitándole información sobre el periodo que cumpliría la Consultiva de Alto Nivel y las departamentales de ese entonces y sobre la conformación del nuevo organismo de participación, pero no recibieron respuesta satisfactoria. Al contrario, señalan, se encontraron con conceptos que ampliaban el periodo de la consultiva existente y posteriormente, recibieron copia de la Resolución 0121 del 30 de enero de 2012.

4.2.6.3 Por lo anterior, se declaran sorprendidos cuando el Ministerio del Interior plantea que la expedición de la Resolución 0121 del 30 de enero de 2012, es el mecanismo mediante el cual pretende determinar el escenario de concertación, participación y consulta de las comunidades negras, a lo cual agregaron que dicha resolución fue demandada por vulnerar el derecho a la consulta previa, pues **(i)** no fue consultada; **(ii)** establece una distinción ilícita entre comunidades negras con título colectivo y aquellas en proceso de titulación, comunidades en asentamientos ancestrales que no tienen la calidad de baldíos, comunidades en situación de desplazamiento forzado y comunidades en asentamientos urbanos; y **(iii)** crea un mecanismo transitorio en el que se podrán realizar consultas de los proyectos de ley, medidas administrativas y demás actos que así lo requieran; resaltan que este espacio, aunque es transitorio, es un escenario donde se tomarán decisiones que sí tendrán carácter definitivo.

4.2.7 Finalmente, le solicita a la Corte ampare el derecho a la participación de las comunidades negras, en particular, se ordene al Gobierno que promueva la creación de una comisión conjunta entre el IAC, el Incoder, el DANE, el Ministerio de Ambiente y la Procuraduría General de la Nación, con el fin de que creen una ruta mediante la cual se: (i) identifique el universo de

comunidades negras existentes en el país, su ubicación geográfica, sus propias formas de organización y otras instituciones de los mismos; (ii) facilite el encuentro de éstas para el establecimiento autónomo de un espacio de concertación con el gobierno y; (iii) en el mismo espacio, se defina un mecanismo transitorio de concertación y la metodología de la misma.

5. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

5.1 COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución, 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación, es competente para revisar el fallo de tutela adoptado en el proceso de esta referencia.

5.2 PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala examinar si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales a la participación y a la diversidad étnica y cultural del peticionario y los miembros del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de la Plata Bahía Málaga que representa, ante la negativa de convocar a sesión pública a los consejos comunitarios de este departamento con el fin de que las comunidades negras elijan a sus representantes ante las comisiones consultivas del departamento y de Alto Nivel.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala Séptima examinará (i) el reconocimiento de la población afrodescendiente como grupo étnico; (ii) el derecho a la libre determinación o autonomía de los grupos étnicos; y (iii) a la luz de las anteriores premisas, se analizará el caso concreto.

5.3 EL RECONOCIMIENTO DE LA POBLACIÓN AFRODESCENDIENTE COMO GRUPO ÉTNICO TITULAR DE DERECHOS GRUPALES DIFERENCIADOS.

5.3.1 Esta Corporación ha reconocido el carácter de “pueblo tribal” de las comunidades afrocolombianas para efectos de la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales.

Este instrumento internacional, que integra el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, establece en su **artículo 1** que dicho convenio se aplica “a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial” y que “...2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio” (énfasis fuera del texto).

Teniendo en cuenta estas disposiciones, la jurisprudencia ha resaltado que las comunidades afrocolombianas son un grupo culturalmente diferenciado titular de derechos grupales especiales y que puede clasificarse como “pueblo tribal” para efectos de la aplicación del Convenio. La Corte ha rechazado que criterios raciales, espaciales –ubicación geográfica- o jurídico formales –existencia de una organización legalmente reconocida- sean criterios determinantes de la existencia de las comunidades negras como grupo étnico diferenciado. Para la Corporación, siguiendo el Convenio 169 de la OIT, los factores que ayudan en mayor medida a la identificación de “los pueblos tribales” – como las comunidades negras- son, en primer lugar, uno objetivo relacionado con la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo y que lo diferencian de los demás sectores sociales; y uno subjetivo que hace referencia a la existencia de una identidad grupal que lleva a sus integrantes a asumirse como miembros de la colectividad. En este orden de ideas, la Corte ha resaltado que el concepto de comunidad negra es mucho más amplio que el contemplado por la Ley 70 de 1993; este último es sólo aplicable a los supuestos previstos en la disposición y, en todo caso, no es condición de acceso a otras medidas de protección.^[7]

5.3.2 Como grupos étnicos diferenciados, las comunidades negras son titulares de varios derechos ligados al principio de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, reconocidos por la Constitución y el Convenio 169, entre los que se encuentran el derecho a la propiedad colectiva sobre sus territorios, el derecho a la participación, el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho al medio ambiente sano, el derecho a la protección de la biodiversidad, el derecho a determinar el modelo de desarrollo que desean seguir, entre otros.

Ahora, atendiendo las particularidades del caso objeto de estudio se expondrá más ampliamente el contenido de los artículos 6 y 7 del Convenio 169:

El **artículo 6** de este instrumento establece el deber para los estados de “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...”.

Con respecto al derecho al desarrollo de los pueblos indígenas y tribales, el **artículo 7-1**, establece que “1. 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”.

5.3.3 En suma, teniendo en cuenta el contenido del Convenio 169 como lo desarrollado por la jurisprudencia constitucional, puede concluirse que (i) la Constitución Política protege la identidad cultural y étnica de todos los grupos étnicos existentes en el país, no sólo de los pueblos indígenas^[8], (ii) la protección constitucional reforzada establecida a favor de los pueblos indígenas se extiende a otros grupos étnicos establecidos en Colombia^[9], y son titulares de los mismos derechos. En particular, se resalta en esta oportunidad, la garantía a la autodeterminación, cuya observancia realiza otros derechos superiores como la participación y el desarrollo.

5.4 EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN O A LA AUTONOMÍA DE LAS COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS.

5.4.1 En la sentencia **C-882 del 23 de noviembre de 2011**^[10], se expuso que (i) el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural se manifiesta, entre otros, en el derecho fundamental a la libre determinación o autonomía de los pueblos indígenas y tribales y, además, que (ii) el contenido del derecho

a la autonomía o libre determinación potencializa la faceta participativa de dichas comunidades como también su derecho a optar, desde su visión del mundo, por el modelo de desarrollo que mejor se adecúe a las aspiraciones que desean realizar como pueblo o comunidad, con el fin de asegurar la supervivencia de su cultura. Específicamente, en este fallo, se señaló lo siguiente:

*“Una de las manifestaciones del reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, es la inclusión en el texto constitucional del derecho fundamental de las comunidades étnicas minoritarias a la libre determinación o autonomía, con la finalidad de garantizar la supervivencia cultural de estos pueblos como grupos culturalmente diferenciados^[11]. Así con fundamento en los artículos 1, 7, 9, 70, 171, 176, 246, 286, 329 y 330 de la Carta, el Convenio 169 de la OIT ‘Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes’ y otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Corte ha reconocido la existencia de este derecho en la Constitución y señalado que **comprende la facultad de las comunidades étnicas de determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno, darse o conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida; y adoptar las decisiones internas o locales que estimen más adecuadas para la conservación o protección de esos fines.**^[12]”*(Subraya y negrilla fuera de texto)

En este pronunciamiento también se expuso que el derecho a la autodeterminación comprende tres aspectos: (i) **el derecho general a la participación**, el cual incluye la participación en asuntos que los afecten indirectamente y la consulta previa en asuntos que los involucren directamente. En particular, se indicó que frente a los pueblos indígenas y tribales existen cuatro eventos contemplados en la Ley 70 de 1993 que exigen consulta previa^[13]; (ii) **el derecho a participar en la toma de decisiones políticas**, en los términos establecidos en el literal b) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, así: “b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y

programas que les conciernan”; y (iii) **el derecho al autogobierno de las comunidades étnicas**, para lo cual debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el literal c) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT que dispone: “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.” (Subraya fuera de texto)

5.4.2

Teniendo en cuenta el asunto bajo estudio, resulta pertinente ahondar un poco más en el contenido de los ámbitos de protección del derecho a la autonomía o libre determinación de los pueblos indígenas y tribales.

La obligación del Estado colombiano de propiciar espacios democráticos en los cuales las comunidades étnicas puedan participar e incidir efectivamente en la toma de decisiones que los afecten, ha sido entendida, como ya se anotó, desde una perspectiva de participación general y específica:

“...de las normas constitucionales se desprenden dos modalidades definidas de participación a favor de los pueblos indígenas y afrodescendientes. **La primera, de carácter general**, según la cual las comunidades diferenciadas tienen el derecho a participar en la definición de las políticas estatales en el mismo grado que los demás ciudadanos, resultando por ende inadmisibles las diferenciaciones que impongan barreras para el acceso al debate democrático. **No obstante, también se ha considerado que la equidad en la participación opera sin perjuicio del reconocimiento de la identidad diferenciada de dichas comunidades, lo que obliga que su participación se realice a través de mecanismos concretos y adecuados, que resulten compatibles con las particularidades de esa identidad...**

El segundo ámbito de participación es el relativo la instauración de medidas que afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. En este caso, la interpretación de las normas constitucionales aplicables y, en especial, el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, hace concluir que en estos eventos debe surtirse un procedimiento particular de consulta previa a dichas comunidades, como requisito necesario para garantizar la

preservación de su identidad diferenciada”.^[14] (Negrilla y subraya fuera de texto)

Bajo esta perspectiva, el derecho a la participación de los pueblos indígenas y tribales que contempla el bloque de constitucionalidad, integrado, entre otros, por el Convenio 169 de la OIT, establece dos modalidades para ejercer este derecho. De un lado, la participación en sentido general, entendida como la participación de estas comunidades en las decisiones que los afectan en igualdad de condiciones frente a los demás ciudadanos.^[15] Un ejemplo de esta visión fue expuesta en la sentencia C-030 del 23 de enero de 2008^[16] en los siguientes términos:

“De manera específica ese derecho general de participación se manifiesta, en el ámbito de las medidas legislativas que conciernan a los pueblos indígenas, y tribales, (1) en la posibilidad que sus integrantes tienen de concurrir, en igualdad de condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; (2) en el hecho de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, pueden conocer las iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos, solicitar audiencias^[17] y, (3) en las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales.

Tratándose de medidas generales que de alguna manera conciernan a estas comunidades, este es el escenario apropiado de participación, **sin perjuicio de la mayor o menor actividad que puedan desplegar, a través de sus distintas organizaciones, en la discusión pública de los asuntos que sean objeto de consideración en el Congreso de la República y de la gestión que dichas organizaciones puedan adelantar ante las diferentes instancias administrativas y legislativas**” (Subraya y negrilla fuera de texto)

Por otro lado, existe otro escenario de ejercicio del derecho a la participación más específico, relacionado con las medidas que afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, evento en

el cual, de acuerdo con el bloque de constitucionalidad, se ha establecido la obligatoriedad de surtir el **proceso de consulta previa**, catalogado como un derecho fundamental de estas poblaciones.

En relación con el primer ámbito de protección, debe tenerse en cuenta adicionalmente que el artículo 40 Superior consagra el derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, cuyo contenido puede hacerse efectivo, por ejemplo, tomando parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y **otras formas de participación democrática**. Dentro de las formas de participación democrática que consagra la Constitución, el artículo 103 contiene una directriz clara que guía el actuar del Estado, en el sentido de que “...contribuirá a la organización, promoción, y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezca”. (Subraya fuera de texto)

Es importante enfatizar que la participación es un derecho y un principio fundamental sobre el cual se erige el Estado colombiano; en particular, tratándose de los pueblos indígenas y tribales, cobra una especial relevancia, tal y como se fundamentó en la sentencia C-366 del 11 de mayo de 2011^[18], en la cual se expuso lo siguiente:

“...Para el caso particular de las comunidades indígenas y afrodescendientes, el derecho a la participación en la deliberación democrática cobra un significado distinto y reforzado. Esto deriva de la eficacia del principio constitucional de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. Uno de los rasgos característicos del nuevo constitucionalismo es aceptar que dentro de los Estados coexisten diversos entendimientos acerca de lo público y de la interacción entre las autoridades y la sociedad. Estos diversos entendimientos también ocasionan pluralidad de modos de conformación de identidad individual y comunitaria, aspecto nodal para los pueblos indígenas y afrodescendientes, que en este fallo son también denominados, por la misma razón, como comunidades diferenciadas. La Constitución colombiana, en ese orden de ideas, rechaza posturas universalistas y de asimilación de la diferencia,

basadas en la homogeneidad en la comprensión de los derechos y acepta, aunque de forma moderada, el pluralismo jurídico...’// *La autonomía garantizada por el principio de identidad étnica y cultural eventualmente puede contraponerse a elementos del sistema jurídico establecidos para regular las relaciones de la sociedad mayoritaria, que tengan un carácter igualmente fundamental desde el punto de vista constitucional. Por esta razón las manifestaciones de la diversidad étnica y cultural deben tener un espacio garantizado que resulte armónico con los demás elementos integrantes del sistema constitucional que, como se anotó, son igualmente fundamentales dentro de dicho Estado. Por esta razón, aunque la diversidad étnica y cultural implique apertura y pluralidad, no debe entenderse como la base legitimadora de un relativismo jurídico, que niegue sentido a los principios y derechos fundamentales previstos en la Carta.*^[19]”

6. CASO CONCRETO

6.1. EXAMEN DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

6.1.1. La acción constitucional consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política se caracteriza por ser una acción preferente y sumaria que busca evitar de manera *inmediata* la amenaza o vulneración de un derecho fundamental. Además, su procedencia se circunscribe a la condición de que no existan otros medios ordinarios a través de los cuales se pueda invocar la protección del derecho en cuestión o que existiendo esta vía jurídica, carezca de idoneidad para evitar un perjuicio irremediable de naturaleza *iusfundamental*.

Sobre este último punto, es importante enfatizar para negar una tutela por no cumplimiento del principio de subsidiariedad, no basta la constatación de la existencia de otros mecanismos judiciales para invocar la protección del derecho fundamental, sino que es necesario examinar si son eficaces e idóneos para brindar una protección real y efectiva del derecho.^[20] En este orden de ideas, esta Corporación ha reiterado la importancia de que el juez constitucional evalúe la efectividad de los otros medios judiciales, si los hubiere, en cada caso concreto. En este respecto, la sentencia **T-1005 del 30 de noviembre de 2006**^[21], expuso lo siguiente:

“...el artículo 6º, numeral 1º, del Decreto 2591 de 1991 señala, en relación con tales medios, que su existencia *"será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante"*. Esto significa que en cada caso en particular corresponde al juez de tutela evaluar si el otro medio de defensa judicial, cuanto existe, podría llegar a brindar la protección inmediata que exige el derecho amenazado o vulnerado, o si por el contrario se trata de una vía formal o cuyos objetivos y resultados finales, dada la prolongación del proceso, resulten tardíos para garantizar la idoneidad de la protección judicial y la intangibilidad de los derechos afectados”.

6.1.2 En el caso bajo análisis, el juez de única instancia exhortó al accionante a que instaurara una acción de cumplimiento, previo agotamiento del requisito exigido en el artículo 2 del artículo 8 de la Ley 393 de 1997^[22].

Al respecto, esta Sala considera que en el caso objeto de estudio, la acción de cumplimiento no tiene la potencialidad de desplazar a la acción de tutela en razón a que el accionante está invocando la protección de los derechos fundamentales a la libre determinación, participación y desarrollo, objetivo que difiere sustancialmente al que se persigue en el escenario de una acción de cumplimiento, cual es asegurar la realización material del ordenamiento legal, específicamente de mandatos imperativos y expresos. Por tanto, el amparo del contenido de los derechos fundamentales invocados quedaría desprotegido, se reitera, en razón a que la naturaleza y el objetivo que persigue la acción de cumplimiento es sustancialmente diferente al que se pretende en sede de tutela, en esta medida, los derechos superiores del actor y de la comunidad negra que representa no se realizarían efectivamente.

Por consiguiente, ante la inexistencia de otros mecanismos ordinarios que garanticen efectivamente la defensa de los derechos invocados y por tratarse de un asunto de relevancia constitucional, la acción de tutela se abre paso como el mecanismo idóneo para proceder a un análisis de fondo.

6.2 ANÁLISIS DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBRE DETERMINACIÓN O AUTONOMÍA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS.

6.2.1 El accionante, en calidad de representante legal del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de la Plata Bahía Málaga, le

solicitó al entonces denominado Ministerio del Interior y de Justicia, mediante oficio adiado el 19 de enero de 2011, la adecuación de las condiciones para que los consejos comunitarios se reunieran y reestructuraran la forma de elección de sus representantes ante las **comisiones consultivas departamentales y de alto nivel**, de conformidad con el pronunciamiento del Consejo de Estado emitido el 5 de agosto de 2010, que declaró la nulidad de algunos apartes del Decreto 2248 de 1995 atinentes a las **organizaciones de base de las comunidades negras**, por considerar que no son el órgano de representación de dichos grupos para efectos de integrar las instancias de participación en el orden departamental y nacional referidas.

Por su parte, la Gobernación del Valle del Cauca aduce que no ha convocado a sesiones públicas para elegir a los representantes ante las consultivas departamentales y de alto nivel, en razón a que la sentencia del 5 de agosto de 2010 del Consejo de Estado modificó la forma de elección de los representantes ante dichas Comisiones. En virtud de ello, y teniendo en cuenta que el Ministerio del Interior es el encargado de reglamentar y estructurar las comisiones consultivas, indica, se encuentran a la espera de que el Ministerio del Interior fije unas directrices claras para proceder a realizar la convocatoria a las comunidades negras, y así garantizar que estos grupos elijan a sus representantes ante las instancias de participación ya anotadas.

Como prueba de su diligencia, la Secretaria de Asuntos Étnicos de la Gobernación del Valle del Cauca anexa dos comunicados de fecha **8 y 10 de octubre de 2010**, a través de los cuales le pide al Ministerio del Interior y de Justicia “...sean planteadas las directrices Nacionales, enfocadas al debido cumplimiento a lo contenido dentro de la sentencia No. 530 del 5 de agosto de 2010, que declara la nulidad del Decreto 2248 de 1995 en los siguientes apartes: ARTÍCULO 4°, ARTÍCULO 8°, PARÁGRAFO 1°, PARÁGRAFO 9°, ARTÍCULO 13, ARTÍCULO 14 PARÁGRAFO 1°, PARÁGRAFO 2°, ARTÍCULO 17, ARTÍCULO 19”^[23].

En respuesta de la anterior solicitud, el Ministerio del Interior, mediante oficio del **5 de diciembre de 2011**, respondió que “...estamos en la búsqueda de una solución que brinde legalidad y legitimidad a las instancias de representación de estas comunidades, razón por la cual solicitamos a todas las Gobernaciones del país, no iniciar el proceso de

convocatoria para la elección de Consultivos Departamentales, hasta tanto no se expida un acto administrativo que resuelva este tema”^[24].

6.2.2 Al respecto, esta Sala considera pertinente realizar el siguiente recuento normativo para analizar posteriormente la posible vulneración de los derechos fundamentales invocados:

6.2.2.1 El artículo 55 transitorio de la Constitución Política dispuso lo siguiente:

“Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley.

En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso representantes elegidos por las comunidades involucradas...”.

6.2.2.2 En virtud del anterior mandato, fue expedida la **Ley 70 de 1993** “Por la cual se desarrolla el artículo 55 de la Constitución Política”, que en sus artículos 45, 46 y 60 establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 45. El Gobierno Nacional conformará una Comisión Consultiva de alto nivel, con la participación de representantes de las comunidades negras de Antioquia, Valle, Cauca, Chocó, Nariño, Costa Atlántica y demás regiones del país a que se refiere esta ley y de raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, para el seguimiento de lo dispuesto en la presente ley.

ARTÍCULO 46. Los Consejos Comunitarios podrán designar por consenso los representantes de los beneficiarios de esta ley para los efectos que se requiera.

ARTÍCULO 60. La reglamentación de la presente ley se hará teniendo en cuenta las recomendaciones de las comunidades

negras beneficiarias de ella, a través de la comisión consultiva a que se refiere la presente ley”. (Subraya fuera de texto)

6.2.2.3 Posteriormente, el Presidente de la República en uso de su facultad reglamentaria expidió el Decreto 1371 de 1994, el cual fue subrogado por el Decreto 2248 de 1995, derogado a la vez por el Decreto 3770 de 2008, con el fin de reglamentar la Comisión Consultiva de Alto Nivel de las Comunidades Negras.

En el Decreto 3770 de 2008 se establecen las siguientes funciones de la Comisión Consultiva de Alto Nivel: **(i)** servir de instancia de diálogo, concertación e interlocución entre las comunidades que representan y el Gobierno Nacional; **(ii)** constituirse en mecanismo de difusión de la información oficial hacia las comunidades que representan y de interlocución con niveles directivos del orden nacional; **(iii)** promover, impulsar, hacer seguimiento y evaluación de las normas que desarrollan los derechos de las comunidades que representan; **(iv)** contribuir a la solución de los problemas de tierras que afectan a las comunidades; **(v)** establecer mecanismos de coordinación con las autoridades y entidades nacionales y territoriales para hacer efectivo el cumplimiento de los derechos sociales, económicos y culturales de las comunidades que representan; **(vi)** buscar consensos y acuerdos entre las comunidades que representan y el Estado; **(vii)** servir de espacio para el debate de los proyectos de decretos reglamentarios de la Ley 70 de 1993 antes de que los mismos sean sometidos a consideración del Gobierno Nacional; y **(viii)** servir de instancia de consulta previa de medidas legislativas o administrativas del ámbito nacional susceptibles de afectar directamente a las comunidades negras, raizales afrocolombianas o palenqueras.

En este mismo decreto también se encuentran establecidas las funciones de las comisiones consultivas departamentales y la del Distrito Capital, así: **(i)** servir de instancia de diálogo, concertación e interlocución entre las comunidades que representan y el Gobierno Departamental o Distrital; **(ii)** constituirse en mecanismo de difusión de la información oficial hacia las comunidades que representan y de interlocución con niveles directivos del orden departamental o distrital; **(iii)** promover, impulsar, hacer seguimiento y evaluación de las normas que desarrollan los derechos de las comunidades que representan; **(iv)** contribuir a la solución de los problemas de tierras que afectan a las comunidades de su

departamento o distrito, e impulsar los programas de titulación colectiva; (v) establecer mecanismos de coordinación con las autoridades y entidades departamentales, distritales y territoriales para hacer efectivo el cumplimiento de los derechos sociales, económicos, culturales, políticos y territoriales de las comunidades que representan; (vi) buscar consensos y acuerdos entre las comunidades que representan y el Estado, y (vii) servir de instancia de consulta previa de medidas legislativas o administrativas del ámbito departamental o distrital, según proceda.

En suma, puede colegirse que los asuntos que se debaten al interior de estas comisiones consultivas a nivel nacional y departamental son de trascendental importancia para la vida y el desarrollo de las comunidades afrocolombianas. De ahí que, la representación que tienen estos grupos en dichas comisiones sea crucial, por cuanto constituyen una de las instancias de participación de estas comunidades y, lo más importante, desde dicho espacio pueden incidir efectivamente en la realización de su derecho a la libre determinación o autonomía tomando las decisiones que de acuerdo a su visión desarrollen a su comunidad y preserven su cultura.

6.2.2.4 Ahora bien, la participación de las comunidades negras en las instancias de representación de las comisiones consultivas a nivel nacional y departamental, se dio a través de las **organizaciones de base de las comunidades negras**, figura que fue creada a través de los decretos que expidió el Gobierno Nacional para reglamentar el artículo 45 de la Ley 70 de 1993. En particular, el artículo 20 del Decreto 2248 de 1995 define las organizaciones de base así:

“1. Organizaciones de Base. Son asociaciones integradas por personas de la Comunidad Negra, que actúan a nivel local, reivindicando y promoviendo los derechos territoriales, culturales, económicos, políticos, sociales, ambientales y la participación y toma de decisiones autónomas de este grupo étnico.”

Esta noción fue objeto de análisis en el fallo del Consejo de Estado del 5 de agosto de 2010. En esa oportunidad, el máximo tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa abordó el estudio de la demanda instaurada en contra de algunos artículos del Decreto 2248 de 1995, por cuanto el demandante consideraba que si bien había sido derogado por el Decreto 3770 de 2008, se presumía su legalidad por el tiempo en que estuvo vigente en el mundo jurídico.

Específicamente, estudió si la instauración de las llamadas organizaciones de base como mecanismo para la participación de las comunidades negras en la Comisión Consultiva de Alto Nivel, guardaba conformidad con la normativa superior y, por ende, con el decreto acusado. Al respecto, refirió lo siguiente:

“3.2.3. Visto en ese contexto, se observa que al actor le asiste razón en cuanto a la adopción como órganos de representación de las comunidades negras para efectos del Decreto, de la figura denominada Organizaciones de Base, puesto que ese uso y papel que se le da no tiene cabida en la Ley 70 de 1993 ni en el artículo transitorio 55 de la Constitución Política, toda vez que en éste y concordantemente en aquella, la destinataria y depositaria de los derechos consagrados en la norma constitucional y, por ende, la legitimada para ejercerlos es la misma comunidad negra en cada caso concreto, y es a ella a la que se le ha dado la titularidad de su propia representación para ese fin, como quiera que el inciso segundo de dicho artículo dispone que ‘En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso **representantes elegidos por las comunidades involucradas**’.

En ese orden, el artículo 5 de la Ley 70 de 1993 les ha dado los correspondientes órganos, emanados directamente de su seno: Consejo Comunitario y representante legal designado por aquél”.^[25]

También expuso que la figura de las **organizaciones de base**, definida en el artículo 20 del decreto acusado, no merecía reproche alguno, pero que su incompatibilidad con el artículo 55 transitorio y con la Ley 70 de 1993 devenía cuando estas organizaciones se erigían como el órgano de representación de las comunidades negras para que integraran las comisiones consultivas nacionales y departamentales, por cuanto el Constituyente y el legislador le dieron a las comunidades negras unos órganos concretos de representación, en los que no se encuentran las organizaciones de base.

Bajo esta perspectiva, expuso:

“...los artículos 4, 8 y PARÁGRAFO 1, 9 y PARÁGRAFO 1, 13, y 17 del decreto acusado desconocen de manera manifiesta la

normatividad superior comentada, por utilizar como instancia de elección de los representantes de las comunidades negras, las organizaciones de base en cuestión, de modo tal que con ellas se marginan o sustituyen dichas comunidades, en el ejercicio del derecho que les otorga el inciso segundo del artículo 55 de la Constitución Política, esto es, las de tener participación en cada caso mediante representantes elegidos por ellas, puesto que no son realmente organizaciones que conformen directamente las comunidades negras, sino que son **‘asociaciones integradas por personas de la Comunidad Negra’** según reza el artículo 20 en mención.

Los aludidos artículos del Decreto desvirtúan así, e incluso hacen nugatorio, ese derecho de las comunidades negras, que el artículo 5 de la Ley 70 de 1993 desarrolla fielmente, y que es fácil entender que les ha sido dado para que lo ejerzan de manera directa, y no por una interpuesta organización de la que por lo demás no hacen parte, y que no está prevista por el Constituyente ni por el Legislador, como órgano de representación suya...”^[26]

6.2.3 En el presente caso, existe una vulneración del derecho fundamental a la libre determinación o autonomía del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de la Plata Bahía Málaga por parte del Ministerio del Interior, Viceministerio de Participación e Igualdad de Derecho – Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras-, por las razones que a continuación se exponen:

6.2.3.1 En primer lugar, la vulneración deviene del hecho de que las comunidades afrocolombianas nunca han tenido una real instancia de participación, pues sus delegados ante los cuerpos consultivos eran designados por las organizaciones de base, grupos que, como señaló el Consejo de Estado, no tienen naturaleza representativa.

Tal y como lo sostiene el Ministerio de Cultura, la elección de los representantes ante la Comisión Consultiva Departamental del Valle del Cauca y ante la Comisión Consultiva Nacional se efectuó en abril de 2009. Es importante resaltar que la elección de dichos representantes se realizó a través de las **organizaciones de base de las comunidades negras**.

No obstante, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 5 de agosto de 2010, analizó la figura de las organizaciones de base y declaró la nulidad de algunos apartes del Decreto 2248 de 1995 que consagraban esta forma de representación, aduciendo que ni el artículo 55 transitorio de la Constitución Política ni la Ley 70 de 1993 que desarrolla el contenido de esta disposición contemplan a las **organizaciones de base** como organismo de representación de las comunidades negras. Agregó que quien tenía la titularidad y legitimidad para ejercer los derechos consagrados a su favor, era la misma comunidad negra en cada caso concreto y es a ella a quien le correspondía darse su propia representación.

Es evidente que con dicho pronunciamiento los representantes ante las comisiones consultivas del orden nacional y departamental elegidos por las denominadas organizaciones de base de las comunidades negras, perdieron legitimidad. En este sentido la conclusión es clara: el Constituyente y el legislador no establecieron a las organizaciones de base como organismo de representación de las comunidades negras, es decir, no se encuentran legitimadas para elegir a sus representantes ante ninguna instancia de participación.

6.2.3.2 En segundo lugar, la violación de los derechos del peticionario y la comunidad que representa se originó en que el Ministerio del Interior no acató inmediatamente el fallo del Consejo de Estado, y permitió que un cuerpo sin naturaleza representativa, continuara tomando decisiones en nombre de las comunidades negras.

Observa la Sala que a pesar de que el fallo del Consejo de Estado se emitió en agosto de 2010, las comisiones consultivas en el orden nacional y territorial siguieron funcionando con los representantes elegidos por las organizaciones de base y en su interior se debatieron asuntos que afectan a las comunidades negras de forma indirecta y directa. Vale la pena destacar que se llevaron a cabo diferentes procesos de consulta previa sin existir una representación de las comunidades -como ya se anotó- en los términos de la sentencia del Consejo de Estado, pues fueron puestos a su consideración proyectos como el Plan Nacional de Desarrollo, el Plan de Ordenamiento Territorial, y el de la Ley de Víctimas, entre otros, con incidencia en sus territorios y cultura.

Ante la gravedad de esta situación, el accionante, quien actúa como representante del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de la

Plata Bahía Málaga, al advertir el vencimiento del periodo de los representantes de este grupo ante las comisiones consultivas a nivel nacional y departamental, exigió su derecho a que las mismas se conformaran con representantes designados por la comunidad. Por ello le pidió al Gobernador del Valle del Cauca convocar a sesiones públicas a todos los consejos comunitarios, para proceder a elegir a los nuevos representantes y ser tenidos en cuenta para las elecciones ante la Consultiva Nacional.

Sin embargo, el Gobernador del Valle del Cauca, a través de la Secretaría de Asuntos Étnicos, explicó que el ente encargado de reglamentar la Consultiva a nivel nacional y departamental era el Ministerio del Interior, directriz imprescindible para proceder a convocar a todos los consejos comunitarios del Departamento, teniendo en cuenta que con ocasión del pronunciamiento del Consejo de Estado, la forma de elección de los representantes había variado sustancialmente.

En las pruebas que obran en el plenario, se evidencia que la Secretaría de Asuntos Étnicos del Valle del Cauca elevó dos solicitudes ante el Ministerio del Interior, entre las que se encuentra la del **8 de octubre de 2010**, la cual fue respondida el **5 de diciembre de 2011**, sin ninguna solución de fondo, pues la Secretaría se limitó a afirmar que se encontraban en la búsqueda de “una solución que brindará legitimidad y legalidad a las instancias de representación de estas comunidades”, ordenando a todos los gobernadores del país suspender el proceso de convocatoria para la elección de consultivos departamentales.

Llama la atención de esta Sala el hecho de que el entonces Ministerio del Interior y de Justicia, una vez conoció el pronunciamiento del Consejo de Estado, no hubiera procedido a iniciar un proceso de concertación con todas las comunidades que vieron afectado su derecho a la autonomía, en particular, su contenido del derecho a la participación general y a tomar parte en las decisiones políticas que les atañen. Por el contrario, el Ministerio decidió seguir efectuando todos los procesos de participación, incluyendo el específico de la consulta previa, con personas que no representaban a la comunidad afrocolombiana. Más aún, observa con sorpresa la Sala que el Ministerio dejó transcurrir algo más de un año después de la solicitud elevada por la Gobernación del Valle del Cauca, ante el vencimiento del periodo institucional de los representantes, sin brindar una solución de fondo. Dicho silencio acentuó día tras día la

vulneración del derecho a la libre determinación de las comunidades negras en cuanto les impidió ejercer su derecho a la participación en las decisiones que las afectan directa e indirectamente, así como a participar en todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones sobre políticas y programas que les conciernen.

6.2.3.3 En tercer lugar, la vulneración continúa en tanto el nuevo mecanismo creado por el Ministerio tampoco representa a todas las comunidades negras del país, se diseñó al margen de sus opiniones y lo más grave, tomará decisiones sobre asuntos que conciernen directamente a todas las comunidades con vocación definitiva.

El Ministerio del Interior aduce que con la expedición de la **Resolución 0121 del 30 de enero de 2012 “Por la cual se convoca a los representantes legales de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y los representantes de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a Asambleas Departamentales y se dictan otras disposiciones”**, ha cesado la vulneración de los derechos fundamentales invocados por el actor, por cuanto se convocó a los representantes legales de los consejos comunitarios de las Comunidades Negras y los Raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina con el fin de que eligieran a sus delegados, de manera transitoria, como cuerpo de representación para la definición del nuevo mecanismo de participación de estas comunidades. Sin embargo, considera la Sala que no es cierto que la vulneración haya cesado; ésta sigue siendo actual y sigue consumándose en el tiempo, por las razones que a continuación se exponen:

Para iniciar, el Ministerio del Interior decidió convocar únicamente a los representantes legales de los **consejos comunitarios que contaran con título colectivo adjudicado por el Incoder**. Esta decisión, como lo expone el Proceso de Comunidades Negras de Colombia - PCN- (i) desconoce en sí misma el derecho a la autonomía de las comunidades, pues el mecanismo transitorio de participación creado por el Ministerio para adecuar las directrices de elección de los representantes ante las comisiones consultivas, no se dio en un escenario de concertación, participación ni consulta con las comunidades; y (ii) se opone a la noción de comunidades negras adoptada por la jurisprudencia constitucional, ya que excluye a las comunidades negras que se encuentran en proceso de titulación, las que se encuentran asentadas en predios que no tienen la

naturaleza de baldíos, aquéllas en situación de desplazamiento y las que se encuentran en el área urbana.

En segundo término, la Sala considera que esta vulneración tiene potencial de prolongarse en el tiempo, si se tiene en cuenta que, según se expone en la Resolución No. 0121 del 30 de enero de 2012, las decisiones del cuerpo transitorio de representación tendrán vocación definitiva, especialmente aquellas sobre asuntos sometidos ante aquella instancia para consulta previa. La Resolución indica que el propósito de la institucionalidad transitoria es:

“...elegir a los delegados para que actúen transitoriamente como cuerpo de representación en la definición del nuevo mecanismo de participación de estas comunidades, para que en este espacio se adelanten los procesos de Consulta Previa de la reglamentación de la Comisión Consultiva de Alto Nivel, del establecimiento de los requisitos para el registro de los consejos comunitarios y de las organizaciones de los raizales, y para consultar, de manera transitoria, los proyectos de ley, medidas administrativas y demás actos que así lo requieran”.^[27]

También se observa que la solución brindada por el Ministerio del Interior no realiza el derecho contemplado en el artículo 55 transitorio de la Constitución Política ni en la Ley 70 de 1993, a la participación en comisiones consultivas, puesto que este nuevo escenario, además de servir de instancia para adelantar todos los procesos de participación, y en específico el de la consulta previa, será en donde, en conjunto con el gobierno, **se fijen las directrices para el funcionamiento de la Comisión Consultiva Nacional**, lo cual, se reitera, sólo estará a cargo de los consejos comunitarios con titulación colectiva por parte del Incoder. En otras palabras, la decisión sobre cómo se integrará y conformará la Comisión Consultiva Nacional será tomada sin contar con la participación de todas las comunidades negras del país, pues se repite, solamente se convocaron a tomar parte en el mecanismo transitorio a aquellas con título de propiedad colectiva.

En tercer lugar, en la actualidad las comunidades carecen de representantes ante las consultivas departamentales. Las entidades territoriales aún no han convocado a las comunidades negras para llevar a cabo las elecciones de sus representantes ante la Comisión Consultiva Departamental porque el Ministerio del Interior ordenó suspender dicho

proceso. Los representantes que la Resolución citada dispone elegir, solamente representarán a estas comunidades en un **espacio nacional**. En otras palabras, el remedio propuesto por el Ministerio –la conformación del mecanismo transitorio de representación- no protege los derechos fundamentales invocados por el actor, por cuanto no conduce a la convocatoria de los consejos comunitarios del Valle del Cauca para elegir a sus delegados en la consultiva territorial. Por tanto, la vulneración continúa siendo actual y se prolongará en el tiempo hasta que se integre debidamente la instancia consultiva departamental, acatando los lineamientos de Consejo de Estado.

En este respecto, la Secretaría de Asuntos Étnicos del departamento del Valle del Cauca manifestó el pasado 9 de julio, que con relación a la convocatoria y participación de los consejos comunitarios del Valle del Cauca y a la elección del representante para la Consultiva de Alto Nivel, **no ha fijado las directrices sobre el tema en cuestión debido a la omisión del Ministerio**, y corroboró lo ya expuesto en líneas anteriores; en particular, comentó que en el mes de enero del presente año, el Ministerio les solicitó ayuda logística en el sentido de convocar a los 35 consejos comunitarios que poseen titulación colectiva del Incoder y, bajo los parámetros fijados en la Resolución 0121 del 30 de enero de 2012 **se eligieron solamente los nuevos delegados nacionales**.

6.2.4 Por otra parte, esta Sala encuentra que la Gobernación del Valle del Cauca, entidad accionada en el presente proceso de tutela, no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por el actor y la comunidad que representa, en razón a que **(i)** la entidad competente para fijar las directrices acerca de cómo deben proceder los entes territoriales para convocar s a los consejos comunitarios con el fin de que elijan a sus representantes ante las comisiones consultivas del orden departamental y nacional, es el Ministerio del Interior; **(ii)** se encuentra acreditado dentro del plenario que el 10 de octubre de 2011, la Secretaria de Asuntos Étnicos de la Gobernación del Valle del Cauca reiteró al Director de Asuntos para las Comunidades Afrocolombianas, Palenqueras y Raizales del Ministerio su solicitud del 8 de octubre de ese mismo año, en el sentido de que se fijaran las directrices para proceder a la elección de los representantes de las comunidades negras ante las comisiones consultivas, toda vez que el vencimiento del periodo de los representantes ante la Comisión Consultiva Departamental se aproximaba, y **(iii)** por último, fue el Ministerio del Interior el que le solicitó a todas las gobernaciones del país no iniciar el

proceso de convocatoria para la elección de consultivos departamentales, hasta tanto no expidiera un acto administrativo sobre este tema, acto administrativo que como ya se anotó, no se ha expedido.

Por consiguiente, se evidencia que si la Gobernación del Valle del Cauca no ha procedido a convocar a los consejos comunitarios de su departamento, se debe a que el Ministerio del Interior ordenó suspender el proceso de dichas elecciones hasta tanto no fijara unas directrices claras al respecto, lo cual, no ha acontecido.

6.2.5 En conclusión, en el caso objeto de estudio se evidencia que **(i)** las comunidades afro nunca han sido representadas verdaderamente en las comisiones consultivas a nivel nacional y departamental, puesto que sus delegados han sido elegidos por las organizaciones de base, figura que no es órgano de representación de las comunidades afrocolombianas, en los términos del fallo del Consejo de Estado; **(ii)** el Ministerio del Interior no dispuso lo necesario para adecuar la normativa sobre la forma de elección de los delegados de las comunidades negras ante las comisiones consultivas departamentales y de alto nivel, de acuerdo con lo dispuesto por el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y su omisión permitió que los representantes designados por las organizaciones de base continuaran tomando decisiones en nombre de dichas comunidades; **(iii)** el nuevo mecanismo de participación de las comunidades negras creado por el Ministerio del Interior, se diseñó sin tener en cuenta las opiniones de las comunidades a favor de las cuales se creó, tampoco incluyó un enfoque diferencial, y sus decisiones tendrán vocación de permanencia, pese a que no es una verdadera instancia de representación; y **(iv)** a la fecha no existen directrices claras sobre la forma como se deben elegir los representantes de las comunidades negras ante las comisiones consultiva de alto nivel y departamental. Estos hechos ponen en evidencia la vulneración de los derechos de la comunidad accionante por parte del Ministerio del Interior.

6.2.6 Finalmente, con el fin de establecer el remedio que se debe adoptar en esta oportunidad ante la violación comprobada, esta Sala se referirá a la figura de la excepción de inconstitucionalidad, por considerar que en el presente caso es imperativa la apelación a esta noción.^[28]

6.2.6.1 El fundamento de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad tiene su cimiento en el mandato contenido en el artículo 4° superior, el cual

jerarquiza la Constitución Política en el primer lugar dentro del sistema de fuentes jurídico colombiano.

Sobre el concepto y la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, la sentencia T-808 del 1 de octubre de 2007, explica:

“En efecto, la supremacía de la Constitución dentro del sistema de fuentes determina que los operadores jurídicos, cuando quiera que se enfrenten a una norma legal o reglamentaria incompatible con una norma constitucional, deban siempre preferir la aplicación de esta última. Cuando las autoridades hacen prevalecer la Constitución como lo ordena el artículo 4 de la misma, evitan que sus mandatos sean modificados por normas de inferior jerarquía expedidos por funcionarios que no tienen competencias para ello^[29]. Los diversos mecanismos de control constitucional establecidos en nuestro ordenamiento, aún cuando con efectos distintos, están signados por el principio general de supremacía constitucional^[30]...”

19. Respecto del carácter facultativo u obligatorio de la excepción de inconstitucionalidad, la Constitución señala que ‘en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales’ (Art.4º). Con base en ello, la Corte ha reiterado que es deber de los funcionarios administrativos y judiciales aplicar directamente la norma constitucional si frente a un caso concreto encuentran una clara evidencia de que está siendo violentada o modificada por disposiciones inferior jerarquía, cuya inaplicación se impone por mandato constitucional...”

Es decir que cuando es evidente que la norma de inferior jerarquía contraría principios, valores y reglas de rango constitucional, es un deber de las autoridades judiciales y administrativas aplicar directamente la Constitución.

6.2.6.2 La Sala de Revisión dispondrá en la parte resolutive, inaplicar por inconstitucional la Resolución No. 121 del 30 de enero de 2011 emitida por el Ministerio del Interior, al concluir que el mecanismo de participación transitorio creado en dicha Resolución, contraría postulados constitucionales por las razones ya expuestas, máxime cuando este espacio nacional fue creado para (i) debatir asuntos de trascendental

importancia en relación con la preservación y salvaguarda de la cultura de las comunidades negras; (ii) incidir en el proyecto de vida que mejor desarrolle todos los elementos de los valores sociales y culturales de estos grupos étnicos; así como (iii) decidir acerca de las directrices a seguir en la elección de los representantes de dicha comunidad ante las comisiones consultivas, para lo cual, **sólo incluyó a una parte de la población negra.**

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala procederá a revocar la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Santiago de Cali^[31], y en su lugar, concederá el amparo del derecho fundamental a la libre determinación o autonomía del actor y del Consejo Comunitario que representa.

En su lugar, inaplicará, por contravenir mandatos superiores, la Resolución No. 0121 del 30 de enero de 2012 “Por la cual se convoca a los representantes legales de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y los representantes de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a Asambleas Departamentales y se dictan otras disposiciones” en el caso concreto, y ordenará al Ministerio del Interior que expida nuevas directrices para llevar a cabo las elecciones de los representantes de las comunidades negras ante las comisiones consultivas de Alto Nivel y departamentales, de conformidad con los parámetros fijados en esta providencia, esto es, **(i)** teniendo en cuenta a todas las comunidades negras del país en los términos de la jurisprudencia de esta Corte –no solamente a aquellas con título de propiedad colectiva-, **(ii)** y no tomando como escenarios de representación a las organizaciones de base. Estas nuevas directrices deberán ser adoptadas en un término no superior a seis (6) meses.

Además, una vez cumplido lo anterior, el Gobernador del Valle del Cauca deberá proceder sin demora a convocar a sesiones públicas a todos los consejos comunitarios de las comunidades negras de su departamento, con el fin de llevar a cabo las elecciones de los delegados de estas comunidades ante las comisiones consultivas del orden departamental y nacional.

7 DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional**, administrando justicia en nombre del pueblo colombiano y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO. LEVANTAR la suspensión de términos para fallar el presente asunto, decretada por la Sala Séptima de Revisión

SEGUNDO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Santiago de Cali, el diecisiete (17) de enero de 2012 y, en su lugar, **TUTELAR** los derechos fundamentales a la libre determinación o autonomía y a la participación **del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de la Plata Bahía Málaga**, representado legalmente por el señor **Hoover Eladio Carabalí Playonero**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. INAPLICAR POR INCONSTITUCIONAL, en el presente caso, la Resolución No. 0121 del 30 de enero de 2012 “Por la cual se convoca a los representantes legales de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y los representantes de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a Asambleas Departamentales y se dictan otras disposiciones”. En consecuencia, se **ORDENARÁ** al Ministerio del Interior que expida nuevas directrices para llevar a cabo las elecciones de los representantes de las comunidades negras ante las comisiones consultivas de Alto Nivel y departamentales, en un término no superior a seis (6) meses, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, en particular, teniendo en cuenta un enfoque diferencial de esta población. Al cabo de dicho término, deberá enviar un informe al juez de primera instancia, de las actividades desplegadas. También deberá enviar copia del informe a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación.

CUARTO. ORDENAR al Gobernador del Valle del Cauca que una vez cumplido lo dispuesto en el numeral TERCERO de esta providencia, en un término no superior a quince (15) días, convoque a sesiones públicas a las comunidades negras de su departamento, con el fin de llevar a cabo las elecciones de los delegados de estos grupos ante las comisiones consultivas del orden departamental y nacional. Una vez realizada la elección, deberá enviar un informe al juez de primera instancia, de las actividades desplegadas y del

nombre de los representantes de las comunidades negras designados en el departamento del Valle del Cauca y a nivel nacional, para que verifique el cumplimiento de lo ordenado por esta Corporación. También deberá enviar copia del informe a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación.

QUINTO. COMUNICAR la presente decisión al Procurador General de la Nación y al Defensor del Pueblo para que, dentro de la órbita de sus competencias, hagan un seguimiento del cumplimiento de esta providencia.

SEXTO. LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional,

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

ALEXEI JULIO ESTRADA
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA**

A LA SENTENCIA T-823/12

COMUNIDAD AFROCOLOMBIANA-Riesgo agravado de afectación del derecho a la participación, debilitamiento de las organizaciones y mecanismo de consulta previa (Aclaración de voto)

Estimo que la orden de “expedir nuevas directrices para llevar a cabo las elecciones de los representantes de las comunidades negras ante las comisiones consultivas de Alto Nivel y departamentales en un término no superior a seis (6) meses, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, en particular, teniendo en cuenta un enfoque diferencial de esta población”debió sujetarse al cumplimiento de otra serie de parámetros y medidas que no fueron consideradas por el fallo y cuya observancia es indispensable para que los derechos fundamentales a la participación y a la consulta previa de los afrocolombianos sean plenamente garantizados en los términos precisados por la jurisprudencia constitucional.

PRINCIPIO DE AUTODETERMINACION Y DERECHO DE AUTONOMIA DE PUEBLOS INDIGENAS Y COMUNIDADES NEGRAS, AFRODESCENDIENTES O AFROCOLOMBIANAS (Aclaración de voto)

La acreditación de un título de dominio sobre un territorio colectivo no puede ser el criterio que determine la participación de los afrocolombianos en la integración de las comisiones consultivas, pues esto desconoce sus derechos a la autonomía y a la autodeterminación y avala un tratamiento discriminatorio e irrazonable frente a las comunidades que se encuentran en proceso de titulación, asentadas en predios que no tienen la naturaleza de baldíos, a quienes están en situación de desplazamiento o habitan en áreas urbanas.

PROCESO DE CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Medidas que deben ser objeto de consulta (Aclaración de voto)

Creo, adicionalmente, que la sentencia debió haber estudiado la posibilidad de que el mecanismo transitorio de representación creado por la Resolución 121 de 2012 deba someterse a un proceso de consulta previa. Básicamente, porque,

al sintetizar las razones que justificaban amparar los derechos fundamentales del consejo comunitario accionante, el fallo hizo alusión a que tal mecanismo se diseñó sin tener en cuenta las opiniones de las comunidades a favor de las cuales se creó y a que no se dio en un escenario de concertación, participación y consulta con las comunidades.

Con el respeto acostumbrado hacia las decisiones de la Corte, me permito aclarar el voto en la presente oportunidad, debido a que, si bien comparto el sentido general de la Sentencia T-823 de 2012, estimo que la orden de *“expedir nuevas directrices para llevar a cabo las elecciones de los representantes de las comunidades negras ante las comisiones consultivas de Alto Nivel y departamentales en un término no superior a seis (6) meses, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, en particular, teniendo en cuenta un enfoque diferencial de esta población”* debió sujetarse al cumplimiento de otra serie de parámetros y medidas que no fueron consideradas por el fallo y cuya observancia es indispensable para que los derechos fundamentales a la participación y a la consulta previa de los afrocolombianos sean plenamente garantizados en los términos precisados por la jurisprudencia constitucional.

1. La sentencia verificó que el retraso en la convocatoria de las elecciones de los representantes de las comunidades negras en las comisiones consultivas departamentales y en la Comisión Consultiva de Alto Nivel obedeció a que el Ministerio del Interior instruyó a las entidades territoriales sobre la imposibilidad de organizar tal proceso electoral hasta tanto no se regulara el tema a través de un acto administrativo que sería expedido por esa cartera. Además, comprobó que ese acto administrativo, la Resolución 121 de 2012, no garantizó los derechos fundamentales de los accionantes – los integrantes del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de la Plata Bahía Málaga- porque creó un mecanismo que i) no representa a todas las comunidades negras del país, ii) se diseñó al margen de sus opiniones y iii) tomará decisiones sobre asuntos que conciernen directamente a todas las comunidades negras y que tendrán vocación definitiva.

2. Sobre esos supuestos, le ordenó al Ministerio del Interior expedir nuevas directrices para que las comunidades negras elijan a sus representantes ante las comisiones consultivas, precisando, al respecto, que tales directrices deben tener en cuenta a *todas* las comunidades negras del país en los términos de la

jurisprudencia constitucional y no pueden tomar como escenarios de representación a las organizaciones de base^[32], según lo indicado por el Consejo de Estado en sentencia del 5 de agosto de 2010.

3. Como anticipé, comparto la idea de que el proceso de elección de los representantes de los afrocolombianos ante las comisiones consultivas departamentales y de alto nivel debe convocar a todos aquellos que podrían verse afectados por las decisiones que se adoptarán con la anuencia de esos espacios de representación. Ciertamente, la acreditación de un título de dominio sobre un territorio colectivo no puede ser el criterio que determine la participación de los afrocolombianos en la integración de las comisiones consultivas, pues esto desconoce sus derechos a la autonomía y a la autodeterminación y avala un tratamiento discriminatorio e irrazonable frente a las comunidades que se encuentran en proceso de titulación, asentadas en predios que no tienen la naturaleza de baldíos, a quienes están en situación de desplazamiento o habitan en áreas urbanas.

Considero, en ese sentido, que sujetar la expedición de las nuevas directrices sobre la elección de los representantes de las comunidades negras a las pautas aludidas en la sentencia T-823 de 2012 es consistente con la protección reforzada que la Carta Política y el bloque de constitucionalidad reconocen a favor de las minorías étnicas.

4. No obstante, estimo que la incidencia que dichas directrices tendrán sobre la manera en que los afrocolombianos serán consultados acerca de las medidas legislativas y administrativas que puedan afectarlos directamente ameritaba abordar el análisis de otros aspectos que, derivados de las barreras institucionales, sociales, culturales, políticas, económicas y geográficas que han enfrentado históricamente, les han impedido consolidar espacios concretos de participación para interceder a favor de sus intereses ante las instancias gubernamentales. La valoración de esos aspectos habría contribuido, en mi concepto, a incluir instrucciones más precisas acerca de los criterios que deberá tener en cuenta el Ministerio del Interior al expedir las directrices que regirán las mencionadas elecciones.

5. La sentencia se aproximó a dicha problemática al explicar, en su fundamento jurídico 6.2.3.1, lo que significó para las comunidades afrocolombianas el hecho de que el Gobierno no hubiera reaccionado de manera eficaz ante el fallo de nulidad proferido por el Consejo de Estado en agosto de 2010, en relación con el

papel de las organizaciones de base en la elección de los consultivos departamentales y nacionales.

Sin embargo, no profundizó en otros problemas jurídicos que podrían derivarse, tanto de esa situación, como de los hechos relatados por los intervinientes en el trámite de revisión, y que podrían afectar sustancialmente la tarea que deberá asumir el Ministerio del Interior en el marco de las órdenes proferidas en la sentencia T-823 de 2012.

6. Me refiero, por ejemplo, al que tiene que ver con las dificultades que ha implicado para la construcción de los espacios de interlocución entre el Gobierno y los afrodescendientes la falta de claridad sobre el alcance de la noción de comunidad negra incluida en la Ley 70 de 1993, teniendo en cuenta que esta, condicionada a que la respectiva comunidad acredite ejercer sus prácticas culturales en el ámbito de una relación *campo poblado*^[33], difiere de la perspectiva constitucional que desliga el concepto de comunidad étnica de un elemento geográfico, teniendo en cuenta el impacto que el conflicto armado ha tenido sobre la capacidad de los afrocolombianos para ejercer el control social y cultural de sus territorios.

Aunque la sentencia T-823 de 2012 reconoció tal situación al referirse a la manera en que la Corte ha rechazado la posibilidad de vincular la existencia de las comunidades afrocolombianas como grupo étnico diferenciado a criterios espaciales, raciales o jurídico formales^[34], considero que habría sido valioso destacar, en el caso concreto, la forma en que el inadecuado entendimiento de esa regla constitucional por parte de los responsables de elaborar las políticas públicas en favor de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras ha impedido el afianzamiento de los espacios participativos que permitirían hacer realidad el deber de protección de la diversidad cultural consagrado en el Convenio 169 de la OIT y en la Carta Política a favor de las minorías étnicas.

Dado que las dificultades que se han presentado en dicho proceso no obedecen solamente a que el Ministerio del Interior no adecuó oportunamente la normativa sobre la forma de elegir a los delegados de las comunidades negras ante las comisiones consultivas tras el fallo del Consejo de Estado, sino, también, a que las reglamentaciones de la Ley 70 de 1993 propiciaron la integración de formas

asociativas de afrocolombianos ajenas al espíritu de la norma, la sentencia debió advertir sobre tal situación, indagar sobre el *status* jurídico de las organizaciones de base, precisar qué tipo de organizaciones deberían tener cabida en el proceso electoral que convocará el Ministerio e instruirlo, en ese sentido, sobre los parámetros a los que deberá atenerse al expedir las nuevas directrices que regirán la convocatoria y el desarrollo de dichas elecciones.

7. Creo, adicionalmente, que la sentencia debió haber estudiado la posibilidad de que el mecanismo transitorio de representación creado por la Resolución 121 de 2012 deba someterse a un proceso de consulta previa. Básicamente, porque, al sintetizar las razones que justificaban amparar los derechos fundamentales del consejo comunitario accionante, el fallo hizo alusión a que tal mecanismo se diseñó sin tener en cuenta las opiniones de las comunidades a favor de las cuales se creó y a que no se dio en un escenario de concertación, participación y consulta con las comunidades.

A mi juicio, la relevancia de las medidas que el Ministerio del Interior aspira a implementar a través del Espacio Nacional de Delegados creado por la Resolución 121 -y las que, de hecho, ya está adoptando, según lo verificado por la Sala Novena de Revisión en el marco de otro expediente de tutela^[35]- da cuenta de que, eventualmente, tendrá que definirse la necesidad de que dicho mecanismo se someta a un proceso de consulta previa.

Abordar dicho asunto en la sentencia T-823 de 2012 habría evitado un desgaste innecesario en la administración y, de paso, habría contribuido a solucionar de forma eficaz y definitiva la incertidumbre jurídica que ha impedido que el pueblo afrocolombiano participe “*en la misma medida que otros sectores de la población y a todos los niveles*”^[36] en la adopción de las medidas legislativas y administrativas que los afecten.

Fecha *ut supra*.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

[1] Ley 70 del 27 de agosto de 1993. Artículo 3, numeral tercero.

[2] Ver folio 11 del cuaderno de contestación de la acción de tutela. Rad: 2011-407.

[3] Ver folio 92 del cuaderno principal

[4] Ver folio 93 (reverso) del cuaderno principal

[5] Ver folio 96 del cuaderno principal

[6] “Ahora bien, conviene aclarar que la mera inclusión de estas organizaciones en la reglamentación de la Ley 70, no es la causa, en sí misma, del desplazamiento de los consejos, sino más bien, fue el carácter clientelar de estas organizaciones, al servicio del mecanismo electoral de un reducido sector, el que llevó a que la representación en tal contexto se convirtiera en un mecanismo insuficiente para incorporar en un mismo proceso político posiciones disímiles”. Ver folio 61 del cuaderno 1.

[7] Ver Corte Constitucional, sentencia T-422 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta oportunidad la Corte revisó los fallos de instancia emitidos en el marco de la acción de tutela promovida por un representante de la asociación CIMARRON contra el Departamento Administrativo de Servicio Educativo Distrital – DASED- de Santa Marta. El actor aseguraba que los derechos a la igualdad, a la libertad de conciencia, a la libertad de asociación y a la cultura de los miembros de la organización que representaba habían sido vulnerados por la entidad demandada, al impedir la participación de uno de sus representantes en la Junta Distrital de Educación del Distrito de Santa Marta, bajo el argumento de que no existían antecedentes históricos de la existencia de comunidades negras en la ciudad.

En primera instancia el amparo había sido negado por ausencia de pruebas sobre la existencia de una “comunidad negra” en el Distrito de Santa Marta, bajo el entendido de que una comunidad es: “(...) un grupo de personas que posee muchas de las características de un grupo social completo, pero en menor escala y con intereses más limitados; es el resultado de la sumatoria de los intereses, sentimientos y actitudes que une a los individuos de un grupo también puede entenderse como el área territorial donde el grupo establece su contacto y su coherencia interpersonal que permite diferenciarlo espacialmente de otros grupos; y finalmente, como la unidad física socio-económica que se manifiesta por agrupaciones de viviendas, donde viven familias dedicadas principalmente a la agricultura, incluyen las tierras aledañas al poblado, que *en su mayor parte son comunal*”. El juez sostenía que las personas de raza negra que residen en diversos sectores de la ciudad han sido asimiladas integralmente por la cultura mestiza dominante y, por tanto, no puede afirmarse que exista una comunidad negra en estricto sentido.

La Corte concedió el amparo y rechazó el concepto de comunidad adoptado por el *ad quem*. Para la Corte, el factor racial es tan sólo uno de los elementos que permiten la identificación de las comunidades étnicas diferenciadas, junto a sus valores culturales fundamentales y a otros rasgos sociales. En relación con el criterio geográfico, la Corte recordó que las comunidades negras históricamente han sido objeto de persecuciones y alejadas de sus tierras, lo que explica su dispersión espacial. La existencia de una “*unidad física socio-económica*” manifestada en “agrupaciones de viviendas, donde viven familias dedicadas principalmente a la agricultura” no puede asegurarse que sea un elemento constante. Las comunidades étnicas pueden existir sin este elemento “(...) siempre y cuando converjan pautas culturales y tradiciones con suficiente fuerza y arraigo para generar la unidad interna del grupo y su correlativa diferenciación externa”. Finalmente, la Corporación aseguró que las comunidades étnicas pueden manifestar su cohesión de diversas maneras, no solamente mediante asociaciones u otras instituciones legales. Finalmente, se resaltó que la definición de comunidad negra adoptada por la Ley 70 de 1993 opera sólo para efectos del reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva sobre los territorios. Por tanto, el que una comunidad no se circunscriba a la definición de esta ley no significa que sus miembros no puedan ser beneficiarios de otras medidas de protección a favor de las comunidades

afrocolombianas, las cuales pueden adoptar, por ejemplo, la forma de acciones afirmativas. Ver también la sentencia C-169 de 2001, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[8] Ver Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[9] Ver Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[10] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

“[11] Ver sentencia T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.”

“[12] Ver sentencia T-514 de 2009. En la sentencia T-973 de 2009, la Corte Constitucional nuevamente definió el derecho de la siguiente manera: “a decidir por sí mismos los asuntos y aspiraciones propias de su comunidad, en los ámbitos material, cultural, espiritual, político y jurídico, de acuerdo con sus referentes propios y conforme con los límites que señalen la Constitución y la ley.” Por su parte, el artículo 4 de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas dispone: “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.” El artículo 5 agrega que los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, y a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.”

[13] “Para el caso de las comunidades afrocolombianas y en desarrollo de los mandatos constitucionales de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, la Ley 70 prevé la realización de consultas en cuatro eventos: (i) para la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades afrodescendientes que desarrollen prácticas tradicionales (artículo 22); (ii) para la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (artículo 38); (iii) para la conformación de la “unidad de gestión de proyectos” que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (artículo 58); y (iv) para el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere la ley”.

[14] Corte Constitucional, sentencia C-366 del 11 de mayo de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[15] Corte Constitucional, sentencias C-915 del 16 de noviembre de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y C-366 del 11 de mayo de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[16] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

“[17] En el Capítulo IX de la Ley 5 de 1992 se regula la participación ciudadana en el estudio de los proyectos de ley, asunto en relación con el cual, en el artículo 230 se dispone que “Para expresar sus opiniones toda persona, natural o jurídica, podrá presentar observaciones sobre cualquier proyecto de ley o de acto legislativo cuyo examen y estudio se esté adelantando en alguna de las Comisiones Constitucionales Permanentes.”

[18] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

“[19] Corte Constitucional, sentencia C-063/10, fundamento jurídico 3.1.”

[20] Corte Constitucional, sentencia T-1005 del 30 de noviembre de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[21] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[22] “ARTICULO 8o. PROCEDIBILIDAD. La Acción de Cumplimiento procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza de Ley o Actos Administrativos. También procederá contra acciones u omisiones de los particulares, de conformidad con lo establecido en la presente Ley.

Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud. Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito, cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.

También procederá para el cumplimiento de normas con fuerza de Ley y Actos Administrativos, lo cual no excluirá el ejercicio de la acción popular para la reparación del derecho”.

[23] Ver folios 7 y 8 del cuaderno de contestación de la acción de tutela.

[24] Ver folios 10 y 11 del cuaderno de contestación de la acción de tutela.

[25] Ver folios 40 al 42 del cuaderno principal.

[26] Ver folio 42

[27] Ver folios 79 y 80 del cuaderno de pruebas de la Corte Constitucional.

[28] La Sala de Revisión dispondrá en la parte resolutive de esta providencia inaplicar por inconstitucional la Resolución No. 0121 del 30 de enero de 2011 porque su contenido desconoce flagrantemente el derecho a la libre determinación o autonomía de las comunidades negras, por las razones expuestas a lo largo de la sentencia.

“[29] Sentencia C-069 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.”

“[30] Sentencia C-600 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández.”

[31] Al margen, esta Sala considera necesario anotar que aunque es reprochable que el juez de única instancia hubiese fundamentado la negativa de su amparo en una causa imputable a su propia negligencia, cual es, el no haber realizado la respectiva vinculación al Ministerio del Interior, no cabe la exigencia de que hubiese aplicado la excepción de inconstitucionalidad en el caso bajo estudio, pues para la época en que profirió la decisión de instancia, la Resolución No. 0121 del 30 de enero de 2011 no había sido emitida.

[32] *Cfr. Fundamento jurídico 6.2.3.1 de la sentencia T-823 de 2012.*

[33] Ley 70 de 1993, artículo 2. Para los efectos de la presente ley se entiende por: 5. Comunidad negra: Es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.

[34] *Cfr. Fundamento jurídico 3.5.1.*

[35] Expediente T-3482903, Acción de tutela promovida por Moisés Pérez Casseres contra el Ministerio del Interior.

[36] Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Artículo 6°.