

Sentencia T-576/14

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

AFROCOLOMBIANOS EN LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE-Reconocimiento de la diferencia

La norma, que fue aprobada en el último periodo de sesiones de la ANC, ordenó expedir una ley que i) reconociera el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras asentadas en la Cuenca del Pacífico y ii) que protegiera su identidad cultural, sus derechos y fomentara su desarrollo económico y social. Es ese, por eso, el primer escenario en el que deben buscarse los fundamentos constitucionales del trato preferente que merecen las comunidades negras como portadoras de una especificidad y de unos saberes ancestrales que enriquecen la diversidad étnica y cultural de la Nación.

COMUNIDADES NEGRAS-Titulares de derechos colectivos similares a los grupos indígenas aunque con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y régimen legal propio

Con la ANC a punto de concluir, los constituyentes que lideraron la propuesta a favor del reconocimiento constitucional de los afrocolombianos se enfrentaron a la difícil tarea de identificar unos rasgos diferenciales que los caracterizaran como una colectividad digna de un trato especial coherente con el modelo de Estado democrático y participativo que impulsaría la nueva Carta. Se trataba, ni más ni menos, de crear una categoría de alteridad étnica o, para los efectos que aquí se discuten, un nuevo sujeto colectivo de derechos.

DENOMINACION DE “COMUNIDADES NEGRAS” CONTENIDA EN LEY 70 DE 1993, LEY 649 DE 2001 Y DECRETO 2374 DE 1993-No implica discriminación de la población afrocolombiana

Hoy, a más de 20 años de la promulgación de la Carta, el texto del artículo 55 transitorio sigue generando resistencia entre quienes consideran que la decisión de designar como “comunidad negra” a los sujetos colectivos que

merecen un tratamiento especial por compartir unas tradiciones ancestrales vinculadas a su ascendencia africana reproduce el estereotipo de esclavo con el que se ha vinculado al pueblo negro y profundiza la intolerancia que ha afectado históricamente a sus integrantes. También, entre quienes consideran que el hecho de que la norma se haya enfocado en el contexto específico de las reivindicaciones territoriales formuladas por las comunidades negras del Pacífico la convirtió en un obstáculo para la construcción de la identidad afrocolombiana y, finalmente, entre quienes creen que la discusión del artículo 55 estuvo mediada por una visión sesgada del sentido de lo étnico frente al caso específico de las negritudes.

PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES-Beneficiarios del Convenio 169 de la OIT

El Convenio 107 de la OIT fue el primer instrumento internacional que se refirió a la protección especial que los Estados les deben a los pueblos minoritarios asentados en sus territorios. El Convenio reconoció a los pueblos indígenas y tribales como titulares de unos derechos asociados al hecho de que compartieran unas condiciones que los distinguieran de otros sectores de la colectividad nacional. De ahí que, por cuenta de la incorporación del instrumento internacional a los ordenamientos internos de los países firmantes, sus comunidades cultural y étnicamente diferenciadas hubieran quedado legitimadas para reclamar la protección de su derecho a ser consultadas sobre las medidas que pudieran afectarlas, de sus derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que habían ocupado tradicionalmente y, en fin, de todos aquellos derechos que la OIT les reconoció en razón de su diversidad.

TRIBAL-Concepto/COMUNIDAD NEGRA-Etnia

El término comprende a aquellos grupos sociales que reúnen los requisitos exigidos por el instrumento internacional: rasgos culturales y sociales compartidos (elemento objetivo) y una conciencia de identidad grupal que haga que sus integrantes se asuman miembros de una comunidad (elemento subjetivo). Como las comunidades negras, tal y como fueron definidas por la Ley 70 de 1993, reúnen ambos elementos, decidió que era posible considerarlas un pueblo tribal, en los términos del Convenio 169.

**PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LOS
AFROCOLOMBIANOS FRENTE A ACTOS DE
DISCRIMINACION RACIAL-Línea jurisprudencial**

AFROCOLOMBIANOS-Víctimas del desplazamiento forzado

**DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA DE COMUNIDAD
NEGRA-Protección**

**DERECHO DE LAS COMUNIDADES A LA IDENTIDAD
ETNICA Y CULTURAL-Jurisprudencia constitucional**

La relación de la comunidad con un territorio determinado es indicativa de su identidad étnica, pero no es un factor determinante para confirmar o excluir su condición de titular de derechos étnicos. Aunque las minorías étnicas suelen mantener una relación ancestral con sus territorios que, por lo general, incide en su supervivencia, el hecho de que la población afrocolombiana sea una de las más afectadas por el fenómeno del desplazamiento forzado y las falencias institucionales en la protección de su derecho a la propiedad colectiva impiden asociar la identidad étnica y los derechos que de ella se derivan a que mantengan un vínculo con sus territorios.

**COMUNIDADES ETNICA Y CULTURALMENTE DIVERSAS
CUENTAN CON AUTONOMIA PARA FIJAR CRITERIOS DE
PERTENENCIA A LAS MISMAS-Exigencia de certificación oficial
es contraria a la Constitución**

Ninguna autoridad pública, ni siquiera el juez constitucional, puede definir si un sujeto hace parte o no de una minoría étnica, pues son estas comunidades las únicas que pueden fijar tales criterios de pertenencia, en ejercicio de su autonomía. Por eso, en este tipo de debates, no es posible exigir pruebas distintas a la compatibilidad entre los atributos de una persona y los criterios que la comunidad haya establecido en ejercicio de su autogobierno.

**UTILIZACION DE LA EXPRESION “COMUNIDADES
NEGRAS”-Alcance en la jurisprudencia constitucional**

**CONSULTA PREVIA PREVISTA EN EL CONVENIO 169 DE LA
ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-Escenarios
en que debe materializarse**

La norma indica que dicho deber involucra la adopción de medidas encaminadas a i) asegurar que los miembros de los pueblos indígenas y tribales

gocen de los derechos y oportunidades que la legislación laboral les otorga al resto de la población, ii) a eliminar las diferencias socioeconómicas que pudieran existir entre ellos y los demás miembros de la comunidad nacional y iii) a promover la efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales; todo esto, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones.

DERECHO DE PARTICIPACION DE LOS GRUPOS ETNICOS EN DECISIONES QUE LOS AFECTAN-Contenido y alcance/CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Obligación impuesta al Estado cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente

De lo que se trata, es de garantizar que los pueblos indígenas y tribales cuenten con la oportunidad de pronunciarse sobre aquellos proyectos o decisiones que puedan alterar sus formas de vida, incidir en su propio proceso de desarrollo o impactar, de cualquier manera, en sus costumbres, tradiciones e instituciones. La convicción sobre la forma en que esa garantía de participación materializa otros derechos fundamentales de esas comunidades, como su autonomía y su subsistencia, es el punto de partida del deber de consulta que el Convenio 169 les impuso a sus Estados parte, con la intención de sustituir el criterio integracionista que rigió las relaciones entre los pueblos indígenas y tribales mientras el Convenio 107 de 1957 estuvo vigente por uno consecuente con el enfoque de derechos humanos que se impuso en el escenario internacional.

CONSULTA PREVIA-Ámbito de aplicación

Los pueblos indígenas y tribales deben ser consultados “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Eso significa que el ámbito de aplicación de las consultas debe determinarse frente a cada caso particular, considerando la manera en que la decisión de que se trate pueda constituirse en una hipótesis de afectación de los intereses de esas colectividades.

DERECHO DE PARTICIPACION DE COMUNIDAD INDIGENA Y TRIBAL-Reconocimiento en convenio internacional

Ni el Convenio 169 de 1989 ni la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas formulan una definición de lo que debe entenderse por pueblo indígena o por pueblo tribal. En lugar de ello, los instrumentos internacionales de protección optaron por proporcionar unos criterios descriptivos de los pueblos a los que pretenden proteger, vinculados, a su identidad diversa, la cual debe ser determinada por los propios pueblos de acuerdo con sus costumbres y tradiciones. El criterio más relevante para determinar si determinado pueblo o individuo puede ser considerado indígena o tribal es el criterio de autoidentificación. Los pueblos tribales y sus miembros son titulares de los mismos derechos que los pueblos indígenas y sus integrantes.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA- Jurisprudencia constitucional

La Corte ha establecido en abundante jurisprudencia que el derecho a la consulta reviste el carácter de fundamental, cuestión que tiene importantes implicaciones, al permitir, por ejemplo, que su protección se reclame por vía de tutela, aunque se trate de un derecho de titularidad colectiva. Esta Corte ha desarrollado dos clases de criterios aplicables al desarrollo de los procesos consultivos. Por un lado, aquellos a los que ha llamado “criterios generales de aplicación de la consulta” y, por otro, “las reglas o subreglas específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta”.

CONSULTA PREVIA-Derecho fundamental del cual son titulares las comunidades indígenas, negras, afro colombianas, raizales, palenqueras y gitanas

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Dejar sin efectos resolución por cuanto no se surtió el trámite con la Comunidad Negra e iniciar proceso de concertación

DERECHO FUNDAMENTAL A LA PARTICIPACION, A LA IGUALDAD Y A LA CONSULTA PREVIA-Orden al Ministerio del Interior divulgar el documento “*Propuesta de Protocolo de consulta previa, libre, informada y vinculante para comunidades negras, afrocolombianas y palenqueras de áreas rurales y urbanas*”

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Orden al Ministerio del Interior convocar a las comunidades negras,

afrocolombianas, raizales y palenqueras del país a participar en el proceso de consulta previa

Referencia: expediente T-3482903

Acción de tutela promovida por Moisés Pérez Casseres contra el Ministerio del Interior.

Magistrado Ponente:
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil catorce (2014)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Ernesto Vargas Silva, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados en el asunto de la referencia por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar el dos (2) de marzo de dos mil doce (2012), en primera instancia, y por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el doce (12) de abril de dos mil doce (2012), en segunda instancia.

I. ANTECEDENTES

El señor Moisés Pérez Casseres^[1] promovió acción de tutela para que se amparen los derechos fundamentales a la consulta previa; al consentimiento previo, libre e informado; a la participación; a la igualdad y al debido proceso de las comunidades negras del país, los cuales habrían sido vulnerados por el Ministerio del Interior, al expedir la Resolución 121 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”. La anterior solicitud la formuló con base en los hechos y en los fundamentos jurídicos que se sintetizan a continuación.

1. Los hechos y la demanda

1.1. Mediante la Resolución 121 de 2012, el Ministerio del Interior convocó a los representantes legales de los consejos comunitarios de comunidades negras que tienen título colectivo adjudicado por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder) y a los representantes de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para que, en asambleas departamentales, eligieran 20 delegados que los representarían de forma transitoria en los procesos destinados a definir el nuevo mecanismo de participación de esas comunidades, a reglamentar la Comisión Consultiva de Alto Nivel y a establecer los requisitos para el registro de los consejos comunitarios y de las organizaciones de raizales.

1.2. En opinión del actor, el hecho de que la convocatoria se haya condicionado a la acreditación de un título colectivo supuso la exclusión y discriminación de la población afrocolombiana que reside en zonas urbanas, que está en situación de desplazamiento y de las comunidades negras que están organizadas en consejos comunitarios y otras formas organizativas válidas, pero no cuentan con un territorio adjudicado por razones imputables al Estado, siendo este el que ha incumplido sus obligaciones en materia de adquisición de tierras y titulación colectiva y en la caracterización territorial de las comunidades afrocolombianas que han sido víctimas de desplazamiento forzado interno.

1.3. A su juicio, el Ministerio del Interior desconoció la realidad demográfica y generacional de los afrodescendientes en Colombia y el derecho a la participación de las comunidades que habitan en zonas históricas, urbanas y en lugares emblemáticos, como San Basilio de Palenque.

1.4. Adicionalmente, cuestionó que la resolución hubiera sido expedida sin agotar el proceso de consulta previa y de consentimiento previo, libre e informado al que tiene derecho la población afrodescendiente, a pesar de que el mecanismo de representación que adopta será utilizado para consultar, transitoriamente, los proyectos de ley, medidas administrativas y demás actos que así lo requieran.

1.5. De conformidad con lo expuesto, el señor Pérez Casseres solicitó amparar los derechos fundamentales que el Ministerio del Interior les vulneró a las comunidades negras, para que se garantice que en el proceso de expedición de

la resolución exista un espacio nacional de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, integrado por consejos comunitarios y organizaciones según el número de habitantes reconocidos como afrocolombianos, negros, raizales y palenqueros en el censo de nacional del DANE en el 2005, que sean los que definan los criterios, procedimientos o metodologías para tomar sus decisiones. Adicionalmente, solicitó, como medida provisional, la suspensión de la Resolución 121 de 2012, hasta que el Ministerio del Interior subsane la omisión de la consulta previa y la participación de las comunidades negras en el proceso de expedición de la resolución.

2. Trámite procesal y decisión de primera instancia

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar admitió la acción de tutela mediante providencia del veinte (20) de febrero de dos mil doce (2012), ordenando notificar al accionado y negando la medida provisional solicitada.

Transcurridos los términos procesales sin que el Ministerio del Interior se pronunciara sobre los hechos y las pretensiones formulados en su contra, la Sala dictó sentencia el dos (2) de marzo de dos mil doce (2012), que declaró improcedente el amparo reclamado. Consideró la Sala *a quo* que el actor contaba con otros mecanismos procesales para obtener la suspensión transitoria de los efectos de la Resolución 121 de 2012 y para reclamar su nulidad y que, en todo caso, no demostró plenamente la existencia de un perjuicio irremediable que justificara acudir a la tutela como mecanismo principal de protección.

3. La impugnación

Dentro de la oportunidad procesal, el demandante impugnó el fallo de primer grado, advirtiendo que el derecho a la participación de las comunidades negras, que tiene carácter de derecho fundamental, es protegido especialmente por el Convenio 169 de la OIT, la Carta Política, la ley y la jurisprudencia constitucional, sobre todo, frente a aquellas decisiones que afectan su integridad como grupo étnico. Por eso, es posible reclamar su protección a través de la acción de tutela, aunque la suspensión de la Resolución 121 de 2012 pueda lograrse a través de otros mecanismos procesales.

De todas formas, aclaró que el perjuicio inminente e irreparable que justifica la interposición de la tutela tiene que ver con el precedente de exclusión que creó

la Resolución 121, al convocar únicamente a los consejos comunitarios con título colectivo a la elección del espacio nacional de delegados. En opinión del actor, tal precedente impedirá, en el futuro, la participación y la pervivencia física y cultural de las comunidades negras asentadas en territorios urbanos o ancestrales que no les han sido adjudicados. Insistió, por eso, en que la Resolución 121 introdujo un trato discriminatorio frente a los miembros de las comunidades negras que, estando en situación de desplazamiento, asentados en zonas urbanas o en sus territorios ancestrales, se auto identifican como afrocolombianos y mantienen sus prácticas tradicionales, aunque no tienen un territorio colectivo titulado.

La Asociación de Consejos Comunitarios del Norte del Cauca, la Asociación de Consejos Comunitarios de Suárez, el Consejo Comunitario Hormiguero, el Consejo Comunitario el Hoyo y la Asociación de Consejos Comunitarios del Caribe serían, según el peticionario, algunas de las organizaciones afectadas por dicho trato discriminatorio. Según él, estas no fueron citadas a participar en el mecanismo de representación creado por la Resolución 121, precisamente, porque no cuentan con un título colectivo, a pesar de que aglutinan miembros de las comunidades negras que tienen una identidad propia, prácticas tradicionales arraigadas y una trayectoria reconocida en la protección de los derechos fundamentales y étnicos diferenciales.

Por último, el actor censuró que la adjudicación de un título de propiedad se use como criterio para limitar los derechos de las comunidades negras a la participación, a elegir y ser elegidos y a ser consultados sobre los hechos que los afectan, a pesar de que los derechos a la personalidad jurídica, a la participación y a la consulta previa de las comunidades tribales está ligado a su autodeterminación como tales y no al hecho de que habiten los territorios ancestrales ni a la discrecionalidad de las autoridades gubernamentales.

4. La decisión judicial de segunda instancia

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura resolvió la impugnación mediante providencia del doce (12) de abril de dos mil doce (2012), que confirmó la decisión de primera instancia, básicamente, porque el actor debió plantear sus pretensiones en las instancias judiciales ordinarias.

Sostuvo la Sala, al respecto, que el asunto formulado por el accionante excede las facultades del juez constitucional, que no está habilitado para considerar el

marco normativo que debe aplicarse al proceso de participación política de las comunidades negras ni para evaluar los criterios abstractos bajo los cuales el Ministerio del Interior reguló el mecanismo de participación cuestionado.

Por último, indicó que el perjuicio irremediable no se configura alegando situaciones abstractas y generales acerca de la manera en que fueron convocadas las comunidades negras para participar en un proceso electoral, como lo hizo el actor. En criterio de la corporación, el supuesto tratamiento discriminatorio que sufrirían las comunidades negras es una situación potencial y/o contingente que no avala la procedencia de la acción de tutela.

5. Actuaciones realizadas en sede de revisión

Mediante providencia del 16 de agosto de 2012, el magistrado ponente requirió al Ministerio del Interior para que, en su calidad de accionado, se pronunciara sobre los fundamentos fácticos y jurídicos de la acción de tutela instaurada por Moisés Pérez Casseres y para que informara qué actividades había realizado en desarrollo de la convocatoria efectuada a través de la Resolución 121 de 2012. En esa misma ocasión, le solicitó al Incoder la lista actualizada de los consejos comunitarios de comunidades negras que cuentan con título colectivo, puso en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo el contenido de la solicitud de tutela y preguntó al demandante sobre su relación con las asociaciones de consejos comunitarios a los que hizo referencia en el escrito de impugnación del fallo de primera instancia.

Durante el trámite de revisión se decretaron, además, las pruebas que el magistrado ponente consideró necesarias para contar con un panorama completo de los aspectos que han incidido en la problemática estructural que plantea la tutela, relacionada, más allá de la Resolución 121 de 2012, con la ausencia de una instancia de participación que permita consultar con los afrocolombianos las medidas legislativas y administrativas de carácter general que puedan afectarlos.

En esa dirección, se requirió a la autoridad accionada para que informara sobre las medidas que venía adelantando con el objeto de garantizar el derecho fundamental a la participación de los integrantes de las comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras y sobre las gestiones que realizó una vez que esta corporación suspendió la aplicación de la Resolución 121 de 2012, que acá se examina. Además, la Sala invitó a las instituciones académicas expertas en la materia a brindar un concepto técnico sobre el problema jurídico

objeto de revisión y recibió las distintas intervenciones de los ciudadanos que acudieron ante esta corporación con el objeto de pronunciarse sobre el debate propuesto en la tutela.

Hace falta considerar, adicionalmente, que mediante providencia del cuatro (4) de diciembre de dos mil doce (2012), la Sala Novena de Revisión impuso una medida provisional relativa a la suspensión de la aplicación de la Resolución 121 de 2012 y de todos los procesos consultivos, medidas y diligencias que se estuvieran adelantando a su amparo, así como de los actos administrativos que se hubieran proferido en desarrollo de la misma, concretamente, el Decreto 2163 de 2012. Todo esto, mientras se notificaba la presente sentencia.

En síntesis, la decisión obedeció a la necesidad de evitar los perjuicios que la aplicación de dichos actos administrativos podría implicar para los afrocolombianos, teniendo en cuenta que las decisiones que el Gobierno planeaba adoptar con base en la Resolución 121 de 2012 tendrían una incidencia directa y definitiva sobre la manera en que los integrantes de este grupo étnico minoritario ejercerían sus derechos fundamentales a la participación y a la consulta previa. Además, la Sala tuvo en cuenta que los procesos consultivos que estaba adelantando el Ministerio del Interior en desarrollo de la Resolución 121 podrían acentuar la debilidad de las organizaciones comunitarias afrocolombianas y que, a través de la sentencia T-823 de 2012, la Sala Séptima de Revisión inaplicó por inconstitucional la Resolución 121 de 2012 frente al caso concreto del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Plata Bahía Málaga y ordenó dictar nuevas directrices sobre la materia.

Hecha esa aclaración preliminar, la Sala resumirá, a continuación, el contenido de las respuestas e intervenciones ciudadanas incorporadas al expediente.

5.1. Respuesta e intervenciones del Ministerio del Interior

5.1.1. El Ministerio del Interior intervino varias veces durante el trámite de revisión constitucional. En su primera intervención, del 23 de agosto de 2012, su Director de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, Boris Felipe Zapata, contestó en los siguientes términos a lo indagado por el magistrado ponente:

-Sobre las normas que rigen el reconocimiento de los consejos comunitarios de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras:

El Ministerio definió a los consejos comunitarios de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras como *“una nueva forma de autoridad en proceso de construcción que está fundada sobre la identidad étnica y la apropiación colectiva de un territorio titulado”*^[2], e indicó que el concepto de comunidad negra está ligado a la existencia de un asentamiento rural, de acuerdo con varias disposiciones de la Ley 70 de 1993: el artículo 1°, que se propone proteger el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras que habitan las zonas rurales ribereñas del Pacífico^[3]; el 4°, que compromete al Estado a adjudicar la propiedad colectiva de esas tierras^[4], y el 5°, que supedita la posibilidad de recibir tierras adjudicables a que la comunidad negra haya formado un consejo comunitario como forma de administración interna^[5].

Para la entidad, esas disposiciones justificaban que la Resolución 121 del 2012 se hubiera referido, solamente, a los consejos comunitarios con título colectivo, sobre todo, teniendo en cuenta que la Constitución, la Ley 70 de 1993 y sus decretos reglamentarios vinculaban la existencia de las comunidades negras al elemento del asentamiento rural.

-Acerca de la divulgación de la Resolución 121 de 2012:

Expuso el ministerio que adoptó las medidas pertinentes para informar a los consejos comunitarios de los diferentes departamentos sobre la convocatoria efectuada por dicho acto administrativo. Para el efecto, solicitó el apoyo de los entes territoriales y divulgó la convocatoria a través de las oficinas de prensa, de radio y en la página web de la entidad. La presencia de los participantes en las asambleas se garantizó cubriendo sus gastos de transporte, hospedaje y alimentación.

-Sobre las actividades realizadas con ocasión de la Resolución 121 de 2012:

El ministerio envió el cronograma de las asambleas departamentales en el marco de las cuales fueron escogidos los 20 delegados a los que hacía referencia la Resolución 121, e informó el protocolo al que se sujetaron las referidas elecciones. El proceso electoral se llevó a cabo en las siguientes fechas:

Valle del Cauca	14 de febrero de 2012
Antioquia	15 de febrero de 2012
Risaralda	16 de febrero de 2012
Nariño	17 de febrero de 2012
Bolívar	17 de febrero de 2012

San Andrés y Providencia	18 de febrero de 2012
Quibdó	20 de febrero de 2012

Como resultado del mismo, los representantes legales de los consejos comunitarios con título colectivo eligieron a los siguientes delegados:

Valle del Cauca	-José Rodrigo Mondragón -Rosa Emilia Solís -Estella Hinestroza -Dagoberto Mondragón
Antioquia	-Octavio Rojas -Luis Emilio Sánchez Mosquera
Risaralda	-Aristides Pino Mosquera
Nariño	-Jairo Rodolfo Torre Montaña -Luz María Angulo Quiñónez -Jesús María Apolinar Granja
Cauca	-Paulino Riascos -Mario Cuero Castro
Bolívar	-Elfrén Vásquez Salas -Sebastián Salgado
San Andrés, Providencia y Santa Catalina	-Jairo Rodríguez Davis -Aminta Thime
Chocó	-Apolinar Mosquera Murillo -Egmidio Pertuz Buendía -Arcelio Mosquera Valencia -Elkin Domingo Peñalosa Mosquera

Para la fecha de la respuesta del ministerio, los elegidos estaban participando en algunos de los procesos de consulta previa a los que se refería la Resolución 121.¹⁶¹

-Sobre si recibió solicitudes de organizaciones o personas que, pese a no pertenecer a los consejos comunitarios convocados por la Resolución 121, estén interesadas en participar en la elección de los delegados que integrarán el espacio nacional al que se refiere dicho acto administrativo.

Afirmó el ministerio que sí recibió distintas peticiones y solicitudes de interés general y particular por parte de los representantes legales de los consejos comunitarios de comunidades negras que no participaron en el proceso por no contar con título colectivo. También se radicaron, en mayor número, derechos de petición de las organizaciones de base, que no conocían la sentencia del Consejo de Estado del cinco (5) de agosto de dos mil diez (2010)^[7]. La Dirección de Comunidades Negras, Afrocolombianas y Palenqueras del Ministerio del Interior dio respuesta a cada una de esas peticiones, indicando las razones que motivaron la expedición de la Resolución 121.

-Sobre la acción de tutela instaurada por Moisés Pérez Casseres:

El ministerio no se refirió de manera explícita a los hechos y pretensiones formulados por el accionante en la demanda de tutela. Sin embargo, en su respuesta a lo solicitado por el magistrado ponente, se pronunció sobre los aspectos que motivaron la expedición de la Resolución 121 de 2012 y acerca de las razones que condujeron a que la convocatoria se dirigiera exclusivamente a los representantes de los consejos comunitarios con título colectivo. Al respecto, sostuvo lo siguiente:

i) La expedición de la Resolución 121 de 2012 obedeció, entre otras cosas, a que las disposiciones que permitían que la Comisión Consultiva de Alto Nivel de las Comunidades Negras estuviera integrada por organizaciones de base fueron declaradas nulas por el Consejo de Estado en 2010. Como, además, el periodo institucional para el que fueron elegidos los antiguos consultivos se venció, sin que se hubiera establecido el nuevo mecanismo para determinar cómo se conformaría el nuevo grupo de representantes de las comunidades negras, el ministerio adelantó un mecanismo participativo y democrático para escoger a los representantes de los consejos comunitarios que propondrán el nuevo mecanismo de representación.

ii) La resolución busca cumplir con lo consagrado en la Ley 70 de 1993, el Convenio 169 de la OIT, la Ley 21 de 1991, la sentencia del Consejo de Estado del 5 de agosto de 2010 y la Directiva Presidencial 01 de 2010, en virtud de las cuales es necesario garantizarles a las comunidades negras la consulta previa,

como instrumento para materializar el derecho fundamental de participación a los grupos étnicos y proteger su integridad étnica y cultural.

iii) La Resolución 121 tiene una vocación transitoria, cuyo fin es crear el cuerpo de representación que definirá el nuevo mecanismo de participación de las comunidades.

iv) El objeto fundamental de la convocatoria a los representantes legales de consejos comunitarios con título colectivo es preservar y salvaguardar los derechos radicados en cabeza de las comunidades negras, quienes por su situación de vulnerabilidad deben ser protegidas por el Estado, máxime cuando su condición de propietarias de tierra las hace objeto de persecuciones y vejámenes como el desplazamiento forzado, las desapariciones, y el asesinato de sus líderes. Se tuvo en cuenta, por eso, que la adjudicación del respectivo título colectivo es el pilar y el fundamento de la existencia jurídica de un consejo comunitario.

5.1.2. El 13 de septiembre de 2013, el magistrado ponente ordenó oficiar al Ministerio del Interior, con el objeto de que informara sobre su participación en el Primer Congreso Nacional Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Raizal y Palenquero, que se había celebrado en agosto de ese año, y sobre las propuestas que formularon las comunidades en relación con i) la reglamentación de la Comisión Consultiva de Alto Nivel prevista en el artículo 45 de la Ley 70 de 1993; ii) la estructuración de un protocolo o instrumento para la aplicación del derecho fundamental a la consulta previa en territorios y poblaciones afrocolombianas y iii) la realización de los procesos de consulta previa de los proyectos de ley de Tierras y Desarrollo Rural, de las Corporaciones Autónomas Regionales, del Código Minero y de acciones afirmativas para las comunidades afrocolombianas.

En la misma ocasión, le pidió indicar en qué momento y bajo qué parámetros realizaría la socialización de esas propuestas con las comunidades interesadas y el uso que le dará a dicha información, tras sintetizarla y socializarla.

El Ministerio contestó esta solicitud mediante oficio del 25 septiembre de 2013, presentado por el viceministro para la Participación e Igualdad de Derechos, Aníbal Fernández de Soto.

- Antecedentes del Congreso y participación del Ministerio del Interior:

El 10 de enero de 2013, líderes y representantes de Consejos Comunitarios y expresiones organizativas de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras se reunieron con el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de la época, la gerente del Incodec y el viceministro para la Participación e Igualdad de Derechos, con el fin de reactivar y avanzar en el diálogo e interlocución de las comunidades con el Gobierno nacional.

El resultado de tal reunión fue la iniciativa del Primer Congreso Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Raizal y Palenquero, que el ministerio facilitó y apoyó a través de un operador logístico. El ministerio facilitó la realización de 35 asambleas de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, 32 departamentales, una en Bogotá, una en Buenaventura y una en San Basilio de Palenque. El apoyo del ministerio al proceso, en términos financieros, ascendió aproximadamente a cinco mil millones de pesos.

La estructura funcional autónoma que coordinó la realización de los precongresos y del evento que se realizó en Quibdó estuvo compuesta por siete comités: comité político, ejecutivo, de responsabilidades temáticas, de comunicaciones, cultural, local y el comité de equipos de impulso territoriales. En los comités y en los equipos participaron líderes, lideresas y representantes de Consejos Comunitarios y miembros de organizaciones étnicas, como el Movimiento Nacional Cimarrón, el Proceso de Comunidades Negras (PCN), la Asociación Nacional de Afrocolombianos Desplazados (Afrodes), la Red Nacional de Mujeres afrocolombianas (Kambirí), Los Palenques y la Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas (CNOA), entre otras.

- Alcances de la participación del Ministerio del Interior:

Para facilitar el desarrollo de los precongresos y del Congreso, y en cumplimiento de las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional en la Sentencia T-823 de 2012 y en el auto del 4 de diciembre del mismo año, mediante el cual se ordenó suspender la aplicación de la Resolución 121, el Ministerio expidió la Resolución 733 de 2013, *“por la cual se acompaña y apoya el Congreso Nacional Autónomo de Consejos Comunitarios y se convoca a Asambleas Departamentales a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras”*.

La participación de la entidad en el evento fue documentada y consolidada en reuniones semanales de evaluación. La Dirección de Asuntos para

Comunidades Negras verificó el contenido de los informes correspondientes, enfocándose en la socialización de los dos proyectos de decreto que presentó el Ministerio: uno sobre la conformación de la Comisión Consultiva de Alto Nivel^[8] y otro sobre la creación de la mesa nacional permanente de consulta previa^[9].

-Alcances del Congreso Nacional Autónomo

El congreso se realizó en Quibdó desde el 23 hasta el 27 de agosto de 2013. En el curso del mismo, las comunidades adoptaron las siguientes decisiones:

Espacios de interlocución y concertación intraétnico y el pueblo negro, afrocolombiano, raizal y palenquero.

Tras cuatro días de trabajo en mesas, de manera consensuada, la mayoría de Consejos Comunitarios y organizaciones afrocolombianas integraron una Mesa Transitoria de Autoridad Nacional Afrocolombiana, que quedó conformada por 109 delegados distribuidos así: 55 de los Consejos Comunitarios, 32 de las formas organizativas afro urbanas, 1 de capitanía, 2 de mujeres, 2 de víctimas, 2 de jóvenes, 2 de palenque, 3 de raizales, 2 de estudiantes, 1 de población con discapacidad, 1 de adulto mayor y 5 de distritos especiales.

Los delegados definieron que la mesa operaría transitoriamente, durante un año, con el mandato de abordar todos los asuntos relacionados con la concertación e interlocución entre el gobierno nacional y las comunidades, incluidos los derivados del artículo 45 de la Ley 70 de 1993, que trata de la Comisión Consultiva de Alto Nivel, así como los relativos a la consulta previa de que trata el Convenio 169 de la OIT.

En el Congreso de Quibdó hubo un sector minoritario de consejos comunitarios que decidió apartarse del consenso citado. No obstante, el viceministro para la participación e igualdad de derechos sostuvo una reunión formal con sus líderes y representantes, para atender sus preocupaciones y avanzar en su inclusión en la mesa transitoria de interlocución.

Consulta previa

La mesa que se encargó de este tema deliberó en torno a un protocolo de consulta previa que quedó consignado en los documentos de consenso

mayoritario del Congreso. La propuesta de protocolo contempla los siguientes puntos:

- Definición y alcance de la consulta previa, libre, informada y vinculante para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras de áreas rurales y urbanas.
- Finalidad de la consulta previa
- Principios generales de aplicación de la consulta previa
- Medidas objeto de consulta
- Participantes del proceso de consulta
- Procedimiento de consulta previa
- Mecanismos de financiación de los procesos de consulta previa

Agenda para la consulta previa de medidas administrativas y legislativas que se deberá concertar posteriormente con el gobierno nacional

Frente a la propuesta de tener una hoja de ruta para realizar la consulta previa de los proyectos de ley de Tierras y Desarrollo rural, de la reforma a las Corporaciones Autónomas Regionales, del Código Minero y de acciones afirmativas para las comunidades autónomas regionales, también se llegó al consenso mayoritario de trabajar en el proceso de consulta a instancias de la mesa nacional. Teniendo en cuenta esto, y en aras de implementar las conclusiones principales del Congreso, el Ministerio está en proceso de convocar la mesa transitoria.

5.1.3. En febrero de 2014, el magistrado ponente ordenó oficiar al Ministerio del Interior, con el objeto de que informara las medidas que había implementado en relación con la definición de las pautas que regirían los procesos de consulta previa de las medidas legislativas y los actos administrativos de carácter general que puedan afectar a los afrocolombianos.

La solicitud fue contestada por la viceministra para la participación e igualdad de derechos, Natalia Gutiérrez Jaramillo, en los siguientes términos:

- Desde la realización del Congreso de Comunidades Negras, Raizales y Palenqueras en agosto de 2013, el Ministerio del Interior ha dado respuesta a una serie de peticiones, quejas, reclamos y objeciones por parte de diferentes actores que hacen parte de las comunidades. Tal es el caso de los consejos comunitarios del departamento de Nariño, quienes

manifestaron su inconformismo y solicitaron la realización de una asamblea nacional de consejos comunitarios.

- El Decreto 1745 de 1995 establece que el periodo de las juntas de los consejos comunitarios vence el 31 de diciembre de cada tres años a partir del primero de enero de 1996. Como, en consecuencia, los periodos de las juntas vencieron el 31 de diciembre de 2013, el ministerio ha priorizado la actualización del Registro Único de consejos comunitarios titulados y en proceso de titulación. Esto, para contar con representantes legítimos, que permitan garantizar la participación efectiva de las comunidades en los procesos de consulta previa.
- Respecto a las comunidades urbanas, se han actualizado las bases de datos del Ministerio del Interior de las organizaciones étnicas que tienen como objeto social la defensa, promoción de los derechos de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, desde los diversos enfoques diferenciales, como el género, niños, niñas, adolescentes, personas en situación de discapacidad, entre otros.

5.1.4. En mayo de 2014, se solicitó al ministerio informar sobre la conformación, funcionamiento, trayectoria y atribuciones de la Comisión Consultiva de Alto Nivel, las comisiones consultivas departamentales, las organizaciones de base, las organizaciones de primer y de segundo nivel y los consejos comunitarios de comunidades negras; sobre las disposiciones normativas que ha expedido con el objeto de reglamentar la integración y funcionamiento de los distintos órganos de representación de las comunidades afrocolombianas y señalar la cantidad de consejos comunitarios de comunidades negras y de organizaciones de base que están registradas actualmente en su Base de Datos del Registro Nacional Único de Organizaciones de Base y Consejos Comunitarios de Comunidades Negras.

La directora de Asuntos para Comunidades Negras, Raizales y Palenqueras, Liliana Mera Abadía, contestó lo siguiente:

-Sobre la conformación, funcionamiento, trayectoria y atribuciones de la Comisión Consultiva de Alto Nivel, las comisiones consultivas departamentales, las organizaciones de base, las organizaciones de primer y de segundo nivel y los consejos comunitarios de comunidades negras.

En este punto, el ministerio se limitó a transcribir las disposiciones del Decreto 3770 de 2008 que regulan la conformación, el funcionamiento y las atribuciones de la Comisión Consultiva de Alto Nivel. No indicó nada sobre los demás espacios de representación de las comunidades negras.

-Sobre las disposiciones normativas que reglamentan la integración y el funcionamiento de los órganos de representación de las comunidades afrocolombianas.

-Decreto 2248 de 1995: subroga el Decreto 1371 de 1994. Establece los parámetros para el Registro de Organizaciones de base de las Comunidades Negras y dicta otras disposiciones.

-Decreto 1745 de 1995: reglamenta el Capítulo III de la Ley 70 de 1993. Adopta el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las "Tierras de las Comunidades Negras" y dicta otras disposiciones.

-Decreto 3770 de 2008: reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras; establece los requisitos para el Registro de Consejos Comunitarios y Organizaciones de dichas comunidades y dicta otras disposiciones.

-Resolución No. 0121 de 2012: Convoca a los representantes legales de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y a los representantes de los raizales a Asambleas Departamentales. (Inaplicada por inconstitucional por la Sentencia T-823 de 2012 de la Corte Constitucional)

-Decreto 2163 de 2012: Conformar y reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Raizales y Palenqueras y dicta otras disposiciones (Su aplicación fue suspendida provisionalmente mediante Auto del 4 de Diciembre de 2012, de la Sala Novena de Revisión).

-Sobre la cantidad de consejos comunitarios de comunidades negras y de organizaciones de base que constan en el Registro Nacional Único de Organizaciones de Base y Consejos Comunitarios.

Organizaciones de base registradas	1632
Consejos comunitarios registrados	413
Consejos comunitarios registrados que no cuentan con título colectivo	180
Títulos colectivos adjudicados por el Incoder a comunidades negras entre las vigencias 1996 y marzo de 2012	172

5.2. Intervención del Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural – Incoder-

El Incoder respondió a lo solicitado por el magistrado ponente (*Supra 5.1.*) el 28 de agosto de 2012, a través de Diana del Pilar Morales, jefe de la oficina jurídica de la entidad. La funcionaria indicó lo siguiente:

5.2.1. Para iniciar el trámite de titulación colectiva de Tierras de las Comunidades Negras, la comunidad debe presentar por escrito la solicitud respectiva ante el Incoder sede central, a través de su representante legal, previa autorización de la Asamblea General del Consejo Comunitario, anexando una copia del acta de elección de la Junta del Consejo Comunitario con la constancia de registro del alcalde respectivo, del acta donde se autoriza al representante legal para presentar dicha solicitud y del informe del Consejo Comunitario, que debe contener la descripción física del territorio que se solicita en titulación, sus antecedentes etnohistóricos, su organización social, una descripción demográfica de la comunidad, indicar la tenencia de la tierra dentro del área solicitada, las situaciones de conflicto y las prácticas tradicionales de producción, en los términos exigidos por el artículo 20 del Decreto 1745 de 1995^[10].

5.2.2. El proceso que antecede la adjudicación de un título colectivo es el previsto en el Decreto 1745 de 1995. El trámite comienza con la radicación de la solicitud con los documentos respectivos ante el Incoder. Desde entonces, el Subgerente de Promoción Seguimiento y Asuntos Étnicos cuenta con cinco (5) días para iniciar las diligencias administrativas tendientes a la titulación de Tierras de las Comunidades Negras y para publicar la solicitud en las condiciones indicadas en el decreto.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la publicación, se ordena la visita a la comunidad, señalando la fecha, que no podrá exceder los sesenta (60) días contados a partir de la radicación de la solicitud. Los funcionarios que realicen la

visita deberán realizar un informe técnico, para que el Incoder evalúe la solicitud y determine los límites del territorio que será otorgado mediante el título de propiedad colectiva a la comunidad negra correspondiente. La titulación de los territorios baldíos ocupados por la respectiva comunidad deberá realizarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de recibo del concepto de la Comisión Técnica, mediante resolución que deberá publicarse en el Diario Oficial y en un medio de comunicación de amplia difusión en el lugar donde se realiza la titulación, e inscribirse en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos correspondiente al lugar de ubicación del territorio titulado.

5.2.3. La Dirección Técnica de Asuntos Étnicos es la encargada de realizar el seguimiento y monitoreo a la ejecución de programas y proyectos adelantados en el componente de legalización de tierras a comunidades indígenas y negras. Por lo anterior, tiene a cargo recibir las solicitudes de Titulaciones Colectivas. A la fecha tiene un aproximado de 91 solicitudes en diferentes departamentos del país, atendiéndolas en orden de llegada. Entre las vigencias 1996 y marzo de 2012, se han adjudicado 172 títulos colectivos a comunidades negras.

5.3. Intervención de la Procuraduría General de la Nación

La Procuraduría General de la Nación intervino en el trámite de revisión mediante escrito recibido en la Secretaría General de esta corporación el veinticuatro (24) de agosto de dos mil doce (2012).

5.3.1. El apoderado de la entidad afirmó que todos los hechos de la demanda son ciertos, y que, efectivamente, la Resolución 121 de 2012 no agotó el proceso de consulta previa y de consentimiento libre e informado de las comunidades negras colombianas.

También advirtió que el mecanismo fue diseñado por el Ministerio del Interior e impuesto por un acto administrativo unilateral, sin un proceso de concertación con los directos afectados por la decisión, esto es, las comunidades negras. Por eso, es contrario a la finalidad y a los principios y estándares que orientan la consulta previa, máxime si su propósito es, precisamente, redefinir un mecanismo de participación para adelantar los procesos de consulta previa.

Criticó, además, que la resolución convocara únicamente a los consejos comunitarios con título colectivo reconocido por el Incoder, desconociendo que hay consejos comunitarios anteriores a la Ley 70 de 1993 a quienes el Estado no les ha otorgado el título colectivo sobre los territorios en los cuales desarrollan sus

prácticas tradicionales de producción. Ese es el caso de los Consejos Comunitarios de Monte Oscuro, en Puerto Tejada, Píamo de Guachené, en el Cauca, que cumplen con lo estipulado en la Ley 70 de 1993, y con el Consejo Comunitario de la Toma, en el municipio de Suárez, Cauca, al cual la Corte Constitucional reconoció como territorio ancestral afrodescendiente, mediante sentencia T-1045A de 2010.

De esa manera, el ministerio accionado excluyó las posibilidades de participación de los consejos comunitarios con territorios ancestrales que no han iniciado procesos de titulación o que se encuentran en situación de desplazamiento forzado o confinamiento, erigiendo un indebido obstáculo legal para el ejercicio del derecho fundamental a la consulta previa. Finalmente, el apoderado cuestionó que se hubiera convocado a los representantes legales de los consejos comunitarios, a pesar de que estos no pueden tomar decisiones sin consultar previamente a la junta del consejo comunitario, que es el verdadero órgano de dirección, coordinación y ejecución administrativa, por disposición del Decreto 1745 de 1995.

5.3.2. Sostuvo el apoderado que la Procuraduría General de la Nación no participó en el diseño del mecanismo adoptado mediante la Resolución 121 de 2012. Explicó que, por el contrario, la delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos requirió al Ministerio del Interior y a los Gobernadores para que adelantaran el procedimiento de convocatoria contenido en el Decreto 3770 de 2008, a fin de que los representantes de los consejos comunitarios eligieran a los consultivos departamentales.

Al respecto, explicó que el Decreto 3770 establece la organización y funcionamiento de las consultivas departamentales de comunidades negras - las cuales eligen los miembros de la consultiva nacional- como espacios de concertación entre las comunidades afrocolombianas y el Estado, representado por diferentes entes territoriales, entidades públicas y ministerios.

Sin embargo, la sentencia del Consejo de Estado que declaró la nulidad de las organizaciones de base, a las que el Decreto 1745 de 1995 les dio derechos de representación sobre las comunidades negras, obligó a citar a los miembros de los consejos comunitarios para que eligieran a los consultivos departamentales y nacionales. Pese al requerimiento que hizo la Procuraduría para que se procediera de conformidad, la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior les solicitó a los gobernadores abstenerse de elegir nuevos miembros de la consultiva o comisionados pedagógicos nacionales.

Esto generó que instancias y espacios de las comunidades frente a la institucionalidad entraran en tensión, lo cual dio pie a fuertes debates sobre la titularidad de la representación de esas comunidades en las consultivas departamentales y nacional y en los consejos comunitarios, asociaciones de segundo nivel y las organizaciones de base.

5.4. Intervención de la Defensoría del Pueblo

La Defensoría del Pueblo respondió a lo requerido el 24 de agosto de 2012, a través de la Defensora Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas, Janneth Moreno Martínez, quien comenzó su intervención haciendo un recuento normativo y jurisprudencial sobre los derechos étnicos de las comunidades negras. En relación con lo solicitado por la Corte, indicó la funcionaria^[11]:

5.4.1 En 2010, luego de que se profiera el fallo del Consejo de Estado que declaró la nulidad de las organizaciones de base de comunidades negras, la Defensoría le trasladó a la Dirección de Comunidades Negras del Ministerio del Interior el pronunciamiento de las autoridades étnico territoriales de los departamentos de Antioquia y Chocó, en el que solicitaban el cumplimiento de la referida sentencia.

En 2011, continuó la confusión por la falta de reglamentación de la Consultiva Nacional. La Defensoría recibió diferentes solicitudes de organizaciones de afrocolombianos que reclamaban la atención del gobierno, y de consejos comunitarios que preguntaban si todos los afrocolombianos tienen derechos, o solo los tienen las comunidades negras.

Ante esa situación, la Defensoría le solicitó a la Sección Primera del Consejo de Estado aclarar si todos los afrocolombianos son depositarios de los derechos étnicos del Convenio 169 de la OIT y otra legislación interna, o únicamente los de la Ley 70 de 1993, es decir, las comunidades negras, palenqueras y de raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. También le pidió crear un mecanismo que permitiera cumplir la sentencia del 5 de agosto de 2010, teniendo en cuenta que las autoridades gubernamentales no habían llevado a cabo ninguna acción encaminada a elegir a los nuevos consultivos.

Más tarde, indagó a la Dirección de Comunidades Negras del Ministerio del Interior sobre los derechos étnicos de los afrocolombianos que no hacen parte de consejos comunitarios ni están en territorios colectivos. En su respuesta, el director de comunidades negras señaló que i) los afrocolombianos tienen 15 tipos

de derechos étnicos, que se enmarcan en 18 valores fundamentales de la identidad étnica afrocolombiana, pero ninguno de ellos se relaciona con los derechos fundamentales, colectivos e integrales de las comunidades negras reconocidas como grupo étnico en Colombia y depositarias del Convenio 169 de la OIT; que ii) según el Incoder, los territorios colectivos de comunidades negras se encuentran en Antioquia, Chocó, Risaralda sur occidental, Cauca, Nariño y Valle del Cauca, para un total de 1219 comunidades con 132 títulos y que iii) en la Dirección de Comunidades Negras hay 67 consejos comunitarios registrados, de conformidad con el Decreto 3770 de 2008.

5.4.2. La Defensoría del Pueblo no participó en el diseño del mecanismo adoptado a través de la Resolución 121 del Ministerio del Interior, y solo se enteró de ella a través de las comunicaciones que recibió de diferentes autoridades étnicas por vía telefónica, escrita y por correo electrónico, con el objeto de que se pronunciara sobre el contenido del referido acto administrativo.

En ese contexto, la entidad analizó el contenido de la resolución y, a partir de lo que ha conocido acerca de su aplicación, le envió un oficio al Viceministro del Interior, indicándole que algunos artículos de la Resolución 121 vulneraban derechos étnicos de las comunidades negras constituidas en consejos comunitarios, e ilustrándolo sobre la normatividad y jurisprudencia de derechos étnicos de las comunidades negras. También le advirtió que convocar a los representantes legales de estas comunidades desconoce que no son ellos, sino las juntas, la autoridad de dirección, coordinación, ejecución y administración interna del consejo comunitario. Por esa razón, era a las juntas o a los presidentes de las mismas a quienes debía convocarse a integrar el espacio nacional al que hace referencia la resolución.

Adicionalmente, dijo la Defensoría que advirtió al ministerio sobre la necesidad de convocar a las autoridades étnicas de todos los consejos comunitarios legalmente constituidos y que hubieran solicitado la titulación de territorios ancestrales o baldíos antes del 30 de enero de 2012, de la misma manera en que se convocó a todos los raizales de San Andrés, a quienes se reconoce como grupo étnico, a pesar de que a la fecha no se les ha reconocido un título sobre su territorio ancestral.

Por último, le solicitó al viceministro estudiar la posibilidad de presentar una ley para la población afrocolombiana que, por no tener las características de las comunidades negras de la Ley 70 de 1993, no son sujetos de derechos étnicos,

pero requieren de una legislación especial, en su condición de población vulnerable.

5.4.3. Respecto de su intervención en el proceso de elección convocado por el Ministerio del Interior, la Defensoría indicó que la referida entidad le solicitó acompañar a las asambleas eleccionarias de consultivos departamentales uno o dos días antes de iniciar el proceso en Buenaventura. Sin embargo, no le informó dónde se realizaría el evento ni el protocolo que había diseñado para elegir a los delegados.

En consecuencia, se fue enterando de los sitios mientras las reuniones se realizaban, lo cual impidió que las defensorías regionales acompañaran todo el proceso de elección. La Defensoría estuvo presente en la elección de delegados de los consejos comunitarios del Valle del Cauca, que se llevó a cabo en Buenaventura –donde se presentaron problemas y se solicitó suspender el acto de elección-, y la de los delegados de Antioquia, que se realizó en Apartadó.

Finalmente, informó que le envió un oficio al director de comunidades negras del Ministerio del Interior, en el que le dio a conocer las diferentes quejas recibidas acerca del proceso eleccionario, le pidió convocar una reunión para analizar la problemática y definir los correctivos necesarios.

5.4.4. En cuanto a las gestiones adelantadas con posterioridad a la elección de los delegados de comunidades negras, la Defensoría señaló:

-Que los días 22 y 23 de marzo de 2012, participó en la sesión del Espacio Nacional de los Delegados de Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras que se convocó para adelantar la preconsulta del proyecto de ley de tierras y desarrollo rural. En esa ocasión, los delegados estaban pendientes de que la defensoría les explicara cuál era su posición institucional en relación con la resolución ministerial.

-Que el 30 de mayo de 2012, le envió un oficio a la Dirección de Comunidades Negras del Ministerio del Interior, indicándole que no puede desconocer derechos esenciales como el autoreconocimiento, la autorepresentación, el autogobierno o la participación por falencias administrativas de las entidades del Estado. Por eso, le reiteró que no comparte la interpretación de que se debe demostrar un elemento connatural a la condición de afrodescendiente.

5.4.5. La Defensoría finalizó su intervención comentando que, en ejercicio de sus funciones, ha tratado de establecer a qué sector de los afrocolombianos se le reservó el reconocimiento de los derechos especiales, debido a sus características y requisitos específicos como grupos étnicos. Por eso, en sus gestiones diferencia lo afrocolombiano de las comunidades negras, constituidas en consejos comunitarios, teniendo en cuenta que son estas las que son sujetos de derechos étnicos. De ello da cuenta el Protocolo para la Atención Especializada de los Grupos Étnicos, documento elaborado por la Defensoría Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas en 2011, que incluye un glosario con los conceptos de afrocolombiano, afrodescendiente, afroamericano y comunidad negra.

Así las cosas, le solicitó a la Corte que en este caso y otros relacionados con la garantía de los derechos a las comunidades negras, precise quiénes son los destinatarios de los derechos étnicos, para evitar interpretaciones como las que quieren hacer otras instituciones y organizaciones, o la que hace el Ministerio del Interior en la Resolución 121 de 2012, que es restrictiva.

5.5. Intervención del accionante, Moisés Pérez Casseres

5.5.1. En su respuesta a lo indagado por el magistrado ponente^[12], el accionante precisó que actualmente hace parte de la Corporación para el Desarrollo de las Comunidades Afrocaribeñas Jorge Artel, que trabaja por la reivindicación de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras de Cartagena y de la costa en general, y que está integrada por miembros de las comunidades negras del Atlántico colombiano.

Según el demandante, la acción de tutela fue promovida por un conjunto de organizaciones y consejos comunitarios, entre los cuales se encuentra, además de la Corporación Jorge Artel, el Proceso de Comunidades Negras y los consejos comunitarios Amanzaguapo, de San Cristóbal, Paraíso, Islas del Rosario y muchas otras organizaciones y consejos comunitarios de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras del Caribe que fueron directamente afectados por la Resolución 121, al quedar excluidos de la elección de delegados para integrar la mesa de consejos comunitarios.

Relató que, además, tal situación impide que centenares de consejos comunitarios, organizaciones y población afrocolombiana que no cuentan con un título colectivo participen en los procesos de consulta previa que pretende adelantar el ministerio con los consejos comunitarios convocados.

También indicó que conoce grupos y organizaciones de comunidades negras afrodescendientes, raizales y palenqueras que estiman vulnerados sus derechos fundamentales a la participación y a la consulta previa como consecuencia la expedición de la Resolución 121. La resolución, señaló, discrimina a las organizaciones que defienden los derechos de las comunidades negras en las zonas urbanas de ciudades como Cartagena, Santa Marta, Sincelejo, Valledupar, Montería, Riohacha, Barranquilla, Bogotá, Medellín, Cali y Popayán y a los consejos comunitarios de los departamentos de Sucre, Magdalena, Guajira, Cesar, Atlántico y Córdoba que no cuentan con título colectivo.

Resaltó el caso del consejo comunitario de San Basilio de Palenque, que, pese a ser un referente de la cultura africana en América, fue excluido de la Resolución 121, e incluido posteriormente mediante otro acto administrativo, cuando el ministerio se percató de su error. Por último, explicó que su vínculo con la asociación de consejos comunitarios del norte del Cauca, la asociación de consejos comunitarios de Suárez, el consejo comunitario de Hormiguero, el consejo comunitario del Hoyo y la asociación de Consejos Comunitarios del Caribe, a los que hizo referencia al impugnar el fallo de tutela de primer grado, es aquél que proviene de ser parte de un mismo cuerpo y de mantener lazos de familiaridad y consanguinidad con los habitantes de dichas comunidades. También, de su afinidad política, pues todos son integrantes del Proceso de Comunidades Negras, y del vínculo que los une en su condición de víctimas de violaciones a los derechos humanos, territoriales, culturales, económicos y políticos.

5.5.2. Más tarde, mediante escrito del 26 de octubre de 2012, el actor puso en conocimiento de la Sala la expedición del Decreto 2163 del 19 de octubre de 2012, *“por el cual se conforma y reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Raizales y Palenqueras y se dictan otras disposiciones”*.

5.5.3. El 23 de noviembre de 2012, hizo llegar seis documentos, suscritos por Wistong Salas Ortiz, Coordinador General del Palenque Afrourbano de Tumaco; Rutsely Simarra Obesso, Representante Legal de la Asociación de Mujeres Afrodescendientes y del Caribe Graciela Cha-Inés; Wilson Zapata, Representante Legal de la Asociación de Consejos Comunitarios de Negritudes del Norte del Cauca; Milena Quiroz Jiménez, Representante Legal del Consejo Comunitario de Comunidades Negras Juan Oval Arrincon Amela; Elvis Pardo Piñeres, Representante Legal de la Asociación de Organizaciones de Comunidades Negras del Cesar “Ku-Suto” y por Erley Ibarra Rodallega, representante de la Asociación

Municipal de Consejos Comunitarios Afrodescendientes del Municipio de Suárez, Cauca, en los que dichas organizaciones respaldan lo solicitado en la acción de tutela, y se identifican como directamente afectadas por lo decidido en la Resolución 121 de 2012. [\[13\]](#)

5.5.4. Después, mediante escrito de marzo de 2013, insistió en las pretensiones del escrito de tutela, manifestando que la Resolución 121 de 2012 excluyó a las organizaciones de base de la posibilidad de actuar como voceros de las comunidades negras, pese a que, en la mayoría de los casos, son la expresión organizativa de la comunidad negra que habita en lo urbano. Con ese fin, el actor hizo las precisiones que la Sala procederá a resumir, siguiendo lo descrito en el citado documento:

Qué es ser afrocolombiano

Mencionó el actor que el término afrocolombiano se usa para denominar a algunas personas que habitan en Colombia, descendientes de quienes fueron traídos como esclavos de África por los colonizadores españoles en la época de la colonia. Que el Departamento Nacional de Planeación estima que la población afrocolombiana es de 12 millones, pero, para el movimiento nacional afrocolombiano Cimarrón, supera los 18 millones de habitantes.

Expuso que, hasta mediados del siglo pasado, la población negra se encontraba en las costas de los departamentos del Pacífico (Chocó, Valle, Cauca y Nariño) y en los de la Costa Caribe (Bolívar, Atlántico, Magdalena). No obstante, en el último medio siglo un sector numeroso de la población se encuentra en las principales ciudades del país. Según el censo realizado en 2005, la población afrocolombiana que habita en Colombia está alrededor de 4.261.996 personas, lo que equivale al 10,6% de la población total. Las cifras de autoreconocimiento indican que un 72% de la población negra se localiza en las cabeceras municipales, siendo Cali, Cartagena de Indias, Buenaventura, Medellín, Barranquilla, Tumaco, Quibdó, Turbo, Bogotá y Riohacha las de mayor población negra. En la actualidad, los afrocolombianos tienen presencia en todas las regiones del país, incluyendo la Orinoquía y la Amazonía, habitando, la mayoría de ellos, en centros urbanos, por razones asociadas al desplazamiento forzado del que han sido víctimas.

Paso seguido, señaló que el Convenio 169 de la OIT no define quiénes integran el pueblo afrocolombiano, sino que adopta criterios para describir a los pueblos que pretende proteger. Uno de esos criterios fundamentales es la

autoidentificación que debe examinarse a la par con los asociados a sus formas tradicionales de vida, su cultura y cosmovisión diferentes a las de otros sectores de la población. En cambio, la Ley 70 de 1993 define a la comunidad negra como 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*. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el concepto de comunidad negra comprende a la población rural y urbana, como lo indicó, por ejemplo, la sentencia T-422 de 1996.

Anotó, finalmente, que al interior de la comunidad étnica afrodescendiente existen varias formas de organización propias que dan cuenta del ejercicio habitual de su derecho a la autodeterminación. Las organizaciones de base, asociaciones, clubes, juntas, kuagros, yuntas, mingas, urambas, mamuncias, tongas, capitanías, palenques y federaciones son ejemplos de estructuras válidas para ejercer el libre derecho de participación y representación de la comunidad negra, derechos reconocidos ampliamente por el Convenio 169 y la jurisprudencia colombiana.

La protección que debe el Estado a las comunidades afrodescendientes

En este acápite, el actor insistió en el marco especial de protección de la diversidad étnica y cultural contemplado en la Constitución y profundizado por la jurisprudencia de esta corporación. En especial, resaltó la distinción que existe entre el derecho general de participación y el derecho fundamental de consulta previa, apoyándose en lo que al respecto señaló la sentencia C-030 de 2008.

Además, destacó la relevancia que tuvo para la población afrocolombiana la aprobación de la Ley 70 de 1993, identificó las decisiones administrativas que se adoptaron para reglamentar la comisión consultiva de alto nivel, contemplada en el artículo 45 de la ley, y resaltó la decisión adoptada por el Consejo de Estado en 2010, acerca de la imposibilidad de que las organizaciones de base sean consideradas como órganos de representación de las comunidades negras, para efectos de la integración de las comisiones especiales, nacional o de alto nivel y territoriales.

Sobre el caso concreto

Expuso el demandante que los consejos comunitarios, definidos por el Decreto 1745 de 1995 como una “*persona jurídica que ejerce la máxima autoridad de administración interna dentro de las tierras de las comunidades negras (...)*”, representan a las comunidades negras que se encuentra en la parte rural del país. En cambio, la parte urbana y desplazada de la población afrocolombiana está agrupada en organizaciones de base u otras expresiones organizativas.

Apuntó, además, que el propósito de los consejos comunitarios es distinto del de las comisiones consultivas, aunque ambos estén contemplados en la Ley 70. Los primeros son una forma de administración del territorio colectivo. Las segundas son escenarios para el debate de asuntos de gran importancia para la vida y el desarrollo de las comunidades afrocolombianas.

La comisión consultiva de alto nivel, concretamente, fue encargada de vigilar el cumplimiento de la Ley 70. Además, el Decreto 3770 le asignó funciones entre las que se incluyen las de servir de instancia de diálogo, concertación e interlocución entre las comunidades afrocolombianas y el Gobierno nacional; constituirse en mecanismo de difusión de la información oficial hacia las comunidades que representan; promover e impulsar la aprobación de normas que desarrollen los derechos de las comunidades y contribuir a la solución de los problemas de tierras, entre otros.

En criterio del actor, la problemática que existe con respecto a la conformación de la consultiva de alto nivel tiene que ver con que el Ministerio del Interior se excedió en sus funciones, al determinar que dicho organismo sería el órgano de representación de las comunidades frente a procesos de consulta previa. Para el ejercicio de ese derecho, dijo, se requiere de un procedimiento particular y específico que les garantice a las comunidades afrocolombianas tomar las decisiones que desarrollen su comunidad y preserven su cultura.

Adujo, entonces, que las organizaciones de base no pueden ser excluidas de ese proceso por cuenta de lo que decidió el Consejo de Estado en 2010. Tal decisión judicial, dijo, resolvió que las organizaciones no pueden erigirse como órganos de representación para efectos de la titulación colectiva, porque ese asunto les corresponde a los consejos comunitarios. Tal conclusión, sin embargo, no implica que no puedan representar a las comunidades negras en los procesos de desarrollo y de formulación de políticas que les conciernan.

Dado que no todas las comunidades negras están integradas en consejos comunitarios y que muchos de sus integrantes abandonaron lo rural, considerar

que solo pudieran ser representadas por los consejos comunitarios conduciría a atentar contra los derechos de las comunidades negras agrupadas en otras formas organizativas.

El señor Casseres finalizó su relato reiterando que, debido a la situación de conflicto que vive el Estado colombiano, los miembros de las comunidades negras viven i) desplazados por fuera de sus territorios ancestrales, titulados o no, por lo cual han debido desarrollar nuevas formas de territorialización que incluyen la conformación de organizaciones de comunidades negras; ii) en comunidades que iniciaron sus procesos de titulación desde la expedición de la Ley 70 de 1993, sin haberla obtenido todavía; iii) en comunidades que iniciaron sus procesos de titulación colectiva pero se vieron obligadas a abandonarlos, debido al conflicto; iv) en resistencia, permaneciendo en sus territorios ancestrales independientemente de la situación jurídica de estos, en ejercicio de su posesión ancestral y de sus prácticas tradicionales y v) en contextos urbanos con distintas periodicidades, algunas desde tiempos anteriores a la independencia del país y otras como producto de procesos migratorios causados a raíz de la búsqueda de mejores condiciones de vida, el impacto de la violencia y las afectaciones causadas por proyectos de desarrollo y agroindustriales.

Así, insistió en el impacto que la aplicación de la Resolución 121 de 2012 tendría sobre el carácter integral del grupo étnico de comunidades negras, al obstaculizar el derecho a la participación de las comunidades que viven en las ciudades y al entregarle a la consultiva de alto nivel facultades de representación que no le entregaron la Constitución ni la Ley 70 de 1993.

5.5.5. El actor intervino nuevamente el 4 de abril de 2013, para informar que, en reunión del 12 de marzo, el Ministerio del Interior anunció que el Gobierno había tomado la decisión unilateral de expedir un decreto para habilitar un espacio de interlocución *“que les permitiría sacar adelante las consultas previas de los proyectos de ley prioritarios; el diálogo entre nosotros y el Gobierno Nacional está roto, ellos insisten en reglamentar de forma antojadiza el mecanismo de participación de nuestra comunidad étnica, violando una vez más nuestros derechos étnicos y territoriales”*.

5.6. Intervención del Observatorio de Discriminación Racial

César Rodríguez Garavito, Eliana Fernanda Antonio Rosero y Celeste Kauffman, del Observatorio de Discriminación Racial (en adelante ODR), conformado por el Proceso de Comunidades Negras, Dejusticia y el Programa

de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes, intervinieron en el presente trámite de revisión constitucional mediante escrito del doce de octubre de 2012.

5.6.1. El ODR dividió su intervención en tres partes. En la primera parte del documento, los intervinientes identificaron tres razones por las que, a su juicio, la Resolución 121 de 2012 vulnera de manera grave e irreparable los derechos fundamentales a la consulta previa, libre e informada, a la igualdad y a la participación de las comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales del país y pone en riesgo grave e inminente su pervivencia física y cultural. En su concepto, el acto administrativo tiene estos efectos porque:

-No fue consultado con las comunidades negras cuyos derechos pretende regular, a pesar de que se refiere a un derecho fundamental e inherente a la autonomía de esas comunidades, como lo es la conformación de su instancia de representación y participación.

-Establece una distinción discriminatoria entre comunidades negras con título colectivo y comunidades en proceso de titulación, comunidades en asentamiento ancestral, comunidades en situación de desplazamiento forzado y comunidades en asentamientos urbanos. A pesar de que todas mantienen sus prácticas culturales y tradicionales y se reconocen como miembros de un colectivo diferenciado, se les impidió ejercer su derecho a la consulta previa, libre e informada.

-Impide que las comunidades en proceso de titulación, las comunidades en asentamiento ancestral que no tienen la calidad de baldío, las comunidades en situación de desplazamiento forzado y las comunidades en asentamientos urbanos participen en las decisiones relativas a la reglamentación de la consulta previa, en la adopción de las medidas administrativas y en los demás actos que podrán tener impactos graves sobre sus territorios y el ejercicio de sus derechos. Por eso, la resolución vulnera el Convenio 169 de la OIT, la Ley 70 de 1993 y la jurisprudencia constitucional que garantizan el derecho a la participación de los grupos étnicos.

5.6.2. Los intervinientes explicaron, después, que la acción de tutela es procedente, porque fue instaurada por una persona que considera vulnerados sus derechos a la consulta, a la igualdad y a la participación; porque la vulneración alegada se le atribuye a la omisión de una autoridad pública –el Ministerio del Interior- y porque está demostrado que la aplicación de la Resolución 121

amenaza de forma inminente los derechos a la participación y a la consulta previa de las comunidades afrocolombianas que no fueron convocadas para integrar el espacio de representación al que la misma hace referencia.

Además, precisaron que dicha amenaza es real -pues, cuando empiece a operar el mecanismo transitorio creado por la Resolución 121, muchas comunidades negras quedarán excluidas de las consultas de las leyes, proyectos y demás medidas que las afecten directamente- y recalcaron la necesidad de tener en cuenta i) la vulnerabilidad y marginalización que caracteriza las comunidades afrocolombianas del país -sobre todo aquellas que se encuentre en situación de desplazamiento forzado o en asentamientos ancestrales que no cuentan con título colectivo adjudicado-; ii) el papel que ha cumplido la consulta previa como herramienta de lucha de los grupos étnicos para mantener el control de sus propios destinos frente modelo económico que se basa cada vez más en la extracción de recursos naturales; y iii) la necesidad de evitar la violación potencial, inminente y próxima de los derechos fundamentales de las comunidades negras, cuya supervivencia física y cultural se verá gravemente comprometida ante la imposibilidad de participar en las decisiones que las afectan.

5.6.3. A continuación, se refirieron al hecho de que la acción de tutela haya sido promovida en contra de un acto de carácter general, personal y abstracto, citando la jurisprudencia constitucional que permite acudir al mecanismo de amparo, pese a la existencia de acciones ordinarias, cuando el acto acusado puede vulnerar algún derecho fundamental de una persona determinada o determinable.

Para el caso concreto, dijeron, el peticionario no controvierte la Resolución 121 en abstracto, sino en el contexto de la violación de sus derechos individuales y colectivos como miembro de una comunidad afrocolombiana. Esto, y el hecho de que la puesta en marcha de la resolución conducirá a un punto de no retorno con respecto a las decisiones adoptadas por el mecanismo transitorio de representación, da cuenta de que la acción de tutela es el instrumento procesal idóneo para cuestionar la convocatoria efectuada por el ministerio.

5.6.4. Por último, el ODR identificó los derechos fundamentales que, en su concepto, fueron vulnerados por el Ministerio del Interior al expedir la Resolución 121 de 2012:

La Resolución 121 vulnera el derecho a la consulta previa de las comunidades negras

5.6.4.1. Al pretender regular y restringir el derecho a la consulta previa a las comunidades negras, la Resolución 121 altera el status de la persona o de la comunidad, lo cual, en términos de la jurisprudencia constitucional, supone que debía ser objeto de consulta previa. Es más, como la materia de la resolución es el derecho fundamental grupos étnicos a la consulta, resulta evidente que i) está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos y que ii) regula una de las materias del Convenio 169 de la OIT. Esto obligaba al ministerio accionado a consultar a las comunidades afrocolombianas antes de proferir la resolución cuestionada.

La Resolución 121 viola el derecho a la igualdad, al establecer una distinción discriminatoria entre las comunidades afrocolombianas que cuentan con título colectivo y las que no

5.6.4.2. Al excluir a las comunidades negras que no tienen título colectivo adjudicado del proceso de elección de los delegados que definirán el mecanismo de participación de las comunidades negras, el Ministerio del Interior creó una distinción discriminatoria que vulnera, sin fundamento jurídico, el derecho a la igualdad de las comunidades que están en proceso de titulación, de las que están asentadas en territorios ancestrales, de las que están en situación de desplazamiento forzado y de las que residen en asentamientos urbanos. Dicha exclusión infringe la Carta Política, el Convenio 169 de la OIT y los principios de derecho internacional que garantizan el derecho a la participación de los grupos étnicos sin imponer ninguna restricción relativa a la tenencia o no de un título de dominio

La conformación arbitraria del mecanismo creado por la Resolución 121 restringe la participación de las comunidades negras

5.6.4.3. En este punto, el ODR reiteró que supeditar la participación de las comunidades negras a que acrediten un título colectivo constituye un retroceso legislativo y constitucional del Estado Social de Derecho, pues excluye a las comunidades de la toma de decisiones en temas tan fundamentales como la reglamentación de la consulta previa de aquellas medidas que podrían tener un impacto grave sobre sus territorios y el ejercicio de sus derechos.

5.6.5. Con fundamento en lo expuesto, el observatorio pidió i) amparar los derechos fundamentales a la consulta previa, a la igualdad y a la participación de las comunidades negras, independientemente de la situación legal de sus

territorios, ii) suspender la aplicación de la Resolución 121 de 2012 y iii) ordenar la consulta previa para la conformación del mecanismo o instancia de participación del pueblo afrocolombiano.

5.7. Intervención del ciudadano Walberto Alomia Riascos

El ciudadano Walberto Alomia Riascos intervino en el presente trámite constitucional, mediante escrito allegado a la Secretaría General de esta corporación el seis de febrero de 2013, con el objeto de que su exposición fuera tenida en cuenta al momento de dictar sentencia.

Sostuvo el señor Alomia, quien se identificó como afrocolombiano auto reconocido, que los afrocolombianos integran un grupo étnico con un origen común, que comparte una cultura y una tradición, sin importar en qué zona geográfica se encuentran. Cuestionó, en ese sentido, que al definir quiénes son los sujetos de protección del Convenio 169 de la OIT, la Corte *“nos disgrega, nos divide de forma inconsulta y unilateral, sin tener en cuenta nuestro derecho a la autonomía y a una identidad voluntariamente asumida, a un autoreconocimiento, mucho más cuando en el censo de 2005, 4.316.592 de nosotros nos reconocimos como tal en un ejercicio libre, autónomo y consciente. Esto sin importar a donde la fuerza de las circunstancias muchas veces impuestas por el grupo social dominante nos hayan llevado a vivir o sobrevivir”*.^[14]

De otro lado, indicó que la Corte ha infringido el respeto por la autonomía que dice proteger, al acoger el encasillamiento artificial *“comunidad negra-consejo comunitario”*, pese a que esta expresión no fue construida por integrantes de los grupos que posteriormente se identificaron así, sino por los afrocolombianos urbanos y pertenecientes a grupos u organizaciones afro urbanas (luego denominadas *“organizaciones de base”* por el Decreto 2848 de 1995) que participaron en la redacción del artículo 55 de la Constitución Política y de la Ley 70 de 1993.

Esto, sumado al hecho de que las Comisiones Consultivas departamentales contempladas en el Decreto 2848 estén integradas por organizaciones rurales y urbanas, confirma que los afrocolombianos nunca asumieron la división que se les quiso imponer desde afuera y que la expresión *“dentro de la relación campo-poblado que revelan y conservan conciencia de identidad”*, contemplada en el artículo 5° de la Ley 70 de 1993, no es más que *“la manifestación inquebrantable de mantener nuestra identidad y relación, el*

apego a nuestra herencia común, independientemente si estamos en el campo o en la ciudad; lo cual descarta la actual dicotomía entre consejo comunitario u organización de base, u afrocolombianos urbanos y afrocolombianos rurales”.^[15]

En su escrito, el interviniente reseñó las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, de la guía para la implementación del Convenio, de la Declaración de Naciones Unidas sobre las minorías y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial que instan a garantizar que los afrocolombianos sean consultados previamente sobre las decisiones que puedan afectarles, sin considerar el lugar en que viven.

Destacó, en esa dirección, que tales instrumentos han reconocido la cantidad de migrantes indígenas y tribales que habitan las zonas urbanas, asumiendo nuevas maneras de expresar su identidad. En el caso de los afrocolombianos, dicho fenómeno estaría demostrado, teniendo en cuenta que quienes habitan en zonas urbanas tienen una familia extendida en las zonas rurales y en las denominadas comunidades negras.

Así, el señor Alomia pidió solicitarle al Gobierno la expedición de un acto administrativo o de un proyecto de ley que les garantice a todos los afrocolombianos la participación efectiva en la decisión sobre sus propias prioridades, en la expedición de medidas administrativas y legislativas que puedan afectarles, en la elección o conformación de las instituciones y organismos administrativos, en el desarrollo económico, social, cultural, ambiental y en las decisiones políticas del país.

5.8. Intervención de la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz.

El 22 de marzo de 2013 se radicó en la Secretaría de esta corporación un escrito procedente de la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz, suscrito por las comunidades organizadas en Consejos Comunitarios de Cacarica, Asociados en CAVIDA; Comunidades Negras del Río Naya, Consejo Comunitario y Biodiverso El Porvenir, Consejo Comunitario Nuevo Calima y por los Consejos Comunitarios de Curvaradó y Jiguamiandó que habitan en zonas Humanitarias y de Biodiversidad.

Los intervinientes informaron que algunas organizaciones de base como PCN, CENOA, Cimarrón y Afrodes adelantan un proceso para construir un espacio legítimo, amplio e incluyente para la participación de la población

afrodescendiente, negra, raizal y palenquera. La idea, explicaron, es constituir la tercera gran asamblea de consejos comunitarios, a la luz de lo previsto en el artículo 46 de la Ley 70 de 1993, y crear, en ese marco, una fórmula para integrar la instancia con la que deberán consultarse los proyectos de ley y los actos administrativos del nivel nacional que afecten directamente a los afrodescendientes.

Además, manifestaron sus preocupaciones acerca de algunos aspectos relacionados con las medidas que se están adoptando, en el marco de lo ordenado por la sentencia T-823 de 2012 y la medida provisional adoptada por esta Sala de Revisión el cuatro (4) de diciembre de dos mil doce (2012), para fortalecer los mecanismos de participación de la población afrocolombiana. La Sala sintetizará tales argumentos, siguiendo el esquema planteado en el documento:

Preocupaciones respecto del Gobierno Nacional

Indicaron los intervinientes que, en virtud de las pautas fijadas por la jurisprudencia constitucional, el Gobierno no debe generar ambientes de confrontación ni expedir actos administrativos que contraríen la voluntad de las comunidades. Por el contrario, debe entender que el proceso de construcción de los espacios participativos es complejo, pues exige alcanzar acuerdos internos coherentes con el derecho a la autodeterminación de los afrodescendientes. Así mismo, debe propiciar espacios democráticos que respeten la autonomía de las comunidades y abstenerse de enviar mensajes expresos de desprecio o descalificación del proceso y de estigmatizar o invisibilizar sus reivindicaciones.

Preocupaciones respecto de las organizaciones de base

En este punto, los intervinientes advirtieron sobre la importancia de evitar que la titularidad de los derechos de las comunidades afrocolombianas se desplace hacia personas jurídicas interpuestas como las organizaciones de base, a las que respetan, pero no consideran representativas. Explicaron, sobre el particular, que los derechos que la Constitución les reconoce a los pueblos de ascendencia afrocolombiana debe ser ejercido directamente, mediante sus autoridades tradicionales o a través de quienes, según la ley, los representan. Pidieron, en consecuencia, que el proceso que adelantan las organizaciones de base sea llevado cuanto antes a las bases comunitarias, ya que esa es la única manera de

que sean las comunidades las que ejerzan de forma efectiva el derecho a la participación en las decisiones políticas que les incumben.

En relación con este punto, el documento indica lo siguiente:

“La Corte Constitucional ha advertido que hasta hoy no hemos contado con un verdadero espacio de participación, pues los intentos de constituir instancias consultivas han sido fallidos. La constante exclusión de las partes más vulnerables del pueblo negro, o la idea de que no somos capaces de representarnos a nosotros mismos, el paternalismo o las estrategias interesadas –según el caso- de las organizaciones de base, las dinámicas unilaterales, apresuradas y autoritarias de los gobiernos, que han impedido la generación de espacios de consenso, entre otras razones, han constituido barreras infranqueables para nuestra participación autónoma y efectiva. Y por esa vía, nuestro derecho a la autodeterminación como pueblo ha sido reducido a mecanismos de reacción en casos puntuales de amenaza a nuestra territorialidad, en los que las autoridades competentes debieron hacernos caso por órdenes judiciales domésticas o internacionales.

Nosotros, las comunidades organizadas en los Consejos Comunitarios de Cacarica, Asociados en CAVIDA, Comunidades Negras del Río Naya, Consejo Comunitario Nuevo Calima, Consejo Comunitario de Curvaradó y Jiguamiandó que habitamos en zonas humanitarias y zonas de biodiversidad que formamos parte de la Red Comunidades Construyendo Paz en los Territorios, confiamos en que esta iniciativa salga bien y celebraremos que así sea, pero advertimos que hasta ahora solo hemos conocido por terceras personas y no hemos sido contactados siquiera para hacer parte del mismo. Por eso, nos parece importante resaltar que la responsabilidad que han asumido las organizaciones al iniciar este camino debe regirse por un principio de humildad. El proceso no debe ser utilizado exclusivamente para su posicionamiento político ante el gobierno y ante las comunidades que cada vez están más lejos de ellas, sino que debe abrir las puertas a un protagonismo que nos adeudan ellas y que nos han negado sistemáticamente los gobiernos”.

Finalmente, los intervinientes dieron cuenta de la importancia de integrar a las autoridades tradicionales de los pueblos negros a la instancia que se está construyendo pues, solo así, dijeron, lo que surja constituirá un lugar físico, un

espacio jurídico y un escenario político en donde su voz pueda tener una incidencia real.

5.9. Intervención del Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH):

En mayo de 2014, el magistrado ponente invitó al ICANH a rendir concepto frente a la problemática constitucional planteada en el asunto objeto de revisión. Particularmente, le pidió pronunciarse sobre las especificidades del proceso organizativo afrocolombiano (actores, trayectoria, capacidad de incidencia); sobre los obstáculos sociales, culturales e institucionales que han impedido que las comunidades afrocolombianas construyan un espacio legítimo de representación con incidencia nacional y sobre los parámetros a los que, en su criterio, se debe sujetar la integración de la instancia con la que se consultarían las medidas legislativas y administrativas de carácter general que pudieran afectar a estas comunidades.

María Teresa Salcedo, coordinadora del Grupo de Antropología Social del ICANH, presentó el concepto técnico respectivo, que se apoya en los trabajos de campo que la entidad ha realizado con poblaciones afrocolombianas en circunscripciones rurales y urbanas, en sus elaboraciones académicas y en las investigaciones que han reflexionado sobre esta problemática de política organizativa.^[16] La Sala resaltaré, a continuación, algunos de los aspectos centrales del documento.

5.9.1. Especificidades del proceso organizativo afrocolombiano:

Este acápite incluye un relato de los eventos históricos que incidieron en la articulación del movimiento social de comunidades negras, de sus experiencias de movilización y de los distintos acontecimientos que influenciaron la estructuración de las estrategias de acción colectiva a través de las cuales han direccionado sus demandas de reivindicación territorial y de reconocimiento social y político.

El documento destaca, puntualmente, la forma en que el proceso constituyente de 1991 transformó la trayectoria del movimiento social de negritudes, al sustituir su discurso de resistencia a las estructuras sociales racializadas provenientes del orden colonial por uno que, en lugar de ello, se centró en el reconocimiento de la diferencia cultural^[17]. Además, advierte sobre las dificultades que supuso, tanto en el marco de la Asamblea Nacional

Constituyente, como en el de la Ley 70 de 1993 y sus reglamentaciones, el hecho de que el sujeto jurídico afrocolombiano se haya caracterizado a partir de la categoría “comunidades negras”.

Sobre este aspecto en particular, indicó: “(...) [L]a relación de fuerzas dentro del campo político y organizativo (y entre este y el Estado), el problema histórico y estructural de la invisibilidad y las limitantes de tiempo, incidieron en el hecho de que el sujeto político y de derechos recayera en la noción de que las comunidades negras constituían un grupo étnico con una cultura propia y diferenciable en el marco de la sociedad colombiana (Restrepo 2013). Las críticas a la citada ley no se hicieron esperar, especialmente, por sectores de intelectuales negros urbanos quienes no avizoraban que la conquista de derechos se realizaría en los términos de la diferencia cultural. El efecto sobre las estrategias de acción social colectiva fue tan contundente que inauguró una nueva etapa del movimiento social negro, centrada en el consejo comunitario”.

La intervención da cuenta, además, de la manera en que los mecanismos de participación y de interlocución entre las organizaciones de comunidades negras para el desarrollo de las políticas étnico-raciales que habría de desarrollar el Estado en cumplimiento de la Ley 70 de 1993 propició la “*institucionalización, burocratización y estatalización de buena parte de los procesos organizativos afrocolombianos*”. En concreto, se refirió a la Consultiva Nacional de Alto Nivel y a las comisiones consultivas departamentales, que aunque fueron creadas con la idea de mantener el diálogo y la concertación abierta entre el gobierno nacional y las comunidades afrodescendientes, desarrollaron su propio esquema de pautas, valores y normas que “*ofrecieron un marco clientelista de relaciones entre el Estado y los movimientos sociales negros, el cual estaba bastante alejado de los intereses de los consejos comunitarios*”.^[18]

5.9.2. Obstáculos sociales, culturales e institucionales que han impedido que las comunidades afrocolombianas construyan un espacio legítimo de representación con incidencia nacional:

Expuso el interviniente que los obstáculos que enfrentan los espacios de representación política, participación e interlocución de los afrocolombianos están asociados a la institucionalización del movimiento social negro, a la proliferación de prácticas clientelistas y corruptas y a la elevada dispersión, desorganización y predominio de intereses individuales en algunos líderes. Los cuestionamientos de los que ha sido objeto la Comisión Consultiva de Alto Nivel, las tensiones que se han presentado entre las organizaciones de base y

los consejos comunitarios y el fallo del Consejo de Estado que impidió que las organizaciones de base participaran en la elección de los delegados de la consultiva son algunos de los aspectos que han profundizado esas dificultades. El ICANH se refirió a estos asuntos en los siguientes términos:

La Comisión Consultiva de Alto Nivel

La representatividad y la actuación de la Consultiva de Alto Nivel y de las organizaciones de base que la avalaban han sido cuestionadas desde hace mucho tiempo. Así lo demuestra, por ejemplo, la acción de tutela que Hoovert Carabalí, representante del consejo comunitario de La Plata Bahía Málaga, interpuso en el 2004, sobre el supuesto de que el Decreto 2248 de 1995 limitaba la participación de los consejos comunitarios de comunidades negras en los espacios departamentales y nacionales de representación. El Ministerio del Interior tiene una gran responsabilidad en este asunto, pues limitó la consulta de proyectos legislativos que afectaban a la población afrocolombiana al espacio de la Consultiva, pese a las críticas de las que esta ha sido objeto.

Tensiones entre los consejos comunitarios y las organizaciones de base

Los consejos comunitarios consideran que las organizaciones de base no son representativas ni legítimas como electoras de los delegados a la consultiva, pese a que las especificidades mismas del movimiento indican que la trayectoria, los aportes y la presencia de muchas de estas organizaciones en espacios nacionales han sido y siguen siendo legítimos. El problema tiene que ver, en consecuencia, con la estructura asociativa que ha permitido que los representantes de la consultiva usen la figura para erigirse y mantenerse como delegados, dentro de una práctica clientelar que es impensable sin el accionar mismo de las instituciones y los funcionarios del Estado.

La sentencia del Consejo de Estado que impidió que las organizaciones de base participaran en la integración de las comisiones consultivas

El Decreto 3770 de 2008 estableció que los representantes a la Consultiva debían ser miembros tanto de consejos comunitarios como de organizaciones de base de comunidades negras, pero, en 2010, el Consejo de Estado dejó sin sustento a los representantes elegidos en cumplimiento de esa norma.

La decisión creó un limbo en los procesos de consulta que se venían realizando con la consulta y que aún continúa. Y aunque creó la oportunidad de efectuar una reingeniería de los espacios de interlocución de las comunidades negras con el Estado, cerró la posibilidad de diálogo con las organizaciones de base, pese a su trayectoria y a la tarea de seguimiento crítico que algunas de ellas estaban realizando sobre los planes de prevención y atención a las víctimas afrocolombianas de desplazamiento y a los estudios de caracterización de los territorios titulados o en proceso de titulación que venía realizando el Estado, en cumplimiento de las órdenes impartidas sobre el particular por la Corte Constitucional.^[19]

5.9.3. Parámetros a los que debe sujetarse la integración de la instancia con las que las comunidades serían consultadas sobre las medidas legislativas y administrativas de carácter general que puedan afectarlas:

El ICANH llamó la atención sobre la importancia de reconocer que el proceso organizativo negro afrocolombiano es el resultado de una multiplicidad de historias, identidades, corrientes culturales-intelectuales, proyectos políticos y lugares de producción que se articulan a su vez con otras redes cosmopolitas negras en el panorama de movilización y de políticas étnico-raciales de los últimos tiempos. En ese sentido, advirtió, es necesario considerar que la rigidez de la interpretación que las estructuras jurídicas han hecho de la etnicidad no coincide con la complejidad propia de los procesos identificatorios.

Además, señaló que la manera en que las organizaciones de base han contribuido al ejercicio de la pedagogía y la defensa global de los derechos de la población afrodescendiente, negra, raizal y palenquera impide marginarlas de las decisiones que incumben a esta colectividad. A lo largo de la historia se ha podido evidenciar que solo se logran resultados concretos con la movilización de las organizaciones sociales de base, indicó.

Por último, se refirió al Congreso Nacional de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras que se celebró en agosto de 2013, en el marco de una concertación con el gobierno nacional y a partir de una ruta metodológica de 35 pre-congresos que se realizaron en varias regiones y que garantizaron una heterogeneidad de actores, corrientes y posturas.

Las propuestas que se formularon en ese escenario, como, por ejemplo, la creación de una Mesa Transitoria de Autoridad Nacional Afrocolombiana, y la

información consignada en las relatorías ofrece reflexiones y propuestas frente a las reglamentaciones de los capítulos IV, V, VI y VII de la Ley 70 de 1993 y frente a los problemas asociados con la consulta previa, las perspectivas de género, los aspectos urbanos, la crisis humanitaria, las víctimas y el conflicto en general, concluyó el interviniente.^[20]

5.10. Intervención de la Veeduría Nacional de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras.

Manuel Palacios Blandón y Wilson Rentería Riascos intervinieron en el trámite de revisión como integrantes de la Veeduría Nacional de Comunidades Negras, Raizales y Palenqueras (Veduafro), para poner en conocimiento de la Sala la propuesta de *“espacio de interlocución permanente entre las comunidades negras y el Gobierno”* que diseñó la veeduría, siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional y las recomendaciones emanadas de los precongresos que antecedieron al primer Congreso de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras.^[21]

La propuesta de decreto que formuló Veduafro alude a un sistema especial de concertación étnica del pueblo negro, que estaría integrado por los consejos comunitarios, por las organizaciones étnicas afro urbanas y por las comisiones consultivas municipales, departamentales y de alto nivel. Además, se refiere a la conformación de las comisiones consultivas municipales, departamentales, a sus funciones, a la comisión consultiva de alto nivel y a los requisitos para hacer parte del registro único de organizaciones étnicas de comunidades negras.

Los intervinientes llamaron la atención sobre la crisis interna que ha generado en el movimiento afro la incertidumbre sobre las reglas de juego necesarias para mantener una interlocución oportuna, pertinente y eficaz con el Gobierno y advirtieron acerca de la necesidad de conformar, con urgencia, el espacio solicitado. Para facilitar el proceso, advirtieron, la Veeduría se compromete a realizar el acompañamiento necesario que conduzca a asegurar una participación justa y equitativa de todas las expresiones afro en dicha representación.

5.11. Intervención de la Autoridad Nacional Afrocolombiana

La Autoridad Nacional Afrocolombiana (Anafro), instancia integrada en el marco del Primer Congreso Nacional Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Raizal y Palenquero que se llevó a cabo en Quibdó, en agosto de 2013, intervino en el trámite de revisión con el fin de informar a la Sala

acerca de los antecedentes del referido Congreso, sobre los acuerdos que las comunidades adoptaron en ese escenario y las diligencias que se llevaron a cabo con posterioridad al mismo, algunas en cumplimiento de las decisiones adoptadas en ese espacio y otras por iniciativa del Gobierno.^[22] La Sala resumirá los planteamientos del informe, siguiendo el esquema de la exposición que se efectúa en el mismo.

5.11.1. El Congreso Afro y el proceso de estructuración de la Anafro.

Relataron los intervinientes que el Primer Congreso Nacional Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Palenquero y Raizal fue una iniciativa autónoma del movimiento afrocolombiano que contó con el apoyo del Gobierno Nacional y que tuvo como antecedentes las decisiones del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional (la Sentencia T-823 de 2012 y el Auto de suspensión del 4 de diciembre de 2012) y el incumplimiento, por parte del Gobierno, de los acuerdos alcanzados en el marco de la Segunda Asamblea Nacional de Consejos Comunitarios y Organizaciones que se llevó a cabo en Tumaco, en diciembre de 2008, en relación con la reglamentación de la Ley 70 de 1993 y la modificación del Decreto 3770 de 2008.

La idea de realizar el Congreso la pactaron los representantes de organizaciones afrocolombianas y el Gobierno, representado por el entonces ministro de Agricultura, Juan Camilo Restrepo; por la gerente del Incoder, Miriam Villegas, y por Aníbal Fernández de Soto, viceministro para la participación e igualdad de derechos del Ministerio del Interior, en enero de 2013. La hoja de ruta, que contempló los objetivos y tiempos del proceso, fue aprobada por el Ministro del Interior, Fernando Carrillo. La propuesta de convocatoria identificó a los actores relevantes del proceso, fijó los cupos para los consejos comunitarios con título y sin título colectivo, para los afrourbanos, las organizaciones de desplazados y de víctimas y las demás expresiones del movimiento afrocolombiano.

En marzo de 2013, el proceso experimentó una crisis, a raíz de una reunión en la que el viceministro del interior informó la decisión autónoma del Gobierno de conformar un espacio de interlocución para consultar sus proyectos prioritarios y urgentes. La organización del Congreso se retomó en mayo, con algunos inconvenientes. Algunas organizaciones se opusieron, por ejemplo, a que el Gobierno hubiera expedido la Resolución 733 de 2013^[23], pues consideraron que contradecía en algunos puntos los objetivos del Congreso y los puntos que pretendían resolverse con el mismo.

Desde el principio, se acordó que el Congreso debía realizarse en tres etapas. La primera incluía la elaboración de las propuestas de protocolo y rutas de consulta previa y la propuesta de interlocución con el Gobierno. La segunda, la implementación de las rutas, dinámicas de participación y consulta con las comunidades. La tercera etapa tendría lugar en Quibdó, donde se protocolizarían los acuerdos y se firmarían los decretos reglamentarios de la Ley 70 de 1993. Sin embargo, los proyectos de ley nunca fueron entregados formalmente a los organizadores del Congreso para que pudieran elaborar las propuestas de ruta de la consulta previa. El incumplimiento en la realización de la primera etapa generó problemas metodológicos e impidió concretar varios objetivos que siguen pendientes.

La fase preparatoria del Congreso incluyó la realización de 37 precongresos regionales en los que participaron alrededor de 5000 personas. En Quibdó participaron 1500 personas que trabajaron en 14 mesas, tuvieron varias reuniones a nivel departamental, un espacio entre ex consultivos y líderes de Afrodes, PCN y CNOA y una reunión de consejos comunitarios y de raizales. Sin embargo, tanto en los precongresos regionales como en el Congreso se presentaron problemas asociados a las dinámicas organizativas y las tensiones que se viven al interior del movimiento afro. En el congreso se aprobaron dos documentos centrales: los mandatos del Congreso y el acta de votación de los acuerdos del congreso. Esta última definió la conformación de la Anafro y el periodo de sus integrantes.^[24]

Los documentos presentados al Congreso y las relatorías de las mesas y de los distintos grupos de trabajo hacen parte de las memorias del evento. No obstante, los originales de los documentos que las delegaciones le entregaron a la relatora en Quibdó no han sido puestos a disposición de las comunidades.

5.11.2. Trayectoria de la Anafro.

- Primera Sesión de la Anafro, Medellín, 23 al 27 de octubre de 2013.

El Congreso concluyó sin que quedaran claros los pasos a seguir ni la forma en que continuaría el proceso de interlocución entre las comunidades y el Gobierno. En septiembre, varios precongresos decidieron convocar la I sesión de la Anafro para los días 23 al 27 de octubre de 2013.

La convocatoria comenzó a circular el 4 de octubre de 2013. Como criterio de participación, se solicitó a los interesados allegar las actas de soporte donde se

acreditara su designación como delegados y se les pidió que costearan su transporte. Su condición de delegados se verificó, también, con los datos consignados en la relatoría de decisiones del Congreso y en la lista de delegados que elaboró un comité ejecutivo preparatorio del evento.

A la sesión asistieron 59 delegados. En ella se acordó un reglamento interno provisional, se integró una Secretaría Operativa provisional y se inició el proceso de conformación de las comisiones de trabajo creadas por el reglamento. Partiendo de lo acordado en el Congreso, se decidió en la sesión que la Anafro era permanente, que el mandato de sus miembros debía concluir en el próximo congreso afro y que este debía convocarse, una vez se concertara al respecto con el Gobierno nacional.

La Secretaría Operativa provisional quedó encargada de hacer contacto con el Gobierno. Esta, en consecuencia, le escribió al Presidente, al vicepresidente de la República y al Ministro del Interior, Aurelio Irragorri, recordando los compromisos, solicitando una reunión con la Anafro y la entrega formal de los proyectos de ley actualizados para la elaboración de las rutas de consulta previa. Las peticiones no fueron respondidas.

-Segunda sesión de la Anafro, Zipaquirá, marzo de 2014.

A la segunda sesión de la Anafro asistieron 79 delegados. Los restantes no pudieron llegar por conexiones o por problemas de agenda. No asistieron, por ejemplo, los delegados de Huila, Cundinamarca, Tolima y Sucre. En la reunión se resolvieron los problemas de las delegaciones de estudiantes, de la Guajira y del Magdalena. Se incorporaron nuevas personas a las comisiones de trabajo y la Secretaría Operativa, que siguió siendo provisional, pasó de 7 a 11 integrantes.

El 14 de marzo, la viceministra para la participación e igualdad de derechos, Natalia Gutiérrez, se reunió con los delegados. La funcionaria dio cuenta de la preocupación del Ministerio del Interior por la existencia de una demanda ante la Corte Constitucional que cuestionaba la legitimidad de la Anafro como instancia de representación y dijo que, ante esas circunstancias, el aval estaba frenado hasta que la Corte se pronunciara al respecto. Además, la viceministra manifestó su preocupación por el hecho de que algunas personas de Nariño, Cauca y del Valle no se sintieran representadas en la Anafro y se comprometió a organizar un cronograma de trabajo para avanzar en los temas pendientes.

Pese a que se envió una propuesta de acuerdo sobre la base de los temas conversados, la comunicación no fue respondida.

Por otra parte, la Anafro se reunió con el director del Departamento Nacional de Estadística, para discutir acerca del proceso de concertación que dicha entidad había realizado en distintas zonas del país de cara a la realización del III Censo Nacional Agropecuario. También se discutieron las gestiones adelantadas por las expresiones organizativas del movimiento afrocolombiano que se movilizan y hacen parte de la Cumbre Agraria Campesina Étnica y Popular.

El 29 de mayo de 2014, la Secretaría Operativa de la Anafro le entregó al Ministerio del Interior la propuesta de ruta para la reglamentación de la Ley 70 de 1993 y para la realización de la tercera sesión de la Anafro, en Santa Marta, del 27 al 29 de junio. Aunque la Anafro planteó la necesidad de realizar unas reuniones técnicas para estudiar algunos temas de interés común que no se llevaron a cabo, la tercera sesión se realizó en las fechas establecidas.

-Tercera sesión de la Anafro, Santa Marta, Junio de 2014.

El Ministerio del Interior financió la tercera sesión de la Anafro, pero no asistieron el ministro ni la viceministra. Estos delegaron a la Directora de Asuntos para Comunidades Negras, Liliana Mera Abadía, quien expresó que no tenía competencia para referirse a los temas planteados por la Anafro. Eso impidió cumplir con los objetivos fijados en el acta de acuerdos.

-Reunión del 10 de julio de 2014:

Ante la situación que se presentó en Santa Marta, la Secretaría Operativa de la Anafro decidió enviarle un informe a Tom Howland, representante de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, con copia a los voceros de la Cumbre Agraria Campesina, Étnica y Popular; a la Defensoría del Pueblo, a los viceministros Natalia Gutiérrez y Juan Camilo Restrepo. Ese mismo día, el Ministerio del Interior se contactó con la Secretaría Operativa y coordinó una reunión que se llevó a cabo el 10 de julio, con la ministra encargada, Natalia Gutiérrez.

La Anafro esperaba una explicación por parte del Gobierno con respecto al incumplimiento de los acuerdos. Sin embargo, la Ministra (e) se limitó a ratificar el interés en trabajar con la Anafro y a advertir sobre la importancia de que la Corte validara ese espacio. Además, propuso que la reglamentación de la

Ley 70 se hiciera de forma simultánea con la consulta previa de los proyectos de ley de tierras y desarrollo rural y de las reformas al Código de Minas y a las Corporaciones Autónomas Regionales.

-Reunión del 14 y del 15 de julio de 2014:

Durante estos dos días se llevó a cabo una jornada de trabajo de carácter técnico, en la que la Secretaría Operativa determinó los principios a los que debería supeditarse el proceso de participación, concertación y consulta. Se establecieron, además, la ruta para la reglamentación de los capítulos IV, V, VI y VII de la Ley 70, la ruta para la formulación conjunta de un protocolo de consulta previa y la formulación del Plan de Desarrollo de Comunidades Negras.

Finalmente, explicaron los intervinientes que los consejos comunitarios de Nariño, la Federación de Consejos Comunitarios del Valle (Fecova) y algunos del río Micay se han negado a vincularse a la Anafro. Tampoco han participado el delegado urbano del Huila ni los delegados de los consejos comunitarios del Magdalena y de la Guajira. En Sucre no se eligieron delegados.

5.11.3. La sentencia T-823 de 2012 y el derecho a la participación de las organizaciones de base de las comunidades negras.

El informe dedica un amplio acápite a explicar las razones por las cuales la orden impartida por la Sentencia T-823 de 2012, en el sentido de que se expidan *“nuevas directrices para llevar a cabo las elecciones de los representantes de las comunidades negras ante las comisiones consultivas de alto nivel y departamentales”*, no puede cumplirse excluyendo a las organizaciones de base, como lo dispuso dicha providencia. Sobre todo, considerando que las organizaciones de base son el mecanismo que suelen escoger los afrourbanos para organizarse y que, según el censo de 2005, el 73% de los afrocolombianos viven en las cabeceras municipales.

La inclusión de los afrocolombianos urbanos y en condición de desplazamiento forzado se opone, entonces, a la orden de excluir a las organizaciones de base del proceso. Al respecto, los intervinientes plantearon lo siguiente:

-La dificultad para identificar las diversas formas organizativas en lo urbano, para movilizar su participación y para entender su complejidad no justifican la exclusión de sus derechos a la participación y a la consulta

previa “como lo pretende la Sentencia T-823 de 2012 y como ha venido ocurriendo en la práctica, por citar un ejemplo, en Buenaventura, donde en zonas ganadas al mar y en el contexto de la expansión portuaria, los conceptos institucionales hablan, contra toda lógica, de que allí no existen comunidades negras en los términos definidos por la Ley 70, porque allí no hay territorio colectivo ni consejo comunitario”.

-Los consejos comunitarios, que fueron concebidos por la Ley 70 de 1993 para administrar tierras colectivas, constituyen una importante realidad en los esfuerzos de movilizar las comunidades para resolver los diferentes problemas que existen y expresar los intereses colectivos. No obstante, los derechos consagrados en la legislación colombiana para la comunidad negra, afrocolombiana y raizal no son exclusivos para quienes viven en los territorios colectivos y/o ancestrales.

-Los consejos comunitarios que no se han incorporado a la Autoridad Nacional Afrocolombiana aducen que no se reunirán con las organizaciones de base porque estas han terminado por suplantarlos. Ese argumento, que fundamenta el fallo proferido en 2010 por el Consejo de Estado, debe ser revisado históricamente por la Corte Constitucional, para subsanar la violación de los derechos en los que se ha incurrido y las dificultades para posibilitar la participación de todos los descendientes de africanos en Colombia.

-Los consejos comunitarios no existían antes de la Ley 70 de 1993. Fue el Decreto 1745 de 1995 el que reglamentó su creación. Los primeros consejos comunitarios aparecieron en el Bajo Atrato, en el río Salaquí y con la Asociación Campesina Integral del Atrato ACIA, ahora Cocomacia, entre finales de 1995 y 1997. De ahí que, al momento de la expedición del Decreto 2248 de 1995, norma que examinó el Consejo de Estado al decidir que las organizaciones de base no eran representativas de las comunidades negras, solo existiera en el país un consejo comunitario, el de Cerro Teta, en el municipio de Buenos Aires, ubicado en el norte del Departamento del Cauca. Esa realidad fue omitida por los demandantes del Decreto 2248, por el Consejo de Estado y por la Corte Constitucional en la Sentencia T-823 de 2012.

-Pese al mandato inicialmente limitado del artículo 55 transitorio de la Constitución –que circunscribía la noción de comunidad negra a aquellas que habitaran tierras baldías, rurales y ribereñas- lo urbano, en la

dimensión campo poblado, y las comunidades ubicadas por fuera del Pacífico estuvieron vinculadas al proceso de reglamentación de la norma superior. De ello da cuenta el Decreto 1332 de 1992, que creó comisiones consultivas en los departamentos de Chocó, Valle, Cauca y Nariño, las cuales fueron integradas por organizaciones campesinas o populares, según el lenguaje de la época, algunas de ellas originadas desde los años ochenta y principios de los noventa, que posteriormente se transformaron en consejos comunitarios. Del decreto deben mencionarse dos organizaciones importantes: la Organización de Barrios Populares del Chocó y el Movimiento Cultural Sinécio Mina, de Puerto Tejada, en el norte del Departamento del Cauca.

-El Decreto 1371 de 1994, que crea la Comisión Consultiva de Alto Nivel, incluye la expresión organizaciones de base, que hace referencia a la definición de comunidad negra y a la autoidentificación como principio básico de la identidad. En tanto que los derechos no se circunscriben solamente a los consejos comunitarios y que la Ley 70 de 1993 consagra 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, la expresión *organizaciones de base* está ajustada a la ley, a la realidad y a la dinámica propia del movimiento afrocolombiano.

-Antes de la conformación de los consejos comunitarios, la representación de las comunidades negras estuvo en cabeza de organizaciones de campesinos afrocolombianos que defendían los derechos territoriales de la población. La implementación de la Ley 70 ha avanzado fundamentalmente en los temas territoriales relacionados con el Pacífico y en menor medida en las demás zonas que se consideran similares. Los temas de participación, identidad y desarrollo de quienes viven por fuera de los territorios colectivos, en territorios ancestrales, áreas urbanas y en condición de desplazamiento forzado interno han recibido menos atención desde una perspectiva étnica.

-El auto proferido por la Sala Novena de Revisión el cuatro (4) de diciembre de 2012 ordenó suspender la Resolución 121 de 2012 y los procesos consultivos que se estuvieran adelantando a su amparo. Ni el Congreso Nacional Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Raizal y Palenquero ni la Autoridad Nacional Afrocolombiana se rigen por la resolución ni por el Decreto 2163 de 2012. El congreso pretendió

incorporar la participación de todos y todas, como fue ordenado por la Sentencia T-823 de 2012, pero incorporando, al contrario de lo estipulado por esta, a las llamadas organizaciones de base, devolviéndole la capacidad de decisión al colectivo y constituyendo mecanismos de seguimiento y control desde las propias comunidades. Así se logró la formulación participativa de la Ley 70 de 1993 y la implementación, hasta 1998, de la estrategia de titulación colectiva.

5.11.4. Sobre la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de consulta previa.

El informe de la Anafro concluye planteando la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la garantía de los derechos a la participación y a la consulta previa de los afrocolombianos. Para los intervinientes, dicha situación estaría dada por los siguientes factores:

-No se han reglamentado los capítulos IV, V, VI y VII de la Ley 70 de 1993. La ausencia de reglamentación ha aumentado la vulnerabilidad de las comunidades, de sus territorios rurales y urbanos y de sus diversas formas de representación.

-El conflicto interno que tuvo lugar en los territorios a partir de los años noventa afectó el tejido comunitario y organizativo, desplazó los liderazgos e impidió que las comunidades ejercieran sus derechos a la participación y a la consulta previa plenamente. Las órdenes que ha impartido la Corte en el Auto 005 de 2009 y las consideraciones emitidas en dicha providencia acerca de los riesgos de los derechos a la participación no han sido implementadas ni tenidas en cuenta por la institucionalidad. La desconfianza por parte de las comunidades y de sus líderes ha aumentado.

-El Gobierno ha violado de manera continua, sistemática y deliberada el derecho a la participación de las comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales. Un ejemplo de ello es el proyecto de ley de consulta previa que, se sabe, ha preparado desde hace años, junto a empresarios y gremios, sin contar con los afrocolombianos para trabajar conjuntamente. Lo mismo puede decirse de los proyectos de reforma al Código de Minas y a las Corporaciones Autónomas Regionales.

-Existe una tendencia institucional a cooptar los mecanismos de participación y los liderazgos, imponiendo agendas e intereses. Eso fue lo que ocurrió con la última parte de la consultiva de alto nivel y con algunos de los procesos de consulta previa que se llevaron a cabo con ese organismo. Tal cooptación ha llevado a la exclusión de sectores, liderazgos y organizaciones críticas.

-Los consejos comunitarios y las organizaciones de base no han podido ejercer plenamente el derecho a que sus integrantes sean elegidos para ocupar cargos de representación política. Eso ha conducido, por ejemplo, a que las curules de la circunscripción especial para comunidades negras queden en manos de los partidos políticos, que inscriben y financian candidatos con intereses distintos a los de las comunidades.

-Aunque la diversidad étnica y cultural y el reconocimiento de los derechos de los afrocolombianos han sido reconocidos jurídicamente, muchos funcionarios asumen que tales derechos son privilegios que los afrocolombianos no merecen, porque son ciudadanos comunes y corrientes, como cualquier otro. El excesivo formalismo en la implementación de las disposiciones legales y el desconocimiento de estos derechos por parte de la institucionalidad obstaculizan los procesos de participación de las comunidades.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de acuerdo con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento del auto del catorce (14) de junio de dos mil doce (2012), expedido por la Sala de Selección Número Seis (6) de esta Corporación.

2. Presentación del caso, formulación de los problemas jurídicos y metodología de la decisión que adoptará la sala de revisión:

2.1. El debate constitucional que propone el accionante tiene que ver con la posible infracción de los derechos fundamentales a la consulta previa; al consentimiento previo, libre e informado; a la participación; a la igualdad y al debido proceso de aquellas comunidades negras^[25] que no fueron convocadas a

participar en el proceso de elección contemplado en la Resolución 121 de 2012 por no estar organizadas bajo la figura de un consejo comunitario, o porque, estándolo, no contaban con un título colectivo adjudicado por el Incoder para la fecha en que la resolución fue expedida.

Como se indicó en los antecedentes de esta decisión, la Resolución 121 buscaba integrar un espacio nacional y transitorio de delegados que representaría a estas comunidades en los procesos de consulta de los proyectos de ley, medidas administrativas y demás actos que las afectaran directamente, así como en aquellos relativos a la reglamentación de la Comisión Consultiva de Alto Nivel contemplada en la Ley 70 de 1993, de los requisitos para el registro de los consejos comunitarios y del nuevo mecanismo de representación de las comunidades negras.

La tutela discute dos aspectos concretos. Primero, que el derecho a participar en la elección de los delegados se haya supeditado a la acreditación de un título de dominio, pues tal decisión habría desconocido la realidad demográfica y generacional de los afrocolombianos y discriminado a las organizaciones que no tienen un territorio colectivo titulado por cuestiones administrativas, porque viven en zonas urbanas o porque se encuentran en situación de desplazamiento. En segundo lugar, que el Ministerio del Interior no haya consultado la resolución con las comunidades ni obtenido su consentimiento previo, libre e informado, pese a la relevancia de los asuntos que pretendía definir a través del espacio nacional de delegados.

El ministerio, por su parte, explicó que la Resolución 121 buscaba garantizar los derechos de las *comunidades negras*, sobre todo los de aquellas que están agrupadas en consejos comunitarios con título colectivo, teniendo en cuenta las persecuciones de las que han sido víctimas en su condición de propietarios. En resumen, la respuesta de la entidad accionada parte del supuesto de que el título colectivo que adjudica el Incoder es “*el pilar y el fundamento de la existencia jurídica de un consejo comunitario*” y de la idea de que la Ley 70 de 1993 liga el concepto de comunidad negra a la existencia de un asentamiento rural.

2.2. Así planteado, el caso que se somete a consideración de la Sala exige determinar si el derecho de las comunidades afrocolombianas a participar en la elección de los integrantes del Espacio Nacional de Delegados que creó la Resolución 121 de 2012 podía condicionarse a que contaran con un título colectivo de dominio –considerando la situación de vulnerabilidad que han enfrentado como propietarias de las tierras adjudicadas por el Incoder- o si la

imposición de tal condicionamiento vulneró los derechos fundamentales a la igualdad y a la participación de las comunidades que fueron excluidas de la convocatoria, precisamente, por no contar con un territorio adjudicado. Así mismo, habría que establecer si la resolución debió consultarse, o si debió obtenerse el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades al respecto, dada la trascendencia de los asuntos que pretendían definirse por intermedio de los designados.

No obstante, para la Sala es claro que el caso plantea otros dilemas constitucionales, relacionados con la problemática estructural que se deriva del hecho de que los afrocolombianos no cuenten con una instancia de participación a través de la cual puedan ser consultados sobre la adopción de las medidas legislativas y administrativas de carácter general que puedan afectarlos. Desde esa perspectiva, la formulación del problema jurídico exige valorar otros aspectos.

2.3. Como punto de partida, es importante considerar lo que las pruebas recaudadas en sede de revisión revelaron acerca de dicha problemática estructural. Los conceptos académicos allegados al expediente dan cuenta de las dificultades que ha tenido el Gobierno para identificar a los titulares del derecho a la consulta previa de esas medidas de amplio alcance y advierten sobre las dificultades que ha supuesto el hecho de que, en sus intentos por crear una instancia de interlocución con los afrocolombianos, se haya valido de figuras como los consejos comunitarios, las comisiones consultivas departamentales y las organizaciones de base, que han asumido la representación de estas comunidades con diversos propósitos y en distintos escenarios.

Los organismos de control, las organizaciones civiles y las instituciones académicas que intervinieron en este trámite coincidieron en que la imposibilidad de integrar una instancia de participación legítima y representativa de los afrocolombianos con capacidad de incidencia en el ámbito nacional ha obedecido, precisamente, a la indebida comprensión de las especificidades culturales y de las dinámicas organizativas de este grupo étnico y a la manera en que diversos factores de índole social e institucional, como la incertidumbre jurídica derivada de las sucesivas reglamentaciones de la Ley 70 de 1993 y el conflicto armado, habrían impactado sobre sus iniciativas autónomas de organización.

Fue sobre esos supuestos, y en consideración a que la Sala Séptima de Revisión de la Corte inaplicó por inconstitucional la Resolución 121 de 2012 frente al caso concreto del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Plata Bahía Málaga^[26], que esta Sala le ordenó al Ministerio del Interior suspender provisionalmente la aplicación de la Resolución 121, “*de todos los procesos consultivos, medidas y diligencias que está adelantando a su amparo y de los actos administrativos que se hayan proferido en desarrollo de la misma – concretamente, el Decreto 2163 de 2012*”- hasta que se notificara esta sentencia^[27].

2.4. En ese marco, el asunto objeto de revisión reclama una solución que además de verificar si el Ministerio del Interior vulneró algún derecho fundamental al expedir la Resolución 121 de 2012, permita superar la discusión que se ha suscitado entre autoridades e interesados acerca de la titularidad y la representatividad de los afrocolombianos en el ejercicio de su derecho a ser consultados sobre las medidas legislativas y administrativas de carácter general que puedan afectarlos directamente y que, por esa vía, contribuya a hacer eficaz ese derecho, en el marco de los compromisos internacionales adquiridos por Colombia en esa materia.

Así las cosas, y considerando que la tarea de la Corte en sede de revisión no se reduce a la solución de un caso concreto sino a la unificación de la jurisprudencia relativa al contenido y alcance de los derechos fundamentales, la Sala delimitará su competencia material frente al presente asunto de la manera que pasa explicarse^[28].

2.5. En primer lugar, habrá que verificar si la acción de tutela que formuló el señor Pérez Casseres es formalmente procedente, pues, como se advirtió antes, los jueces de instancia consideraron que no era este el mecanismo judicial idóneo para controvertir la Resolución 121 de 2012.

Si la procedibilidad formal de la tutela llega a comprobarse, la Sala abordará el debate de fondo, que exigirá determinar **i)** quiénes son, en su condición de afrocolombianos, titulares de derechos étnicos como la consulta previa; **ii)** si la adjudicación de un título colectivo era un criterio constitucionalmente válido para determinar quiénes podían participar en el proceso de elección de los integrantes del *Espacio Nacional de Delegados* y **iii)** qué organizaciones estarían legitimadas para representar a los afrocolombianos en la instancia de consulta previa de los proyectos de ley e iniciativas de incidencia nacional.

Resueltos estos interrogantes, evaluará **iv)** si la Resolución 121 de 2012 debió consultarse con las comunidades negras del país, pese a que buscaba crear un cuerpo de representación transitorio que definiría el nuevo mecanismo a través del cual se les consultarían las medidas legislativas y administrativas de incidencia nacional, tras la coyuntura que supuso el vencimiento del periodo institucional de los integrantes de la comisión consultiva de alto nivel y la decisión que el Consejo de Estado había adoptado dos años antes sobre la manera en que debía estar integrado dicho organismo^[29]. Lo que se decidirá, en otras palabras, es si resulta jurídica y fácticamente viable exigir que el mecanismo mediante el cual habrán de fijarse los parámetros que determinarán la conformación y el funcionamiento de la instancia con la cual se consultará a las comunidades negras sobre las medidas de amplio alcance sea, a su vez, objeto de un proceso de consulta previa.

2.6. Para resolver esos problemas jurídicos, la Sala sintetizará el marco normativo y la jurisprudencia constitucional que ha reconocido a las comunidades afrocolombianas como titulares individuales y colectivos de derechos fundamentales y recordará, después, las obligaciones que tiene el Estado colombiano frente a la consulta previa de las medidas legislativas y administrativas de carácter general que puedan afectar a las minorías étnicas. En ese contexto, abordará el estudio del caso concreto.

3. Los afrocolombianos y sus comunidades como titulares individuales y colectivos de derechos fundamentales. Fundamentos normativos y jurisprudencia constitucional.

3.1. Como se explicó previamente, uno de los aspectos cruciales que deberá revisar la Sala en aras de la solución del asunto sometido a su estudio es el que tiene que ver con las dudas que existen acerca de las condiciones en las cuales es posible considerar que determinada comunidad afrocolombiana es titular de derechos étnicos, como el derecho a la consulta previa.

La incertidumbre que existiría al respecto – asociada a lo complejo que ha resultado distinguir entre la protección que el Estado les debe a las comunidades afrocolombianas como sujeto colectivo y aquella que debe prodigarles a sus integrantes individualmente considerados y a las distintas lecturas que las instancias gubernamentales, judiciales y las propias comunidades han hecho del concepto de *comunidad negra* al que alude la Ley 70 de 1993^[30] – sería uno de los factores que ha bloqueado, en mayor medida, los intentos de los afrocolombianos por construir una instancia que facilite el encauzamiento

efectivo de sus iniciativas y cuente con la legitimación y la representatividad necesarias para actuar como órgano de consulta de las medidas de impacto nacional que los afecten.

Considerando esas circunstancias, y siguiendo la metodología de decisión que planteó con antelación, la Sala dedicará este acápite a identificar, primero, los fundamentos constitucionales y legales de la protección especial que merecen los afrocolombianos como titulares individuales y colectivos de derechos fundamentales, haciendo especial hincapié en el contexto que precedió la aprobación de esas disposiciones. Luego, en un segundo momento, sintetizará la jurisprudencia constitucional que ha fijado los criterios en virtud de los cuales es posible considerar que determinada persona o comunidad es titular de dicho trato preferencial.

A partir de lo expuesto, presentará unas conclusiones preliminares para introducir la tarea que emprenderá en el caso concreto, cuando, según el esquema de decisión propuesto, precisará los criterios para identificar a los afrocolombianos que pueden considerarse titulares de derechos étnicos diferenciados y a las organizaciones que estarían legitimadas para representarlos en una instancia nacional de consulta previa.

Marco normativo de la protección especial que el Estado les debe a los afrocolombianos.

3.2. Una de las manifestaciones más claras del anhelo de renovación democrática que inspiró la promulgación de la Constitución Política de 1991 es la caracterización de Colombia como un Estado participativo y pluralista que reconoce y protege su diversidad étnica y cultural. Es allí, y en la decisión de calificar a quienes tienen una cosmovisión distinta a la de la cultura mayoritaria como titulares de derechos fundamentales, donde se vio reflejado en mayor medida el empeño de los constituyentes por superar el discurso homogeneizador de la Constitución de 1886, para construir, en su lugar, uno comprensivo de las distintas expresiones que definen la identidad nacional.

El talante renovador e incluyente que se le atribuye a la nueva Carta tiene que ver, precisamente, con el desafío que supuso para los delegados de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) derrumbar los postulados que hicieron posible que la relación entre el Estado y las minorías étnicas hubiera estado signada, durante décadas, por la idea de que cualquier manifestación ajena al imaginario de Nación mestiza debía ser asimilada o aniquilada. [\[31\]](#)

Las circunstancias históricas que precedieron la convocatoria a la asamblea, enmarcadas en las demandas de cambio institucional que se plantearon desde distintos sectores para encontrarle una solución democrática a la situación de violencia por la que atravesaba el país a principios de los noventa, hicieron de la constituyente el escenario propicio para corregir ese historial de exclusión y edificar un nuevo proyecto de Nación que, reconociendo su diversidad, comprometiera al Estado con la protección especial de los grupos étnicos minoritarios y con la salvaguarda de las especificidades sociales, económicas, políticas y culturales que hacen posible su subsistencia.^[32]

La consagración explícita de ese compromiso en la Carta exigió conciliar esas dos visiones de país: la de quienes, marginados durante años del proyecto político nacional, vieron en la ANC una oportunidad de reivindicar su identidad colectiva y de conquistar los espacios de participación que les fueron negados hasta entonces y la de los voceros de la élite política tradicional, que se opusieron a los reclamos de reconocimiento étnico y territorial que formularon los representantes de las minorías étnicas.

Partiendo de esos supuestos, valorando la manera en que esas tensiones perfilaron el marco constitucional y legal de la especial protección que se reconoce hoy en día a los pueblos étnicamente diferenciados y considerando la forma en que ese régimen normativo ha impactado en el proceso de reconstrucción identitaria que estos han experimentado desde entonces, la Sala comenzará su exposición con un relato de las circunstancias que marcaron el debate constituyente sobre el reconocimiento de los afrocolombianos como una colectividad étnicamente diferenciada.

El reconocimiento de la diferencia. Los afrocolombianos en la Asamblea Nacional Constituyente.

3.3. Para comenzar, es importante considerar que no fueron los afrocolombianos, sino los indígenas, los grandes protagonistas del cambio de paradigma que impulsó la ANC en aras de la construcción de un Estado pluriétnico y participativo. Esto tuvo que ver, en parte, con que lograron la elección de tres representantes^[33], lo que los convirtió en una fuerza estratégica para los distintos sectores políticos interesados en consolidar una coalición mayoritaria que impulsara sus iniciativas de enmienda^[34].

Las alianzas que el bloque indígena construyó en ese escenario resultaron fundamentales a la hora de debatir sus propuestas, relacionadas, puntualmente, con el reconocimiento de sus territorios, sus culturas y sus autoridades. Todo esto se vio reflejado en el amplio espacio que la Carta dedicó a reivindicar la importancia de amparar sus modos de vida y tradiciones y a delimitar el contenido y el alcance de sus derechos fundamentales. La norma superior, en efecto, consagró la autonomía territorial^[35] y jurisdiccional^[36] de los pueblos indígenas y salvaguardó su derecho de participación política, al crear una jurisdicción electoral especial que les aseguraría dos curules en el senado de la República^[37].

3.4. Paradójicamente, tal fenómeno no se presentó frente a los demás grupos humanos que hacen de Colombia una Nación étnicamente diversa, cuyos derechos fundamentales no tuvieron una consagración constitucional explícita.^[38] Esa asimetría ha sido asociada a una variedad de factores, entre los que se cuentan, además de la presencia que los indígenas tuvieron dentro de la ANC, el reconocimiento histórico que se ha hecho del indígena como “el verdadero otro”^[39] y los espacios de reconocimiento jurídico que sus movimientos sociales fueron conquistando paulatinamente durante los años 70 y 80.^[40] Lo cierto es que, ante la ausencia de representantes directos de los demás grupos étnicos del país en el proceso constituyente, sus aspiraciones de reconocimiento constitucional quedaron subordinadas a los proyectos de reivindicación étnica que abanderaron los representantes indígenas.

3.5. Pese a la trayectoria que las organizaciones étnico territoriales de negritudes que surgieron en el Pacífico colombiano durante la década de los 80 tenían para la época de la ANC^[41] y a las importantes movilizaciones sociales que suscitó entre las comunidades negras la convocatoria para elegir a los delegados, los candidatos afrocolombianos no alcanzaron la votación necesaria para hacer parte del proceso constituyente. Esa circunstancia les exigió explorar nuevas alternativas de incidencia que facilitarían su participación en la definición de los parámetros constitucionales que determinarían su reconocimiento como grupo étnico y el marco jurídico de los derechos que les serían concedidos por cuenta de dicha condición.

Con ese fin, el movimiento social de comunidades negras estructuró una estrategia de participación indirecta que incluyó la consolidación de alianzas y la movilización de masas. En *Etnicidad y Nación, El desafío de la diversidad en Colombia*, Luis Carlos Castillo explica que la política de alianzas se concentró en tres fuerzas: en los representantes indígenas, que eran sus aliados

naturales en la búsqueda de reivindicaciones étnicas, en los constituyentes de la Alianza Democrática M-19 y la Unión Patriótica y en los delegados del Partido Liberal. Al final, fue el representante indígena Francisco Rojas Birry quien se convirtió en el vocero de las negritudes, gracias a los acuerdos a los que, para el efecto, llegó con las comunidades negras del Chocó. ^[42]

Ese contexto, mediado además por las movilizaciones masivas que las negritudes realizaron durante las sesiones plenarias de la ANC^[43], marcó la aprobación de la única referencia expresa que el texto superior les dedicó a los afrocolombianos como destinatarios de una protección especial afín al hecho de que compartan una identidad y conserven unas tradiciones distintas a la visión occidental de desarrollo: el artículo 55 transitorio. ^[44]

La norma, que fue aprobada en el último periodo de sesiones de la ANC, ordenó expedir una ley que i) reconociera el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras asentadas en la Cuenca del Pacífico y ii) que protegiera su identidad cultural, sus derechos y fomentara su desarrollo económico y social. Es ese, por eso, el primer escenario en el que deben buscarse los fundamentos constitucionales del trato preferente que merecen las comunidades negras como portadoras de una especificidad y de unos saberes ancestrales que enriquecen la diversidad étnica y cultural de la Nación.

Las demás fuentes normativas de la especial protección que el Estado les debe a los afrocolombianos como colectivo étnico y como integrantes una población históricamente marginada se encuentran en las disposiciones superiores que señalan al pluralismo, la dignidad humana y al principio de igualdad como valores fundantes del Estado Social de Derecho; en las que reconocen y protegen la diversidad étnica y cultural de la Nación; en aquellas que aludiendo genéricamente a los grupos étnicos reconocen el carácter oficial de sus dialectos en sus respectivos territorios^[45]; la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad de sus tierras comunales^[46] y su derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural^[47]; y en los tratados internacionales que, sobre la materia, han sido incorporados al ordenamiento interno por vía del bloque de constitucionalidad.

La Sala se referirá a esos mandatos superiores y a las leyes que los desarrollan más adelante. Por ahora, se centrará en el proceso que antecedió la aprobación del artículo 55 transitorio y en los acontecimientos que signaron la posterior expedición de la ley que lo desarrolló: la Ley 70 de 1993.

El artículo 55 transitorio y la caracterización del sujeto colectivo “comunidades negras”.

3.6. Varios factores configuraron la especial coyuntura en la que se discutió el texto que se convertiría en el artículo 55 transitorio de la Carta. Uno de ellos fue el que tuvo que ver con la inquietud que el reconocimiento de los resguardos indígenas como entidades territoriales generó en algunos sectores de la política tradicional que vieron en esas reivindicaciones una amenaza para la unidad de la Nación.^[48]

Los afrocolombianos, resignados a que la discusión de sus peticiones fuera aplazada sucesivamente, tuvieron que lidiar con quienes se opusieron a que obtuvieran una autonomía territorial equivalente. Además, enfrentaron otra serie de obstáculos asociados, tanto a lo difícil que les resultó identificar unos rasgos comunes que los articularan como colectividad diferenciada como a la ya aludida debilidad de su movimiento organizativo, que en contraste con el de los indígenas, no logró impulsar positivamente las propuestas de reforma formuladas por sus bases.^[49]

Con la ANC a punto de concluir, los constituyentes que lideraron la propuesta a favor del reconocimiento constitucional de los afrocolombianos se enfrentaron a la difícil tarea de identificar unos rasgos diferenciales que los caracterizaran como una colectividad digna de un trato especial coherente con el modelo de Estado democrático y participativo que impulsaría la nueva Carta. Se trataba, ni más ni menos, de crear una categoría de alteridad étnica o, para los efectos que aquí se discuten, un nuevo sujeto colectivo de derechos.

3.7. Con ese propósito, se sometió a consideración de los delegados una primera versión del artículo 55 transitorio que proponía reconocer los derechos de las comunidades negras sobre los territorios que habían ocupado tradicionalmente. No obstante, el temor de que la alusión a las comunidades negras redundara en un *“desbordamiento de reivindicaciones territoriales de una población dispersa por toda la geografía nacional y que representaba mucho más que las poblaciones indígenas”*^[50] provocó el hundimiento de la iniciativa.

Para evitar esas prevenciones, se presentó una nueva propuesta de articulado que restringía el reconocimiento de los derechos territoriales a las comunidades negras que habían ocupado tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico y en aquellas zonas del país que presentarían

condiciones similares. Después de unos ajustes procedimentales, la ANC aprobó el siguiente texto:^[51]

“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. La propiedad así reconocida sólo será enajenable en los términos que señale la ley. La misma ley establecerá mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social.

PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en el presente artículo podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista.

PARÁGRAFO 2o. Si al vencimiento del término señalado en este artículo el Congreso no hubiere expedido la ley a la que él se refiere, el Gobierno procederá a hacerlo dentro de los seis meses siguientes, mediante norma con fuerza de ley”.

3.8. Hoy, a más de 20 años de la promulgación de la Carta, el texto del artículo 55 transitorio sigue generando resistencia entre quienes consideran que la decisión de designar como “comunidad negra” a los sujetos colectivos que merecen un tratamiento especial por compartir unas tradiciones ancestrales vinculadas a su ascendencia africana reproduce el estereotipo de esclavo con el que se ha vinculado al pueblo negro y profundiza la intolerancia que ha afectado históricamente a sus integrantes.^[52] También, entre quienes consideran que el hecho de que la norma se haya enfocado en el contexto específico de las reivindicaciones territoriales formuladas por las comunidades negras del Pacífico la convirtió en un obstáculo para la construcción de la identidad afrocolombiana^[53] y, finalmente, entre quienes creen que la discusión del

artículo 55 estuvo mediada por una visión sesgada del sentido de lo étnico frente al caso específico de las negritudes.^[54]

Lo cierto es que, aún en ese contexto, la aprobación del artículo 55 transitorio permitió que los afrocolombianos pasaran de ser una colectividad invisibilizada y excluida del escenario político nacional a convertirse en un actor relevante para el proceso de reconfiguración de la identidad nacional que se abrió paso tras la convocatoria de la ANC. Su reconocimiento como titulares de derechos –puntualmente, del derecho a la propiedad colectiva- y la orden de establecer mecanismos para proteger su identidad cultural les brindaron la primera oportunidad de participar en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación y de incidir en la adopción de las decisiones que podrían afectarlos, en los términos previstos en la nueva Constitución^[55].

3.9. Las discusiones del proyecto de ley que habría de regular el alcance del mandato de protección especial contemplado en el artículo 55 transitorio fueron, en efecto, las que concretaron esa primera oportunidad de participación.

El interés que suscitó en las comunidades negras la posibilidad de participar activamente en la reglamentación del marco normativo que definiría el contenido de sus derechos étnicos y que establecería los mecanismos para su protección explica la transformación que experimentó el movimiento social afrocolombiano a principios de los años noventa, cuando se embarcó en un proyecto de etnización consecuente con el discurso multicultural que fundó el nuevo texto constitucional.

Los dos años que precedieron la aprobación de la Ley 70 de 1993, *“por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”*, se caracterizaron, precisamente, porque enfrentaron a los afrocolombianos con el reto de articular un relato de identidad negra que respaldara el reconocimiento de su alteridad, es decir, que los identificara como destinatarios de la especial protección que el Estado les debe a los grupos étnica y culturalmente diversos.

La entrada en vigencia de la Ley 21 de 1991, que incorporó al ordenamiento interno el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, tuvo mucho que ver en ese proceso.

La ley aprobatoria del Convenio 169 de la OIT: Los pueblos indígenas y tribales como sujetos de derechos

3.10. El Convenio 107 de la OIT fue el primer instrumento internacional que se refirió a la protección especial que los Estados les deben a los pueblos minoritarios asentados en sus territorios.

Adoptado en 1957 por solicitud del sistema de Naciones Unidas, el Convenio fijó los criterios que a juicio de la comunidad internacional debían aplicarse para remover los obstáculos que impedían que las poblaciones indígenas y tribales disfrutaran plenamente de los derechos y oportunidades a los que tenían acceso los demás sectores de la colectividad. Con ese objeto, y sobre la base de que ese propósito solo podría alcanzarse en la medida en que esos pueblos se integraran a sus respectivas colectividades nacionales, comprometió a los gobiernos firmantes a implementar programas coordinados y sistemáticos que favorecieran las condiciones de vida y trabajo de las minorías étnicas, buscando, siempre, su inserción en la cultura mayoritaria.

Ese enfoque integracionista estuvo vigente durante más de treinta años, hasta que la OIT decidió replantearlo para hacer compatible el marco internacional de protección de los pueblos minoritarios con su aspiración de decidir, autónomamente, sobre su forma de vida y sus instituciones.

3.11. Con la aprobación del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, en el marco de la 76ª reunión que la conferencia general

de la OIT celebró en Ginebra, en 1989, la idea de que el desarrollo social, económico y cultural de los pueblos indígenas y tribales solo era posible mediante su inserción en la colectividad nacional fue sustituida por un discurso que rescató el valor intrínseco de las culturas nativas, su contribución a la diversidad cultural y a la armonía social y ecológica de la humanidad, y que dio cuenta de la importancia de asegurar que fueran las propias comunidades, y no la sociedad mayoritaria, las que decidieran sobre sus prioridades de desarrollo.^[56]

Aplicando esa nueva perspectiva, el Convenio reconoció a los pueblos indígenas y tribales como titulares de unos derechos asociados al hecho de que compartieran unas condiciones que los distinguieran de otros sectores de la colectividad nacional. De ahí que, por cuenta de la incorporación del instrumento internacional a los ordenamientos internos de los países firmantes, sus comunidades cultural y étnicamente diferenciadas hubieran quedado legitimadas para reclamar la protección de su derecho a ser consultadas sobre las medidas que pudieran afectarlas, de sus derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que habían ocupado tradicionalmente y, en fin, de todos aquellos derechos que la OIT les reconoció en razón de su diversidad.

3.12. Aunque Colombia incorporó el Convenio 169 de 1989 a su normativa interna a través de la Ley 21 de 1991, el mismo solo entró en vigor un año después, cuando se perfeccionó el vínculo internacional correspondiente, en agosto de 1992. Para ese momento, con la nueva Constitución en marcha, las comunidades negras del país estaban inmersas en el escenario que creó el artículo 55 transitorio al ordenar la expedición de una ley que estableciera el alcance de sus derechos étnicos.

La posibilidad de participar en la redacción de ese cuerpo normativo redefinió radicalmente la dinámica organizativa del movimiento social afrocolombiano. La coyuntura creada por el proceso constituyente y la posterior ratificación del Convenio 169 propició que, tras años de movilizarse en función de la defensa de sus territorios y la búsqueda de la igualdad de derechos, los afrocolombianos se embarcaran en la tarea de articular un relato identitario que los conectara con el discurso multicultural al que apeló el nuevo texto constitucional y los caracterizara como titulares de los derechos que la comunidad internacional acababa de reconocerles a los pueblos tribales.

Ese ejercicio -al que los académicos se han referido como de construcción de la alteridad, reinención identitaria o etnización^[57]- tuvo como marco de

referencia los dos criterios que el Convenio 169 consideró relevantes para identificar a las colectividades que podrían beneficiarse de su protección: un criterio objetivo, asociado al cumplimiento de unas características materialmente verificables, y uno de carácter subjetivo, relativo a la conciencia de la respectiva comunidad sobre su identidad diferenciada.

3.13. El Convenio, en efecto, precisó que se aplicaría a i) los pueblos tribales que se rigieran total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial y compartieran condiciones sociales, culturales y económicas que los distinguieran de otros sectores de la colectividad nacional y a ii) aquellos pueblos considerados indígenas por descender de poblaciones que habitaban en el país durante la época de la conquista, la colonización o el establecimiento de las actuales fronteras estatales, si además conservaban sus propias instituciones sociales, económicas, culturales o políticas, cualquiera que fuera su situación jurídica.^[58] Son estas, entonces, las exigencias de carácter objetivo que legitimarían a cierta comunidad para reclamar el amparo de sus derechos de autodeterminación, subsistencia, consulta previa y territorio y para exigir la aplicación de las demás prerrogativas que las legislaciones internas habrían de reconocer en ese ámbito. La exigencia subjetiva sería, como se dijo, la conciencia de identidad indígena o tribal, a la que el Convenio 169 calificó como un criterio fundamental para determinar su aplicación^[59].

Ambos elementos fueron incorporados al texto que hizo realidad el mandato constitucional de reconocer legalmente los derechos de las comunidades negras y los mecanismos para su protección, en cumplimiento del mandato que impartió, en ese sentido, el artículo 55 transitorio.

La Ley 70 de 1993 hizo explícito el interés estatal en preservar la identidad cultural afrocolombiana, a través de la regulación del contenido y el alcance de los derechos que las comunidades negras podrían reivindicar como grupo étnico. Para el efecto, apeló a un concepto de comunidad que resaltó la especificidad de las tradiciones y costumbres de las negritudes y las particularidades que las distinguían de las demás minorías étnicas.

La definición de la comunidad negra que incorporó la Ley 70 de 1993 y el reconocimiento de los derechos asociados a esa singularidad fueron el resultado del complejo proceso que, durante diez meses, convocó a los distintos sectores políticos, sociales y académicos que hicieron parte de la Comisión Especial que el Gobierno creó en cumplimiento del artículo 55 transitorio. A ese proceso, y al papel que cumplió la nueva normativa frente al propósito de identificar a las

comunidades negras como un sujeto colectivo de derechos se referirá la Sala en los siguientes párrafos.

La Ley 70 de 1993: la “reinvención” de la identidad cultural negra

3.14. El plazo de dos años al que la Constitución sujetó la expedición de la Ley que habría de reconocer los derechos colectivos de las comunidades negras se cumplía en julio de 1993. Mientras tanto, la expectativa que generó la redacción de la norma propició la irrupción de nuevas organizaciones de comunidades negras que comenzaron a trabajar desde las regiones en la formulación de las propuestas que llevarían al espacio de interlocución en el que se discutiría el nuevo régimen normativo.^[60]

Pese a las presiones que el movimiento afrocolombiano y sus aliados (la iglesia, la academia y las organizaciones no gubernamentales) ejercieron sobre el Gobierno para que acelerara la redacción de la nueva legislación, la Comisión Especial de Comunidades Negras solo surgió un año después de la fecha en que fue promulgada la Carta.

El Decreto 1332 de 1992^[61], que la creó, dispuso que estaría integrada por representantes del gobierno, de las propias comunidades y por un grupo de intelectuales y políticos que simpatizaban con la causa afrocolombiana.^[62] Además, la encargó de darse su propio reglamento, de cumplir las funciones previstas en el artículo 55 transitorio y de proponer mecanismos para proteger la identidad cultural y los derechos de las comunidades negras, así como para fomentar su desarrollo económico y social.

La comisión sesionó durante diez meses, entre agosto de 1992 y mayo de 1993. Durante ese tiempo, los delegados tuvieron que enfrentar las dificultades propias de un proceso que exigió conciliar los intereses institucionales con las aspiraciones de reivindicación que pretendía obtener el movimiento social afrocolombiano y lidiar con algunos detalles operativos, como las divergencias que se presentaron entre algunos de los representantes del Gobierno y la falta de recursos para financiar la discusión del proyecto en las regiones.^[63]

Ya frente al asunto de fondo, el primer desafío consistió en definir un plan de trabajo que facilitara la discusión ágil de la iniciativa que se llevaría a consideración del Congreso. Como la Constitución había establecido que la regulación de los derechos de las comunidades negras quedaría en manos del gobierno si no se lograba un acuerdo en este ámbito, los delegados decidieron

acelerar el trámite de las discusiones, definiendo, primero que todo, aquellos aspectos relevantes para la delimitación del marco conceptual de la normativa.^[64] Fue en ese escenario en el que se abordó la discusión que remite a uno de los problemas jurídicos relevantes para la solución de este caso: el relativo a la caracterización del sujeto “comunidad negra” como titular de derechos colectivos, en virtud de su especificidad étnica.

3.15. Como se explicó previamente, el debate sobre la identidad étnica de las comunidades negras tuvo como punto de partida la necesidad de hacer de ellas un sujeto de derechos reconocible en el contexto del viraje multicultural que impulsaron la nueva Carta y la incorporación del Convenio 169 de la OIT al ordenamiento interno. Definir a la comunidad negra era esencial para afianzar esa perspectiva y para determinar el contenido de los derechos que podría reivindicar por cuenta de su especificidad.

La tarea, sin embargo, era sumamente compleja, considerando que la Constitución ya había vinculado la protección que aspiraba a concederles a las comunidades negras con el hecho de que hubieran ocupado tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción. Pero, sobre todo, por las dificultades que suponía la construcción de una identidad común que abarcara a poblaciones tan heterogéneas como aquellas a las que la nueva legislación pretendía cobijar.

Esas disyuntivas permitieron que las discusiones sobre los factores que se identificarían como constitutivos de la identidad negra se abordaran con una perspectiva antropológica.^[65] La aplicación de ese enfoque incidió de manera importante en la estructuración de los conceptos clave de la Ley 70 de 1993, tanto así, que la exposición de motivos del proyecto de ley que la Comisión le presentó al Congreso se apoyó en el Marco de Referencia histórico-cultural que para el efecto habían redactado los antropólogos Nina S. de Friedemann y Jaime Arocha Rodríguez^[66]. Esto, sin embargo, no evitó que la noción de comunidad negra incluida en la propuesta legislativa fuera cuestionada por vincular la identidad afrocolombiana con las dinámicas de vida de las comunidades rurales ribereñas del Pacífico, en armonía con el tenor literal del artículo 55 transitorio, pero en detrimento del amplio sector de la población afrocolombiana que se consideró excluido de ese marco conceptual y del incorporado en la nueva legislación.^[67]

3.16. A pesar de la controversia que generó esa visión sesgada de la etnicidad afrocolombiana^[68], la caracterización de las comunidades negras como

un “conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos”, en el artículo 2° de la Ley 70, permitió que las negritudes se reconocieran portadoras de una identidad étnica que podrían instrumentalizar para lograr el acceso a recursos y escenarios que históricamente les habían sido vedados.

Que la Ley 70 de 1993 haya sido considerada uno de los logros más importantes del movimiento social afrocolombiano tiene que ver, precisamente, con que hizo posible el surgimiento de ese nuevo sujeto colectivo, al que le atribuyó una identidad diferenciada y reconoció como titular de unos derechos derivados de esa especificidad. ^[69]

La consagración explícita de los derechos de las comunidades negras en un solo cuerpo normativo pareció compensar el aparente trato asimétrico que, con respecto a los pueblos indígenas, les dio la Constitución de 1991. La idea de que la Ley 70 había suplido ese supuesto déficit de protección contribuyó a que se apropiaran de un sentido de identidad que, posteriormente, les permitiría relacionarse con la sociedad mayoritaria desde su alteridad y hacer un uso estratégico de la misma, en aras de la salvaguarda efectiva de los derechos de sus comunidades y los de sus integrantes.

3.17. Un breve repaso al contenido de la Ley 70 permite explicar, en efecto, el impacto que su expedición tuvo sobre las dinámicas organizativas de las comunidades negras.

Lo primero que hay que resaltar de la norma es que, de conformidad con lo previsto en el artículo 55 transitorio, se propuso reconocer el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras que habían ocupado tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico y establecer mecanismos para proteger la identidad cultural y los derechos de las comunidades negras “como grupo étnico”, así como para fomentar su desarrollo económico y social, de manera que obtuvieran condiciones reales de igualdad de oportunidades con respecto al resto de la sociedad colombiana.

Vale aclarar, en todo caso, que la Ley 70 cumplió con el mandato incorporado en el parágrafo 1° de la norma constitucional, al establecer que, de conformidad con este, su aplicación se extendería a aquellas zonas baldías, rurales y

ribereñas, que habían sido ocupadas por comunidades negras con prácticas tradicionales de producción en otras zonas del país.^[70]

Fijado su propósito, la norma indicó que se apoyaba en los siguientes principios: i) el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural y el derecho a la igualdad de todas las culturas que conforman la nacionalidad colombiana; ii) el respeto a la integralidad y la dignidad de la vida cultural de las comunidades negras; iii) la participación de estas comunidades y la de sus organizaciones en las decisiones que las afectan, sin detrimento de su autonomía, y en las decisiones de toda la Nación en pie de igualdad y iv) la protección del medio ambiente, atendiendo a las relaciones que establecieran con la naturaleza.^[71] Fue sobre esos supuestos que reguló los derechos territoriales, ambientales, económicos, sociales y culturales cuyo amparo podrían reclamar las *comunidades negras*, definidas, ya se dijo, como un conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana con cultura propia; con historia, tradiciones y costumbres compartidas en una relación campo-poblado y con una conciencia de identidad que las distingue de otros grupos étnicos.

Los derechos territoriales fueron, en efecto, los primeros de los que se ocupó la normativa. La Ley 70 comienza reconociendo el derecho de las comunidades negras a la propiedad colectiva y precisando el procedimiento al que se sujetaría la adjudicación de las tierras baldías que hubieran ocupado de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción (Artículos 4° a 18). En ese punto, creó la figura del consejo comunitario como “forma de administración interna” de la comunidad negra, a la que encargó de delimitar y asignar áreas al interior de las tierras adjudicadas; de velar por la conservación y protección de los derechos de la propiedad colectiva, la preservación de la identidad cultural, el aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales; de escoger al representante legal de la respectiva comunidad en cuanto persona jurídica, y de hacer de amigable componedor en los conflictos internos factibles de conciliación.

El siguiente capítulo, relativo al uso de la tierra y a la protección de los recursos naturales y de ambiente, comprometió a las comunidades negras a proteger los recursos renovables que se encontraran en los territorios colectivos y estableció las reglas relativas al aprovechamiento de los recursos mineros que allí se ubicaran (Artículos 26 a 31).

Luego, la norma se ocupó de los mecanismos para la protección y desarrollo de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras. El Artículo

32 reconoció su derecho a un proceso educativo acorde con sus necesidades y aspiraciones etnoculturales y el 33 comprometió al Estado a sancionar y a evitar todo acto de intimidación, segregación, discriminación o racismo y a velar por el ejercicio de los principios de igualdad y respeto de la diversidad étnica y cultural.

El Capítulo VII se refirió a la planeación y al fomento del desarrollo económico y social de las comunidades negras. El artículo 44 consagró que podrían participar en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socioeconómico y cultural de los proyectos que pretendieran adelantarse en sus tierras y el 47 instó a adoptar medidas para garantizar su desarrollo económico y social, según los elementos de su cultura autónoma.

3.18. Son estas, entonces, las disposiciones que integran el régimen legal de protección de las comunidades negras que se forjó, en 1993, en cumplimiento del mandato incorporado por el constituyente en el artículo 55 transitorio.^[72] No obstante, como se anunció antes, no son esas disposiciones las únicas fuentes normativas del trato especial que el Estado debe prodigarles a los afrocolombianos como individuos y a sus comunidades como sujeto colectivo autónomo, sino, solamente, uno de los escenarios concretos de protección que se concibió en el contexto del debate constituyente.

El hecho de que la Constitución solo haga referencia expresa a las comunidades negras en su artículo 55 transitorio no significa que la génesis de los derechos reconocidos a los afrodescendiente solo se encuentre en esa disposición ni, mucho menos, que su contenido limite las prerrogativas consagradas a favor de esa población en el derecho internacional de los Derechos Humanos y en la propia Carta. La Sala, en consecuencia, continuará su exposición señalando las demás disposiciones que permiten identificar a los afrocolombianos y a las comunidades negras como destinatarios de un trato reforzado que puede estar asociado, tanto a su identidad culturalmente diversa como al hecho de que pertenezcan a un grupo humano vulnerable que ha sido históricamente perseguido y marginado por cuenta de estereotipos raciales.

Para el efecto, comenzará mencionando los instrumentos jurídicos que consagran los principios de igualdad y no discriminación en el ámbito internacional y las disposiciones que han desarrollado esos compromisos en el escenario interno. Luego, referirá los pilares que guían la relación del Estado colombiano con las minorías étnicas en el contexto del constitucionalismo multicultural y, finalmente, abordará el estudio de los precedentes

jurisprudenciales que dan cuenta de lo complejo que ha resultado comprender al sujeto jurídico afrocolombiano como titular de derechos individuales y colectivos, dadas las dificultades propias de los procesos de reconocimiento de la identidad étnica y, sobre todo, ante los problemas que ha suscitado la aplicación de una definición legal de *comunidad negra* que se ideó en el marco específico de los reclamos territoriales formulados por las minorías étnicas en la asamblea nacional constituyente.

Fuentes normativas del trato especial que el Estado les debe a los afrocolombianos y a sus comunidades. Protección frente a la discriminación y preservación de su identidad cultural.

3.19. La especial preocupación de la comunidad internacional por crear un consenso acerca de la importancia de condenar las conductas discriminatorias por motivos de raza se vio reflejada, por primera vez, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que además de advertir que toda persona tendría los derechos y libertades allí proclamados, sin distinciones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, consagró el principio de igualdad ante la ley y el derecho a ser protegido contra toda discriminación y contra toda provocación a tal discriminación.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales materializaría dicha aspiración años más tarde, al comprometer a sus Estados parte a garantizar el ejercicio de los derechos que enuncia “*sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”. Tal mandato fue replicado por el artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 24 consagró, además, que todas las personas son iguales ante la ley, lo cual implica que tengan derecho a ser protegidas por esta, sin discriminaciones de ninguna índole.

En todo caso, fue la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, de 1965, la que definió dicho fenómeno y lo condenó de forma expresa, comprometiéndolo a sus Estados parte con la implementación de una política encaminada a eliminarlo en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas.

La Convención, incorporada al ordenamiento colombiano por la Ley 22 de 1981, define en su primer artículo la discriminación racial como “*toda*

distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

Además, contempla las obligaciones fundamentales que deben cumplir sus Estados signatarios, en aras de hacer realidad su compromiso en la adopción de acciones concretas destinadas a eliminarla. El instrumento internacional indica, en ese sentido, que sus Estados parte se comprometen i) a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar porque todas las autoridades públicas actúen de conformidad con esa obligación; ii) a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones; iii) a estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial; iv) a tomar medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales y para enmendar, derogar o anular las leyes y disposiciones reglamentarias que creen discriminación racial o la perpetúen donde ya exista y a v) prohibir y hacer cesar por todos los medios apropiados la discriminación racial practicada por grupos, personas u organizaciones.

La Tercera Conferencia Mundial Contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia que se realizó en Durban, Sudáfrica, en 2001, fue el último escenario en el que se discutió la relevancia de combatir esos fenómenos, a través de la adopción de acciones conjuntas a nivel regional, nacional e internacional. La Declaración de Durban reflexiona sobre los orígenes, las causas y las manifestaciones contemporáneas del racismo, la discriminación y las demás formas conexas de intolerancia y da cuenta de la manera en que la pobreza, el subdesarrollo, la marginación, la exclusión social y las desigualdades económicas contribuyen a la persistencia de las actitudes y prácticas racistas. ^[73]

Sobre la base de lo que se concluye al respecto, el documento diseña un Programa de Acción que insta a los Estados a promover la utilización de inversiones públicas y privadas, en consulta con las comunidades afectadas, para erradicar la pobreza en las zonas donde viven predominantemente las víctimas del racismo y la discriminación. Además, los exhorta a iniciar un

diálogo constructivo y a aplicar medidas para remediar los problemas y reparar los daños que ocasionan esos fenómenos.

Para los efectos del caso que en esta ocasión estudia la Sala, resulta importante resaltar, finalmente, que la Declaración reconoce a los afrodescendientes como víctimas del racismo, la discriminación racial y la esclavización, y advierte sobre la denegación histórica de sus derechos. Por eso, insta a reconocer sus derechos a la cultura y a la propia identidad; a participar libremente y en igualdad de condiciones en la vida política, social, económica y cultural; al desarrollo en el marco de sus propias aspiraciones y costumbres; a mantener y fomentar sus propias formas de organización, su modo de vida, cultura, tradiciones y manifestaciones religiosas; a mantener y usar sus propios idiomas, a la protección de sus conocimientos tradicionales y su patrimonio cultural y artístico; al uso, disfrute y conservación de los recursos naturales renovables de su hábitat, a participar activamente en el diseño, la aplicación y el desarrollo de sistemas y programas de educación y, cuando proceda, su derecho a las tierras que han ocupado desde tiempos ancestrales.

También pide invertir en sistemas de atención sanitaria, educación, salud pública, electricidad, agua potable y control del medio ambiente, garantizar que los afrodescendientes accedan a la educación y a las nuevas tecnologías, eliminar los obstáculos que les impiden tener igual acceso y presencia equitativa en todos los niveles del sector público y en la administración de justicia e instar al sector privado a promover que accedan equitativamente a sus organizaciones.

3.20. En el ámbito interno, tales preceptos encuentran su concreción en la consagración constitucional del principio de igualdad. El artículo 13 de la Carta señala que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, que recibirán la misma protección y trato de las autoridades y que gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, **raza**, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. También compromete al Estado a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y a adoptar, con ese fin, medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

Entre las medidas que el legislador ha contemplado en aras de hacer realidad esa aspiración de igualdad material frente a los afrocolombianos se encuentran las previstas en la ya mencionada Ley 70 de 1993, que se propuso garantizar que las *comunidades negras* obtuvieran condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad. Como se indicó antes, la norma

dispuso que el Estado debe sancionar y evitar todo acto de *“intimidación, segregación, discriminación o racismo contra las comunidades negras en los distintos espacios sociales, de la administración pública en sus altos niveles decisorios y, en especial, en los medios masivos de comunicación y en el sistema educativo”* y velar por la vigencia de los principios de igualdad y respeto de la diversidad étnica y cultural. Además, advirtió sobre el deber de garantizar el derecho a la educación de las *comunidades negras*, para contribuir a que sus integrantes estén en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos.

La Ley 725 de 2001, que estableció que cada 21 de mayo se celebraría el Día Nacional de la Afrocolombianidad para homenajear la abolición de la esclavitud en Colombia, fue otra de las disposiciones que reconoció de forma explícita la deuda histórica que tiene el país con la población afrocolombiana.

Sin embargo, fue la Ley Antidiscriminación (Ley 1482 de 2011) la que contempló medidas puntuales de protección frente a actos discriminatorios por motivos de raza. La norma, de ocho artículos, modificó el Código Penal con el objeto de *“garantizar la protección de los derechos de una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo que son vulnerados a través de actos de racismo o discriminación”*. Su artículo 3º contempla una pena de prisión de 12 a 36 meses y multa de 10 a 15 salarios mínimos para quienes incurran en actos de racismo o discriminación, esto es, para quienes arbitrariamente impidan, obstruyan o restrinjan el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual. El artículo 4º, a su turno, sanciona el hostigamiento orientado a causarle daño a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual. Quienes realicen esas conductas incurrirán, por disposición de la norma, en prisión de 12 a 36 meses y multa de 10 a 15 salarios mínimos, a menos que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor.

La importancia de diseñar una política pública diferenciada que conduzca a mejorar las condiciones de vida de la población afrocolombiana ha sido advertida, también, por el Gobierno. De ello dan cuenta los documentos que elaboró el Consejo de Política Económica y Social (Conpes) con esa intención, en 1997, 2002 y 2004.^[74]

3.21. Para concluir, haría falta mencionar las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que consagran la protección que merecen las comunidades negras como grupos humanos que reivindican una identidad

étnica diferenciada, dentro de las cuales, claro, se encuentran el artículo 55 transitorio y la Ley 70 de 1993. No obstante, la Sala debe insistir en que esas disposiciones fueron el resultado de las diversas circunstancias que incidieron en las discusiones sobre la inclusión de las comunidades negras en la Carta, como las que se mencionaron en los fundamentos jurídicos 3.6. y 3.7. de esta sentencia: la ausencia de afrocolombianos en la constituyente, las dificultades que supuso que tuvieran que canalizar sus peticiones a través de los representantes indígenas, y el precedente que, precisamente, crearon entre algunos sectores de la asamblea las conquistas alcanzadas por los indígenas en el reconocimiento de sus derechos territoriales.

Fueron esos factores los que determinaron que, a punto de clausurarse la asamblea, se incluyera la disposición transitoria que ordenó la expedición de una ley mediante la cual se reconocería el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras que habían ocupado *“tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico”* y en otras zonas del país de condiciones similares, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción.

De ahí que, se repite, la alusión concreta a las comunidades negras en los términos del artículo 55 transitorio o del artículo 2º de la Ley 70 de 1993 - *“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 (...)”*- no pueda entenderse como una barrera que limite la salvaguarda de la diversidad cultural y de los demás derechos fundamentales que la Constitución y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad les han reconocido a las comunidades negras, en tanto grupo étnico, independientemente de que habiten en determinadas zonas geográficas o de que mantengan determinada relación con sus tierras.

Los fundamentos del trato preferente que el Estado debe prodigarle a los afrocolombianos y a las comunidades que integran en aras de la protección de su identidad étnica diferenciada deben buscarse, como se dijo antes, en los distintos postulados constitucionales que proclaman a Colombia como un Estado Social de Derecho participativo y pluralista que reconoce su diversidad étnica y cultural y la igualdad y dignidad de todas sus culturas, en los tratados de derechos humanos que han sido incorporados al ordenamiento interno con jerarquía de normas constitucionales, como el Convenio 169 de la OIT, y en los demás instrumentos internacionales que, sin contar con esa fuerza normativa,

operan como criterio de interpretación del contenido y alcance de los derechos fundamentales reconocidos a las minorías étnicas.

La Ley 99 de 1993, que consagra el derecho de las comunidades negras a ser consultadas sobre las decisiones concernientes a la explotación de los recursos naturales de sus territorios^[75], la Ley 649 de 2001, relativa a las circunscripciones especiales de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes y las disposiciones constitucionales y legales que aluden de forma genérica a los grupos étnicos como destinatarios de un trato especial asociado a su identidad diversa complementan el marco jurídico de protección de las comunidades negras y de sus integrantes.^[76]

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

3.22. Partiendo del marco normativo que acaba de sintetizarse, esta corporación ha reconocido que las personas afrocolombianas y las comunidades a las que pertenecen son titulares de derechos fundamentales y que gozan de un status especial de protección que aspira, tanto a compensarlas por las difíciles circunstancias sociales, políticas y económicas que han enfrentado tras décadas de abandono institucional, como a salvaguardar su diversidad étnica y cultural, en armonía con el marco constitucional y los compromisos internacionales que el Estado colombiano ha adquirido en esa materia.

Sobre esos supuestos, la Corte ha amparado los derechos fundamentales de los afrocolombianos que han sido víctimas de actos de discriminación asociados a su raza o que han sido excluidos arbitrariamente de los beneficios instituidos por vía legal o administrativa para garantizar que disfruten de los mismos derechos y libertades a los que tiene acceso el resto de la población. Así mismo, ha protegido a las comunidades negras que han visto amenazados o vulnerados los derechos que el Convenio 169 de la OIT y la Ley 70 de 1993 les han reconocido en su condición de sujeto colectivo portador de una identidad cultural y étnica diferenciada.

Las controversias fácticas y jurídicas que se han suscitado en esos casos han exigido que la Corte se pronuncie sobre los criterios que determinan que cierta persona o comunidad esté legitimada para reclamar el tratamiento especial que la Carta, la legislación interna y los instrumentos internacionales de derechos humanos han consagrado a favor de los afrodescendientes. Es en ese ámbito en el que debe abordarse el primero de los problemas jurídicos que se propuso

resolver la Sala, relativo, se insiste, a la identificación de los titulares de derechos étnicos como la consulta previa.

Es profusa la jurisprudencia constitucional que ha revisado asuntos sobre la materia. En efecto, son varios los fallos que en sede de control de constitucionalidad y de tutela se han referido a la noción de comunidad negra - tanto en el ámbito de la Ley 70 de 1993 como en el de la expresión pueblo tribal que ideó la OIT- a los elementos que configuran la diversidad de estas colectividades y a los distintos factores a partir de los cuales podría validarse o descartarse la identidad afrocolombiana de cierto grupo o individuo.

A continuación, la Sala expondrá los precedentes más relevantes de forma cronológica, para dar una idea de los dilemas teóricos que el problema de la identidad negra planteó en sus inicios y de la forma en que han sido abordados recientemente por la Corte. Concluido ese ejercicio, señalará las reglas que, a juicio de este alto tribunal, determinan quiénes pueden considerarse titulares de derechos fundamentales colectivos, como el derecho a la consulta previa.

Primeros debates: la noción de “comunidad étnica”

3.23. La primera aproximación al debate sobre la titularidad de los derechos fundamentales de los afrocolombianos y a las categorías conceptuales (raza, etnia, cultura, territorio) con las que se ha vinculado su condición de sujetos de especial protección constitucional se encuentra en la sentencia T-422 de 1996^[77]. La providencia, de hecho, fue la primera en identificar a la población negra del país como destinataria de un trato preferente, que asoció a dos fines concretos: al de compensarla por décadas de abandono institucional, discriminación y aislamiento y al de defender su supervivencia como grupo étnico cultural. Frente al asunto que acá se revisa, tiene una importancia adicional, en la medida en que dio cuenta de la posibilidad de que un acto de discriminación racial lesione al mismo tiempo los derechos singulares de un afrocolombiano y los de la comunidad que integra^[78].

El fallo resolvió una tutela que promovió la Asociación Nacional Cimarrón con el fin de que el Departamento Administrativo del Servicio Educativo Distrital de Santa Marta nombrara un representante de las comunidades negras de esa ciudad en la Junta Distrital de Educación. La entidad se había negado a realizar el nombramiento sobre el supuesto de que en Santa Marta no existían comunidades negras. Tal tesis fue respaldada por el juez constitucional de primera instancia, quien, después de realizar una inspección judicial, concluyó

que en Santa Marta había miembros aislados de raza negra que no estaban ubicados en un sector determinado ni organizados legalmente. Por esto, y porque habían sido asimilados por la cultura mestiza dominante, no era posible considerar que formaban una comunidad.

La Corte descartó esa conclusión distinguiendo la protección que merecen las comunidades negras por disposición del artículo 55 transitorio de la que se origina del mandato de trato preferencial contemplado por el artículo 13 superior. Según la sentencia, el hecho de que la Constitución y la Ley 70 de 1993 hubieran contemplado una protección especial para las comunidades negras no impide que el resto de la población de ese origen se beneficie de las medidas de protección general que contempló la Carta. Lo que ocurre es que, en esos casos, tal protección no se debe a que hayan ocupado determinadas tierras, sino al reconocimiento de la situación de marginación que ha obstaculizado su desarrollo social, económico y cultural.^[79]

La designación de un representante de las comunidades negras en las juntas distritales de educación era, precisamente, una medida de igualdad promocional general, que no aspiraba a salvaguardar su singularidad cultural como grupo humano, sino a asegurar la participación real de una población tradicionalmente marginada del poder decisorio en el sistema de gobierno de la educación. Por eso, en el caso, el concepto de comunidad negra no podía vincularse a criterios estrictos, como la existencia de una unidad física socio-económica o de un vínculo jurídico formal, que no son esenciales al concepto de comunidad étnica porque no son constantes, mucho menos cuando estos grupos han sido víctimas permanentes de persecuciones y tratos vejatorios. Tampoco podía vincularse al factor racial, el cual, de hecho, solo es válido para determinar la existencia de un grupo étnico cuando busca hacer eficaz una medida de diferenciación positiva.^[80]

La existencia de una apreciable población negra en Santa Marta y entre el alumnado de los planteles educativos resultaban, en esos términos, suficientes para considerar procedente la designación de un representante suyo en la junta distrital de educación. Por eso, la Corte amparó el derecho a la igualdad del accionante y de la población negra que residía en la ciudad y ordenó realizar una convocatoria pública, para designar a quien los representaría en dicho organismo.

3.24. Al concepto de comunidades negras y a su condición de grupo étnico volvió a referirse esta corporación cinco años después. La sentencia C-169 de

2001^[81], que examinó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria que reglamentó el artículo 176 de la Carta Política^[82], retomó la discusión desde una nueva perspectiva: la del alcance del término “tribal” contemplado en el Convenio 169 de la OIT.

El fallo indicó que el término comprende a aquellos grupos sociales que reúnen los requisitos exigidos por el instrumento internacional: rasgos culturales y sociales compartidos (elemento objetivo) y una conciencia de identidad grupal que haga que sus integrantes se asuman miembros de una comunidad (elemento subjetivo). Como las *comunidades negras*, tal y como fueron definidas por la Ley 70 de 1993, reúnen ambos elementos, decidió que era posible considerarlas un pueblo tribal, en los términos del Convenio 169.^[83]

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

El debate, sin embargo, se ha hecho mucho más complejo en el marco de los casos concretos de las comunidades que han apelado a su diversidad cultural para reclamar el amparo de los derechos fundamentales que les corresponden como colectivo. La Sala se referirá a algunos de ellos más adelante. En lo que respecta a la sentencia C-169, destacará, finalmente, que asoció el reconocimiento de las *comunidades negras* como titulares de derechos fundamentales, a “*su status en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realizada, y no del color de la piel de sus integrantes*”, reiterando, así, la regla de decisión que aplicó la sentencia T-422 de 1996: aquella que descarta a la raza como factor determinante para el reconocimiento de derechos étnicos^[84].

3.25. La sentencia T-955 de 2003^[85], por su parte, marcó un hito en la jurisprudencia constitucional relativa a la identidad étnica afro, por ser el primer fallo que amparó los derechos étnicos de una comunidad negra^[86], en concreto, los derechos a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la propiedad colectiva, a la participación y a la subsistencia de las comunidades negras de la

Cuenca del Río Cacarica, los cuales habían sido vulnerados por varias autoridades que autorizaron la explotación de maderas en sus territorios ancestrales.

En esta ocasión, la Corte sostuvo que el Convenio 169 y las disposiciones constitucionales que protegen a los pueblos indígenas y tribales reivindican con claridad “*el derecho de las comunidades afrocolombianas a ser tenidas como pueblos, atendiendo las condiciones sociales, culturales y económicas que las distinguen de otros sectores de la colectividad nacional*”^[87].

No obstante, como el problema jurídico tenía que ver con la ejecución de una actividad extractiva en las tierras de los peticionarios, el fallo destacó el valor espiritual que tiene para las comunidades negras su relación sus territorios y el papel que, en este sentido, representan sus territorios colectivos y las prácticas tradicionales de producción que desarrollan en ellos frente a la construcción de su identidad cultural^[88].

Discriminación racial y acciones afirmativas.

3.26. La línea jurisprudencial relativa a la protección constitucional de los afrocolombianos frente a actos de discriminación racial tuvo su origen en la sentencia T-1090 de 2005^[89], que revisó el caso de una mujer afrocolombiana a la que se le restringió el acceso a un establecimiento de comercio debido a su color de piel.

El fallo hizo un profundo estudio de los instrumentos que han reivindicado el interés de la comunidad internacional en la erradicación definitiva de todas las formas de discriminación^[90] y destacó la manera en que las autoridades del país han reconocido la situación de marginalidad que los afrocolombianos han enfrentado históricamente^[91]. Así, tras contrastar las estadísticas que dan cuenta del porcentaje de la población afro que vive en el país, de su distribución espacial y su situación socio económica, reiteró que esta comunidad ha sido víctima de una situación de desprotección y segregación originada en diferentes ámbitos que justifica su estatus constitucional como sujeto de especial protección^[92].

3.27. Las sentencias T-375 de 2006^[93] y T-586 de 2007^[94] retomaron esos planteamientos, al revisar los casos de dos mujeres que no pudieron acceder a cupos universitarios especiales contemplados para minorías étnicas, porque las

instituciones educativas que los ofrecían estimaron que no reunían las características necesarias para ser consideradas afrodescendientes.

A la accionante del primer caso se le negó el cupo porque su color de piel no la determinaba como afrocolombiana. A la del segundo, porque no pertenecía a una comunidad afrocolombiana vinculada a un territorio específico. La Corte, por eso, se enfocó en identificar los factores que determinarían quiénes pueden considerarse como integrantes de un grupo étnico, específicamente, de una comunidad negra.

La sentencia T-375 de 2006 advirtió que vincular la protección de la comunidad negra de manera exclusiva y excluyente a su color de piel es discriminatorio, porque la protección de los derechos derivados de la pertenencia a una comunidad étnica no tiene que ver con la raza, sino con la acreditación de unas características culturales que expresen una cosmovisión particular.^[95] Además, recordó que la Ley 70 de 1993 no aspiraba solamente a generar los mecanismos para reconocer la propiedad de las tierras baldías ocupadas por las comunidades negras, sino, también, a protegerlas como grupo étnico.^[96] Eso ratificaba que no era la raza, sino la identidad tribal, el factor esencial para determinar a los sujetos a los que se les aplica el régimen jurídico que protege a las comunidades indígenas y tribales.

Como la accionante aspiraba al cupo en su condición de afrocolombiana y su solicitud fue respaldada por la comunidad de Zona Bananera – que dio cuenta de la participación de la actora en los procesos de fortalecimiento de la cultura afro- la decisión de negarle ese cupo especial con fundamento en un criterio estrictamente racial vulneraba su derecho a la igualdad. Por eso, la Corte concedió el amparo reclamado y advirtió sobre la imposibilidad de supeditar la afrocolombianidad de una persona exclusivamente a su fisonomía.

La sentencia T-586 de 2007, por su parte, abordó el caso objeto de revisión desde la óptica de las acciones afirmativas que puede implementar el Estado para hacer efectivos derechos fundamentales de los integrantes de las comunidades negras, como la educación. El fallo ratificó que la noción de comunidad negra trasciende del concepto de territorio, pero, retomando los parámetros de la sentencia T-422 de 1996, sostuvo que es viable vincularla al factor racial, con el objeto de realizar una diferenciación positiva.

En el caso, la universidad accionada le negó a la actora un cupo especial para minorías étnicas sobre el supuesto de que en su departamento no existía

población afrocolombiana. La Corte, sin embargo, advirtió que el acceso a la educación de las personas de raza negra no podía supeditarse a que habitaran un lugar determinado, ya que el asentamiento de los grupos étnicos en cierto territorio no es un elemento que permita identificarlos como “*comunidad*”, mucho menos, tratándose de una población que históricamente ha padecido la diáspora.

El factor racial, en cambio, sí era relevante para individualizar a quienes hacen parte de esas comunidades, de conformidad con la jurisprudencia constitucional que, antes, había dado cuenta de la posibilidad de apelar a la raza para enervar el efecto nocivo de las prácticas que han puesto a los afrocolombianos en posición desventajosa. La Corte calificó la actuación de la universidad como un acto discriminatorio que tergiversó el principio de autonomía que la Constitución le ha reconocido a esas instituciones. Las universidades, concluyó, no pueden aplicar criterios de selección que impidan, obstaculicen o impongan exigencias formales irrazonables para el ingreso a la educación superior de personas pertenecientes a las minorías étnicas.

Comunidades negras, más allá del Pacífico colombiano.

3.28. Otra decisión de particular relevancia frente al asunto que acá se discute es la sentencia C-864 de 2008^[97], que resolvió una demanda de inconstitucionalidad promovida contra la Ley 691 de 2001, que reglamentó la participación de los Grupos Étnicos en el Sistema General de Seguridad Social.

Los demandantes acusaron a la ley de vulnerar el derecho a la igualdad de las comunidades afrodescendientes al haberlas excluido de los beneficios especiales de acceso y participación al Sistema General de Seguridad Social en Salud que contempló a favor de los pueblos indígenas. La Corte, por lo tanto, se propuso determinar si el hecho de que la norma se hubiera referido solamente a este grupo étnico desconocía los derechos a la igualdad, a la existencia, la identidad, la integridad cultural, la participación, la seguridad social y a la salud de las comunidades negras y de sus integrantes.

Con el fin de resolver ese interrogante, sintetizó las normas constitucionales, legales, reglamentarias y los precedentes constitucionales relativos al reconocimiento de las comunidades negras como poseedoras de una cultura propia y de una conciencia subjetiva de su identidad. En especial, indagó por las reglas jurisprudenciales que hasta entonces habían fijado los criterios para

calificar a cierta colectividad como titular de derechos étnicos^[98]. En ese sentido, dijo lo siguiente:

“(…) la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido la existencia fáctica y la organización jurídica especial de las comunidades negras del Pacífico colombiano, entendidas como grupos étnicos sujetos de especial protección, ubicadas en zonas geográficas reconocidas como de propiedad colectiva de estos grupos, que además tienen establecido un mecanismo legal de representación jurídica como grupo, que no desconoce “la noción de colectividad que les es propia, es decir aquella conectada con “el tronco cuya cabeza visible se identifica con un antepasado”. Además, este reconocimiento no se restringe a las comunidades negras del litoral Pacífico, sino que se extiende a otras que estén ubicadas en otros puntos del territorio nacional, siempre que cumplan con los dos elementos reseñados por la jurisprudencia para ser consideradas como grupos étnicos, es decir el elemento objetivo y el subjetivo antes comentado”. (Subraya la Sala).

La Sentencia C-864 de 2008 fue la primera en señalar, explícitamente, que cualquier colectividad que cumpla con los elementos objetivo y subjetivo del Convenio 169 de la OIT puede ser considerada como comunidad negra, aunque no se encuentre ubicada en las zonas rurales ribereñas del Pacífico colombiano.^[99] Con base en esa hipótesis, calificó a las comunidades negras de la Cuenca del Pacífico, a las de otras zonas del país con similares condiciones y a las comunidades raizales del Archipiélago de San Andrés y Providencia como sujetos de especial protección constitucional que tienen derecho a contar con servicios de salud adecuados, organizados y prestados a nivel comunitario bajo su propia responsabilidad y control, según lo previsto en el instrumento internacional.

No obstante, decidió que la Ley 691 de 2001 no era el escenario para regular el tema, ya que su propósito era crear un sistema de administración y afiliación a salud ajustado a la cosmovisión y a la organización política, cultural y social de los pueblos indígenas. Por esa razón, declaró exequible la norma y exhortó al Congreso a regular el acceso de los grupos étnicos no indígenas del país a servicios de salud adecuados, teniendo en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.

Los afrocolombianos víctimas del desplazamiento forzado

3.29. En este punto, ya era posible distinguir una línea jurisprudencial uniforme acerca del trato especial que merecen las comunidades negras del país como grupo étnico, sobre los factores que habría que considerar para determinar si cierta colectividad es titular de los derechos fundamentales reconocidos a las comunidades negras y sobre los criterios que podrían resultar relevantes para identificar a sus integrantes. Ese consenso creó las condiciones para que la Corte diera un nuevo paso en aras de asegurar que las prerrogativas que el ordenamiento había contemplado a favor de los afrocolombianos logaran una concreción efectiva.

El Auto 005 de 2009^[100], proferido en el marco del estado de cosas institucional declarado por la sentencia T-025 de 2004^[101], constató que los individuos y las comunidades afrocolombianos en situación de desplazamiento y confinamiento no estaban recibiendo un trato acorde con su status de sujetos de especial protección constitucional. Por eso, declaró que sus derechos fundamentales estaban siendo masiva y continuamente desconocidos y le exigió al Estado adoptar acciones concretas para superar tal situación.

La providencia se apoyó en los reiterados pronunciamientos que hasta ese momento habían reconocido a las comunidades afrocolombianas como titulares de derechos fundamentales a la propiedad colectiva; al uso, administración y conservación de sus recursos naturales y a la consulta previa, y en las circunstancias fácticas que los voceros de las comunidades y algunas organizaciones de derechos humanos relataron durante el proceso de seguimiento de la sentencia T-025 de 2004. Eso explica que se haya convertido en un punto de referencia sobre las obligaciones internacionales y los postulados constitucionales que sustentan la protección reforzada de los afrocolombianos y sus comunidades.

El valor del auto tiene que ver, además, con que identificó los factores transversales que han contribuido a que la población afrocolombiana sea una de las más afectadas por el desplazamiento forzado: la exclusión estructural que la ha sometido a una situación de mayor marginación y vulnerabilidad; la existencia de procesos mineros y agrícolas y la deficiente protección jurídica e institucional de sus territorios colectivos. También, con que alertó sobre los riesgos que el fenómeno del desplazamiento ha tenido sobre los derechos individuales de los niños, mujeres y personas con discapacidad y sobre los

derechos territoriales, civiles y políticos, económicos, sociales y culturales de las comunidades afrocolombianas. Todo esto, sobre la base del carácter de sujetos de protección constitucional reforzada que tienen las comunidades negras por mandato de la Constitución Política y de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.^[102]

La comunidad negra como sujeto de derechos fundamentales. Hipótesis concretas de afectación colectiva.

3.30. Tras la expedición del Auto 005 de 2009, la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de estudiar, en su mayoría, casos relativos a la eventual trasgresión de los derechos fundamentales que les corresponden a los afrocolombianos en su condición de sujeto colectivo. Las solicitudes de amparo que la Corte ha examinado en sede de revisión han sido promovidas, precisamente, por consejos comunitarios u organizaciones de comunidades negras que han reclamado la protección que merecen por reunir unos factores objetivos que las distinguen de la sociedad mayoritaria y por tener una conciencia sobre su especificidad étnica y cultural.

La sentencia T-909 de 2009^[103], por ejemplo, estudió una acción de tutela que promovió el Consejo Comunitario de la Cuenca del Río Naya con el objeto de que el Incoder resolviera una solicitud que había radicado diez años antes para obtener la titulación colectiva de sus territorios ancestrales.

La comunidad accionante consideró que la dilación en la que incurrió el Incoder vulneró su debido proceso administrativo y sus derechos fundamentales a la propiedad territorial y a su subsistencia como pueblo afrodescendiente. La Corte le dio la razón, considerando la manera en que la protección del territorio colectivo de las minorías étnicas incide sobre su supervivencia y la responsabilidad que tiene el Estado frente a la adopción de decisiones que promuevan a los afrodescendientes y a las comunidades que integran. Por eso, descartó que los distintos cambios legislativos y la creación de entidades estatales a las que se les asignaron competencias en relación con la titulación reclamada excusaran la dilación en la que incurrió la accionada. La importancia que una decisión de fondo representaba para la supervivencia y la integridad de la comunidad afrodescendiente de la Cuenca del Río Naya exigía, a juicio de la Corte, una respuesta estatal diligente y eficaz.

3.31. A la importancia esencial que tiene para las comunidades negras el derecho de propiedad colectiva sobre los tierras que habitan se refirieron, también, las sentencias T-745^[104] y T-1045A de 2010^[105], que abordaron dicha problemática en el marco de un debate sobre el derecho de las comunidades accionantes a ser consultadas sobre la ejecución de proyectos de infraestructura en sus territorios.

El caso analizado por la sentencia T-745 de 2010 tuvo origen en la tutela que promovieron los representantes legales de dos organizaciones creadas para la salvaguarda y promoción de los derechos de las comunidades negras que habitaban en el corregimiento de Pasacaballos, ubicado en Cartagena de Indias. Por eso, la Corte inició su tarea de revisión analizando la legitimidad de dichas organizaciones para reclamar el amparo de los derechos fundamentales de las comunidades negras que decían representar.

En ese sentido aclaró dos cosas: primero, que todos los miembros de las colectividades étnicamente diferenciadas pueden reclamar la observancia de los intereses que detenta su comunidad como sujeto de derechos. Segundo, que las organizaciones que agrupan a dichos individuos también están legitimadas para el efecto y, en concreto, para exigir la protección de sus derechos fundamentales, porque: i) las circunstancias a las que históricamente han sido sometidos estos grupos poblacionales justifican que las condiciones para el acceso a sus derechos se flexibilicen; ii) las autoridades deben propender por la conservación de las poblaciones indígenas y tribales y, finalmente, iii) porque no es aceptable que el juez constitucional dificulte la concreción de los derechos fundamentales imponiendo exigencias procedimentales.^[106]

Frente al asunto de fondo, el fallo indicó que el proyecto que se estaba ejecutando en el territorio de las comunidades accionantes –las obras para la construcción y mejoramiento de la vía transversal de Barú– impactaba gravemente sus condiciones de vida. Por esa razón, dio por cumplido el requisito de afectación directa que hacía exigible la consulta previa^[107] y ordenó realizarla, siguiendo los criterios jurisprudenciales previstos para el efecto, con las comunidades asentadas en el área de influencia del respectivo proyecto.

La Sentencia T-1045A de 2010, por su parte, estudió una tutela promovida por el Consejo Comunitario del corregimiento La Toma, del municipio de Suárez, Cauca, con el objeto de que se amparan los derechos fundamentales vulnerados por cuenta del otorgamiento de una licencia para la explotación de un yacimiento de oro en sus territorios ancestrales. Tras verificar los daños

ambientales que la explotación aurífera podría generar en los territorios de los accionantes, la Corte ordenó suspender tales actividades y realizar el respectivo proceso de consulta, para proteger la existencia, autonomía, integridad e identidad de la comunidad afrodescendiente.

3.32. La sentencia T-680 de 2012^[108] volvió sobre el tema, al examinar la tutela que promovieron los integrantes del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Isla del Rosario – Caserío Orika, debido a que no se les había resuelto una solicitud de titulación colectiva que habían formulado seis años antes.

En esa ocasión, la Corte analizó el tratamiento especial que la Constitución les ha prodigado a las comunidades negras, se refirió al contenido de sus derechos y a los lineamientos establecidos por esta corporación al protegerlos en casos concretos. Así, tras revisar los precedentes que han amparado los derechos a la subsistencia, a la identidad étnica, integridad, a la consulta previa y a la propiedad colectiva de los grupos étnicos, tanto indígenas como afrodescendientes, y confrontarlos con el material probatorio allegado al plenario^[109], el fallo determinó que los accionantes cumplían los elementos objetivo y subjetivo que “*caracterizan a los grupos diversos de la llamada sociedad predominante*” y ordenó resolver de fondo su petición de titulación colectiva, para garantizar los derechos fundamentales que se les vulneraron por cuenta de dicha omisión.

La prueba de la identidad étnica.

3.33. Los casos que acaban de reseñarse tienen un elemento en común: todos remiten a acciones de tutela promovidas por comunidades afrocolombianas que, reuniendo ciertas características culturales, sociales y económicas que las distinguían del resto de la sociedad, reivindicaron su identidad diferenciada con el objeto de obtener la salvaguarda de sus derechos al territorio y a la consulta previa. Las comunidades accionantes, en síntesis, se reconocieron como un sujeto colectivo, acreditaron los elementos que las distinguían como parte de un pueblo tribal en los términos del Convenio 169 de la OIT y, sobre esa base, formularon sus pretensiones de amparo.

En otros casos más recientes, la tarea de determinar la pertenencia de los accionantes a una comunidad negra ha resultado más compleja, porque estos no se identificaron claramente como integrantes de una minoría o porque buscaban

la protección de derechos fundamentales que no estaban asociados a su especificidad étnica.

La Sentencia T-047 de 2011^[110] estudió un asunto de esas características, a propósito de una tutela que formuló la personera de Yumbo, Valle del Cauca, con el fin de que se protegieran los derechos fundamentales de varios habitantes de la vereda Manga Vieja de ese municipio, quienes llevaban varios años habitando un albergue que les adecuó la administración después de que sus viviendas fueran destruidas con ocasión del desbordamiento de dos quebradas.

La personera solicitó amparar los derechos que la alcaldía de Yumbo les vulneró a las familias que habitaban el albergue de Manga Vieja, como personas y como comunidad afrodescendiente. Como personas, dijo, porque sufrieron un menoscabo de sus derechos a la vivienda digna, a la igualdad, al trabajo, a la honra, a la salud, a la intimidad personal y familiar, y a la protección especial que merecen las madres cabeza de familia y las personas de la tercera edad. Como comunidad, se vulneraron sus derechos a la consulta previa, a la propiedad colectiva de los territorios ancestrales, al uso, conservación y administración de los recursos naturales, y a un ambiente sano.

El fallo protegió el derecho a la vivienda digna de los accionantes, con efectos *inter comunis*, e impartió una serie de órdenes destinadas a garantizar la efectividad del amparo concedido. Resuelto ese punto, se pronunció sobre la pertenencia de los accionantes a una comunidad afrocolombiana, asunto al que algunas de las entidades accionadas se opusieron, sobre la base de que dicha condición no se había probado con el documento idóneo para el efecto, esto es, con una certificación del Ministerio del Interior.

En ese contexto, la Corte reiteró la regla jurisprudencial que impide vincular la identidad indígena o afrocolombiana a lo que sobre el particular certifique una entidad estatal. Ninguna autoridad pública, ni siquiera el juez constitucional^[111], puede definir si un sujeto hace parte o no de una minoría étnica, pues son estas comunidades las únicas que pueden fijar tales criterios de pertenencia, en ejercicio de su autonomía^[112]. Por eso, en este tipo de debates, no es posible exigir pruebas distintas a la compatibilidad entre los atributos de una persona y los criterios que la comunidad haya establecido en ejercicio de su autogobierno.

El caso, al final, se resolvió sin emitir un juicio sobre la identidad étnica de la comunidad accionante. La Corte determinó que no era competente para pronunciarse al respecto, porque las pretensiones de la tutela no estaban

vinculadas al hecho de que los accionantes pertenecieran o no a una comunidad afrocolombiana. Pese a esto, dejó abierta la posibilidad de que estos reclamaran, en el futuro, la protección de derechos asociados a su identidad étnica. En ese sentido, advirtió: *“si los tutelantes reivindican nuevamente su derecho a ser reconocidos como miembros de una comunidad étnica socio culturalmente diversa, no se les pueden negar los derechos de los que es titular toda persona con esos atributos constitucionales, con fundamento en los argumentos aquí presentados para oponerse a esa reclamación”*.

3.34. La sentencia T-348 de 2012^[113] estudió un caso similar, pero lo resolvió con otra perspectiva. En esa ocasión, la tutela fue promovida por una asociación de pescadores de las playas de Comfenalco, en Cartagena, que se vieron afectados por la ejecución del proyecto Anillo Vial Malecón de Crespo.

Los pescadores reclamaron la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, a la paz, a la salud mental, a la vida digna, a la libre escogencia de profesión u oficio y a la consulta previa. La Corte, sin embargo, consideró que no eran titulares del derecho a la consulta previa, porque no hacían parte de un *“grupo culturalmente diferenciado titular de este derecho especial de participación, como son los indígenas y los afrodescendientes”*.^[114]

Pese a eso, advirtió, el hecho de que los pescadores no hicieran parte de una comunidad identificada como indígena o afrodescendiente no implicaba que no tuvieran derecho a ser informados sobre los efectos positivos y negativos del proyecto y sobre las medidas que se adoptarían para mitigar los daños. Por esa razón, resolvió que se había vulnerado el derecho a la participación de los accionantes y, por esa vía, sus derechos fundamentales a la dignidad humana, la libre escogencia de profesión u oficio, al trabajo y a la alimentación.

3.35. En la misma línea debe destacarse la Sentencia T-376 de 2012^[115], que protegió el derecho de la comunidad negra de La Boquilla a ser consultada sobre la concesión de un sector de la playa en el que sus integrantes pescaban, realizaban sus celebraciones tradicionales y otras actividades asociadas a la prestación de servicios turísticos.

En esta ocasión, la tutela había sido promovida por una de las habitantes de La Boquilla que ejercía el oficio de carpera en la zona que fue concesionada. Luego, en el trámite de primera instancia, la comunidad negra de La Boquilla respaldó la solicitud. No obstante, como las accionadas se opusieron al amparo con el argumento de que el Consejo Comunitario de La Boquilla solo

se registró después de la fecha en que se otorgó la concesión, la Corte comenzó su análisis determinando si la comunidad accionante “existía” para ese momento y si, en esa medida, podía exigir su derecho a ser consultada al respecto.

Para contextualizar el debate, el fallo revisó, primero, las características etnográficas y culturales de la comunidad negra de La Boquilla. Después, reiteró que la existencia de una comunidad indígena o afrodescendiente no depende de un acto expreso de las autoridades públicas, sino de los hechos constitutivos de su diversidad cultural y el auto reconocimiento del grupo.

Aunque el reconocimiento estatal contribuye a demostrar la existencia de la comunidad, no puede valorarse como un hecho constitutivo de su derecho a la identidad cultural, pues sería un contrasentido que el reconocimiento del Estado creara comunidades originarias que materialmente han habitado su territorio. Como la existencia de una comunidad étnica es una cuestión material y puramente fáctica, puede probarse por cualquier medio que resulte adecuado para forjar la convicción del juez, en virtud del principio de libertad probatoria.^[116]

Raza, etnia, identidad. Los debates actuales.

3.36. La Sala concluirá este acápite mencionando cuatro decisiones que abordaron, recientemente y con enfoques distintos, el debate sobre la identidad negra y sobre las categorías conceptuales que la definen: i) la Sentencia T-691 de 2012^[117], que estudió la tutela que promovió un estudiante universitario tras haber sido discriminado en su aula de clases; ii) la Sentencia T-823 de 2012, que ordenó inaplicar la Resolución 121 de 2012, que acá se analiza, frente al caso concreto de la comunidad étnica accionante, iii) la Sentencia C-194 de 2013^[118], que estudió la constitucionalidad de la llamada Ley Antidiscriminación (L. 1482/11) y iv) la Sentencia C-253 de 2013^[119], que descartó que la expresión *comunidades negras*, contenida en la Ley 70 de 1993, promoviera la discriminación racial o denigrara a los afrocolombianos.

La primera de esas providencias, la Sentencia T-691 de 2012, se acercó a la discusión desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional que ha protegido a los afrocolombianos de actos discriminatorios fundados en prejuicios y estereotipos de raza y de los precedentes que, en la misma línea, han advertido sobre la importancia de brindarle a este grupo poblacional un trato deferente, como acto de justicia y reparación de sus derechos.

El fallo, que se propuso determinar si un profesor universitario había vulnerado los derechos a la educación y a la igualdad de uno de sus alumnos al utilizar una expresión que este consideró discriminatoria, alertó sobre la invisibilización de la que siguen siendo víctimas las comunidades negras y sus integrantes, sobre la precariedad de la información disponible acerca de su presencia en el país y sobre la persistencia de estereotipos que siguen afectando sus derechos fundamentales. Hecho ese diagnóstico, hizo un llamado a favor de un redescubrimiento de los saberes y discursos de la afrocolombianidad que reconozca las especificidades de su gente y las contribuciones que este grupo humano le ha hecho a Colombia.^[120]

3.37. Otro caso paradigmático para la solución del asunto objeto de revisión es el que estudió la sentencia T-823 de 2012^[121], la cual, de hecho, fue tenida en cuenta por esta Sala a la hora de ordenar la suspensión provisional de la aplicación de la Resolución 121 de 2012 y la de *“todos los procesos consultivos, medidas y diligencias que [el Ministerio del Interior] está adelantando a su amparo y de los actos administrativos que se hayan proferido en desarrollo de la misma – concretamente, el Decreto 2163 de 2012- (...)”*^[122].

La tutela que suscitó el fallo fue instaurada por Hovert Eladio Carabalí Playonero, representante legal del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de la Plata Bahía Málaga, debido a que la Gobernación del Valle del Cauca se había negado a convocar a los consejos comunitarios del departamento a la elección de quienes los representarían en las comisiones consultivas departamentales de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras previstas en el Decreto 3770 de 2008.

La Gobernación explicó que el retraso en la convocatoria no era responsabilidad suya, sino del Ministerio del Interior, que no había dictado lineamientos claros sobre el procedimiento para realizar las elecciones. El ministerio, por su parte, señaló que ese vacío había sido corregido con la Resolución 121 de 2012, que convocó a los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras y los Raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a elegir a los delegados que actuarían transitoriamente como cuerpo de representación en el nuevo mecanismo de participación de estas comunidades.

Después de evaluar la Resolución 121 al amparo de lo preceptuado por los convenios internacionales, la Carta Política y la jurisprudencia constitucional que se ha referido al derecho a la participación de los afrodescendientes, la

Sentencia T-823 de 2012 amparó 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” y ordenó inaplicar por inconstitucional la Resolución No. 121 del 30 de enero de 2012 para los efectos del caso concreto. Además, le ordenó al Ministerio del Interior 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”.

Dado que la tutela que ahora se estudia se dirige, precisamente, contra la Resolución 121 de 2012, la Sala se referirá a lo que sobre ella decidió la Sentencia T-823 de 2012 más adelante, cuando aborde la solución caso concreto. Por ahora, se limitará a destacar que el fallo indagó sobre el carácter de pueblo diferenciado y “tribal” que la jurisprudencia les ha reconocido a las comunidades afrocolombianas, que advirtió sobre la imposibilidad de ligar su existencia a criterios raciales, espaciales o jurídico-formales y que respaldó los precedentes que han descartado que la condición de comunidad negra sea exclusiva de quienes cumplen los parámetros señalados en la Ley 70 de 1993.^[123]

3.38. La Sentencia C-194 de 2013 declaró exequible la Ley 1482 de 2011, “por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones”, por los cargos de falta de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes y de violación a los principios de consecutividad e identidad flexible. La decisión se adoptó a partir de una serie de consideraciones relativas a los compromisos adquiridos por Colombia frente a la eliminación de la discriminación racial^[124] y, frente al cargo específico de la ausencia de consulta previa, sobre la base de que la norma acusada no estructuraba el supuesto de afectación directa que hacía exigible el proceso consultivo.^[125]

Para llegar a esta última conclusión, expuso tres argumentos. Primero, planteó la necesidad de distinguir entre el ámbito individual y colectivo de la discriminación racial. En segundo lugar, señaló que las medidas que sancionan la discriminación no afectan la identidad diferenciada. Por último, destacó el carácter general e impersonal del destinatario de la tipificación penal que realizaron las normas acusadas.

El primer argumento, relativo a la distinción entre el ámbito individual y colectivo de la discriminación racial, se apoya, a su vez, en una distinción entre los conceptos *raza* y *etnia*. La Corte explicó que la *etnia* responde a un criterio comunitario, “*descrito transversalmente por una serie de prácticas tradicionales igualmente comunes*”. En cambio, la *raza* es un criterio individualizable, que corresponde a la pertenencia a determinada minoría identificable por sus condiciones de carácter morfológico. Eso, en otras palabras, significa que el concepto *etnia* involucra un autoreconocimiento que no está presente cuando las minorías se identifican partir de su *raza*. De ahí que el criterio racial sea relevante, pero no indispensable para la identificación de las minorías étnicas.

Apoyada en tales precisiones, la Sala Plena concluyó que calificación de ciertas conductas constitutivas de racismo como delitos no podía leerse solo a partir del factor *raza*. El hecho de que la norma acusada incorporara una protección general para ambas categorías (*raza* y *etnia*), descartaba, en esos términos, la afectación específica y directa de las comunidades étnicas que haría exigible la consulta previa.

El argumento de que la norma acusada no afectaba la identidad diferenciada de las comunidades étnicas se apoyó, a su turno, en el supuesto de que la disposición no reguló aspectos relativos a la cosmovisión particular de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Lo que hizo la norma, sentenció el fallo, fue reconocer el carácter diferenciado de esas comunidades e imponer sanciones penales cuando esa especificidad se usara como parámetro de discriminación u hostigamiento.

Finalmente, dijo la Corte que el hecho de que la norma no tuviera un sujeto activo calificado –pues se aplicaba a todas las personas que pudieran incurrir en el acto objeto de reproche– confirmaba su carácter genérico y su aspiración de concretar prescripciones universales de sanción a la discriminación contra las minorías segregadas históricamente. Todo esto, insistió, descartaba que la consulta previa fuera exigible, por lo cual avaló la constitucionalidad de la norma frente a ese asunto en concreto.

3.39. Por último, la Corte estudió la constitucionalidad del uso de la expresión *comunidades negras* en varias disposiciones normativas, a propósito de una demanda que planteó que dicho término reproducía el trato peyorativo y discriminatorio que históricamente se les había dado a los afrocolombianos.

El demandante consideró que el hecho de que la palabra *negro* hubiera sido parte del lenguaje que usaron los esclavistas para referirse a las personas originarias de África hacía que el uso de la expresión acusada en las actuaciones judiciales, administrativas y legislativas validara la permanencia del racismo, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia.

Aunque la Sentencia C-253 de 2013 reconoció que, en efecto, el término *negro* fue utilizado de forma despectiva en un momento histórico determinado, explicó que la forma en que los afrocolombianos se han apropiado del mismo al luchar por el reconocimiento de sus derechos impedía atribuirle una connotación negativa. Por el contrario, aclaró el fallo, había que considerar que una cantidad significativa de afrocolombianos se identifican como negros, que han reivindicado su pertenencia a una comunidad étnica a partir de esa expresión y que, en consecuencia, desean ser denominados de esa manera.^[126]

Además, la Corte explicó que la expresión *comunidades negras* no podía leerse de forma aislada, sino en el contexto en el que la emplearon las normas acusadas, las cuales, lejos de pretender excluir, invisibilizar o desconocer la dignidad humana de los afrocolombianos, pretendieron concretar las garantías que la Constitución contempló a su favor. Como el legislador ha hecho uso de la expresión *comunidades negras* en el sentido que le atribuyó el texto superior y con el objeto de fomentar políticas que reconozcan y protejan a esta población, la Corte consideró que su inclusión en la Ley 70 de 1993 y en el Decreto 2128 de 1992^[127] era exequible, por el cargo de discriminación formulado en la demanda.^[128]

Conclusiones

3.40. Siguiendo el esquema de solución que planteó al formular los problemas jurídicos que ocuparían su atención en este caso, la Sala hizo un recuento de la jurisprudencia constitucional que ha decidido sobre la identidad de grupos o individuos que, reconociéndose como afrocolombianos, han reclamado la protección reforzada que la Constitución consagra a favor de los grupos vulnerables y de las comunidades étnicamente diversas, y de aquella que en control abstracto de constitucionalidad ha examinado las categorías conceptuales que son relevantes para resolver las disputas sobre la titularidad de los derechos asociados a ese trato preferente.

A partir de los precedentes reseñados, es posible identificar las siguientes reglas jurisprudenciales sobre los factores que resultan relevantes a la hora de

determinar si cierto individuo o comunidad pueden considerarse titular de esos derechos especiales:

-La relación de la comunidad con un territorio determinado es indicativa de su identidad étnica, pero no es un factor determinante para confirmar o excluir su condición de titular de derechos étnicos. Aunque las minorías étnicas suelen mantener una relación ancestral con sus territorios que, por lo general, incide en su supervivencia, el hecho de que la población afrocolombiana sea una de las más afectadas por el fenómeno del desplazamiento forzado y las falencias institucionales en la protección de su derecho a la propiedad colectiva impiden asociar la identidad étnica y los derechos que de ella se derivan a que mantengan un vínculo con sus territorios.

-El reconocimiento formal de una comunidad por parte del Estado contribuye a demostrar su existencia, pero tampoco la determina. El hecho de que una comunidad no aparezca en un registro institucional o en un censo no descarta que “exista”, pues la identidad colectiva parte de un ejercicio de reconocimiento propio que los interesados pueden contrastar materialmente, en caso de duda, a través de los estudios etnológicos y las demás pruebas que resulten pertinentes para el efecto.

-El factor racial es indicativo de la existencia de una comunidad étnica si se evalúa junto a otros factores sociales y culturales que den cuenta de una identidad diferenciada. Por lo tanto, no es decisivo, por sí solo, para determinar si cierto grupo puede ser considerado titular de derechos étnicos. En contraste, la raza sí resulta determinante para individualizar a los destinatarios de medidas de diferenciación positiva a favor de grupos o individuos discriminados.

-La protección especial que el artículo 55 transitorio de la Constitución y la Ley 70 de 1993 consagran a favor de las *comunidades negras* no impide que otras colectividades que no reúnan los elementos señalados en esas disposiciones se beneficien de las prerrogativas que la Carta les reconoce por la vía de la cláusula de igualdad material y del mandato de protección de la diversidad cultural. Cualquier comunidad negra que reúna los elementos objetivo y subjetivo contemplados en el Convenio 169 es sujeto de especial protección constitucional y, por lo tanto, titular

de los derechos fundamentales que el marco internacional de los derechos humanos y la Constitución les atribuyen a las minorías étnicas.^[129]

-No son las autoridades administrativas ni judiciales las llamadas a establecer si una comunidad étnica “existe”, si es “étnicamente diversa” o si determinando individuo pertenece o no a ella. Tal ejercicio debe ser efectuado por las propias comunidades, en ejercicio de su autonomía, por ser la conciencia de identidad el elemento que define, en los términos del Convenio 169 de 1989, si un sujeto colectivo puede ser considerado como titular de los derechos especiales que allí se contemplan.

4. El derecho a la participación de los grupos étnicos minoritarios. La consulta previa de las medidas legislativas y administrativas de carácter general que puedan afectarlos directamente.

La Sala ha insistido en que la problemática constitucional que convoca su atención tiene que ver con las dificultades que ha supuesto la integración de un órgano de consulta de las medidas legislativas y administrativas de carácter general que puedan afectar directamente a los afrocolombianos. Eso explica que haya circunscrito su competencia material en el presente asunto a dos tareas concretas: una que exige determinar quiénes, como afrocolombianos, pueden ser identificados como titulares de derechos étnicos, y otra que atañe, puntualmente, a los parámetros que deben regir la consulta previa de las medidas de amplio alcance.

El relato que se efectuó previamente buscaba brindar los elementos necesarios para resolver el primero de esos dilemas constitucionales. Ahora, la Sala referirá los fundamentos normativos del derecho fundamental a la consulta previa y expondrá los precedentes jurisprudenciales que han delimitado su contenido y su ámbito de aplicación. En ese contexto, identificará las obligaciones que tiene el Estado frente a su garantía, para emprender, sobre esa base, la solución del caso concreto.

El derecho a la consulta previa en el Convenio 169 de 1989 y en la jurisprudencia interamericana. Su papel en la concreción de los derechos a la participación, a la subsistencia y a la autonomía de las minorías étnicas.

4.1. El primer instrumento internacional que reguló las obligaciones de los Estados con los pueblos indígenas y tribales asentados en sus territorios fue el Convenio 107 de la OIT, el cual, como se dijo, fue aprobado en el marco de la

conferencia general que este organismo celebró en 1957. Sin embargo, la importancia de garantizar que esas comunidades contaran con la oportunidad de participar en el diseño y la implementación de las decisiones que podrían afectarlas, en un escenario que respetara su cosmovisión y considerara sus preocupaciones solo fue reconocida tiempo después, a mediados de los años ochenta.

La adopción de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial en 1965^[130] y de los Pactos Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1976^[131] contribuyeron a crear un consenso acerca del valor intrínseco de las minorías étnicas como portadoras de unas formas de vida y de unos saberes diversos que merecen ser protegidos y conservados. Esto motivó al Consejo de Administración de la OIT a formular una propuesta para cambiar aquellas disposiciones del Convenio 107 que dejaban el destino de las comunidades indígenas y tribales en manos de los Estados.

Tras las deliberaciones correspondientes, la Conferencia General de la OIT decidió que debían ser los grupos étnicos, y no la sociedad mayoritaria, quienes determinarían qué medidas resultaban más convenientes para su desarrollo social, económico y cultural. La aceptación de la importancia de asegurar que fueran ellos quienes decidieran de forma libre y autónoma sobre sus propios asuntos e intereses marcó la aprobación del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, en 1989.

Ese contexto explica las múltiples referencias que el Convenio dedica a resaltar el compromiso de sus Estados signatarios con la garantía efectiva del derecho a la participación de los pueblos indígenas y tribales. Que el derecho a la consulta previa suela identificarse como la piedra angular de ese instrumento internacional^[132] tiene que ver, precisamente, con que este haya reconocido expresamente que la consulta es un presupuesto básico para salvaguardar la subsistencia, la libre determinación, la autonomía y todos aquellos derechos fundamentales que se les atribuyen a los pueblos indígenas y tribales por cuenta de su diversidad étnica.

4.2. La primera mención explícita que hace el Convenio 169 acerca de la responsabilidad de los Estados signatarios frente a la garantía del derecho a la participación de las minorías étnicas se encuentra en su artículo 2°, que les impone a los gobiernos el deber de desarrollar, “*con la participación de los*

pueblos interesados”, una acción coordinada y sistemática orientada a proteger sus derechos y a garantizar el respeto de su integridad.

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

Después, el artículo 4° consagra la obligación de adoptar “*las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados*”, aclarando que las mismas no podrán ser contrarias a los deseos expresados libremente por estos pueblos.

4.3. Ambos artículos supeditan el examen de las controversias relativas a la protección del derecho a la participación de las minorías étnicas a una primera regla: aquella que reconoce su derecho a pronunciarse sobre las medidas que las afecten, aun cuando las mismas propendan por la salvaguarda de sus derechos fundamentales, en los términos previstos en el Convenio.

Tal es el sentido de las disposiciones que comprometen a los gobiernos a establecer los medios para que los pueblos interesados puedan participar libremente en la adopción de decisiones, instituciones electivas y organismos responsables de políticas y programas que les conciernan -por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población y a todos los niveles- y a asegurar el pleno desarrollo de sus iniciativas e instituciones, proporcionando los recursos necesarios para ese fin, cuando corresponda^[133]. También, el de aquellas que reconocen que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a decidir sus prioridades frente al proceso de desarrollo, “*en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera*”; a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural y a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente^[134].

De lo que se trata, en suma, es de garantizar que los pueblos indígenas y tribales cuenten con la oportunidad de pronunciarse sobre aquellos proyectos o decisiones que puedan alterar sus formas de vida, incidir en su propio proceso de desarrollo o impactar, de cualquier manera, en sus costumbres, tradiciones e instituciones. La convicción sobre la forma en que esa garantía de participación materializa otros derechos fundamentales de esas comunidades, como su autonomía y su subsistencia, es el punto de partida del deber de consulta que el Convenio 169 les impuso a sus Estados parte, con la intención de sustituir el criterio integracionista que rigió las relaciones entre los pueblos indígenas y tribales mientras el Convenio 107 de 1957 estuvo vigente por uno consecuente con el enfoque de derechos humanos que se impuso en el escenario internacional.

La Sala se referirá, a continuación, a los elementos que determinan el ejercicio del derecho a la consulta previa y a las obligaciones correlativas que surgen para los gobiernos frente a la ejecución de los respectivos procesos consultivos. Para el efecto, se apoyará en las reglas que sobre el particular establece el Convenio 169 y en las pautas de interpretación previstas en la doctrina autorizada sobre la materia.

El ámbito de aplicación de la consulta previa.

4.4. La obligación de consultar a los pueblos indígenas y tribales fue contemplada por el artículo 6° del Convenio 169 que, además, contiene los parámetros que determinan la procedencia de los procesos consultivos y las reglas a las que los mismos deben sujetarse.

Lo primero que señala la norma es que los pueblos indígenas y tribales deben ser consultados “*cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*”. Eso significa que el ámbito de aplicación de las consultas debe determinarse frente a cada caso particular, considerando la manera en que la decisión de que se trate pueda constituirse en una hipótesis de afectación de los intereses de esas colectividades.

Así lo confirma el artículo 7° del Convenio, que les impuso a los Estados signatarios el deber de asegurar que los pueblos interesados participen en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo que sean “*susceptibles de afectarles directamente*”. El criterio de afectación

directa se erige, de esa manera, en el factor clave para determinar qué tipo de medidas o proyectos deben consultarse con los pueblos indígenas y tribales.

Haría falta, entonces, establecer qué tipo de circunstancias configuran ese supuesto de afectación directa que hace exigible la consulta. El Convenio 169 señaló expresamente algunas de ellas. De acuerdo con el instrumento internacional, sus Estados signatarios tiene la obligación de consultar i) aquellas medidas que involucren la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales^[135]; ii) las medidas que impliquen trasladar o reubicar a esas colectividades de las tierras que ocupan^[136]; iii) las decisiones relativas a su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir, de otra forma, sus derechos sobre estas fuera de su comunidad^[137]; iv) las medidas relacionadas organización y al funcionamiento de programas especiales de formación profesional^[138]; v) la determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno^[139] y vi) las medidas relacionadas con la enseñanza y la conservación de su lengua.^[140]

4.5. Ese listado, sin embargo, no implica que el deber de consulta no se active frente a hipótesis distintas a las enunciadas de forma taxativa. El hecho de que el Convenio 169 vincule el deber de consulta al criterio de afectación directa supone, por el contrario, que las autoridades competentes deban verificar, en cada caso, si determinada decisión, proyecto o medida puede repercutir de alguna manera en los intereses de determinada comunidad étnica. Con ese objeto, deben valorar los criterios de interpretación previstos por el propio Convenio, por otros instrumentos internacionales de protección de los derechos de las minorías étnicas, por la doctrina autorizada y la jurisprudencia.

El informe que el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, James Anaya, presentó ante la Asamblea General de ese organismo internacional en 2009, da cuenta, por ejemplo, de algunos de los factores que deben ser considerados a la hora de analizar qué medidas deben ser objeto de consulta previa.^[141]

El documento advirtió que el deber de celebrar consultas se activa siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos interesados en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad, lo cual puede ocurrir cuando la respectiva decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de estas comunidades diversas, incluso, si la decisión tiene efectos más amplios, como pasa con ciertas leyes.

Además, criticó que los Estados se hubieran abstenido de consultar a las comunidades indígenas sobre proyectos relacionados con la extracción de recursos naturales con el pretexto de que las tierras afectadas no habían sido reconocidas como tierras indígenas por el derecho interno. El relator especial calificó tal posición como infundada, considerando que, *“de la misma manera que ocurre con el derecho a la libre determinación y con los principios democráticos, y debido a las condiciones generalmente vulnerables de los pueblos indígenas, el deber de celebrar consultas con ellos se plantea siempre que estén en juego sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales”*.

Tales precisiones permiten trazar unas directrices preliminares sobre los pasos que deben guiar la evaluación de los eventos susceptibles de ser consultados con los pueblos indígenas y tribales. Lo expuesto, en efecto, sugiere que al momento de emprender esa tarea, la autoridad interesada debe verificar, primero, si la medida que pretende adoptar hace parte de los eventos concretos de afectación directa mencionados explícitamente por el Convenio. Si no se trata de ninguno de ellos, deberá analizar si la misma entraña un riesgo de afectación directa, porque el impacto que genera para los pueblos indígenas o tribales es distinto del que produce respecto del resto de la sociedad o, simplemente, porque afecta sus intereses, independientemente de que estos cuenten o no con un reconocimiento formal de parte del Estado.

Obviamente, se trata de una labor compleja que exige considerar las especificidades de la respectiva comunidad, para determinar si la medida, el proyecto o la decisión respectiva alteran sus condiciones de existencia en los términos que acaban de plantearse. La Corte Constitucional ha realizado ese ejercicio en varias oportunidades. La Sala se referirá a ellos más adelante.

¿Quiénes deben ser consultados?

4.6. El artículo 6° del Convenio 169 consagra, como se dijo antes, la obligación de consultar a los pueblos interesados sobre las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarlos directamente. Los “pueblos interesados” son aquellos a los que el instrumento internacional se refirió en su declaración de cobertura: los pueblos indígenas y tribales.

Ningún instrumento de derecho internacional define explícitamente qué es un pueblo indígena o tribal. La ausencia de una definición al respecto tiene que ver con lo difícil que resultaría abarcar a grupos humanos tan disímiles en una definición estricta y cerrada.

De ahí que, en lugar de vincular la condición de pueblo indígena o tribal a una definición concreta, la comunidad internacional haya optado por asociarla a que el respectivo grupo posea ciertas características particulares que lo distingan del resto de la sociedad, y a que reivindique esa diferencia, en ejercicio de su derecho a determinar su propia identidad o pertenencia, de conformidad con sus propias costumbres y tradiciones^[142].

4.7. Ese es, precisamente, el enfoque que acogió el Convenio 169, al restringir su aplicación a aquellos pueblos indígenas y tribales que, además de reunir ciertas características materialmente verificables (los denominados elementos objetivos), revelaran una conciencia colectiva acerca de su identidad étnica (es decir, un elemento subjetivo de autoidentificación).

Como elementos objetivos asociados a la condición de indígena, el Convenio 169 mencionó i) la continuidad histórica, ii) la conexión territorial y iii) el hecho de que conserven sus instituciones sociales, culturales, económicas y políticas o una parte de ellas.^[143] En el caso de los pueblos tribales, es relevante i) que reúnan ciertas condiciones culturales, sociales y económicas que les distingan de otros sectores de la colectividad nacional y ii) que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres, tradiciones o por una legislación especial.

De nuevo, es importante considerar que la mención de tales elementos no supone que exista un catálogo exhaustivo al cual deba supeditarse el examen de la condición indígena o tribal de cierta comunidad. Lo que sí es indispensable es que se valore su conciencia de identidad, elemento al que el propio Convenio califica como el criterio fundamental para determinar a los destinatarios de sus disposiciones.

4.8. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha referido a esos aspectos en el marco de las decisiones que han exigido valorar si cierta colectividad reúne las condiciones para ser considerada pueblo indígena o tribal y si, en consecuencia, puede disfrutar de las prerrogativas que el Convenio 169 les reconoce a las comunidades que reúnen dicha condición.

La sentencia del 28 de noviembre de 2007 es particularmente relevante en esa materia, primero, porque advirtió sobre la importancia de que los Estados garanticen la participación efectiva de los pueblos indígenas y tribales a través del mecanismo de consulta previa, aunque no hayan ratificado el Convenio 169 de la OIT^[144], y porque analizó los elementos objetivos que permiten calificar a determinada comunidad como un pueblo tribal. Teniendo en cuenta lo que acá se discute, la Sala se centrará en este segundo aspecto.

En esa ocasión, la Corte IDH tuvo que decidir si el Estado de Surinam había vulnerado los derechos de la comunidad de Saramaka, al no permitirle acceder a un mecanismo de acceso a la justicia que protegiera efectivamente su derecho a poseer propiedad de acuerdo con sus tradiciones comunales.^[145] Antes de abordar esa controversia, debió definir si, en realidad, el pueblo Saramaka podía ser considerado como una comunidad tribal sujeta a la protección del derecho internacional de los derechos humanos.

Para resolver ese asunto, resaltó el hecho de que el pueblo Saramaka hubiera sido llevado a las tierras que hoy se conocen como Surinam durante la época de la colonización. Como eso descartaba su condición de pueblo indígena, debía entenderse que hacía valer sus derechos como pueblo tribal, es decir, como un pueblo que “no es indígena a la región”, pero comparte características similares con los pueblos indígenas, como, por ejemplo, unas tradiciones, sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, su identificación con sus tierras ancestrales y la sujeción a sus propias normas, costumbres o tradiciones.

La condición de pueblo tribal del pueblo Saramaka se valoró considerando esos aspectos. El fallo comenzó analizando su origen. El pueblo Saramaka, dijo, es uno de los seis grupos distintivos maroon de Surinam, cuyos ancestros fueron esclavos africanos llevados a la fuerza a ese país durante la colonización europea del siglo XVII y, posteriormente, escaparon a las regiones del interior, donde establecieron comunidades autónomas. Para el momento de la sentencia, estaban reunidos en 63 comunidades distintas, distribuidas en las zonas norte y oeste de Surinam.

Además, resaltó que el pueblo Saramaka tuviera una estructura social sustancialmente distinta a la de otros sectores de la sociedad, pues estaba organizado en clanes de linaje materno y mantenía sus propias normas tradicionales y costumbres. Su relación con la tierra también era particular, pues era su principal fuente de subsistencia y, sobre todo, una fuente necesaria para

la continuidad de la vida y la identidad cultural de los miembros de la comunidad.

La sentencia resolvió que la presencia de esos elementos objetivos demostraba la condición de pueblo tribal del pueblo Saramaka, pues lo caracterizaban como un grupo distinto a otros sectores de la sociedad en lo cultural, en lo económico y en lo social. Y aunque no indagó a profundidad sobre la conciencia de la comunidad sobre su identidad étnica, sí resaltó el hecho de que se percibiera como colectivamente capaz de ejercer y gozar del derecho a la propiedad. Sobre ese supuesto, descartó que la inclusión de algunos de sus miembros individuales en la sociedad moderna afectara su distinción como grupo tribal o el uso y goce comunal de sus tierras. [\[146\]](#)

4.9. Otro precedente importante para la discusión que acá se aborda es el de la sentencia del 24 de agosto de 2010, que analizó si Paraguay había infringido los derechos de la comunidad indígena Xákmok Kásek, al abstenerse de contestar una solicitud de reivindicación territorial que esta formuló en 1990.

La comunidad denunció que la ausencia de una respuesta sobre el particular le había impedido acceder a la propiedad y a la posesión de su territorio, lo cual, a su vez, la había mantenido en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria que amenazaba de forma continua su integridad y la supervivencia de sus integrantes.

El Estado, a su turno, atribuyó el retraso en la titulación de las tierras a las contradicciones en que habría incurrido la comunidad Xákmok Kásek al identificar su pertenencia étnica. La comunidad indígena, afirmó, aparecía en algunos casos como perteneciente al pueblo Enxet, en otros como Enxet-Lengua y en otras ocasiones como Sanapaná, y sus líderes estaban registrados como líderes de la “Comunidad Zalazar”. Dado que la pertenencia étnica o a un pueblo era esencial para la transferencia de propiedad, no era posible acceder a la reivindicación territorial, hasta que no se corrigieran dichas imprecisiones.

La Corte IDH descartó que tales contradicciones existieran y, en cambio, resaltó la multiplicidad de etnias indígenas, familias lingüísticas y pueblos que habitaban la región del Chaco paraguayo, donde se asentaba la comunidad indígena que suscitó el caso. Además, llamó la atención sobre el hecho de que sus integrantes se identificaran a sí mismos como pertenecientes a la Comunidad Xákmok Kásek, mayoritariamente compuesta por miembros del pueblo Sanapaná y Enxet-Sur, anteriormente conocidos como Lenguas.

Valorados así los elementos objetivo y subjetivo a los que se ha hecho referencia, la Corte decidió que la composición multiétnica de la comunidad Xákmok Kásek estaba debidamente acreditada y que el Estado paraguayo la conocía o que, en todo caso, debió conocerla. Además, advirtió que no era tarea suya ni del Estado establecer la pertenencia étnica o el nombre de estas comunidades, sino de ellas mismas, teniendo en cuenta que esos elementos determinan su identificación, que *“es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía”*. Por eso, concluyó, los tribunales y el Estado deben respetar las determinaciones que en ese sentido adopte cada comunidad, es decir, la forma como se autoidentifiquen.

4.10. Las decisiones que acaban de reseñarse dan cuenta de las complejidades intrínsecas a los debates sobre la identidad étnica y de la manera en que los elementos objetivos y subjetivo señalados por el Convenio 169 y por otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos permiten determinar qué comunidades hacen parte de un pueblo indígena o de un pueblo tribal y, por ende, tienen derecho a ser consultadas sobre las medidas legislativas y administrativas que sean susceptibles de afectarlas directamente.

Lo expuesto hasta acá confirma que la caracterización de cierto grupo como titular del derecho a la consulta previa depende, necesariamente, de que reivindique cierta especificidad, que puede estar vinculada a una historia compartida, a su relación con la tierra o a la presencia de ciertos rasgos comunes, como su fisiología, su lengua, tradiciones, prácticas de producción, organización social, instituciones políticas, etc., lo cual, en todo caso, no implica que la existencia de la comunidad indígena o tribal pueda descartarse, solamente, sobre la base de la ausencia de alguno de esos factores.

Por el contrario, este tipo de dilemas debe abordarse desde una perspectiva que reconozca el dinamismo propio de los procesos de construcción identitaria y que valore la forma en que distintos fenómenos institucionales, sociales, políticos y culturales pueden moldear la manera en que dichas colectividades se reconocen a sí mismas. Tal es la dirección que han seguido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Corte IDH y otros organismos con mandatos concretos en temas relacionados con la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a la hora de establecer si determinada comunidad es titular del derecho a la consulta previa. De lo que en ese sentido han dispuesto, con fundamento en los mandatos de los instrumentos

internacionales a los que acá se ha hecho referencia y en la doctrina autorizada sobre la materia^[147], puede concluirse lo siguiente:

-Ni el Convenio 169 de 1989 ni la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas formulan una definición de lo que debe entenderse por pueblo indígena o por pueblo tribal.^[148] En lugar de ello, los instrumentos internacionales de protección optaron por proporcionar unos criterios descriptivos de los pueblos a los que pretenden proteger, vinculados, como aquí se ha dicho, a su identidad diversa, la cual debe ser determinada por los propios pueblos de acuerdo con sus costumbres y tradiciones.

-El criterio más relevante para determinar si determinado pueblo o individuo puede ser considerado indígena o tribal es el criterio de autoidentificación.^[149]

-Los pueblos tribales y sus miembros son titulares de los mismos derechos que los pueblos indígenas y sus integrantes.

-En tanto colectividades humanas, los pueblos indígenas y tribales tienen una trayectoria social propia que se adapta a los cambios históricos y se reconfigura continuamente.

-Aunque la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales es compartida por sus integrantes, es inevitable que algunos de ellos vivan con menos apego a las tradiciones culturales que otros. Esto no significa que pierdan su identidad ni las prerrogativas que les confiere el marco normativo internacional de protección de sus derechos.

Criterios de aplicación de las consultas.

Definidos el ámbito de aplicación y los titulares del derecho a la consulta previa como acaba de explicarse, corresponde a la Sala indagar, finalmente, por los criterios que deben guiar el desarrollo de los procesos consultivos. Para el efecto hace falta remitirse, de nuevo, al artículo 6° del Convenio 169, que estipula que las consultas deben llevarse a cabo mediante procedimientos apropiados; a través de las instituciones representativas de las comunidades; de buena fe; de una manera apropiada a las circunstancias y con la finalidad de llegar a un acuerdo o de lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

-La consulta debe llevarse a cabo a través de procedimientos apropiados.

4.11. Los órganos de control y de promoción del Convenio 169 han calificado como procedimientos adecuados aquellos que garantizan la plena participación de las partes que intervienen en las consultas y que propenden porque se llegue a un acuerdo o a que se obtenga el consentimiento de las comunidades sobre las medidas consultadas.

No existe, por lo tanto, un procedimiento único para que las consultas se lleven a cabo. La idea es que se determine, en cada caso, qué tipo de escenario sería el más propicio para abordar el tema, para confrontar las posiciones de los participantes y para plantear las observaciones pertinentes, en unas condiciones que, se repite, favorezcan el consenso.

Esto involucra, como mínimo, que las comunidades puedan expresarse de forma libre y que se brinde la información suficiente para llegar a un entendimiento pleno sobre las cuestiones planteadas. La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha insistido, adicionalmente, en la importancia de que se realice una evaluación periódica del funcionamiento de los mecanismos de consulta, con la participación de los pueblos interesados, para optimizar su eficacia.

-La consulta debe realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas o tribales

4.12. La exigencia de realizar la consulta a través de instituciones representativas obliga a las autoridades de cada Estado a indagar por las instituciones que reúnan tal representatividad según lo que las propias comunidades hayan definido.^[150] Si las comunidades no cuentan con instituciones que los representen, el Estado debe apoyar su formación y proveer recursos para tal efecto, cuando resulte necesario.^[151]

En relación con dicho requisito, los órganos de control y vigilancia de la OIT han precisado, primero, que el Convenio 169 no impone un modelo específico de instituciones representativas. Lo importante, han dicho, es que estas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas o tribales, según corresponda. Como punto adicional, han resaltado la manera en que las características del país, las especificidades de la comunidad respectiva y el tema y el alcance de la consulta pueden contribuir a identificar a esas instituciones representativas en cada caso. También es importante considerar que esas

instituciones pueden ser representativas de una única comunidad, o de varias, a nivel regional o nacional.

El Consejo de Administración de la OIT se ha pronunciado sobre el tema en dos oportunidades. Primero, en 2001, a propósito de la reclamación que presentó la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres contra el Gobierno del Ecuador, debido a que este firmó un contrato de participación para la explotación de hidrocarburos en el territorio de una comunidad indígena sin consultar dicha decisión con la Federación Independiente del Pueblo Shuar de Ecuador (FIPSE), una organización de derecho privado que representaba aproximadamente a 5000 personas de esa comunidad.

El Consejo comprobó que el gobierno ecuatoriano se abstuvo de consultar a la FIPSE, pese a que era una organización indígena claramente representativa de los pueblos interesados en las actividades de exploración y explotación petrolera que, además, se había opuesto a esas actividades públicamente.

En ese contexto, advirtió que i) la representatividad es un componente esencial de la obligación de consulta y que, ii) a pesar de las dificultades que pueden presentarse a la hora de definir quién representa a determinada comunidad, *“si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio [169 de la OIT]”*. Además, el informe aprobado por el Consejo de Administración recordó que el Convenio 169 conmina a sus Estados parte a establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de los pueblos indígenas y tribales. Por eso, concluyó, cualquier consulta sobre el Bloque 24, como se denominaba el lugar en el que estaban asentadas las comunidades indígenas que integraban la FIPSE, debían consultarse con esta organización.^{[1521](#)}

4.13. Esos criterios fueron reiterados tres años después, cuando el Consejo se pronunció sobre las reclamaciones que formularon el Sindicato de Académicos del Instituto Nacional de Antropología e Historia (SAINAH), el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM) y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (Sitrajor), debido a que, en su concepto, México había vulnerado el artículo 6º del Convenio 169 al adelantar el trámite legislativo conducente a la aprobación del decreto de reforma constitucional en materia de derechos y cultura indígenas.

Esta vez, las reclamaciones plantearon que el proceso de consulta no se había efectuado con las instituciones representativas de las comunidades indígenas afectadas, pues, por ejemplo, las audiencias que se realizaron en el Senado no respondieron a una convocatoria activa y sistemática, sino a las peticiones aisladas de algunas personas y organizaciones. En cambio, dijeron, habría sido necesario delimitar quiénes eran los pueblos indígenas susceptibles de verse afectados, para que la consulta se realizara sobre la base de criterios objetivos, razonables y verificables de representatividad. El tamaño de la población efectivamente afectada, concluyeron, no justificaba que la convocatoria se realizara de forma irrazonable y arbitraria.^[153]

El comité que valoró las reclamaciones estimó que no había razones para dudar de que el Gobierno mexicano hubiera actuado de buena fe al consultar la reforma constitucional con las organizaciones que consideró que eran las más representativas del movimiento indígena en México^[154]. De hecho, resaltó el esfuerzo que supuso tramitar la reforma, pese a que no existe jurisprudencia amplia sobre las condiciones a las que deben supeditarse las consultas de medidas alcance general y aplicación nacional, como la que era objeto de análisis, y a la complejidad que las diferencias de valores, concepciones, tiempos, sistemas de referencia y formas de concebir la consulta representaban frente al propósito de surtir los procesos consultivos a la luz de los parámetros previstos en el Convenio 169.

De todas formas, mencionó que contar con criterios claros sobre la forma de la consulta y la representatividad habría propiciado resultados más satisfactorios. El Consejo de Administración le solicitó al Gobierno mexicano fijar criterios claros de representatividad, tomando en cuenta las propuestas de los reclamantes acerca de las características que debería tener una consulta para ser efectiva.

-Las consultas deben llevarse a cabo de buena fe y de una manera adecuada a las circunstancias

4.14. Lo relevante, en este punto, es que las consultas se desarrollen en un clima de confianza mutua y que sean coherentes con las tradiciones culturales y sociales de los pueblos interesados. La consulta, han dicho los órganos de control del Convenio, conllevan el establecimiento de un diálogo intercultural, lo cual implica, como mínimo, que los gobiernos reconozcan a las autoridades representativas de los pueblos indígenas o tribales y que les brinden toda la información pertinente sobre la medida o el proyecto objeto de consulta.

También es necesario que se eviten los retrasos injustificados, propiciar negociaciones genuinas y constructivas y cumplir con los acuerdos pactados.

-El consentimiento previo, libre e informado

4.15. El Convenio, como se dijo antes, impone que las consultas se lleven a cabo a través de procedimientos que generen las condiciones propicias para llegar a un acuerdo o para obtener el consentimiento de las comunidades sobre las medidas propuestas.

Como regla general, esta exigencia opera con independencia del resultado que efectivamente se alcance. Sin embargo, existen circunstancias en las que la implementación de las medidas objeto de consulta está sujeta a que se obtenga el consentimiento de las comunidades. El Convenio se refiere, explícitamente, a aquellas situaciones que conllevan el traslado o la reubicación de los pueblos indígenas o tribales fuera de las tierras que ocupan. Su artículo 16 señala al respecto:

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

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

3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir la causa que motivaron sus traslado y reubicación; (...)”

De todas maneras, los organismos de control y de interpretación del Convenio 169 han considerado que la necesidad de que las consultas terminen con un acuerdo o con el consentimiento de las comunidades afectadas debe establecerse a partir de la gravedad de las posibles consecuencias que la medida objeto de consulta pueda traerles. Una medida que amenace la subsistencia de

una comunidad indígena o tribal no podría implementarse, en consecuencia, sin haber obtenido su consentimiento.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas consagró otras hipótesis concretas en las que el proceso consultivo debe culminar con la obtención del consentimiento y que, como puede verse, recogen ese criterio. El artículo 29 les impone a los Estados el deber de adoptar medidas eficaces para asegurar que *“no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”*, y el artículo 32, los obliga a celebrar consultas para obtener el consentimiento libre e informado de las comunidades *“antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”*.

Por último, debe tenerse en cuenta que el consentimiento al que deben conducir las consultas debe ser libre, previo e informado. Esto implica que deba conseguirse sin recurrir a ningún tipo de coerción, intimidación o manipulación; que deba buscarse con suficiente antelación y que involucre el suministro de información suficiente y veraz.

El derecho a la consulta previa en el ámbito interno. Marco normativo y jurisprudencia.

En el acápite anterior, la Sala identificó los estándares que guían la garantía del derecho a la consulta previa en el ámbito internacional, a partir de lo que al respecto han contemplado el Convenio 169 de 1989, sus órganos de interpretación y control y, más recientemente, la Declaración de Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas.

A continuación, expondrá los parámetros a los que el marco normativo interno y en particular esta corporación han sujetado el desarrollo de los procesos consultivos, puntualmente, frente a medidas legislativas y administrativas de carácter general susceptibles de afectar a las minorías étnicas.

4.16. Como se expuso previamente, la Constitución de 1991 reconoció la diversidad étnica en su doble dimensión de principio y valor fundamental, al establecer que Colombia es un Estado Social de Derecho *“organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista”*, comprometer al Estado

con la tarea de facilitar “*la participación de todos en las decisiones que los afectan*” y al indicar, expresamente, que el Estado reconoce y protege su diversidad étnica y cultural.

Sobre este punto, esta Corporación ha resaltado que “[l]a diversidad en cuanto a la raza y a la cultura, es decir, la no coincidencia en el origen, color de piel, lenguaje, modo de vida, tradiciones, costumbres, conocimientos y concepciones, con los caracteres de la mayoría de los colombianos, es reconocida en la Constitución de 1991, al declarar la estructura pluralista del Estado Colombiano, reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de su población y las riquezas culturales y naturales de la nación”^[155]. Esto quiere decir que la Carta propugna por un modelo de Estado que acepta que en Colombia no existe una cultura homogénea, sino diversas manifestaciones culturales que fundamentan la nacionalidad y que conviven en condiciones de igualdad y dignidad.^[156]

El interés del constituyente en la preservación de las comunidades cultural y étnicamente diferenciadas -indígenas, ROM, afrodescendientes, raizales y Palenqueras- se vio reflejado en la inclusión de los distintos espacios de participación y reconocimiento que creó la Constitución para lograr que esas minorías accedieran a las oportunidades disponibles para los demás integrantes de la sociedad.^[157]

La posibilidad de elegir a sus congresistas bajo la modalidad de circunscripción nacional especial y el mandato de la explotación de los recursos naturales que se encuentran en los territorios étnicos se haga sin desmedro de su identidad cultural y con la participación de sus respectivas autoridades son algunas de las herramientas jurídicas ideadas para preservar a esas comunidades diferenciadas, garantizando su identidad como minoría étnica y cultural, organizadas y reguladas mediante sus propias tradiciones.^[158]

Estas disposiciones, entre otras, aspiran a evitar que los asuntos de interés de las comunidades étnicas queden resignados a la voluntad del gobernante de turno. Su propósito es asegurar que el derecho a la participación de pueblos tradicionalmente discriminados no se convierta en una norma de papel, y que, en lugar de ello, puedan incidir efectivamente en las decisiones del Estado, especialmente en aquellas que les afecten. Precisamente, el derecho a la participación democrática de sectores excluidos funge como base del Estado constitucional y el reconocimiento de su identidad, implica obligaciones. Obligaciones que a su vez son derechos fundamentales de estas poblaciones.

4.17. Un claro ejemplo de lo dicho es el derecho a la consulta previa, incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a través de la interpretación sistemática que la jurisprudencia constitucional hizo de los artículos 40 y 330 de la Carta y de diferentes disposiciones internacionales, como el ya mencionado convenio 169 de la OIT. De acuerdo con esas normas, la ejecución de proyectos, obras, actividades y la adopción de decisiones que puedan afectar a las minorías étnicas le imponen al Estado una obligación de consulta que, a su vez, es un derecho de los pueblos interesados.

Ese derecho se materializa a través de un trámite consultivo que, se insiste, debe ser anterior a la adopción de cualquier medida que afecte directamente a los pueblos étnicos. Sin surtirlo, se estará, por un lado, violando un derecho fundamental y, por otro, viciando los actos expedidos con ocasión de esos procesos. En otros términos, el derecho a la consulta previa exige *“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”*, como lo establece el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT.

Bajo esta perspectiva, la Corte ha establecido en abundante jurisprudencia que el derecho a la consulta reviste el carácter de fundamental, cuestión que tiene importantes implicaciones, al permitir, por ejemplo, que su protección se reclame por vía de tutela, aunque se trate de un derecho de titularidad colectiva. La Sentencia SU-039 de 1997^[159] explicó, al respecto, que, al asegurar que participen en las decisiones que puedan afectarlas, el derecho a la consulta previa garantiza la integridad y la subsistencia de las minorías étnicas. La referida participación, a través del mecanismo de consulta, *“adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”*, indicó la sentencia.

4.18. Esta Corte ha desarrollado dos clases de criterios aplicables al desarrollo de los procesos consultivos. Por un lado, aquellos a los que ha llamado *“criterios generales de aplicación de la consulta”* y, por otro, *“las reglas o subreglas específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta”*. Sobre los criterios generales, sostuvo la Sentencia T-376 de 2012^[160]:

“(i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación *activa y efectiva* de los pueblos interesados. Que la participación sea *activa* significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea *efectiva*, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales. No constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (v) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes”.

Sobre las reglas o subreglas de aplicación, señaló la misma providencia^[161]:

“(i) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (ii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta); (iii) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida; y, (iv) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (v) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social”.

4.19. Ahora bien, este tribunal ha debatido en múltiples escenarios la procedencia material de la consulta, esto es, su ámbito de aplicación. Desde sus inicios, la Corte ha intentado definir los eventos en los que debe realizarse dicho trámite, previo a la implementación de medidas que tengan la virtualidad de afectar los derechos de las comunidades étnicas.

En un primer momento^[162], siguiendo los lineamientos del artículo 330 superior, (i) avaló la exigibilidad de la consulta frente a la explotación de recursos naturales ubicados en territorios étnicos. Posteriormente, (ii) dio

cuenta de su procedencia frente a proyectos de infraestructura, como la construcción de carreteras, carreteras, la explotación de minas, etc. Esto planteó varios retos para esta Corporación, como el que tiene que ver con (iii) la procedencia de la consulta frente a medidas legislativas y administrativas de carácter general, teniendo en cuenta que, en principio, ese carácter *general* parecería incompatible con la afectación específica de alguna comunidad. La Corte desarrolló, entonces, una línea jurisprudencial que reconoce en la “potencial afectación directa” el factor determinante de la consulta, en armonía con lo que al respecto dispone el Convenio 169 de 1989. A continuación, se analizarán los casos más relevantes en cada una de estas etapas.

Primera etapa: la consulta de medidas que conlleven la explotación de recursos naturales ubicados en los territorios de las minorías étnicas

4.20. Para comenzar, es importante mencionar que la Corte, en sus primeras decisiones, no se refirió estrictamente a la exigibilidad de la consulta, sino que se limitó a advertir sobre la manera en que los derechos de los pueblos indígenas, como colectivo, podían ser vulnerados por cuenta de la afectación de sus territorios y de los recursos naturales que allí se ubican. De ahí que, aunque no se hayan pronunciado sobre el derecho de las comunidades a participar en las decisiones y proyectos que las afecten, esos primeros fallos resulten relevantes en tanto reconocen en la explotación de los recursos naturales que se ubican en los territorios de las minorías étnicas una hipótesis de afectación directa de las que harían exigible la consulta.

Tal fue el ejercicio que hizo la sentencia T-380 de 1993^[163], al estudiar la tutela que promovió una comunidad indígena para reclamar la protección de los derechos vulnerados por cuenta de la explotación forestal llevada a cabo en sus territorios ancestrales. El fallo llamó la atención sobre la manera en que la inacción estatal ante un grave daño al medio ambiente podía contribuir pasivamente a la perpetración de un etnocidio, esto es, a la desaparición forzada de una etnia por la destrucción de sus condiciones de vida y de su sistema de creencias. Sobre ese supuesto, ordenó emprender las acciones necesarias para controlar los factores de deterioro ambiental en la zona afectada por las actividades de explotación forestal, sin perjuicio de las acciones legales contra los presuntos responsables del daño ecológico y social verificado.

A partir de esta decisión, la Corte comenzó a desarrollar con mayor precisión los criterios que determinan el ámbito de aplicación y las pautas para el

desarrollo de los procesos de consulta previa. En sentencias posteriores, definió y aplicó reglas específicas de instrumentos internacionales, como el Convenio 169 de la OIT.

La sentencia T-405 de 1993^[164], por ejemplo, estudió un conflicto entre los derechos de una comunidad étnica y los deberes militares del Estado colombiano. La tutela se dirigió contra el Ministerio de Defensa Nacional y la Misión Aérea de los Estados Unidos, debido a las “*labores de instalación de las bases militares norteamericanas y colombianas al interior de los predios del Resguardo de Monochoa, propiedad colectiva de los grupos étnicos Huitoto y Muinane*”. La Corte resaltó el valor del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, dio cuenta de su prevalencia en el orden interno y advirtió que la efectividad del derecho a la autonomía de las comunidades indígenas depende de que las decisiones que los afecten sean previamente consultadas.

En 1997 se dictó la primera sentencia de unificación en materia de consulta previa; la SU-039 de 1997^[165], que estudió un asunto relativo a la expedición de unas licencias ambientales para la explotación de petróleo, en lugares donde se ubicaban pueblos étnicos.

Las entidades accionadas afirmaron que habían realizado numerosas reuniones con las comunidades afectadas, intentando concertar aspectos relevantes sobre el proyecto y licencia otorgada por el Estado colombiano. La Corte, sin embargo, advirtió que la consulta previa no se agota con una simple reunión informativa, sino que, por el contrario, debe respetar criterios generales que garanticen su incidencia sobre el proyecto a adelantar. Así, fijó algunos criterios generales (no pasos ni requisitos) sobre cómo debería hacerse la consulta. Al respecto, el fallo señaló los siguientes aspectos relevantes:

- a) La comunidad debe tener pleno conocimiento sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, así como sobre los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos ejecutarlos.
- b) La comunidad debe ser informada de la manera en que la ejecución de los referidos proyectos puede afectar o menoscabar los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.

c) La comunidad debe contar con la oportunidad de valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto, de que sus inquietudes y pretensiones sean oídas y de pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Con ello se busca que su participación sea activa y efectiva, para que la decisión que deba adoptar la autoridad respectiva sea acordada o concertada, en la medida de lo posible.^[166]

Esto evidencia que la primera jurisprudencia de la Corte vinculó la exigibilidad de la consulta a aquellos eventos que causaban un impacto sobre los territorios ancestrales de las comunidades o sobre sus recursos naturales. Años más tarde, este Tribunal estudió la procedencia de la consulta frente a grandes proyectos de infraestructura, como la construcción de represas, la entrega de concesiones de explotación minera, la construcción de puertos, entre otras.

Segunda etapa: la necesidad de consultar la ejecución de grandes proyectos de infraestructura

4.21. La sentencia T-652 de 1998^[167] estudió la infracción del derecho a la consulta previa por cuenta de la construcción del proyecto hidroeléctrico Urrá I en una zona cercana a los territorios tradicionales de los Embera Katio. Aunque el fallo reiteró lo que ya se había dicho en precedentes anteriores, su importancia radica en que fue el primero que estableció responsabilidad indemnizatoria por la omisión del deber constitucional de consulta. La Corte estableció, así, que dicha omisión genera daños concretos a las comunidades étnicas que deben ser reparados^[168].

Otra decisión relevante es la Sentencia SU-383 de 2003^[169], en la medida en que le abrió paso al debate sobre la viabilidad de la consulta frente a medidas administrativas y legislativas de carácter general. En efecto, esta providencia evidencia cómo la Corte pasó de señalar la obligatoriedad de la consulta en casos concretos, a incorporar en su precedente el concepto de *afectación directa*. Esta tesis sería desarrollada en pronunciamientos posteriores, especialmente en sentencias de constitucionalidad.

En esta ocasión, la Corte se enfrentó a la tarea de definir si se debía consultar la implementación del “Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos” pues, según las entidades vinculadas al trámite de tutela, tan solo debían consultarse aquellos proyectos previstos en las hipótesis del parágrafo primero del artículo 330 constitucional, relativo a la explotación de recursos naturales en territorios indígenas.

Como se mencionó en párrafos anteriores, la respuesta de la Corte fue contundente: debe consultarse cualquier tipo de medidas que afecten directamente los derechos de las comunidades étnicas. El fallo aclaró que la referencia explícita a la consulta previa frente a la explotación de recursos naturales no implicaba *“la negación del derecho de estos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles, debido a que la consulta opera como una modalidad de participación de amplio espectro^[170], orientada a salvaguardar la integridad cultural, social y económica de las culturas indígenas”*.

De esa manera, *“validó la vigencia, en el ordenamiento interno, de la regla del Convenio 169 de la OIT según la cual la consulta debe agotarse antes de adoptar cualquier medida administrativa o legislativa que tenga el potencial de afectar a los grupos tribales e indígenas”^[171]*.

El hecho de que la sentencia haya calificado el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados sobre las decisiones administrativas y legislativas que pudieran afectarlos directamente como *“la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas”* marcó el inicio de la tercera etapa de la jurisprudencia constitucional en esta materia. A ella se referirá la Sala en el siguiente acápite.

El deber de consultar las medidas legislativas y administrativas de carácter general que puedan afectar directamente a las comunidades étnicas.

4.22. De acuerdo con lo expuesto, la jurisprudencia constitucional, en un primer momento, comenzó a estudiar caso por caso la procedencia de la consulta. Así, siguiendo los lineamientos del artículo 330 Superior, solamente se refirió a la explotación de recursos naturales ubicados en territorios étnicos, para, posteriormente, hablar de macroproyectos, carreteras, explotación de minas, etc. Este método de aplicación del derecho a la consulta planteó varios retos para esta corporación. Uno de ellos fue su procedencia frente a medidas generales, pues en principio, su carácter *general* parecía incompatible con la afectación específica de alguna comunidad. Sin embargo, a partir del año 2002 (con hitos en 2008 y 2009)^[172], la Corte estimó que las medidas generales pueden, por diversos motivos, afectar directamente o diferencialmente a las comunidades étnicas.

El objetivo, en lo que sigue, es exponer los parámetros que ha definido la jurisprudencia constitucional en materia de medidas legislativas y administrativas de carácter general. Con ese fin, la Sala abordará el concepto de afectación directa para, posteriormente, examinar las reglas y los casos más relevantes que la Corte ha estudiado en su jurisprudencia.

4.23. Al estudiar el ámbito de aplicación de la consulta previa en el marco de las pautas contempladas en el Convenio 169 de la OIT y de los criterios de interpretación fijados por la jurisprudencia interamericana (*Infra.* 4.4. y 4.5.), la Sala indicó que el criterio de afectación directa es el presupuesto básico para establecer la exigibilidad de las consultas. Sin embargo, frente a aquellas medidas de carácter general o de amplio alcance, el asunto suele complejizarse, en tanto lo “general” parece hallarse en tensión con la especificidad que se requeriría para que cierta medida genere una afectación directa.

Pues bien, la Sentencia C-169 del 2001^[173] fue la primera que analizó la procedencia de la consulta frente a una medida legislativa de carácter general, en concreto, frente al proyecto de ley que reglamentaba la circunscripción electoral indígena.

En aquella ocasión, la Corte resolvió que el derecho de las comunidades a ser consultadas no operaba en relación con las medidas legislativas, sino sobre su ejecución o implementación por parte del gobierno, en ejercicio de su potestad reglamentaria. El fallo indicó que la Constitución no exigía la consulta de las medidas legislativas o administrativas que se adoptaran en hipótesis distintas a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas. Por eso, sostuvo, “*el alcance que le han atribuido los órganos representativos del pueblo colombiano a la obligación que consta en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT es el de consagrar la consulta previa como un procedimiento obligatorio en las específicas hipótesis arriba señaladas*”, esto es, en los escenarios previstos en el artículo 330 de la Constitución.^[174]

La sentencia C-418 de 2002^[175] fortaleció el alcance de las obligaciones estatales en la consulta de las medidas legislativas y administrativas de carácter general, al estudiar la constitucionalidad de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas). El fallo se preguntó si el Estado debió haber consultado el entonces proyecto de ley, teniendo en cuenta que se trataba de una norma que afectaría, de manera general, a todos los colombianos. En sus consideraciones, la Corte sostuvo que la consulta era exigible frente a cualquier medida que afectara

directamente los intereses de las comunidades étnicas, aunque, como en este caso, tuviera también un alcance general.

4.24. La tesis de que las medidas legislativas o administrativas de carácter general pueden afectar los derechos de una comunidad étnica fue reforzada por la Sentencia C-030 de 2008^[176], que declaró inexecutable, precisamente por ausencia de consulta, la denominada Ley Forestal.

Primero, el fallo explicó que las leyes no generan en principio una afectación directa de sus destinatarios, debido a su carácter general y abstracto. Esto supondría que es en el ámbito de aplicación de la respectiva norma cuando puede hablarse de la posibilidad de que se configure una hipótesis de afectación directa.

Sin embargo, la sentencia reconoció que las medidas legislativas pueden convertirse en un escenario de afectación directa cuando alteran *“el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque les impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, les confiere beneficios”*. La providencia advirtió que la consulta procede cuando *“la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa a los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta*. Lo que debe consultarse en esos casos, por lo tanto, son aquellas medidas susceptibles de afectar directamente a las comunidades étnicas en su calidad de tales, *“no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos”*.

De todas maneras, la Corte aclaró que tal regla no implica que cualquier medida legislativa que concierna de alguna forma a los pueblos indígenas y tribales deba ser consultada. Por el contrario, advirtió, el Convenio 169 contempla que el compromiso de los Estados ante la ausencia de afectación directa *“remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población”*.

4.25. La Sentencia C-461 de 2008^[177] reiteró la procedencia de la consulta frente a medidas de amplio alcance que configuran una hipótesis de afectación directa de los derechos de las minorías étnicas. El fallo determinó, precisamente, que algunas de las disposiciones de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2006- 2010 (L. 1157 de 2007) contemplaban proyectos y programas que incidirían de manera directa y específica sobre distintos grupos étnicos del

país, lo cual representaba una potencial afectación de su autonomía y de sus derechos colectivos que hacía exigible la consulta previa.

Sin embargo, como la consulta no era exigible con respecto a toda la Ley 1157 de 2007, sino solamente frente algunos proyectos individuales, la Corte declaró exequible la norma bajo el entendido de que la ejecución de los proyectos, los programas y los presupuestos plurianuales que tuvieran la potencialidad de incidir de manera directa y específica sobre pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes se suspenderían, hasta que la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad se realizara en forma integral y completa.

La Sentencia C-175 de 2009^[178], en contraste, declaró inexecutable en su integridad el denominado Estatuto de Desarrollo Rural (L. 1152 de 2007), sobre el supuesto de que contenía una regulación integral y sistemática sobre el desarrollo rural y el uso y aprovechamiento de la propiedad agraria que debió consultarse con las comunidades indígenas y afrodescendientes, ante la especial connotación que el territorio tiene para estos pueblos y la inclusión de disposiciones particulares y concretas que los afectaban directamente.

El asunto, sin embargo, presentaba una circunstancia que lo distinguía de los casos examinados previamente: el hecho de que el Gobierno Nacional alegara que, en esta ocasión, sí había agotado el trámite de consulta. La Corte, no obstante, comprobó que las actividades que se habían desarrollado en ese sentido no habían cumplido con las condiciones constitucionales que garantizaban este derecho fundamental, primero, porque los procesos de acercamiento se realizaron cuando el trámite legislativo ya se encontraba en curso, lo cual resultaba incompatible con la vigencia del principio de buena fe en los procesos de consulta previa. Pero, además, porque no se adelantó un procedimiento preconsultivo que permitiera definir con las comunidades tradicionales las reglas de deliberación del proceso de consulta previa.

La corporación descartó que los acercamientos extemporáneos realizados por el Gobierno Nacional suplieran el requisito de consulta previa y, por eso, declaró la inexecutable de la norma, en los términos aludidos.

4.26. Las Sentencias C-702 de 2010 (sobre la circunscripción especial de las minorías étnicas), C-068 de 2013 (Regalías), C-194 de 2013 (que declaró la exequibilidad de la Ley Antidiscriminación) y la Sentencia C-253 de 2013 (sobre la expresión *comunidades negras* contenida en la Ley 70 de 1993)

reiteraron, recientemente, la obligación estatal de consultar las medidas administrativas y legislativas que puedan afectar directamente los derechos de las poblaciones ancestrales.

La Sentencia C-702 de 2010, que decidió la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2009, reiteró que el derecho fundamental de consulta previa de las comunidades étnicas también es exigible dentro del trámite legislativo respecto de aquellas iniciativas que comporten una hipótesis de afectación directa. Pero, además, advirtió que el deber estatal de promover la consulta de los proyectos de ley opera con respecto a todos los que puedan generar esa afectación directa, y no solamente frente a aquellos de iniciativa gubernamental. La consulta, agregó el fallo, debe efectuarse en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, para que los resultados del proceso de participación incidan en el contenido de la iniciativa que se somete a consideración de los legisladores.

Luego, mediante Sentencia C-068 de 2013, la Corte decidió sobre la constitucionalidad del sistema de regalías. El fallo reiteró los argumentos de la Sentencia C-030 de 2008 acerca de la estructuración de la afectación directa que activa el deber de consulta cuando la respectiva ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, sin que interese, en esos casos, si los efectos de la medida legislativa propuesta son negativos o positivos para las comunidades interesadas.

La Sentencia C-194 de 2013^[179] declaró la exequibilidad de la Ley Antidiscriminación, como se explicó en el fundamento jurídico 3.38 de esta providencia, sobre la base de que la tipificación penal de las conductas constitutivas de racismo no configuraba un evento de afectación directa susceptible de ser consultado con los sujetos de protección de la norma, cuyo carácter era impersonal y abstracto. La Corte, ya se expuso, consideró que la decisión de sancionar la discriminación no afectaba la identidad diferenciada de las comunidades étnicas, que, en todo caso, no habían sido consideradas como sujetos calificados de los nuevos tipos penales.

Sobre la Sentencia C-253 de 2013^[180] también se pronunció la Sala con anterioridad (*Infra.* 3.39.). Sin embargo, el cargo que se formuló en la demanda de inconstitucionalidad en relación con la infracción del derecho a la consulta previa no se resolvió sobre la base del concepto de afectación directa, sino a partir de la aplicación de una nueva regla jurisprudencial que supone que la consulta de las medidas legislativas solo es exigible desde que esta corporación

fijó las reglas de procedimiento de la consulta aplicable a esas medidas, en la Sentencia C-030 de 2008.^[181]

5. Estudio del caso concreto.

5.1. Al formular los problemas jurídicos que subyacen al asunto que en esta ocasión se revisa, la Sala dio cuenta de la importancia de considerar la manera en que la acción de tutela que promovió el señor Moisés Pérez Casseres, a raíz de la expedición de la Resolución 121 de 2012, refleja la problemática estructural que supone el que hoy, tras más de veinte años de vigencia de la Constitución y de la ley aprobatoria del Convenio 169 de 1989, no exista una instancia de representación para consultar a las comunidades negras sobre las medidas legislativas y administrativas de carácter general que puedan afectarlas directamente.

Se dijo entonces que el caso objeto de examen exige una solución que, además de verificar las eventuales infracciones iusfundamentales denunciadas en la tutela, identifique los obstáculos que han bloqueado la integración de ese órgano consultivo e imparta las órdenes que se requieran para superar ese bloqueo.

Tal es el sentido de la tarea de recaudo probatorio que se llevó a cabo en sede de revisión. La necesidad de adoptar una decisión que contribuya a garantizar efectivamente el derecho a la consulta previa de las comunidades negras, en los términos previstos en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, en la Constitución y en la jurisprudencia de esta corporación, explican que la Sala haya delimitado su competencia material a partir de lo que los ciudadanos, los órganos de control y las entidades expertas que participaron en este trámite conceptuaron en su momento.

5.2. El esquema de decisión que se propuso previamente parte, precisamente, de la idea de que la presente controversia requiere una respuesta que conduzca a superar los inconvenientes de orden normativo y fáctico que han impedido conformar el espacio de consulta al que se ha hecho referencia. Con ese propósito, la Sala circunscribió su función de revisión al estudio de dos tipos de problemas jurídicos: unos asociados a lo difícil que ha resultado identificar a los titulares del derecho a ser consultados sobre las leyes y las medidas administrativas de amplio alcance y otro que atañe a la exigibilidad de la consulta previa frente al caso específico de la Resolución 121 de 2012.

Para examinar los primeros -i) ¿Quiénes, en su condición de afrocolombianos, son titulares de derechos étnicos?; ii) ¿Era constitucionalmente válido supeditar la participación de las comunidades negras en la elección de los integrantes del *Espacio Nacional de Delegados* que creó la Resolución 121 de 2012 a que contaran con un título colectivo?; iii) ¿Qué organizaciones estarían legitimadas para representar a los afrocolombianos en la instancia de consulta previa de los proyectos e iniciativas de alcance nacional?- la Sala sintetizó el marco normativo de la protección especial que el Estado les debe a los afrocolombianos y dio cuenta de los parámetros a los que esta corporación ha sujetado el amparo de sus derechos fundamentales y los de sus comunidades.

Luego, con el fin de establecer si la Resolución 121 debió ser consultada con las comunidades interesadas, se refirió al contenido de este derecho fundamental y a su papel en la concreción de otras garantías fundamentales de las minorías étnicas, como sus derechos a la subsistencia, a la participación y a la autodeterminación.

Son esos, en principio, los aspectos que configuran el debate de fondo que acá se propone. Más adelante, conforme vaya avanzando en su estudio, la Sala deberá resolver otras disyuntivas que, de conformidad con lo probado en el expediente, han incidido en que los afrocolombianos no hayan podido ejercer su derecho a ser consultados sobre los proyectos de ley y las medidas administrativas de amplio alcance, en las condiciones contempladas en el Convenio 169 de la OIT y en la jurisprudencia de esta Corte.

Antes de ahondar en esos asuntos, la Sala verificará la procedibilidad formal de la tutela que interpuso el ciudadano Pérez Casseres, considerando los argumentos que motivaron a los jueces de instancia a declarar la improcedencia del amparo solicitado y otros factores que, en relación con el mismo tema, se discutieron en el trámite de revisión.

Examen de la procedibilidad formal de la acción de tutela.

5.3. La acción de tutela que acá se examina busca el amparo de los derechos fundamentales que el Ministerio del Interior les habría vulnerado a las comunidades negras del país al expedir la Resolución 121 de 2012, la cual, como se ha dicho, convocó al proceso de elección de los delegados que integrarían un espacio nacional para la consulta previa de algunas medidas de amplio alcance.

El accionante discutió que la participación de las comunidades negras en ese proceso electoral se hubiera supeditado a que contaran con un territorio colectivo adjudicado por el Incoder, pues dicha determinación discriminó a las comunidades que no tienen la condición de propietarias porque habitan en zonas urbanas, porque han sido víctimas de desplazamiento forzado, porque no están organizadas como consejo comunitario o, simplemente, porque se encuentran a la espera de obtener la titulación respectiva. Además, cuestionó que la integración del aludido espacio nacional de delegados no se hubiera sometido a un proceso de consulta previa, pese a que el mismo se utilizaría para agotar la consulta de varios proyectos de ley, medidas administrativas y otros actos que afectaban directamente a los afrocolombianos. [\[182\]](#)

5.4. Las decisiones objeto de revisión, adoptadas por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, no abordaron esa discusión. Los fallos, proferidos sin que el ministerio accionado hubiera contestado la acción de tutela, resolvieron que la solicitud de amparo era improcedente porque lo pretendido debía debatirse ante la jurisdicción contencioso administrativa y porque, de todas formas, no se demostró la inminente estructuración de un perjuicio irremediable que justificara la intervención urgente del juez constitucional.

Las sentencias cuestionaron, adicionalmente, que la tutela se hubiera dirigido contra un acto administrativo de carácter general, pese a que la jurisprudencia constitucional —en concreto, la Sentencia T-913 de 2008^{[\[183\]](#)}— descarta que estos tengan la capacidad de vulnerar derechos fundamentales, en la medida en que no crean, modifican ni extinguen situaciones jurídicas particulares. La Sala ad quem sostuvo al respecto que el juez constitucional “*no está habilitado para considerar el marco normativo que debe aplicarse al proceso de participación política de las comunidades negras y menos [para] realizar estimaciones sobre los criterios abstracto-generales bajo los cuales debe ejercer tal potestad la entidad accionada*”. Una conducta en ese sentido, advirtió, conduciría a alterar las reglas que regulan la libertad de configuración de las autoridades accionadas. Por eso, confirmó la decisión de primer grado.

Todo esto tiene que ver, en últimas, con el cumplimiento del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, que vincula su procedencia a que el peticionario no cuente con otro mecanismo judicial para solicitar la protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. La Sala se referirá,

entonces, a los argumentos que las autoridades judiciales de instancia plantearon al respecto.

- Sobre la existencia de otros mecanismos judiciales de defensa

5.5. Por definición, la acción de tutela procede en tres hipótesis concretas: cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa judicial para obtener el amparo de sus derechos fundamentales, cuando los mecanismos judiciales disponibles no son idóneos o resultan ineficaces para obtener la protección que se pretende y, finalmente, ante la inminente estructuración de un perjuicio irremediable.

El sentido de la naturaleza subsidiaria que el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991 le atribuyeron a la acción de tutela implica, entonces, que su procedibilidad formal esté vinculada, o bien a que el peticionario no cuente con otra herramienta jurídica para formular sus pretensiones o a que, si esta existe, no sea idónea ni eficaz para prodigar la protección que obtendría en este escenario.

En este caso, los jueces de instancia consideraron que no era la jurisdicción constitucional, sino la contencioso administrativa, la llamada a resolver la controversia que planteó el señor Pérez Casseres en relación con las posibles infracciones iusfundamentales a las que habría dado lugar la expedición de la Resolución 121 de 2012. En su criterio, el debate debió darse en el marco de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, por ser ese el mecanismo judicial que el legislador diseñó para debatir sobre la constitucionalidad, la legalidad o la validez de los actos administrativos, como la resolución que acá se cuestiona.

¿Era, entonces, la jurisdicción administrativa la llamada a resolver si la convocatoria efectuada por el Ministerio del Interior vulneró los derechos fundamentales a la participación, a la consulta previa y el derecho a la igualdad de las comunidades negras que, por no tener un título colectivo de dominio, no pudieron contar con un representante en el espacio nacional de delegados con el que se les consultarían algunos proyectos de ley y medidas administrativas de carácter general? La Sala estima que no, por las razones que pasa a explicar.

5.6. El primer aspecto que hay que considerar al estudiar las tutelas que buscan el amparo del derecho de las minorías étnicas a ser consultadas sobre las decisiones susceptibles de afectarlas es el que tiene que ver con la manera en

que las consultas contribuyen a preservar su integridad étnica, social, económica y cultural y su subsistencia como grupo humano.

La idea de que los procesos consultivos son un escenario esencial para asegurar la pervivencia física y la protección de las costumbres y tradiciones de esas colectividades explica, en efecto, que la Corte haya respaldado, desde sus primeras sentencias, la competencia del juez de tutela para impartir las órdenes que aseguren que estas sean informadas oportunamente sobre los proyectos que impacten sobre sus territorios o sus formas de vida y para que cuenten con la oportunidad de evaluar su impacto y de incidir en la reformulación de la decisión de que se trate.

Así lo hizo la Sentencia SU-039 de 1997^[184], que revisó la tutela que el Defensor del Pueblo, actuando en representación de varios integrantes del grupo indígena U'wa, promovió contra un acto administrativo mediante el cual se concedió una licencia ambiental para realizar trabajos de exploración petrolífera en territorio de esa comunidad, sin que, antes, se hubiera agotado el respectivo proceso de consulta.

Dado que las accionadas se opusieron a la solicitud de amparo con el argumento de que el escenario idóneo para cuestionar la licencia no era la acción de tutela, sino la de nulidad y restablecimiento del derecho, la Corte precisó su jurisprudencia sobre la compatibilidad de la acción constitucional y las acciones contencioso administrativas, en especial, ante la posibilidad de que a través de estas últimas se ordene la suspensión provisional del acto administrativo que causó la infracción iusfundamental.

El fallo recordó que la tutela y la medida de suspensión provisional protegen derechos de distinta naturaleza. Así, mientras la primera persigue la salvaguarda de derechos constitucionales fundamentales, la segunda busca impedir la ejecución de actos administrativos que violan el ordenamiento jurídico y que, por ello, perjudican a alguna persona. La medida, por lo tanto, se dirige a la protección de derechos con rango legal, aunque, por cuenta suya, pueda lograrse también la defensa de derechos fundamentales.

El hecho de que la perspectiva del juez contencioso administrativo sea distinta a la del juez constitucional explica que la acción de tutela y las acciones contenciosas sean compatibles, incluso, si el afectado no solicitó la suspensión provisional del acto administrativo que habría infringido sus derechos fundamentales, o si lo hizo, pero el juez contencioso adoptó una decisión

adversa a sus intereses.^[185] La tutela, concluyó la Corte, es procedente en ambos eventos porque es el juez constitucional quien tiene la misión de lograr la efectividad de los derechos fundamentales.

La Sentencia SU-383 de 2003^[186] invocó los mismos argumentos al resolver la tutela que formuló la Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonía colombiana con el objeto de que se protegiera el derecho de sus comunidades a ser consultadas sobre el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos que se estaba adelantando en sus territorios. Esta vez, la Corte resaltó el compromiso de las autoridades con la conservación de la autonomía de las minorías étnicas y llamó la atención sobre la importancia de facilitar el ejercicio de sus derechos fundamentales, dadas las condiciones de opresión, explotación y marginalidad que han enfrentado históricamente. Sobre esos supuestos, determinó que *“no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia”*.^[187]

5.7. Las reglas de procedencia que formularon esas decisiones de unificación han sido reiteradas de forma constante y pacífica en la jurisprudencia de la Corte.^[188] De ahí que, ante controversias relativas al amparo del derecho a la consulta previa en las que se plantee la necesidad de que los accionantes agoten otros mecanismos ordinarios de defensa, el juez constitucional deba considerar i) el carácter de derecho fundamental que se le reconoce a la consulta previa, ii) que es él el funcionario responsable de asegurar el ejercicio eficaz de esa categoría de derechos y que iii) las condiciones especiales de vulnerabilidad que suelen enfrentar las comunidades indígenas y tribales justifica que sea esta vía excepcional el escenario idóneo para evitar la lesión de sus derechos.

La Sala estima, en consecuencia, que la controversia que planteó el señor Pérez Casseres acerca de la eventual infracción del derecho de las comunidades negras a ser consultadas sobre la integración del espacio de consulta de las medidas de amplio alcance debía abordarse en este contexto, y no en el marco de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como lo pretendieron las salas de instancia.

El hecho de que fuera este el escenario idóneo para estudiar las pretensiones de amparo, en los términos que acaba de explicarse, descarta, además, que el accionante tuviera la carga de demostrar la inminente estructuración de un perjuicio irremediable, como lo indicaron los jueces de instancia. La Sala, por

lo tanto, continuará el examen de procedencia formal de la petición de amparo formulada por el señor Pérez Casseres examinando el argumento alusivo a la supuesta imposibilidad de cuestionar actos administrativos de contenido general, como la Resolución 121 de 2012, a través de la acción de tutela.^[189]

-Sobre la procedibilidad de la acción de tutela frente a actos administrativos de contenido general

5.8. Sostuvieron las Salas de instancia que los actos administrativos de carácter general no tienen la capacidad de vulnerar derechos fundamentales, porque no crean, modifican ni extinguen situaciones jurídicas particulares. Como fundamento de esta tesis, la Sala *ad quem* citó la Sentencia T-913 de 2008, que confirmó la improcedencia de una tutela que cuestionaba un acto administrativo de contenido general mediante el cual se convocó a un concurso de méritos para la provisión de cargos en la Fiscalía General de la Nación.

El fallo indica en su parte motiva que existe una regla general de improcedencia de las tutelas que se dirigen contra actos administrativos de carácter general y abstracto, pero reconoce, de inmediato, que tales actuaciones pueden controvertirse por esta vía cuando involucran el desconocimiento de derechos fundamentales. De hecho, la decisión de improcedencia que se adoptó en esa ocasión no tuvo que ver con que la solicitud de amparo se dirigiera contra un acto administrativo de contenido general, sino con que no cumplía con los requisitos de subsidiariedad e inmediatez. La regla aplicada por el tribunal de instancia parte, en esos términos, de una lectura equivocada del citado fallo de revisión.

¿Es posible, entonces, que un acto administrativo de contenido general, impersonal y abstracto sea cuestionado a través de una acción de tutela? La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en que esta no es la vía para anular por vicios de inconstitucionalidad o de legalidad este tipo de actos, pues, para ello, el legislador puso a disposición de los interesados las acciones correspondientes ante la jurisdicción contencioso administrativa. Es, sobre ese supuesto, que el Decreto 2591 de 1991 califica como improcedentes las tutelas que se dirijan contra “*actos de carácter general, impersonal y abstracto*”.^[190]

La situación es distinta cuando la aplicación de un acto administrativo de contenido general lesiona derechos fundamentales en un caso concreto. En esos eventos, la tutela sería procedente, no para anular el acto administrativo cuestionado, sino para evitar que siga perjudicando a determinado ciudadano.

Tal conclusión exige hacer una precisión preliminar: en contravía de lo indicado por las autoridades judiciales de instancia, los actos administrativos de contenido general sí pueden vulnerar derechos fundamentales. La jurisprudencia de esta corporación lo ha constatado en varios casos. Quizá el más icónico sea el del Acuerdo Distrital 080 de 2007, que reglamentó lo que en su momento se denominó “muros de la infamia”, esto es, la difusión de la información personal de las personas condenadas por delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales, cuyas víctimas fueran menores de edad en Bogotá.^[191]

Las sentencias T-1037 de 2007^[192] y T-772 de 2008^[193] examinaron las tutelas que varios condenados por este tipo de delitos promovieron contra el citado acuerdo, sobre el supuesto de que vulneraba sus derechos al buen nombre y a la intimidad personal y familiar. Pero, antes de determinar si se había configurado tal infracción iusfundamental, debieron establecer la procedencia formal de las tutelas, considerando que el acuerdo acusado era un acto administrativo de contenido general y abstracto.

Ambos fallos coincidieron en que las tutelas eran procedentes, porque no controvertían el acuerdo distrital como tal, sino los efectos que producía frente a la situación particular de cada peticionario. La solicitud de amparo no buscaba, por lo tanto, un pronunciamiento sobre la conformidad o no del acuerdo con la Constitución, sino impedir que el mismo fuera aplicado, ante la amenaza que representaba para sus derechos fundamentales.

En vista de esas circunstancias, la Corte resolvió que el examen de procedencia de las tutelas promovidas contra actos administrativos de carácter general debía supeditarse al cumplimiento de dos condiciones. Primero, a la existencia de una amenaza cierta de que la aplicación del acto administrativo afectaría los derechos fundamentales del accionante y, segundo, a la satisfacción del requisito de subsidiariedad. En consecuencia, debía comprobarse que el actor no acudió a las vías ordinarias porque estaba expuesto a un perjuicio irremediable.

Llevadas tales consideraciones al asunto objeto de examen, la Sala encuentra descartados, de nuevo, los argumentos de las decisiones que acá se revisan, ya que, como se ha dicho, la tutela sí procede excepcionalmente contra actos administrativos de carácter general, cuando su interposición busca evitar que se vulneren los derechos fundamentales de un sujeto específico.

En esas circunstancias, las autoridades judiciales tenían la carga de verificar si la solicitud de amparo cumplía las reglas antedichas, esto es, si comprometían algún derecho fundamental del accionante y si, en ese caso, era este el único mecanismo judicial con el que contaba para obtener la protección que reclama. Lo que no era viable era apelar al argumento de la improcedencia sobre la base de unos criterios que no han sido avalados por la jurisprudencia constitucional. Corresponderá a la Sala, entonces, establecer si el presente caso satisface tales condiciones.

Haría falta volver, entonces, sobre las precisiones efectuadas previamente acerca del perjuicio inminente que la Resolución 121 de 2012 representaba para las comunidades afrocolombianas que no fueron convocadas a participar en la elección de los integrantes del *Espacio Nacional de Delegados*. Sin embargo, la Sala no puede pasar por alto que la acción de tutela que cuestionó tal resolución no fue promovida por una comunidad negra, sino por el ciudadano Moisés Pérez Casseres. Habrá que verificar, entonces, si el accionante está legitimado para reclamar la protección de los derechos fundamentales que se les habrían vulnerado a esas comunidades por cuenta de la expedición de referido acto administrativo.

Sobre la legitimación por activa del señor Moisés Pérez Casseres para promover la acción de tutela.

5.9. Como se ha expuesto, el señor Pérez Casseres interpuso la tutela para obtener el amparo de los derechos fundamentales que el Ministerio del Interior les habría vulnerado a las comunidades negras del país, al expedir la Resolución 121 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”*.

Las comunidades negras afectadas por dicha decisión serían aquellas que no contaban con un título colectivo de dominio para la fecha de la expedición del acto administrativo. Dentro de ese grupo estarían incluidas, según lo indicó el accionante, las comunidades afrocolombianas que residen en zonas urbanas, las que han sido víctimas de desplazamiento forzado e incluso, las que se encuentran organizadas como consejo comunitario pero no han logrado la titulación de sus tierras.

El señor Pérez Casseres no indicó, sin embargo, a nombre de qué comunidades interpuso la acción de tutela. Fue solo al impugnar el fallo de primer grado que mencionó a algunas de las que, a su juicio, se habrían visto perjudicadas por la resolución. En concreto, se refirió a la asociación de consejos comunitarios del norte del Cauca, la asociación de consejos comunitarios de Suárez, el consejo comunitario Hormiguero, el consejo comunitario el Hoyo y la asociación de consejos comunitarios del Caribe.

Por eso, en sede de revisión, y con el objeto de verificar la legitimación del señor Pérez Casseres para reclamar la protección de los derechos fundamentales eventualmente vulnerados en este caso, el magistrado ponente le pidió informar sobre su relación con las comunidades mencionadas.

En su respuesta, el actor precisó que su vínculo con la asociación de consejos comunitarios del norte del Cauca, la asociación de consejos comunitarios de Suárez, el consejo comunitario de Hormiguero, el consejo comunitario del Hoyo y la asociación de Consejos Comunitarios del Caribe se deriva de los lazos de familiaridad y consanguinidad que tiene con los habitantes de dichas comunidades, de su afinidad política, pues son integrantes del Proceso de Comunidades Negras, y del hecho de que todos sean víctimas de violaciones a los derechos humanos.

De todas maneras, explicó que la tutela fue promovida por iniciativa de un grupo de organizaciones y consejos comunitarios, como la Corporación para el Desarrollo de las Comunidades Afrocaribeñas Jorge Artel, de la que él hacía parte y que trabaja por la reivindicación de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras de Cartagena y de la Costa Caribe colombiana; el Proceso de Comunidades Negras y los consejos comunitarios Amanaguapo, de San Cristóbal, Paraíso, Islas del Rosario.

Más tarde, hizo llegar a esta corporación seis documentos, suscritos por los representantes del Palenque Afrourbano de Tumaco^[194], de la Asociación de Mujeres Afrodescendientes y del Caribe Graciela Cha-Inés^[195], de la Asociación de Consejos Comunitarios de Negritudes del Norte del Cauca^[196], del Consejo Comunitario de Comunidades Negras Juan Oval Arrincón Amela^[197], de la Asociación de Organizaciones de Comunidades Negras del Cesar “Ku-Suto”^[198] y de la Asociación Municipal de Consejos Comunitarios Afrodescendientes del Municipio de Suárez, Cauca^[199], en los que tales organizaciones respaldaban la acción de tutela y se identificaban como directamente afectadas por lo decidido en la Resolución 121 de 2012.

5.10. Esta corporación ha insistido en que la procedibilidad de las tutelas promovidas por minorías étnicas y, en general, por grupos y sujetos en situación de vulnerabilidad debe examinarse con criterios ponderados. Tal flexibilización tiene su justificación en la necesidad de derribar los obstáculos y las limitaciones que han impedido que estas poblaciones accedan a los mecanismos judiciales que el legislador diseñó para la protección de sus derechos en las mismas condiciones en que pueden hacerlo otros sectores de la población.

En aras de compensar esas dificultades y de hacer efectivo el deber de especial protección que las autoridades y, en especial, los jueces de tutela, tienen frente a los grupos y sujetos de especial protección constitucional, la Corte ha admitido, por ejemplo, que las tutelas que buscan el amparo de los derechos fundamentales de una comunidad étnica sean instauradas por cualquiera de sus integrantes, o incluso, por las organizaciones que agrupan a los miembros de la comunidad de que se trate.

Esa posibilidad, que, se insiste, busca facilitar el acceso a la justicia de poblaciones tradicionalmente alejadas del aparato judicial por razones de aislamiento geográfico, postración económica o por su diversidad cultural, tiene plena justificación en el marco de un Estado comprensivo de la diversidad étnica y de las especificidades que caracterizan a aquellos grupos que se identifican como culturalmente distintos de la sociedad dominante.

Las concesiones que la Corte Constitucional ha hecho en este sentido —al flexibilizar las condiciones de procedibilidad de las tutelas promovidas para salvaguardar derechos fundamentales de las colectividades étnicamente diferenciadas— responden también a la necesidad de asegurar que las autoridades cumplan con sus compromisos frente a la protección de las poblaciones indígenas y tribales. Recuérdese, al respecto, que el Convenio 169 de la OIT, incorporado al ordenamiento interno por la Ley 21 de 1991, compromete a sus Estados parte a proteger a los pueblos interesados contra la violación de sus derechos y a asegurar que puedan iniciar procedimientos legales, “*personalmente o por conducto de sus organismos representativos*”, para asegurar que tales derechos sean respetados^[200].

En ese orden de ideas, y considerando que los representantes legales de seis organizaciones dedicadas a la reivindicación de los derechos de las comunidades negras apoyaron la solicitud de amparo que interpuso el señor Pérez Casseres y dieron cuenta de la manera en que la Resolución 121 de 2012 vulneró sus derechos

a la participación y a la consulta previa, la Sala encuentra demostrado, con suficiencia, que el accionante estaba legitimado para promover la presente acción de tutela.

Hace falta recordar, solamente, que la Resolución 121 comporta una amenaza cierta para los derechos fundamentales de las comunidades que hacen parte de esas organizaciones, en los términos expuestos antes, y que el requisito de subsidiariedad de la solicitud de amparo fue plenamente satisfecho, pues, como se explicó, es esta la vía idónea para abordar las controversias relativa a la eventual infracción de los derechos fundamentales de las minorías étnicas.

Declarar improcedente una tutela promovida por estas colectividades con el pretexto de que su solicitud incumple ciertos requisitos procedimentales que por cuenta de su condición de vulnerabilidad no le son exigibles resulta, en ese contexto, inaceptable, como lo han indicado los precedentes jurisprudenciales citados en la parte motiva de esta providencia.^[201] Por esos motivos, la Sala revocará las decisiones de instancia, en tanto declararon improcedente la solicitud de amparo, y abordará, a continuación, su estudio de fondo.

Examen de la procedibilidad material de la acción de tutela.

Cuestión previa. La Sentencia T-823 de 2012 y su relación con el asunto que acá se decide.

5.11. Al sintetizar los precedentes constitucionales que han analizado eventuales infracciones de los derechos fundamentales de las comunidades negras, la Sala calificó como paradigmático el caso analizado por la Sentencia T-823 de 2012^[202], que, tras amparar los derechos fundamentales a la libre determinación y a la participación del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de La Plata Bahía Málaga, ordenó inaplicar por inconstitucional la resolución que acá se analiza y expedir nuevas directrices para elegir a los representantes de las comunidades negras ante las comisiones consultivas de alto nivel y departamentales, de conformidad con los parámetros contemplados en la parte motiva de esa providencia.

El asunto examinado por el fallo tiene, en efecto, una relación innegable con el caso que acá se decide, pues permitió que la Sala Séptima de Revisión valorara la Resolución 121 de 2012, cuestionada por el señor Pérez Casseres, a la luz del principio de participación consagrado en la Carta Política y de los fundamentos normativos y jurisprudenciales que reconocen a las comunidades negras como

un sujeto de especial protección en virtud de su diversidad étnica. Las conclusiones a las que llegó la Sentencia T-823 de 2012 resultan esenciales para la solución de la presente controversia, como, de hecho, lo advirtió esta Sala de Revisión cuando le ordenó al Ministerio del Interior suspender provisionalmente la aplicación de la Resolución 121, de todos los procesos consultivos, medidas y diligencias que estuviera adelantando a su amparo y de los actos administrativos que hubiera proferido en desarrollo de la misma. Por eso, antes de abordar el debate propuesto, es necesario establecer si lo resuelto en aquella oportunidad limita, de alguna forma, el ámbito del presente pronunciamiento. Para responder esa pregunta hace falta analizar, nuevamente, el contenido de la citada sentencia.

5.12. Como se expuso en el fundamento jurídico 3.37. de esta providencia, la Sentencia T-823 de 2012 examinó la tutela que el consejo comunitario de La Plata Bahía Málaga promovió contra la Gobernación del Valle del Cauca, debido a que esta se había negado a convocar a los consejos comunitarios del departamento a la elección de sus representantes en las comisiones consultivas contempladas en el Decreto 3770 de 2008.^[203]

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas comprobó que el retraso en la convocatoria no se le podía atribuir a la Gobernación accionada, sino al Ministerio del Interior, que es la entidad competente para dictar las directrices sobre la materia y que, de hecho, tenía pendiente esa tarea desde 2010, cuando el Consejo de Estado declaró nulos los apartes del Decreto 2248 de 1995 que permitían que los representantes de las comunidades negras en la Comisión Consultiva de Alto Nivel y en las consultivas departamentales fueran elegidos por representantes designados por las organizaciones de base.^[204]

La Sala criticó que el ministerio no hubiera acatado inmediatamente el fallo, y que, en lugar de ello, hubiera seguido adelantando los procesos de participación y consulta previa de las comunidades negras a través de la consultiva de alto nivel y de las consultivas departamentales, que habían perdido su legitimidad por cuenta de la referida decisión judicial^[205]. También cuestionó que el ministerio solo hubiera anunciado su intención de expedir un acto administrativo que solucionara el tema cuando las comunidades reclamaron la conformación del nuevo órgano de consulta y que les hubiera pedido a las gobernaciones del país abstenerse de convocar la elección de los nuevos consultivos hasta tanto no se hubiera expedido dicho acto administrativo.^[206]

Esto solo ocurrió en enero de 2012, más de un año después del fallo del Consejo de Estado, y días después de que el Juzgado Segundo Administrativo de Cali hubiera resuelto la tutela que formuló Hoover Eladio Carabalí Playonero en representación del Consejo Comunitario de La Playa Bahía Málaga.

Es en ese punto donde el asunto revisado por la Sentencia T-823 de 2012 y la controversia formulada por el señor Pérez Casseres se encuentran. Dado que la Resolución 121 convocó a los consejos comunitarios con título colectivo adjudicado por el Incoder y a los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a elegir a quienes los representarían en un espacio nacional de comunidades negras, la Sala Séptima de Revisión la examinó, para determinar si, por cuenta de su expedición, se había superado la infracción iusfundamental denunciada por el señor Carabalí Playonero.

El fallo descartó que esto hubiera ocurrido. Según expuso, el mecanismo de representación creado por la Resolución 121 de 2012 no garantizó los derechos fundamentales de los peticionarios, porque se integró solamente con representantes de comunidades negras organizadas en consejos comunitarios con título colectivo, en detrimento de aquellas comunidades que están en proceso de titulación, de las que habitan en áreas urbanas, en predios que no tienen la naturaleza de baldíos y de aquellas que se encuentran en situación de desplazamiento. Además, la sentencia criticó que el mecanismo de representación no se hubiera creado en un escenario de participación, concertación y consulta con las comunidades.

Sobre esos supuestos impartió las órdenes mencionadas previamente: resolvió inaplicar por inconstitucional, frente al caso concreto del Consejo Comunitario de la Plata Bahía Málaga, la Resolución 121 del 30 de enero de 2012 y ordenó expedir las nuevas directrices a las que se sujetaría la elección de los representantes de las comunidades negras **ante las comisiones consultivas de Alto Nivel y departamentales**, en un término no superior a seis meses, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia y teniendo en cuenta, en particular, un enfoque diferencial de esta población.

5.13. Pues bien, como se expuso, esta Sala se refirió al contenido de la Sentencia T-823 de 2012 en el auto del cuatro (4) de diciembre de ese mismo año, para efectos de establecer la viabilidad de suspender provisionalmente la Resolución 121 de 2012, de conformidad con lo solicitado por el accionante y por el Observatorio de Discriminación Racial.

En aquella ocasión, constató que la decisión adoptada por la Sala Séptima de Revisión de Tutelas guardaba similitud con lo que habría de evaluarse en el marco del presente trámite, por dos razones: porque los elementos examinados en cada caso tenían que ver con las dificultades que han bloqueado el fortalecimiento de los espacios destinados a garantizar el derecho a la participación de los afrocolombianos y porque, para establecer si los derechos fundamentales de la comunidad del consejo comunitario de La Plata Bahía Málaga habían sido vulnerados por el hecho de que no se les hubiera convocado a elegir a sus representantes en la consultiva departamental del Valle del Cauca, la sentencia T-823 de 2012 evaluó la correspondencia de la Resolución 121 de 2012 con la Carta Política, lo cual tocaba directamente con el debate jurídico que habría de abordar la Sala Novena.

Sin embargo, esas similitudes no implicaban que ambos procesos trataran problemáticas constitucionales idénticas. El auto explicó, al respecto, que mientras la Sala Séptima de Revisión se había ocupado de *“aquellos aspectos de la Resolución 121 que resultaban relevantes para materializar la protección oportuna y eficaz de los derechos fundamentales del Consejo Comunitario de La Plata Bahía Málaga”* ^[207], la Sala Novena había orientado su tarea de revisión constitucional *“a una evaluación del alcance global del citado acto administrativo que, además de verificar la contradicción que existiría entre la fórmula ideada por el Ministerio del Interior y los postulados constitucionales que garantizan los derechos a la participación y a la autodeterminación de los afrocolombianos, busca establecer si el citado mecanismo debía ser objeto de consulta previa; identificar quienes serían, en ese evento, los destinatarios del respectivo proceso consultivo y averiguar por las barreras institucionales que han impedido que los afrocolombianos consoliden espacios concretos de participación para interceder ante las instancias gubernamentales”*. ^[208] Por eso, concluyó, el presente fallo de revisión debía valorar la problemática abordada por la Sentencia T-823 de 2012 y armonizar lo que allí se decidió con lo que habría de resolverse en este marco. ^[209]

5.14. Esas consideraciones confirman que el debate sobre las consecuencias que la expedición de la Resolución 121 de 2012 tuvo frente a la garantía de los derechos fundamentales a la participación y a la consulta previa de las comunidades negras no se agotó con la Sentencia T-823 de 2012, toda vez que, se insiste, dicho fallo se limitó a analizar ese acto administrativo en el marco específico de la infracción del derecho fundamental a la participación del consejo comunitario accionante, y no en el ámbito de la problemática estructural que supone el hecho de que las comunidades negras del país no cuenten con una

instancia para la consulta previa de las medidas de amplio alcance que puedan afectarlas directamente.

La diferencia sustancial que eso supone descarta la eventual estructuración del fenómeno de la cosa juzgada constitucional frente al pronunciamiento que se hará en este ámbito. En todo caso, existe un factor adicional que ratifica la competencia de la Sala frente a la controversia planteada por el señor Pérez Casseres y las comunidades que respaldaron la acción de tutela que acá se estudia: la Sentencia T-823 de 2012 amparó el derecho a la participación que se les vulneró a las comunidades negras del país por cuenta del retraso en la convocatoria del proceso para la elección de sus representantes en las **comisiones consultivas** de Alto Nivel y departamentales contempladas en la Ley 70 de 1993 y en sus decretos reglamentarios. Esta Sala de Revisión, en cambio, circunscribirá su decisión a determinar las infracciones iusfundamentales en las que pudo incurrir el Ministerio del Interior al circunscribir la participación de las comunidades negras en la **instancia de consulta previa** de las medidas de amplio alcance que puedan afectarlas a criterios que, de conformidad con lo alegado por el accionante y por los intervinientes, excluyen a un amplio sector de los afrocolombianos que no están organizados como consejos comunitarios ni cuentan con un título colectivo de dominio, pero integran comunidades étnicamente diversas que son titulares del derecho a la consulta previa, de conformidad con lo previsto en la Constitución y en el Convenio 169 de la OIT.

5.15. Dado que la Sentencia T-823 de 2012 valoró las condiciones de acceso de las comunidades negras a uno de los mecanismos concretos que ideó el legislador para propiciar su participación en las decisiones que las afecten –la consultiva de alto nivel y las consultivas departamentales- pero no se pronunció sobre el escenario concreto a través del cual debería garantizarse el ejercicio de su derecho fundamental a la consulta previa, como lo hará esta providencia, no constituye, tampoco, un precedente vinculante para los efectos de la decisión que aquí se adopte. ^[210]

En ese orden de ideas, la Sala reafirma su propósito de armonizar lo resuelto por la Sala Séptima de Revisión con lo que acá se decida, teniendo como punto de partida la regla aplicada en dicho fallo sobre la imposibilidad de supeditar el ejercicio de los derechos de participación y de las comunidades negras a que estas cuenten con un título colectivo de dominio.

Los debates que, según se ha visto, no abordó esa providencia, debido a las particularidades propias del asunto que resolvió, marcan el camino que la Sala deberá seguir, ahora, al valorar los dilemas constitucionales que en esta ocasión se propuso resolver, relacionados con la integración del órgano de consulta previa de las medidas de amplio alcance que puedan afectar directamente a las comunidades negras. Pasa la Sala, entonces, a decidir lo pertinente.

Solución del primer problema jurídico. ¿Quiénes, en su condición de afrocolombianos, son titulares de derechos étnicos?

“Aunque sí hubo un proyecto de etnización identificable en el texto final de la Ley 70, todavía queda mucho por hacer en este campo: la etnización de la población afrocolombiana no se puede definir como un proceso acabado, menos aún en un acontecer colombiano sobrecargado de perturbaciones e incertidumbres y en un contexto global en el que las identidades asumen roles insospechados, desafiando conceptos como el Estado-Nación y configurando nuevas realidades culturales, políticas y sociales”.

(Movimiento Social Afrocolombiano, Negro, Raizal y Palenquero: El largo camino hacia la construcción de espacios comunes y alianzas estratégicas para la incidencia política en Colombia. M. Wabgou et al. Universidad Nacional de Colombia, 2012).

5.16. Los organismos de control, las instituciones académicas, las personas y las comunidades que intervinieron en el trámite de revisión constitucional coincidieron al advertir la manera en que las dificultades intrínsecas a la tarea de identificar a quienes, como afrocolombianos, pueden considerarse titulares de derechos étnicos como la consulta previa han bloqueado los intentos que desde la institucionalidad y por iniciativa de las propias comunidades negras se han llevado a cabo en aras de construir una instancia representativa que permita consultar con ellas las medidas de amplio alcance susceptibles de afectarlas directamente.

En particular, los intervinientes se refirieron a lo complejo que ha resultado entender que el sujeto jurídico afrodescendiente ostenta derechos individuales y colectivos, que en virtud de sus reivindicaciones puede ser identificado como población vulnerable, grupo étnico, pueblo, comunidad o individuo y que la protección que merece tiene que ver tanto con la necesidad de compensar años

de exclusión y abandono institucional como con la aspiración de proteger su diversidad étnica.

5.17. El relato efectuado en la parte motiva de esta providencia acerca de las discusiones que signaron el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana en la Carta de 1991 y, en particular, sobre los distintos factores que incidieron en la caracterización de las comunidades negras como un sujeto colectivo de derechos buscaba contextualizar ese debate, dando cuenta de las complejidades que suelen acompañar los procesos de construcción identitaria, como el que, al menos desde el punto de vista jurídico, y frente al caso específico de los afrocolombianos, ha tenido lugar desde que la nueva Constitución y la Ley 70 de 1993 inscribieron a esta población dentro de la categoría de alteridad que la hace merecedora de una protección especial.

De conformidad con lo que se expuso entonces, la Sala pudo constatar, primero, que la introducción de la noción de comunidad negra en la Carta Política y en la Ley 70 fue el resultado de una serie de procesos políticos y sociales complejos que exigieron conciliar una multiplicidad de intereses en un escenario que, en principio, se resistió a reconocer a los afrocolombianos como poseedores de una identidad étnica común y de un status diferenciado equivalente al que se les había reconocido a los grupos indígenas. Se verificó, también, que uno de los principales desafíos que los constituyentes y los integrantes de la comisión que redactó el contenido de la Ley 70 enfrentaron en su intento por lograr que la identidad diferenciada de los afrocolombianos fuera reconocida en el plano jurídico fue el que tuvo que ver con la identificación de unos rasgos comunes que condujeran a caracterizarlos como una colectividad distinta de la sociedad mayoritaria.

La búsqueda de unas tradiciones y usos compartidos capaces de evocar un sentido de pertenencia entre quienes pretendían hacer un uso estratégico de la identidad negra estuvo influida por el contexto de las movilizaciones políticas que los campesinos negros venían dando desde hacía varios años en la región del Pacífico para proteger sus tierras y su entorno. Las orillas de los ríos del Pacífico colombiano, escenario en que surgió el movimiento social negro, se convirtieron en el punto de referencia para la construcción de una idea de sujeto colectivo que, hoy en día, sigue siendo controvertida.

5.18. En su momento, la Sala señaló las distintas preocupaciones que suscitó el hecho de que la Constitución solo hubiera mencionado a las comunidades negras en una disposición transitoria que aspiraba a reconocer el derecho a la

propiedad colectiva de algunas de ellas: las que ocupaban las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico y otros territorios de condiciones similares. Adicionalmente, advirtió la polémica que generó el que, después, la Ley 70 de 1993 hubiera vinculado la noción de *comunidad negra* a la existencia de una relación campo-poblado.^[211]

No obstante, también explicó que esas controversias partían del supuesto equivocado de que el artículo 55 transitorio y la Ley 70 son las únicas fuentes normativas del trato preferente que el Estado debe prodigarles a los afrocolombianos, cuando, en realidad, la especial protección que merecen por cuenta de las persecuciones que han padecido históricamente, por la manera en que las prácticas discriminatorias y excluyentes de las que han sido víctimas los han situado en una situación de desventaja en el acceso a las oportunidades previstas para el resto de la sociedad y por el valor que representa para la Nación su diversidad étnica y cultural tienen un fundamento más amplio: los postulados constitucionales que identifican a Colombia como un Estado Social de Derecho multicultural, participativo y pluralista, la cláusula constitucional de igualdad, los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que han sido incorporados al ordenamiento interno por vía del bloque de constitucionalidad y en general, todas las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que consagran el contenido y alcance de los derechos fundamentales reconocidos a las minorías étnicas.^[212]

Es con esa perspectiva que la Sala deberá abordar el examen del primer problema jurídico que suscitó la tutela promovida por el señor Casseres, relativo a la necesidad de identificar los lineamientos para determinar quiénes pueden, como afrocolombianos, reclamar para sí la titularidad de los derechos étnicos diferenciados que el Convenio 169 de la OIT y la Constitución les reconocen a los pueblos indígenas y tribales.

Tal labor, se aclara, no implica que la Sala vaya a definir unos supuestos en virtud de los cuales deba considerarse o descartarse que una comunidad negra existe como minoría étnica. La Sala entiende, por el contrario, que no le corresponde a ella ni a ninguna autoridad judicial o administrativa decidir sobre la existencia de un grupo que se proclama étnicamente diverso. Su función en esos casos se limita a identificar unos criterios que conduzcan a dirimir los conflictos sobre la adjudicación de los derechos especiales que materializan el mandato de protección de la diversidad étnica y cultural, como recientemente lo indicó la Sentencia T-294 de 2014^[213].

5.19. A la imposibilidad de que las agencias del Estado o los jueces se atribuyan la facultad de decidir sobre la identidad diversa de una comunidad étnica se ha referido esta corporación en varias oportunidades. Sin embargo, las providencias que se han pronunciado al respecto lo habían hecho, puntualmente, con el objeto de dar cuenta de la preeminencia que tiene en ese tipo de disputas el elemento de autoidentificación, esto es, la conciencia de las comunidades sobre su identidad étnica.^[214] La Sentencia T-294 de 2014 parte de esa perspectiva para advertir, además, sobre las distintas tensiones que entraña el reconocimiento de las identidades étnicamente diversas y sobre el papel que debe cumplir el juez constitucional en ese escenario. Sobre el primer asunto, el fallo señala:

“El reconocimiento de identidades culturalmente diversas puede llegar a convertirse en una cuestión altamente disputada en el contexto del constitucionalismo pluralista o multicultural, y particularmente en situaciones de marcada inequidad social y de necesidades básicas insatisfechas para amplios sectores de población. En estos contextos, algunas comunidades pueden percibir que movilizar con éxito una identidad étnica, que en muchos casos se había perdido o de la que habían sido despojadas como resultado de los procesos de aculturación y “blanqueamiento”, se convierte en una vía menos tortuosa para lograr el acceso a recursos escasos e incluso, en ocasiones, la garantía de bienes básicos, como salud, vivienda, educación, alimentación, participación, etc., a través del acceso a acciones afirmativas, o de otros derechos reservados a los grupos étnicos. Tal circunstancia, sumada en todo caso al cambio en la valoración de la diversidad cultural, explica en buena medida los fenómenos de re-emergencia étnica que, si bien en el caso colombiano anteceden la expedición de la Carta de 1991 y la ratificación del Convenio 169 de 1989, sin duda han encontrado un importante estímulo en el nuevo modelo de relación con la alteridad que con ellos pretende instaurarse”.

La sentencia explica que, en esas circunstancias, reconocer de forma incondicionada la identidad culturalmente diversa de todos aquellos que la reclaman para acceder a los derechos étnicos resulta tan cuestionable como negar dicho reconocimiento a aquellas comunidades que enfrentan un proceso de reconstrucción, de reconfiguración de su identidad o que están situadas en un espacio liminar o de “frontera étnica”.

El primer escenario puede propiciar la trivialización de las reivindicaciones identitarias de las comunidades indígenas, negras, raizales, palenqueras y gitanas; fomentar conflictos entre ellas y tornar inoperante el régimen de derechos diferenciados previsto en la Constitución. El segundo es inconveniente desde el punto de vista epistémico y desde el punto de vista jurídico, pues supone un ejercicio de criterios hegemónicos de autoridad, anclados a visiones esencialistas del “otro”, y representa una injerencia indebida del Estado en el derecho a la autodeterminación de las minorías étnicas.

Ahora bien, ¿Qué rol debe asumir el juez constitucional en ese contexto? La Sentencia T-294 de 2014 aclara que no le compete *“dirimir por vía de autoridad las disputas en torno al reconocimiento de la identidad étnica de un individuo o grupo que la reclama para sí. Pero sí es su tarea, y no puede sustraerse a ella, guardar la integridad y supremacía de la Constitución, lo que implica velar por el efectivo cumplimiento del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural y porque el régimen de derechos establecido a favor de los grupos étnicos sirva al propósito de revertir las situaciones de marginación que a lo largo de la historia han padecido estas comunidades”*. La función del juez constitucional consiste, por lo tanto, en establecer y aplicar unos criterios para resolver las disputas sobre la adjudicación de los derechos vinculados a la identidad étnica, no en definir dicha identidad.

Surge, entonces, otro cuestionamiento, relativo a la posibilidad de que el juez se sustraiga del vínculo identidad-derechos al aplicar esas pautas en casos concretos. El fallo reconoce que, en realidad, no es posible, porque la decisión en torno a la posibilidad de amparar aquellos derechos que dependen de la identidad cultural diversa supone, necesariamente, un “poder de definición de la disputa identitaria”. En ese sentido, concluye:

“El juez constitucional tiene una competencia legítima para dirimir con autoridad la disputa en torno a los derechos que están en juego; no la tiene, en cambio, para definir la controversia en torno a la identidad de quienes reclaman su protección. No obstante, su decisión sobre lo primero se proyecta e influye de manera decisiva en lo segundo. Y este Tribunal, pese a reconocer que carece de competencia legítima para definir identidades, no puede evitar que sus decisiones tengan este efecto, porque no está a su alcance suprimir el “poder de nombrar” en el que se revela la inevitable dimensión performativa del Derecho”.

La Sala resolverá los problemas jurídicos planteados siguiendo el criterio de decisión que aplicó la Sala Primera de Revisión de Tutelas en la sentencia que acaba de reseñarse. En consecuencia, no intentará responder la pregunta que se planteó inicialmente en aras de dilucidar la problemática constitucional sometida a su estudio “¿Quiénes, en su condición de afrocolombianos, son titulares de derechos étnicos?”, sino que, en lugar de ello, y de conformidad con lo que en su momento solicitó en este trámite la Defensoría del Pueblo, sistematizará unas reglas a las cuales puedan recurrir los operadores judiciales, las autoridades y las comunidades interesadas cuando se enfrenten a este tipo de controversias.

Solo queda reiterar que la enunciación de los parámetros que aquí se expongan es solo eso, un marco de referencia, pero, en ningún caso, un catálogo restrictivo que conduzca a excluir a determinado sujeto del ámbito de protección al que aquí se alude.

i) Los derechos étnicos, como la consulta previa, no se predicán de individuos, sino de sujetos colectivos

5.20. Al intervenir en el trámite de revisión constitucional, la Defensoría del Pueblo señaló cómo, tras la expedición del fallo del Consejo de Estado que declaró nulas las disposiciones del Decreto 1245 de 1995 que permitían a las organizaciones de base elegir a los integrantes de la Comisión Consultiva de Alto Nivel y de las consultivas departamentales, comenzó a recibir solicitudes de distintas organizaciones de afrocolombianos en las que requerían información sobre las condiciones que determinaban que fueran, o no, titulares de derechos.

En concreto, dijo la Defensoría, los peticionarios pretendían que se estableciera si la posibilidad de reclamar la protección especial que la Constitución y la Ley 70 de 1993 consagraban a favor de las *comunidades negras* irradiaba a todos los afrocolombianos o, solamente, a aquellos que se encontraban agrupados bajo dicha figura jurídica. La entidad, entonces, indagó sobre el particular a la Dirección de Comunidades Negras del Ministerio del Interior, donde, según dijo, le indicaron que “*los afrocolombianos tienen 15 tipos de derechos étnicos, que se enmarcan en 18 valores fundamentales de la identidad étnica afrocolombiana, pero ninguno de ellos se relaciona con los derechos fundamentales colectivos e integrales de las comunidades negras reconocidas como grupo étnico en Colombia (...)*”¹²¹⁵¹. Por esa razón, la Defensoría resaltó

la importancia de que la Corte precisara a qué sector de los afrocolombianos se le reservó el reconocimiento de los derechos étnicos.

Similar solicitud hizo el ciudadano Walberto Alomia, al intervenir en este trámite. En su escrito, el señor Alomia censuró que la Corte, pese a tener claro que los afrocolombianos integran un grupo étnico de origen común y que comparten una cultura y tradiciones, a veces matizadas, suele disgregarlos de forma inconsulta y unilateral, sin tener en cuenta su derecho a la autonomía y a una identidad voluntariamente asumida. El *pueblo afrocolombiano*, indicó, está conformado por los millones de afrocolombianos que se autoreconocieron como tales en el censo del 2005 y que son quienes merecen la protección reforzada contemplada en la Carta Política y en el bloque de constitucionalidad.

5.21. Los cuestionamientos que en estos términos plantearon los intervinientes ponen de presente el desafío que implica comprender que una comunidad étnicamente diversa sea titular de derechos fundamentales distintos a los que ostentan sus integrantes, individualmente considerados. La Corte dio cuenta de esa dualidad desde sus primeras providencias, cuando, al referirse al reconocimiento expreso que la Constitución hace de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, advirtió que dicho atributo era predicable de las *comunidades* como sujetos colectivos autónomos en los que tienen cabida cierto modo de vida social y una serie de expresiones culturales que merecen una protección especial.

La Sentencia T-380 de 1993^[216] advirtió, en ese sentido, que las comunidades étnicas –el fallo se refirió específicamente a las comunidades indígenas- no eran solo una realidad fáctica y legal, sino un verdadero sujeto de derechos fundamentales, porque *“la defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla”*. La protección de la diversidad étnica y cultural y su reconocimiento solo podría hacerse efectiva, en esos términos, concediéndoles a las minorías étnicas una personería sustantiva en el plano constitucional que les permitiera exigir, por sí mismas, la protección de sus derechos fundamentales.

Así, interpretando los instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos humanos que identifican a los pueblos indígenas y tribales como

destinatarios de sus disposiciones, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que las comunidades étnicas, en tanto grupos humanos diversos, son titulares de derechos fundamentales -como los derechos a la subsistencia, a la propiedad colectiva de la tierra, a la integridad cultural y a la consulta previa, sobre el que aquí se discute- que son esencialmente distintos a aquellos que se predicen de sus integrantes individualmente considerados.

5.22. Esa conclusión permite abordar el dilema planteado por el señor Alomia. ¿El hecho de que determinada cantidad de personas se hayan declarado afrocolombianas en el censo de 2005 demuestra, con suficiencia, que hagan parte de un colectivo que pueda considerarse titular de derechos étnicos?

La hipótesis se enfrenta a unos obstáculos concretos, asociados a las discusiones que suelen presentarse en este tipo de procesos acerca de las metodologías de medición, las variables que puedan considerarse en la elaboración de la encuesta y el tipo de respuestas que se acepten. El Censo de 2005, de hecho, fue duramente cuestionado por algunas comunidades negras del país, que llegaron a calificarlo como un “*genocidio étnico*”^[217]. De ahí que, aunque se trate de herramientas valiosas para visibilizar a la población étnica, los censos deban leerse con las precauciones del caso y valorando sus distintas implicaciones históricas, sociológicas, antropológicas y políticas.^[218]

El ejercicio de autoreconocimiento que realizaron los más de cuatro millones de afrocolombianos que se identificaron como tal en el censo de 2005 resulta sumamente valioso para la caracterización de una población que, como se ha dicho, ha estado expuesta a patrones históricos de discriminación que impiden el pleno ejercicio de sus derechos; ha soportado presiones sobre sus territorios, su cosmovisión, su organización social, sus modos de producción y su concepción del desarrollo y ha sido social, económica y políticamente marginada. Sobre todo, resulta esencial para el diseño de políticas públicas que permitan garantizar su acceso a unas condiciones de vida dignas y a las mismas oportunidades disponibles para el resto de la población colombiana.

No obstante, asumir que la medición que se haga en esos escenarios pueda convertirse en fuente de derechos étnicos desconocería la complejidad de los procesos de construcción identitaria y los distintos fenómenos que pueden incidir en la manera en que determinado grupo reivindica su especificidad étnica. Dado que los debates sobre la atribución de esos derechos deben resolverse caso por caso, la Sala examinará, a continuación, qué tipo de factores son relevantes para dirimir las controversias que surjan al respecto, de

conformidad con los criterios normativos y jurisprudenciales referidos en esta providencia.

ii) La presencia de determinados factores raciales, espaciales o formales es un factor relevante, pero no esencial a la existencia de una comunidad étnica.

Como quedó dicho, son las comunidades, y no los individuos, las titulares de los derechos colectivos consagrados en la Carta Política y en el bloque de constitucionalidad. Haría falta establecer, ahora, las pautas en virtud de las cuales se puede considerar que determinado grupo puede ser considerado titular de derechos étnicos. Para el efecto hace falta volver sobre los criterios objetivos y subjetivo que menciona el Convenio 169. A continuación, la Sala se referirá a los primeros.

5.23. El Convenio 169 de la OIT asume como pueblos tribales a aquellos que reúnen determinadas condiciones culturales, sociales y económicas que los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional y se rigen parcialmente por sus propias costumbres y tradiciones o por una legislación especial. La nota característica de la condición de pueblo tribal, desde el punto de vista objetivo, estaría dada entonces por un modo de vida específico que contrasta con el de la sociedad mayoritaria.

Esa especificidad, a su vez, puede predicarse de una multiplicidad de factores. Las instituciones políticas, la religión, el uso de una lengua distinta a la oficial, las prácticas de producción, el hecho de poseer determinados valores espirituales o de compartir una historia en común son algunos de los elementos a partir de los cuales la jurisprudencia interamericana, la jurisprudencia constitucional y el Comité de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT han verificado la singularidad que caracteriza a una comunidad étnica.

La Sala mencionó antes el caso del pueblo Saramaka (*Infra. 4.8.*), cuya identidad étnica se verificó a partir de la especial relación que tenía con sus tierras y de su estructura social particular. Del ámbito interno destacó algunas sentencias que vincularon la condición de comunidad negra con la acreditación de las exigencias contempladas en la definición de Ley 70 de 1993 (familias de ascendencia afrocolombiana, cultura propia, historia compartida, costumbres y tradiciones propias y relación campo-poblado) y otras, las más recientes, que en lugar de ello privilegiaron el criterio subjetivo de autoidentificación, siempre que el mismo estuviera respaldado con pruebas históricas y antropológicas

sobre la relación de la respectiva comunidad con su territorio, sobre sus actividades tradicionales, modos de producción y, en general, sobre la presencia de aquellos factores que indican que tales colectividades mantienen formas de vida distintas.

Sobre lo que sí hay consenso es sobre la imposibilidad de descartar que cierta comunidad tenga la condición de grupo étnico sobre la base de que no reúne alguno de esos elementos. Ni la raza, ni el hecho de que el grupo habite determinado territorio ni su reconocimiento formal por parte del Estado son criterios determinantes o excluyentes de la identidad étnica.

El factor racial

5.24. La posibilidad de valorar el factor racial como prueba del carácter étnico de determinada comunidad ha sido fuente de álgidos debates jurídicos y antropológicos. En lo que respecta a la Corte, el tema fue abordado, por primera vez, por la Sentencia T-422 de 1996^[219], que advirtió que la “idea de una raza pura” no es sostenible históricamente ni *“puede ser decisiva en la configuración de un grupo étnico como colectividad que se inserta en un complejo social de mayor extensión”*. Por el contrario, señaló la providencia, el factor racial es solo uno de los que permiten distinguir a un grupo étnico, al lado de sus valores culturales y otros rasgos sociales.

La Sentencia T-422 de 1996 ha sido considerada emblemática por varias razones. Primero, porque fue la primera en reconocer la complejidad que involucra la tarea de definir la identidad étnica. El fallo descartó, como acaba de verse, que la idea de comunidad pueda depender solamente de que quienes la integren sean de la misma raza. Lo mismo indicó con respecto a la presencia de una “base espacial”, de una “unidad físico económica” o de una específica “traducción jurídico formal”.

Pero, además, la decisión es importante porque dio cuenta de que los afrocolombianos puede ser destinatarios de distintas esferas jurídicas de protección, que no están vinculadas, solamente, al hecho de que hagan parte de una comunidad étnicamente diferenciada. La sentencia precisó que una definición de comunidad negra era válida en el contexto de la Ley 70 de 1993, en aras de identificar a los titulares del derecho a la propiedad colectiva sobre las tierras baldías que habían ocupado históricamente, pero no para efectos de otras medidas de igualdad promocional, como las que aspiran a reconocer

la situación de marginación social de la que han sido víctimas y a compensar las restricciones que esa situación les ha significado.

En este último caso, el factor raza es determinante, porque lo que se aspira a proteger no es la singularidad cultural de un grupo humano, sino a un individuo que ha estado en situación de debilidad manifiesta con respecto al resto de la sociedad. Como de lo que se trata es de suprimir las barreras que han puesto a dicha persona en circunstancias desventajosas, su raza resulta primordial a la hora de valorar si es posible concederle la protección que reclama.

Pues bien, la Sentencia T-422 de 1996 ilustró la forma en que la variable racial puede pesar a la hora de definir los debates jurídicos relativos a la protección especial que merecen los afrocolombianos como titulares individuales y colectivos de derechos fundamentales. Las distintas tensiones que pueden surgir al abordar este tipo de discusiones se han visto reflejadas en otros casos posteriores, como, por ejemplo, el valorado por la Sentencia T-375 de 2006^[220], a propósito de la acción de tutela que promovió una mujer que a la que se le negó un cupo universitario para minorías étnicas porque su color de piel no la determinaba como afrocolombiana, o el que examinó la Sentencia T-586 de 2007^[221], también derivado de la renuencia de una universidad a otorgar un cupo educativo especial, esta vez, porque la aspirante pertenecía a una comunidad afrocolombiana que no estaba vinculada a un territorio específico.

De los casos más recientes, se destaca el de la Sentencia C-194 de 2013^[222], la cual, como se dijo antes, consideró ajustada a la Carta la llamada Ley Antidiscriminación (L. 1482 de 2011). La Sala dio cuenta de los términos en los que dicho fallo discutió la ambivalencia entre los conceptos de raza y etnia y de los criterios que tuvo en cuenta para distinguirlos. Se expuso entonces que el concepto de raza es individualizable, porque es una cuestión morfológica que puede predicarse de una persona determinada, y que el concepto etnia, en contraste, es comunitario, porque supone un conjunto de individuos que comparten unos valores comunes y que, en virtud de ellos, se reconocen como un grupo diverso. Esos argumentos explican que los derechos étnicos no se prediquen de personas, sino de comunidades. Otra cosa es que los integrantes de esas comunidades puedan apelar a su identidad étnica para reclamar un trato especial derivado de su pertenencia a esos colectivos.

Lo cierto, para efectos de lo que acá se discute, es que en el marco de un debate tan complejo como el de la identidad, ni la Corte, ni ninguna autoridad, pueden restringir la reivindicación e instrumentalización de los conceptos de raza y

etnicidad por parte de los distintos actores que acuden a esas categorías en aras del reconocimiento de sus derechos.^[223] La tarea, en esos casos, no es otra que la de interpretar tales manifestaciones con un enfoque comprensivo de los distintos factores que pueden resultar determinantes a la hora de constatar si determinado colectivo es titular de derechos étnicos. Es en ese escenario en el que cobra validez la regla que acá se ratifica: aquella que acepta la relevancia del criterio racial como factor indicativo de diversidad étnica, pero descarta que pueda valorarse como un criterio determinante o excluyente de la misma.

El territorio

5.25. La protección estatal especial que la Constitución les concede a las minorías étnicas no puede circunscribirse a su presencia en un espacio geográfico determinado. Mucho menos, en un escenario de confrontación armada que ha impactado sobre sus territorios de forma desproporcionada. Lo resaltó de manera temprana la Sentencia T-422 de 1996: *“la condición de que la comunidad tenga una determinada base espacial a fin de diferenciarlo espacialmente de otros grupos, no parece de recibo si se aplica a grupos que han sufrido en el pasado un trato vejatorio y que han sido objeto de permanente expoliación y persecución”*.

El Auto 005 de 2009 advirtió, más tarde, sobre el contrasentido que supondría exigir un vínculo territorial como prueba de la identidad étnica a las comunidades negras que han sido víctimas de desplazamiento debido a los altos índices de violencia urbana y rural que suscitan las luchas por el control de sus territorios. Así mismo, alertó sobre la exclusión estructural que ha afectado históricamente a la población afrocolombiana, sobre el impacto que los proyectos de explotación minera y agrícola han tenido sobre sus tierras y sobre la manera en que el déficit de protección jurídica e institucional de sus territorios colectivos ha estimulado la presencia de actores armados.^[224] ¿Cómo exigir, en esas condiciones, que las comunidades demuestren una relación con un territorio que el Estado no ha podido proteger? De ese dilema dio cuenta, también, la Sentencia T-586 de 2007, al cuestionar lo ilógico que resultaría supeditar el reconocimiento de los derechos de una comunidad que históricamente ha padecido la diáspora a que pruebe su presencia en cierto territorio. El fallo aclaró que el concepto de comunidad negra trasciende del concepto de territorio o de propiedad colectiva, porque, más allá de que dichos grupos estén asentados en determinado lugar, lo relevante es que compartan unos valores culturales que generen una unidad de grupo y que permitan diferenciarlos del resto de la sociedad. Fue este, de nuevo,

un llamado a garantizar que las disputas sobre el reconocimiento de la identidad étnica de las comunidades o individuos que la reclaman se resuelvan valorando su conciencia sobre esa identidad diversa, y no a partir de una idea preconcebida de esa diversidad.

Ninguna autoridad, se insiste, puede resolver esas disputas en abstracto, sobre la base de una caracterización deliberada de la identidad étnica que responda a determinados discursos institucionales o académicos antes que a las experiencias colectivas de las comunidades interesadas.

Vincular el ejercicio de los derechos étnicos a una imagen estática de ruralidad se opone al dinamismo propio de los procesos identitarios y a la situación real de la población afrocolombiana que vive en lo urbano, o que ha migrado a esos espacios a raíz del impacto que la violencia armada ha tenido sobre sus territorios ancestrales.^[225]

En ese orden de ideas, la Sala arriba a la misma conclusión que planteó al valorar la exigibilidad del factor racial como indicador de la diversidad étnica: la relación del grupo que se autoproclama como comunidad étnica con un territorio específico es sumamente relevante para determinar su identidad diferenciada, pero la ausencia de este factor no puede conducir a denegar, deliberadamente, que el grupo respectivo sea titular de derechos étnicos.

El reconocimiento formal por parte del Estado

5.26. Tampoco el hecho de que el Estado haya validado la existencia de una comunidad negra determina que sea titular de derechos étnicos. Ya lo había dicho la Sentencia T-422 de 1996: la identidad grupal puede tener manifestaciones implícitas que, aunque no coinciden con las estructuras institucionales, logran exteriorizar la integración de sus miembros alrededor de expresiones que reafirman sus rasgos distintivos.

Esa idea cobra importancia en el contexto del principio de autodeterminación, que da sentido al criterio subjetivo “conciencia de identidad” como factor determinante de la existencia de un pueblo indígena o tribal destinatario de la protección contemplada en el Convenio 169 de la OIT.

No es posible, en ese orden de ideas, pretender que un registro, un censo o un título confirmen de forma suficiente la identidad étnica de un grupo específico ni, mucho menos, que su ausencia denote que dicha colectividad no existe como

grupo étnico.^[226] Hace falta, en este punto, reiterar lo que expuso la Corte IDH al resolver el caso Comunidad Xákmok Kásek contra Paraguay: la pertenencia étnica no puede ser establecida arbitrariamente por el Estado, pues la identificación de las comunidades que se reconocen como tal es un “*es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía*”.^[227]

iii) La definición de comunidad negra de la Ley 70 de 1993.

5.27. Si algo ha quedado claro de la exposición que se ha hecho en esta providencia es que la construcción de la identidad –étnica, en este caso- es un proceso esencialmente dinámico y complejo, que está indefectiblemente vinculado a la manera en que el sujeto colectivo, la comunidad, se percibe a sí misma y a sus interacciones con las estructuras sociales y con las instituciones que lo definen.

La identidad afrocolombiana, según se ha visto, es producto de un proceso histórico incesante que ha sido moldeado por fenómenos políticos, movilizaciones sociales y discusiones académicas. Las luchas territoriales de los campesinos del Pacífico en la década de los ochenta; los reclamos antirracismo que los intelectuales afrocolombianos formularon en las ciudades, en la misma época; la introducción del paradigma multicultural en la Constitución de 1991, las discusiones que antecedieron la expedición de la Ley 70 de 1993 y las distintas categorías jurídicas que se han introducido por vía legal y reglamentaria para caracterizar a la población negra del país como sujeto de derechos son algunos de los fenómenos que han influido en la manera en que las comunidades negras se perciben a sí mismas, en la forma en que se relacionan con el Estado y en sus estrategias de movilización social y de incidencia política.

Es en esa perspectiva en la que debe evaluarse el problema jurídico que, en este punto, reclama la atención de la Sala. Aquel que exige dilucidar si solo las comunidades negras que reúnen las condiciones previstas en la definición de *comunidad negra* de la Ley 70 de 1993, son titulares de los derechos especiales que el Convenio 169 de la OIT les reconoce a los pueblos indígenas y tribales y de los derechos que la Constitución consagra a favor de las minorías étnicas.

La solución de esa disyuntiva exige sopesar dos aspectos: de un lado, la innegable relevancia del concepto de comunidad negra que introdujeron el Artículo 55 transitorio superior y la Ley 70 de 1993 en la caracterización del

sujeto jurídico afrocolombiano y, del otro, lo que puede significar que la etnicidad se vincule a una definición predeterminada, cuando el régimen jurídico internacional de protección de las minorías étnicas ha decidido privilegiar, sobre cualquier criterio objetivo, el derecho de estas comunidades a autodeterminarse.

5.28. El fundamento jurídico 3.14. de esta sentencia se refirió a la Ley 70 de 1993 como un escenario de “reinvención de la identidad cultural negra”. El calificativo tiene como fuente las investigaciones académicas que han dado cuenta de la manera en que la expedición de dicho cuerpo normativo propició un cambio fundamental en los discursos y prácticas sobre la negritud. La Sala mencionó previamente al antropólogo Eduardo Restrepo^[228], quien, en efecto, se refirió a la operativización de la Ley 70 como la “*expresión en el plano jurídico del proceso de etnización de las comunidades negras anclado en el Pacífico colombiano*”, y a Luis Carlos Castillo, para quien la Ley 70 fue un hito histórico y el logro más importante de un movimiento negro en Colombia y en América Latina, en la medida en que se orientó a la defensa de un grupo étnico reconociendo que ha sido históricamente excluido y discriminado.^[229]

La forma en que la introducción de la definición de comunidad negra (entendida, como se ha dicho, como grupo de familias de ascendencia afrocolombiana con cultura, costumbres y tradiciones propias, una historia compartida y una relación campo-poblado) y de las demás categorías conceptuales contempladas en la Ley 70 (ocupación colectiva, prácticas tradicionales de protección, consejo comunitario) impactó sobre las dinámicas sociales, económicas, políticas y culturales de quienes vieron en ese régimen jurídico una oportunidad de conquistar espacios de interlocución de los que habían sido marginados ha sido ampliamente documentada. En *Etnicidad, Estado y organizaciones de comunidades negras en el bajo Atrato*, por ejemplo, Daniel Ruiz Serna relata en los siguientes términos la forma en que las organizaciones rurales del Chocó reaccionaron ante el nuevo discurso jurídico al que dio lugar la Ley 70:

“La promulgación de la Ley 70 de 1993, con sus normas y disposiciones legales para el reconocimiento de la titulación colectiva de los territorios habitados por comunidades negras del Pacífico colombiano, constituía el punto de corte entre el antes y el después en los cambios en las relaciones socio políticas y culturales del momento. Para las organizaciones políticas del Chocó, el antes hacía referencia a la identificación de sus miembros como campesinos y a la definición de sus

estrategias organizativas y políticas, con miras a frenar la desmesurada explotación maderera y a reclamar participación en los beneficios económicos y sociales de los proyectos extractivos que se adelantaban en la región por parte de los empresarios privados. (...) El ahora se construye con referencia a la Constitución de 1991 y, particularmente, a la Ley 70 de 1993, que erigieron la identidad étnica y cultural como argumentos políticos para demandar derechos y organizar la interlocución con el Estado”.^[230]

En el mismo sentido se pronunció el ICANH al intervenir en este trámite constitucional. La entidad explicó que el periodo que comprende al artículo 55 transitorio y la promulgación de la Ley 70 suele ser definido como un periodo de etnización, en la medida en que dio lugar a la aparición de la categoría *comunidades negras*, que se instaló en el imaginario jurídico y organizativo y “*construyó, en cierto sentido, otros marcos de interpretación de la historia, la identidad y las necesidades propias de otras colectividades y sectores de la población negra en Colombia*”.

En *El derecho como conjuro*, citado, también, previamente, Julieta Lemaitre Ripoll destacó la importancia de la Ley 70 de 1993, por su papel en la construcción de una conciencia étnica, esto es, una conciencia de tener derechos ligados a un territorio colectivo “*y a una cultura especial, ecológica, matrilineal y conservadora del medio ambiente y las tradiciones*”. Así mismo, destacó la forma en que dicha normativa y, en general, el marco jurídico de protección de los afrocolombianos, han operado como herramienta de resistencia a la violencia armada.^[231]

5.29. Está visto, entonces, que la expedición de la Ley 70 de 1993 provocó una profunda transformación discursiva que alteró las estrategias de movilización de los afrocolombianos y sus estructuras organizativas de forma definitiva. La reconfiguración de la identidad negra que tuvo lugar a partir de ese proceso se manifiesta, incluso, en la jurisprudencia de esta Corte, que ha visto cómo los reclamos de amparo constitucional formulados por la población afrocolombiana se dirigen, cada vez más, a lograr el amparo de sus derechos étnicos. No obstante, es necesario considerar, también, que a la hora de resolver dichos reclamos esta corporación ha resignificado la noción de comunidad negra, para ajustarla al marco internacional de protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, contenido en el Convenio 169 de la OIT e integrado al bloque de constitucionalidad por la Ley 21 de 1991.

Apoyada en ese régimen jurídico supranacional, que es vinculante en el ámbito interno, y en una óptica comprensiva de los distintos atributos a los que puede estar vinculada la identidad étnica, la Corte ha optado por vincular la condición de comunidad negra a la acreditación de los criterios objetivos y subjetivo contemplados en la declaración de cobertura del Convenio, en lugar de restringirla a las exigencias contempladas en el artículo 55 transitorio y en la Ley 70. Los debates sobre la posibilidad de que cierto colectivo pueda considerarse titular de derechos étnicos han sido resueltos, sin excepción, a partir de ese enfoque, aunque algunas sentencias hayan valorado el cumplimiento de las características contempladas en dicho marco normativo como indicativas del carácter de comunidad.

La definición incorporada por la Ley 70 de 1993 ha sido sumamente valiosa para efectos de los procesos de titulación colectiva y, ciertamente, debe ser valorada al momento de determinar, en un caso concreto, si cierto grupo está legitimado para invocar el amparo de sus derechos étnicos. Lo que no puede ocurrir, como insistentemente se ha expuesto, es que se descarte el carácter diverso de quienes no cumplan con alguno de los parámetros incorporados por la definición legal.

Múltiples discusiones se han dado, por ejemplo, acerca del concepto relación campo-poblado y de las repercusiones que su exigibilidad podría tener frente a la garantía de los derechos colectivos de las comunidades que han sido desplazadas o de que aquellas que habitan entornos urbanos. Más allá de la conformidad de esa exigencia con la Constitución –la Sala no es competente para pronunciarse sobre el asunto en este contexto- lo que hay que recordar es que la diversidad étnica que protegen el Convenio 169 y la Constitución no está dada por ningún atributo concreto –ni por la raza, ni por el territorio, ni por un reconocimiento formal- sino por la presencia de una singularidad que dota de sentido de pertenencia a los integrantes de una comunidad determinada. Es en ese ámbito que cobran vigencia los parámetros a los que la jurisprudencia interamericana y los organismos de control de la OIT han vinculado la titularidad de derechos colectivos, como la consulta previa.

5.30. Este fallo mencionó, en su fundamento jurídico 4.10, los distintos factores que pueden pesar a la hora de determinar si cierto grupo posee la singularidad que lo haría titular de derechos étnicos. Adicionalmente, hizo un llamado para que esas discusiones se resuelvan valorando el dinamismo propio de los procesos de construcción identitaria y los fenómenos institucionales, sociales,

políticos, económicos y culturales que suelen incidir en la formación de las identidades colectivas.

Esas precisiones coinciden con las reglas que, en el marco jurídico internacional de protección de los derechos humanos, han guiado la solución de las controversias sobre el carácter étnico de las comunidades que solicitan la protección de sus derechos colectivos. Según se dijo entonces, ese tipo de dilemas deben resolverse considerando que **i)** no existe una definición estricta acerca de lo que puede entenderse por pueblo tribal o indígena, sino unos criterios descriptivos de los sujetos a los que ese marco internacional de protección pretende proteger; **ii)** el criterio más relevante para determinar si un pueblo o individuo puede ser considerado indígena o tribal es el de autoidentificación. La identidad diversa, en consecuencia, es aquella que definen las propias comunidades, en ejercicio de su derecho de autodeterminación; **iii)** como colectividades humanas, los pueblos indígenas y tribales tienen una trayectoria social propia que se adapta a los cambios históricos y se reconfigura continuamente; **iv)** finalmente, es necesario considerar que los derechos concedidos a las colectividades étnicamente diferenciadas no se pierden por el hecho de que algunos de sus integrantes vivan con menos apego que otros a sus tradiciones culturales.

Son esas pautas las que deben valorar las autoridades administrativas y judiciales cuando tengan que adoptar decisiones que impacten sobre los derechos colectivos de aquellos grupos que se proclaman étnicamente diversos.

El debate sobre la restricción que supondría supeditar el ejercicio de estos derechos a la definición de la Ley 70 de 1993 puede resolverse, en últimas, en términos de jerarquía normativa. Dado que dicho régimen legal y sus respectivas reglamentaciones deben ser interpretados a la luz de la Constitución y del bloque de constitucionalidad, es válido afirmar que comunidades urbanas, o aquellas que, por ejemplo, no tengan prácticas tradicionales de producción, pero sí unos rasgos culturales compartidos, puedan exigir la protección de sus derechos étnicos. Cualquier comunidad que demuestre su especificidad, en los términos que acaba de exponerse, puede ser, en conclusión, titular de esos derechos especiales.

Solución del segundo problema jurídico. ¿Era constitucionalmente válido supeditar la participación de las comunidades negras en la elección de los integrantes del *Espacio Nacional de Delegados* que creó la Resolución 121 de 2012 a que contaran con un título colectivo?

“El Estado no visualiza a los afrocolombianos como originarios de sus territorios, como sí sucede para el caso de las comunidades indígenas. Por el contrario, los ve como si hubieran llegado a ocupar la tierra en un pasado reciente. Visto en términos de una población en estado continuo de llegada, un territorio no es y no puede convertirse en parte de la definición de la etnicidad negra”.

(¿Puede la etnicidad remplazar lo racial? Afrocolombianos, indigenidad y el Estado multicultural en Colombia. Bettina Ng’weno. Revista Colombiana de Antropología, Volumen 49 (1) enero-junio de 2013)

5.31. Lo expuesto con antelación acerca de la imposibilidad de supeditar la titularidad de derechos étnicos a que la comunidad que autoproclama su diversidad acredite tener un determinado vínculo con su territorio excluye, de plano, que el Ministerio del Interior pudiera limitar la participación de las comunidades negras del país en la elección de los delegados que las representarían en las consultas de las medidas de amplio alcance a que contarán con un título colectivo de dominio adjudicado por el Incoder en la fecha en que se expidió la Resolución 121 de 2012.

En particular, considerando lo que se mencionó antes acerca del contrasentido que implicaría supeditar el ejercicio de los derechos fundamentales de las comunidades étnicamente diversas –en este caso, sus derechos de participación y consulta previa- a que acrediten un requisito que no han podido satisfacer por circunstancias atribuibles al Estado. Tal es la situación de las comunidades que, víctimas del desplazamiento forzado, han visto truncada su relación con sus territorios por cuenta del conflicto armado, pero, también, la de aquellas comunidades que llevan décadas esperando a que el Incoder, la entidad competente en la materia, les tittle sus territorios.

Del primer escenario da cuenta el ya mencionado Auto 005 de 2009, que advirtió sobre la precariedad de la información para caracterizar a la población afrocolombiana que ha sido víctima de desplazamiento y de la manera en que fenómenos como los desplazamientos intraurbanos e intraveredales de corta duración dejan de ser registrados en las estadísticas oficiales. El segundo, esto es, el que tiene que ver con las dilaciones que suelen presentarse en el proceso de adjudicación de los territorios colectivos, se vio reflejado de forma emblemática en la Sentencia T-680 de 2012, que protegió los derechos

de petición, debido proceso y propiedad colectiva de la comunidad negra del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Isla del Rosario – Caserío Orika, tras más de cinco años de esperar a que el Incoder le resolviera de fondo una solicitud de titulación colectiva.

En ese panorama, pretender que el derecho a la participación de las comunidades negras dependa de un título formal que, además, certifica una relación con la tierra, resulta a todas luces irrazonable, sobre todo, si se tiene en cuenta la manera en que las comunidades negras del país han sido despojadas de sus territorios y lo complejo que, en sí mismo, resulta el trámite de titulación colectiva.^[232]

Otro tema es la exclusión que comporta para las comunidades negras que se asientan en las ciudades la exigencia de un título colectivo. La migración de los afrocolombianos a los centros urbanos por razones asociadas al conflicto armado o a la búsqueda de mejores oportunidades de educación, empleo, servicios públicos y demás recursos de los que se ven privados en las zonas rurales ha sido lo suficientemente documentado.^[233] También lo han sido los desafíos institucionales que ha significado para los gobiernos locales la comprensión de los procesos de reetnización que han experimentado las comunidades migrantes.^[234]

Y aunque la Corte Constitucional no ha estudiado, todavía, controversias sobre la atribución de derechos étnicos a comunidades afro urbanas, sí ha conocido asuntos en los que se ha cuestionado la especificidad étnica de personas y comunidades indígenas, sobre la base de que no estaban ocupando un territorio determinado (T-282 de 2011)^[235] o de que no cumplían con criterios objetivos de reconocimiento, entre ellos la conexión con un territorio ancestral o con un resguardo en particular (T-792 de 2012)^[236].

Esos casos han dado cuenta de las distintas situaciones que pueden incidir en el proceso identitario de las comunidades cuya especificidad se desarrolla en contextos que desafían los estereotipos de ruralidad y periferia con los que suele identificarse a los grupos étnicos. La Corte ha resuelto esos asuntos considerando el dinamismo propio de esos procesos y privilegiando el derecho de las comunidades a autodeterminarse, por encima de las ideas que, desde la institucionalidad, han pretendido reducir el ejercicio de los derechos étnicos a partir de enfoques esencialistas, como el que aplicó el Ministerio del Interior al supeditar la participación de las comunidades negras en el Espacio Nacional de

Representación que creó la Resolución 121 de 2012 a que contaran con un título colectivo de dominio.

5.32. La decisión de condicionar la participación de las comunidades negras en la instancia con la que se llevarían a cabo los procesos de consulta previa de las medidas de amplio alcance a su condición de propietarias se opone, en efecto, al Convenio 169 de la OIT, a los principios constitucionales de igualdad, participación y diversidad étnica y cultural y a las reglas jurisprudenciales que, interpretándolos, impiden supeditar la identidad étnica y los derechos que de ella se derivan a que las comunidades mantengan un vínculo con sus territorios o a que hayan sido formalmente reconocidas por el Estado.

Al imponer tal condicionamiento, el Ministerio del Interior vulneró los derechos fundamentales a la participación y a la igualdad de las comunidades negras que no cuentan con un título colectivo porque están asentadas en predios que no tienen la naturaleza de baldíos, porque son víctimas de desplazamiento, porque habitan áreas urbanas o, simplemente, porque están a la espera de la titulación, como lo advirtió, en su momento, la Sentencia T-823 de 2012 en el escenario específico de la acción de tutela que formuló el Consejo Comunitario de La Playa-Bahía Málaga.^[237]

Esto, en suma, significa que no era constitucionalmente válido supeditar la participación de las comunidades negras en la elección de los integrantes del *Espacio Nacional de Delegados* a que contaran con un título colectivo adjudicado por el Incoder. Por lo tanto, la Sala amparará los derechos fundamentales a la igualdad y a la participación de las comunidades que, organizadas en el Palenque Afrourbano de Tumaco, la Asociación de Mujeres Afrodescendientes y del Caribe Graciela Cha-Inés, la Asociación de Consejos Comunitarios de Negritudes del Norte del Cauca, el Consejo Comunitario de Comunidades Negras Juan Oval Arrincón Amela, la Asociación de Organizaciones de Comunidades Negras del Cesar “Ku-Suto” y la Asociación Municipal de Consejos Comunitarios Afrodescendientes del Municipio de Suárez, Cauca, apoyaron la solicitud de amparo formulada por el señor Pérez Casseres, tras haber sido excluidas del proceso de elección convocado por la Resolución 121 de 2012 por no contar con un territorio colectivo adjudicado.

En consecuencia, dejará sin efectos la resolución y los actos administrativos que se expidieron a su amparo, en particular, el Decreto 2163 de 2012, que con la anuencia del *Espacio Nacional de Delegados*, conformó la Comisión Consultiva de Alto Nivel, creó las comisiones consultivas departamentales y

fijó los requisitos para el registro de las organizaciones raizales y de los consejos comunitarios.

Como esta decisión supone, en términos prácticos, que el *Espacio Nacional de Delegados* que fue constituido en el marco de la convocatoria efectuada por la Resolución 121 no está legitimado para actuar como el órgano de consulta previa de las medidas de amplio alcance que puedan afectar a las comunidades negras, la Sala deberá impartir unas órdenes de protección que conduzcan a superar de manera efectiva la infracción iusfundamental que comporta la ausencia de esa instancia de consulta. Para ello, deberá resolver, antes, los dos problemas jurídicos que formuló al trazar el esquema de solución de la presente controversia: qué organizaciones estarían legitimadas para representar a los afrocolombianos en la instancia de consulta previa de los proyectos e iniciativas de alcance nacional y si la Resolución 121 debió ser consultada con las comunidades interesadas, esto es, si la integración de la instancia nacional de consulta previa configura un evento de afectación directa que deba ser, a su vez, objeto de un proceso de consulta. Procede la Sala entonces a estudiar esos asuntos.

Solución del tercer problema jurídico. ¿Qué organizaciones estarían legitimadas para representar a los afrocolombianos en la instancia de consulta previa de los proyectos e iniciativas de alcance nacional?

“Aunque en el ámbito local se estén dando interesantes procesos de organización y gestión que no hubieran sido posibles sin la Ley 70, y aunque algunos grupos sociales han intensificado su actividad, la diversidad de reclamos y de expresiones identitarias del movimiento negro colombiano no ha hallado un camino de concertación de estrategias que conduzca a un mutuo enriquecimiento y refuerzo. En detrimento de esa perspectiva, sin que sea una estrategia instrumentalmente consciente, el Estado ha logrado fragmentar al movimiento negro (...) y concentrar gran parte de los esfuerzos de [sus] diferentes manifestaciones en la competencia por el acceso a posiciones, empleos y recursos institucionales”.

(Escenarios organizativos e iniciativas institucionales en torno al movimiento negro en Colombia. Mauricio Pardo. En Movimientos sociales, Estado y Democracia en Colombia. Centro de Estudios Sociales, Universidad Nacional de Colombia, 2001).

5.33. En este punto, corresponde a la Sala dilucidar qué organizaciones pueden ser calificadas como representativas de las comunidades negras para efectos de la conformación de la instancia de consulta previa de las medidas que puedan afectarlas directamente. Para el efecto, deberá tener en cuenta que la Resolución 121 de 2012 se dirigió, solamente, a los representantes legales de los consejos comunitarios con título colectivo y a los representantes de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y que esto supuso la exclusión de los consejos comunitarios que no cuentan con un territorio adjudicado y de otras organizaciones que podrían considerarse representativas de los intereses de las comunidades negras.

La Sala ya estableció que el ejercicio de los derechos étnicos no puede condicionarse a la adjudicación de un título de dominio. En esos términos, resulta claro que los consejos comunitarios que no cuentan con un territorio titulado tenían derecho a participar en la integración del órgano de consulta previa de las medidas de amplio alcance. Lo que queda por determinar, entonces, es si organizaciones distintas a los consejos comunitarios -figura a la que la Ley 70 de 1993 supeditó el reconocimiento de la propiedad colectiva de las comunidades negras^[238]- podían tener cabida en el *Espacio Nacional de Delegados*.

Para responder a esa pregunta, la Sala deberá considerar que la controversia que ha surgido sobre el particular tiene que ver puntualmente con los interrogantes que se han suscitado desde hace tiempo acerca del rol que cumplen las organizaciones de base como representantes de los intereses de las comunidades negras.

A ese aspecto se refirieron quienes intervinieron en este trámite. Así, mientras el accionante recordó que muchas de las comunidades negras que han abandonado lo rural se sienten representadas por las organizaciones de base, la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz advirtió que las comunidades deben ejercer sus derechos directamente, a través de sus autoridades tradicionales o de aquellas que, según la ley, las representan, como los consejos comunitarios contemplados en la Ley 70.^[239]

La Autoridad Nacional Afrocolombiana (Anafro), constituida en el marco del Primer Congreso Nacional Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Palenquero y Raizal sostuvo, a su turno, que las decisiones judiciales que han pretendido desconocer la representatividad de las organizaciones de base tienen

como punto de partida la idea equivocada de que solo quienes viven en territorios ancestrales son titulares de derechos étnicos y la incapacidad de comprender las diversas formas organizativas de las comunidades negras urbanas. La Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y el ICANH, por su parte, se pronunciaron sobre la forma en que la trayectoria de los espacios de participación y representación a través de los cuales se han organizado los afrocolombianos se vio impactada por el fallo del Consejo de Estado que anuló, en 2010, las disposiciones del Decreto 2248 de 1995 que caracterizaban a las organizaciones de base como representativas de las comunidades negras para los efectos de la integración de las comisiones consultivas consagradas en la Ley 70 de 1993.

Ante ese panorama, la Sala se enfrenta a dos disyuntivas. Una, ya se dijo, que exige establecer si solo los consejos comunitarios y los representantes de los raizales podían ser considerados representativos de las comunidades negras para efectos de la consulta previa de las medidas legislativas y administrativas de carácter general que puedan afectarlas. La segunda tiene que ver específicamente con la legitimidad de las organizaciones de base para representar a las comunidades negras en esa instancia, considerando lo que el Consejo de Estado y la Sentencia T-823 de 2012 decidieron sobre su carácter representativo en el escenario específico de la Comisión Consultiva de Alto Nivel, que, como se ha dicho, cumple una función distinta a la de la referida instancia de consulta previa.

La Sala comenzará estudiando el primer asunto, siguiendo los parámetros que expuso previamente acerca de la necesidad de que las consultas previas se realicen con las instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales (*Infra. 4.12.*). En caso de que determine que organizaciones distintas a los consejos comunitarios pueden tener cabida dentro de la instancia de consulta de las comunidades negras, estudiará, puntualmente, el caso de las organizaciones de base.

Ninguna autoridad administrativa ni judicial puede imponerles a las comunidades negras un modelo específico de institución representativa.

5.34. En los acápites precedentes, la Sala determinó que las comunidades negras que reúnan ciertos atributos objetivos y que compartan una conciencia de identidad son titulares de derechos étnicos, como la consulta previa. Cualquier comunidad negra que cumpliera dichas condiciones tenía, por lo tanto, derecho a participar en la elección de los delegados que integrarían el espacio nacional

de consulta convocado por la Resolución 121 de 2012, independientemente de que habitara un territorio rural o urbano.

Lo que habría que establecer, ahora, es qué instituciones podían representar a esas comunidades para efectos de la integración del *Espacio Nacional de Delegados*. El Ministerio del Interior, ya se dijo, consideró que solo estaban legitimados para el efecto los representantes de los consejos comunitarios y los de las comunidades raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Por eso, fueron ellos los únicos convocados a las asambleas departamentales en el marco de las cuales fueron elegidos los integrantes de dicho cuerpo de representación.

¿Era esa restricción válida constitucionalmente? Para responder ese interrogante, hace falta remitirse al artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, el cual, como se ha dicho antes, compromete a los gobiernos de sus Estados firmantes a consultar a los pueblos interesados sobre las medidas legislativas y administrativas que puedan afectarlos, mediante procedimientos adecuados y a través de sus instituciones representativas. Esto último les impone dos obligaciones concretas: la de indagar a las comunidades interesadas por las instituciones que las representan y la de apoyar la formación de estas instituciones, cuando quiera que resulte necesario.^[240]

El gobierno colombiano ha incumplido estas obligaciones frente al caso específico de las comunidades negras, que, en efecto, no han contado con un espacio para definir autónomamente qué instituciones podrían representarlas en un espacio nacional de consulta previa. Por el contrario, los intentos de conformar esa instancia de consulta, como el que realizó el Ministerio del Interior al convocar a la elección de los integrantes del *Espacio Nacional de Delegados* creado por la Resolución 121 de 2012 han partido del supuesto de que ciertas organizaciones -los consejos comunitarios y las organizaciones de base- son voceras válidas de esas comunidades para efectos de las consultas.

Luego, fue una autoridad judicial –el Consejo de Estado- la que a propósito de una acción de nulidad indicó que uno de esos actores, las organizaciones de base, carecía de representatividad en el escenario específico de las comisiones consultivas. Las comunidades negras, las verdaderas interesadas en la integración de esos espacios participativos, han sido, paradójicamente, las únicas que no se han pronunciado al respecto.

La decisión de dirigir la convocatoria a la elección de los integrantes del *Espacio Nacional de Delegados* a los representantes de los consejos comunitarios con título colectivo y a los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina configuró, por eso, una infracción del derecho a la participación de las comunidades negras que fueron marginadas de ese proceso. No porque los consejos comunitarios y los representantes de los raizales no sean voceros legítimos de las comunidades negras. Lo censurable, de cara a lo que hasta aquí se ha expuesto, es que el Ministerio del Interior haya pretendido imponerles un modelo específico de representación para efectos de la integración de la instancia nacional de consulta previa, aunque sabía de la importancia de que sus miembros fueran elegidos a través de un mecanismo “democrático y participativo” (*Infra. 5.3.1.*) que legitimara las decisiones que tendrían a su cargo.

El hecho de que la representatividad de las instituciones con las que se realizan los procesos de consulta previa sea un presupuesto clave para el pleno ejercicio de ese derecho fundamental impedía que el ministerio suplantara a las comunidades negras en la definición de las instituciones que podrían representarlas en la instancia de consulta de las medidas de amplio alcance.

Y es que, se repite, no son las autoridades administrativas ni las judiciales las llamadas a establecer qué institución representa legítimamente a determinada minoría étnica. La tarea del Estado en esta materia consiste en facilitar los procesos de decisión que permitan que sean las propias comunidades las que identifiquen a sus instituciones representativas. Lo que no es posible es que estas sean impuestas. Dado que el Convenio 169 insta a que sean las comunidades interesadas quienes definan, en ejercicio de su autonomía, qué instituciones las representan^[241], no corresponde a la Sala, tampoco, determinar qué organizaciones ostentan ese carácter representativo.

La tarea pendiente de cara a la integración de un órgano nacional de consulta previa de las comunidades negras es, por lo tanto, la disposición de un espacio que permita que sean ellas, las comunidades, las que definan qué instituciones las representan, en un escenario abierto, libre, autónomo y transparente que favorezca el consenso y que, por esa vía, asegure la legitimidad y la operatividad del nuevo órgano de consulta.

Más allá de los esfuerzos logísticos que pueda involucrar esa tarea, el Gobierno debe valorar los beneficios que significa, de cara a la garantía efectiva del derecho fundamental a la consulta previa, el hecho de que las comunidades

negras puedan, por fin, articularse en el escenario nacional y canalizar sus percepciones sobre las medidas de amplio alcance que las afecten a través de un organismo de consulta que pueda posicionarse como instancia de representación y adoptar decisiones legítimas y vinculantes.

El carácter representativo de las organizaciones de base. Trayectoria, marco normativo y decisiones judiciales.

5.35. Lo explicado hasta acá descarta que la Sala sea competente para definir si las organizaciones de base ostentan el carácter representativo que las legitimaría para actuar como voceras de las comunidades negras en la instancia nacional de consulta previa. Según se indicó, este tipo de decisiones recae en las propias comunidades, que son las llamadas a definir, en ejercicio de su autonomía, qué instituciones las representan.

Esto, sin embargo, no impide que la Sala se refiera a las inquietudes que plantearon los intervinientes acerca de la incertidumbre que existe en torno a la representatividad de las organizaciones de base y lo que esas dudas podrían significar frente al propósito de consolidar espacios legítimos para que las comunidades negras ejerzan sus derechos de participación y consulta previa efectivamente.

Dado que los interrogantes que subsisten al respecto podrían entorpecer las medidas de protección que se impartirán para asegurar la efectividad del amparo que se concederá en este caso, la Sala revisará las disposiciones normativas que han delimitado el rango de acción de las organizaciones de base, destacará algunos aspectos relativos a su trayectoria en la representación de las comunidades negras y se referirá a las dos decisiones judiciales –el fallo del Consejo de Estado de 2010 y la sentencia T-823 de 2012- que se han pronunciado sobre su representatividad para efectos de la integración de la Comisión Consultiva de Alto Nivel. De esos aspectos se ocupará la Sala en este acápite.

5.36. Los investigadores que han estudiado el movimiento social afrocolombiano coinciden en ubicar su origen en las reivindicaciones territoriales formuladas por las organizaciones de base campesinas y eclesiales que se constituyeron con el apoyo de los movimientos religiosos presentes en el Pacífico colombiano durante la década de los sesenta. [\[242\]](#)

Esas organizaciones, cuyo trabajo se centró en idear alternativas para mejorar la calidad de vida de las comunidades negras a través de actividades productivas y de proyectos de carácter socio económico, inspiraron la articulación de las organizaciones de base que, a mediados de los años ochenta, surgieron en las cuencas fluviales del Chocó con la idea de defender sus territorios ancestrales de las amenazas que representaban las compañías madereras que comenzaron a asentarse en la zona.

En las ciudades se presentó un fenómeno similar, cuando la resonancia internacional de la lucha por el reconocimiento de los derechos civiles de las poblaciones negras en Estados Unidos propició la movilización de grupos cívicos y estudiantiles en torno a la causa afro. Cali, Cartagena, Medellín, Tumaco, Buenaventura y Pereira se convirtieron, durante los setenta, en el epicentro de un proceso político, social y cultural que dio lugar al surgimiento de organizaciones de base urbanas, que hoy siguen trabajando por la protección de los afrocolombianos frente a la discriminación y por su pleno reconocimiento como ciudadanos.^[243]

5.37. La posibilidad de participar en los debates sobre la etnicidad a los que dieron lugar la Asamblea Nacional Constituyente y la redacción del proyecto de la Ley 70 de 1993 cambió de forma sustancial el papel de las organizaciones de base, rurales y urbanas, como canalizadoras de esos reclamos. El número de organizaciones que se presentaron en esas instancias como voceras de las comunidades negras se multiplicó de forma desmedida.^[244] Fue entonces cuando el gobierno decidió reconocerlas formalmente, les confirió carácter representativo y permitió que respaldaran a sus integrantes para ocupar cargos directivos en algunas entidades públicas.^[245]

El Decreto 2248 de 1995^[246], en efecto, definió a las organizaciones de base como “*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*” y las facultó para designar a los integrantes de las comisiones consultivas regionales, departamentales y distrital de Bogotá. A su vez, encargó a esos comisionados de elegir entre sus miembros, y para periodos de tres años, a los representantes de las comunidades negras ante la Comisión Consultiva de Alto Nivel, a la que el legislador encargó, específicamente, del seguimiento de la Ley 70 de 1993.^[247]

El Decreto 2248 estuvo vigente durante más de diez años, durante los cuales las organizaciones de base siguieron jugando un papel fundamental en la representación de las comunidades negras. Pese a esto, la norma fue derogada por el Decreto 3770 de 2008, que dispuso que los miembros de la Comisión Consultiva de Alto Nivel no debían provenir solamente de las organizaciones de base, sino, también, de los consejos comunitarios^[248], que para entonces se habían posicionado como figura de organización política de las comunidades negras rurales que aspiraban a obtener la titulación de sus territorios ancestrales^[249].

La comisión consultiva de Alto Nivel y las comisiones consultivas departamentales, que se habían convertido en importantes órganos de interlocución entre las comunidades negras y el Gobierno, fueron integradas con representantes de las organizaciones de base y de los consejos comunitarios, de conformidad con lo contemplado en el nuevo decreto.^[250] Sin embargo, su estructura volvería a ser alterada en 2010 –tan solo dos años más tarde– cuando el Consejo de Estado anuló los apartes del Decreto 2248 de 1995 que erigían a las organizaciones de base como órgano de representación de las comunidades negras para efectos de la integración de las comisiones especiales, nacional o de alto nivel y territoriales^[251].

5.38. La decisión del Consejo de Estado partió del supuesto de que el constituyente y el legislador les habían asignado a las comunidades negras unos “*órganos precisos de representación*”–el consejo comunitario y su representante legal –entre los que no se encontraban las referidas organizaciones de base, en el sentido como habían sido definidas por el Decreto 2248 de 1995. Para el alto tribunal de la jurisdicción contenciosa, utilizar a las organizaciones de base como instancia de elección de los representantes de las comunidades negras equivalía a sustituir a dichas comunidades en el ejercicio de los derechos que les habían reconocido el artículo 55 transitorio de la Carta Política y las normas concordantes de la Ley 70.

Que el Consejo de Estado hubiera negado el carácter representativo de las organizaciones de base para los efectos de la integración de la Comisión Consultiva de Alto Nivel y de las consultivas departamentales alteró, nuevamente, la trayectoria de las dinámicas organizativas de las comunidades negras.^[252] Sobre el particular indicó, en este trámite de revisión, el ICANH:

“En 2010 el Consejo de Estado profirió un fallo que dejó sin sustento a los representantes consultivos departamentales y nacionales de ese

entonces. El fallo convocó a un proceso electoral que debía de garantizar a los consejos comunitarios su representatividad dentro de un espacio de consulta y participación reformulado. Para las instituciones del Estado, eso creó un limbo en los procesos de consulta previa que venía haciendo con la Consultiva y que continuó, como se puede corroborar en los casos de las leyes de tierras, víctimas, desarrollo rural y el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. Para el movimiento social afrocolombiano, el fallo daba la oportunidad de efectuar una reingeniería de los espacios de interlocución con el Estado, sin embargo, cerraba la posibilidad de diálogo a las organizaciones de base, especialmente aquellas que venían haciéndole un seguimiento crítico a la respuesta institucional que ordenaba la Corte.^[253] No todas las organizaciones de base y urbanas eran ficticias y las que tenían alguna trayectoria, también fueron quedando marginadas de espacios consultivos como el del Distrito Capital, que había sido creado en 1994”.^[254]

Lo que el fallo de nulidad del Consejo de Estado significó, en términos prácticos, fue que las consultivas departamentales y la Consultiva Nacional de Alto Nivel perdieran su status como instancias de representación de las comunidades negras. Pese a eso, el Gobierno solo reaccionó a esa situación en enero de 2012, cuando, a través de la Resolución 121, que ahora se estudia, convocó a los representantes de los Consejos Comunitarios que contaran con un título colectivo y a los representantes de los raizales a elegir a los delegados que los representarían en un espacio nacional de comunidades negras, de conformidad con el listado contenido en el respectivo acto administrativo.

No obstante, como se indicó antes, la Sentencia T-823 de 2012 dispuso que la resolución debía ser inaplicada, por inconstitucional, frente al caso concreto del Consejo Comunitario de La Plata Bahía Málaga, y ordenó, en consecuencia, la expedición de las nuevas directrices a las que se sujetaría la elección de los representantes de las comunidades negras ante la Comisión Consultiva de Alto Nivel y ante las consultivas departamentales.

5.39. Lo expuesto hasta acá revela que la trayectoria de las distintas expresiones organizativas de las comunidades negras ha estado condicionada, al menos desde que tuvo lugar el proceso de “etnización” propiciado por la Constitución de 1991 y la Ley 70 de 1993, por las reglamentaciones que ha hecho el Gobierno de ese cuerpo normativo y, recientemente, por la decisión que adoptó el Consejo de Estado al declarar la nulidad de las expresiones del Decreto 2248 de 1995.

Pero, sobre todo, da cuenta de que el papel que han tenido las organizaciones de base dentro de las comisiones consultivas departamentales y de alto nivel – que, como se ha visto, han actuado como instancia de interlocución entre las comunidades negras y los funcionarios del gobierno- ha estado predeterminado por lo que al respecto se ha decidido en los decretos y en sentencias mencionadas.

Esto, en principio, sugeriría que las decisiones administrativas y judiciales relativas a la posibilidad de que las organizaciones de base representen a las comunidades negras en las comisiones consultivas contradicen la regla contenida en el Convenio 169 de la OIT acerca de la importancia de que sean las propias comunidades las que definan qué instituciones las representan. No obstante, para efectos de lo que acá se decide, es importante considerar que dicha regla opera para los efectos del ejercicio del derecho fundamental a la consulta previa, y que las comisiones consultivas, al menos desde el punto de vista formal, no tienen la atribución de actuar como instancias de consulta.

Sobre este último aspecto, es importante considerar que fue la Ley 70 de 1993 la que le ordenó al Gobierno Nacional conformar una Comisión Consultiva de Alto Nivel para que se encargara de hacerle seguimiento a lo que allí se había dispuesto. Su artículo 45 indicó que la comisión debía contar con la participación de representantes de las comunidades negras de Antioquia, Valle, Cauca, Chocó, Nariño, de la Costa Atlántica, de las demás regiones contempladas en la ley y de representantes de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y, luego, el artículo 60 dispuso que la Ley 70 sería reglamentada teniendo en cuenta las recomendaciones que harían las comunidades negras a través de la comisión consultiva.

El Decreto 1371 de 1994, que conformó la comisión, destacó la importancia de que se convirtiera en un espacio de interlocución permanente para la atención de los asuntos de carácter regional y nacional que interesaran a las comunidades negras beneficiarias de la Ley 70 y señaló que estaría integrada por varios funcionarios del Gobierno^[255] y por representantes de las comunidades negras del Chocó, de la Costa Atlántica, del Valle, del Cauca, Nariño, Antioquia, por un representante de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, un representante de las comunidades negras de cada departamento en el que se constituyeran comisiones consultivas departamentales, por los dos representantes a la Cámara elegidos por la circunscripción especial para comunidades negras y por un representante de las comunidades negras

residentes en el Distrito Capital, si constituían una Comisión Consultiva Distrital.

Cómo funciones de la consultiva, el decreto indicó que se encargaría de i) servir de instancia de diálogo entre las comunidades negras y el gobierno nacional; ii) de difundir la información oficial hacia las comunidades negras; iii) de promover, impulsar, hacer seguimiento y evaluación a las normas que desarrollan los derechos de las comunidades negras; iv) contribuir a la solución de los problemas de tierras que las afectan; v) de establecer mecanismos de coordinación con las autoridades y entidades nacionales y territoriales para hacer efectivo el cumplimiento de sus derechos sociales, económicos, políticos y culturales; vi) de buscar consensos y acuerdos entre las comunidades negras y el Estado y, en cuanto a la reglamentación de la Ley 70 de 1993 vii) de *“constituirse en el espacio para que las comunidades negras presenten y debatan con los representantes del Gobierno Nacional las recomendaciones pertinentes, antes de que los proyectos respectivos sean expedidos por el Presidente de la República (...)*. Además, creó y definió la integración de las comisiones consultivas departamentales.^[256]

5.40. Como se observa, la Comisión Consultiva de Alto Nivel no había sido investida, hasta entonces, con la función de actuar como instancia de consulta previa. Por el contrario, la comisión fue concebida como un órgano de interlocución entre las comunidades y el gobierno, lo cual explica que se haya previsto su integración con representantes de ambas partes.

Otra cuestión es que, ante la ausencia de una verdadera instancia de consulta previa de alcance nacional, la comisión haya sido utilizada, durante los últimos años, para agotar los procesos consultivos de algunos proyectos legislativos y medidas administrativas de carácter general de interés para el Gobierno. Fue eso lo que estipuló el Decreto 3770 de 2008, que aunque mantuvo el esquema de integración de las comisiones (con representantes del gobierno y de las comunidades negras) les asignó la función de *“servir de instancia de consulta previa de medidas legislativas o administrativas (...) susceptibles de afectar directamente a las Comunidades Negras, Raizales, Afrocolombianas o Palenqueras, de conformidad con la Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”*.

Para los efectos de la problemática que acá se estudia, el hecho de que las comisiones consultivas solo hayan sido investidas con la función de actuar como instancias de consulta previa en 2008 resulta sumamente relevante, pues

descarta que las decisiones judiciales que se han referido al carácter representativo de las organizaciones de base en el ámbito específico de esos organismos vinculen la decisión que aquí habrá de adoptarse.

Y es que, en efecto, el fallo de nulidad que profirió el Consejo de Estado en 2010 no valoró si las organizaciones de base podían representar a las comunidades negras en una instancia de consulta previa, sino en las comisiones consultivas que, en los términos del Decreto 2248 de 1995, actuaban como instancia de diálogo, de difusión, promoción y seguimiento de la Ley 70 de 1993. La decisión, ya se explicó, se apoya en la idea de que las organizaciones de base no habían sido identificadas como órganos de representación de las comunidades negras por la Ley 70 de 1993, como, en cambio, sí lo habían sido los consejos comunitarios y sus representantes.

La Sentencia T-823 de 2012, por su parte, acogió plenamente esa lectura y ordenó expedir las directrices para *“llevar a cabo las elecciones de los representantes de las comunidades negras ante las comisiones consultivas de Alto Nivel y departamentales”*, sin indagar sobre la representatividad de las organizaciones de base a la luz de los parámetros que de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Constitución, la jurisprudencia constitucional y la doctrina autorizada determinan la garantía efectiva del derecho a la consulta previa.

Esto implica, como se dijo antes, que la Sentencia T-823 de 2012 no constituye un precedente vinculante frente a la controversia que ahora se estudia ni limita tampoco el ámbito de este pronunciamiento. Dado que el fallo solo valoró un mecanismo de participación de las comunidades negras –las comisiones consultivas– que, sin embargo, no es el escenario idóneo para garantizar el ejercicio de su derecho a la consulta previa, no puede decirse que contenga una regla jurisprudencial específica sobre el contenido y el alcance de una disposición constitucional que deba aplicarse para la solución de este caso concreto.

Tratándose de un contexto y de un problema jurídico distinto al que se examina en esta oportunidad, no puede esta Sala cuestionarlo, controvertirlo ni reabrir el debate que se agotó ante las instancias competentes. Por eso, se circunscribirá a reiterar, en línea con lo que ha expuesto a lo largo de esa providencia, que para el ámbito específico del ejercicio del derecho a la consulta previa las organizaciones representativas de las comunidades objeto de consulta no

pueden ser las que defina alguna autoridad administrativa o judicial, sino aquellas que elijan los interesados, en ejercicio de su autonomía.

5.41. En ese orden de ideas, la Sala concluye que, en el contexto de los parámetros a los que el Convenio 169 de la OIT supedita la identificación de las instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales para efectos del desarrollo de los procesos de consulta previa, no era posible marginar a las organizaciones de base de comunidades negras de la convocatoria efectuada por la Resolución 121 de 2012. El Gobierno, ya se dijo, incumplió su deber de “*establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas*” de las comunidades negras, de cara a la garantía de su derecho a la consulta previa. En lugar de ello, ha adoptado decisiones confusas, e incluso contradictorias, que han frenado los esfuerzos que han hecho estas comunidades en aras de construir un espacio legítimo para la articulación de sus intereses en el escenario nacional.

Como expuso en el auto que dispuso la suspensión provisional de la Resolución 121 de 2012, las dificultades que han enfrentado las comunidades negras, raizales y palenqueras en su intento por afianzar procesos de acción colectiva para interceder ante las instancias gubernamentales en pro de la reivindicación de sus derechos han tenido que ver con una multiplicidad de externalidades, asociadas a las coyunturas locales, a las tensiones surgidas por cuenta de su competencia por los recursos institucionales y las prerrogativas que les reconoce el ordenamiento jurídico, al escenario de conflicto armado que aqueja sus territorios, a la incapacidad del Estado para comprender sus particularidades socio-culturales y al impacto que las figuras de representación creadas en el marco de la Ley 70 de 1993 y sus decretos reglamentarios han tenido sobre sus dinámicas participativas.

La complejidad de esos factores y los obstáculos que podrían implicar de cara al propósito de integrar una instancia legítima y representativa para la realización de los procesos de consulta previa no justifican, sin embargo, que el poder de decisión de las comunidades negras sobre el particular sea limitado a través de decisiones administrativas y judiciales adoptadas al margen de sus intereses. Mucho menos, con el pretexto de acelerar el trámite de los proyectos de ley y de medidas administrativas de carácter general que resulten prioritarios para el Gobierno, cuando este, según se ha visto, no ha brindado las condiciones para que esa instancia de consulta sea efectivamente constituida.

Establecido así que no es este el escenario para definir si las organizaciones de base pueden representar a las comunidades negras, raizales y palenqueras para los efectos de la integración del órgano de consulta previa de las medidas de amplio alcance, la Sala examinará el último problema jurídico que convocó su atención, este es, el relativo a si la Resolución 121 de 2012 estructuraba alguna de las hipótesis de afectación directa que hacían exigible, a la luz del Convenio 169 de la OIT, el agotamiento de un proceso de consulta previa.

Solución del cuarto problema jurídico. ¿La Resolución 121 de 2012 debió ser objeto de consulta previa?

“(…) existe un nexo muy claro entre la consulta como mecanismo de participación y la defensa de la integridad cultural de las comunidades étnicas. Hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”.

(Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2008)

5.42. Hasta acá, la Sala pudo establecer que las comunidades negras que reúnan ciertas condiciones de especificidad que las distinguan de la sociedad mayoritaria y que tengan una conciencia acerca de su identidad étnica son titulares de derechos colectivos, como la consulta previa, aunque no cuenten con un título de propiedad ni tengan una relación especial con la tierra. Igualmente, verificó que todas estas comunidades tienen derecho a participar en las decisiones que les afecten a través de la organización que, en ejercicio de su autonomía, consideren representativa de sus intereses, sea esta una de aquellas formas diseñadas desde la institucionalidad, como un consejo comunitario o una organización de base, o cualquiera de sus estructuras de representación o autoridades tradicionales.

La tarea que queda pendiente es la de establecer si la Resolución 121 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”* configura alguna de las hipótesis de afectación directa que habrían sujetado su expedición al agotamiento de un proceso de consulta previa con las comunidades interesadas.

Para determinar lo pertinente, hace falta remitirse a los parámetros expuestos en los fundamentos jurídicos 4.4. y 4.5. de esta providencia, acerca del ámbito de aplicación de la consulta previa. Entonces, se indicó que la evaluación de los eventos susceptibles de ser consultados con los pueblos indígenas y tribales son las medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos directamente, y que esos eventos de afectación directa deben identificarse en cada caso particular, considerando el impacto que la respectiva medida pueda significar para la comunidad interesada en ella.

Tal ejercicio, dijo la Sala, debe abordarse contrastando, primero, la medida que se aspira a implementar con las circunstancias específicas que el Convenio 169 identifica como susceptibles de consulta, siendo estas: aquellas que involucren la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales; las que impliquen trasladarlos o reubicarlos de las tierras que ocupan; las relativas a su capacidad de enajenar sus tierras; las que decidan sobre la organización y el funcionamiento de programas especiales de formación profesional o sobre las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno y, finalmente, aquellas que tengan que ver con la enseñanza y la conservación de la lengua de las comunidades.

Como se observa, ninguna de esas hipótesis se relaciona con los asuntos que el Gobierno quiso regular a través de la Resolución 121 de 2012. Esto, sin embargo, no excluye de plano el deber de consulta, pues, como se dijo, cuando la medida objeto de análisis no se ajuste a los supuestos específicos de consulta contemplados en el Convenio 169 de la OIT, corresponde al operador judicial o a la autoridad administrativa correspondiente verificar si la misma era necesaria, valorando la forma en que la medida objeto de análisis puede afectar los intereses de la comunidad a la que se dirija, y considerando los criterios de interpretación contemplados en el Convenio, en otros instrumentos internacionales de protección de los derechos de las minorías étnicas, en la jurisprudencia interamericana, constitucional y en la doctrina autorizada.

5.43. Pues bien, en ese orden de ideas, corresponde a la Sala determinar si la medida adoptada por el Ministerio del Interior a través de la Resolución 121 de 2012 estructura ese escenario de afectación directa. Con ese objeto se remitirá, en primer lugar, a las precisiones que sobre el particular efectuó al estudiar la necesidad y la urgencia de adoptar la medida provisional que, efectivamente, se impuso en diciembre de 2012.

En esa ocasión, la Sala comprobó que las decisiones que el Ministerio del Interior pretendía adoptar en aplicación de la Resolución 121 tendrían una incidencia directa y definitiva sobre la manera en que las comunidades negras del país, tuvieran o no un título colectivo adjudicado por el Incoder, estuvieran organizadas o no como consejos comunitarios, ejercerían sus derechos fundamentales a la participación y a la consulta previa, particularmente, frente a los proyectos de ley y las medidas administrativas de amplio alcance que pudieran afectarlas.

Dicha conclusión parte de lo establecido por la propia resolución acerca de los temas que serían consultados con el *Espacio Nacional de Delegados*, integrado por las personas que, para el efecto, eligieron los representantes legales de los 171 consejos comunitarios de comunidades negras con título colectivo y de las organizaciones de raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina que fueron invitadas a participar en dicho proceso electoral.

El acto administrativo anunció, en su parte considerativa, que el *Espacio Nacional de Delegados* se encargaría de i) definir el nuevo mecanismo de participación de las comunidades negras y de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y de reglamentar ii) la Comisión Consultiva de Alto Nivel iii) los requisitos para el registro de los consejos comunitarios y iv) las formas organizativas de los raizales.

Esto significaba, ni más ni menos, que los delegados tenían en sus manos la adopción de la hoja de ruta que guiaría el desarrollo de los procesos de consulta previa de las medidas susceptibles de afectar a las comunidades negras y la definición de las pautas a las que se sujetarían algunos de sus espacios y mecanismos de participación, interlocución y representación, como los consejos comunitarios y la Comisión Consultiva de Alto Nivel.

La Sala valoró un aspecto adicional: el hecho de que el grupo convocado a designar a los delegados no coincidiera con el espectro de comunidades que se podrían ver afectadas por cuenta de las decisiones que habrían de adoptarse con el concurso del espacio transitorio. La providencia cuestionó que no fueran los delegados ni quienes los eligieron los únicos que se verían afectados por las decisiones que se adoptarían a través de ese mecanismo de representación, sino todas aquellas comunidades que en los términos del Convenio 169 de la OIT, del mandato constitucional de protección de la diversidad étnica y cultural y de la jurisprudencia nacional pueden ser consideradas titulares de derechos étnicos.

Por último, advirtió sobre la amenaza que la ejecución de los procesos consultivos que, para la época, ya se estaban adelantando por intermedio del *Espacio Nacional de Delegados*, representaba para las organizaciones de comunidades afrocolombianas. En ese momento, el Ministerio del Interior estaba consultando el funcionamiento de dicha instancia de representación y un proyecto de ley que desarrollaba el artículo 310 de la Constitución Política (sobre la inmigración, limitación al ejercicio de los derechos de circulación y residencia y control de la densidad poblacional de San Andrés y Providencia), con la anuencia del citado cuerpo de delegados. Además, había surtido a través de ese mecanismo la consulta del Decreto 2163 de 2012, que conformó la Comisión Consultiva de Alto Nivel consagrada en el artículo 45 de la Ley 70 de 1993; decidió que los integrantes del Espacio Nacional de Delegados harían las veces de Comisión Consultiva de Alto Nivel, hasta el 31 de diciembre de 2013 “*para no generar sucesivos procesos eleccionarios y otros traumatismos institucionales*”, creó las comisiones consultivas departamentales, estableció los requisitos para el registro de organizaciones de raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, fijó los requisitos para inscribirse en el Registro Único de Consejos Comunitarios y derogó el Decreto 3770 de 2008 y las demás disposiciones que le fueran contrarias.

Finalmente, verificó la Sala que la Resolución 121 de 2012 había habilitado al *Espacio Nacional de Representación* para participar en la consulta previa de los proyectos de ley, medidas administrativas y demás actos que lo requirieran.

5.44. Tales circunstancias confirmaban la relevancia de las medidas que el Gobierno pretendía adelantar a través de un mecanismo que no fue ideado por las comunidades negras y sobre el que ni siquiera les informó, hasta que algunas de ellas fueron convocadas para elegir a quienes habrían de integrarlo.

La hipótesis de afectación directa que activaba la necesidad de la consulta se estructuró, así, por cuenta de la integración de una instancia que tendría la potestad de actuar como órgano de consulta previa de las comunidades negras, raizales y palenqueras frente a decisiones tan trascendentales como la conformación de sus nuevos espacios de participación y la definición de los parámetros en virtud de los cuales se realizaría el registro de los consejos comunitarios y las organizaciones de raizales. Todo esto, sumado a la cláusula abierta que habilitaba al *Espacio Nacional de Delegados* para participar en la consulta previa de todos los “*proyectos de ley, medidas administrativas y demás actos que lo requirieran*” permiten concluir que, en efecto, el contenido de la Resolución 121 de 2012 podía alterar el estatus de las comunidades negras,

en tanto involucraba la definición de aspectos que podrían impactar, de manera grave, en el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales de participación, consulta previa, autodeterminación e integridad cultural.

Resuelto este último asunto, sería del caso delimitar el sentido de las órdenes de protección que se impartirán para hacer efectivo el amparo de los derechos fundamentales que vulneró el Ministerio del Interior al expedir la Resolución 121 de 2012. Sin embargo, antes de definir lo pertinente, la Sala se referirá brevemente al Primer Congreso Autónomo del Pueblo Afrocolombiano, Raizal y Palenquero, considerando que el ministerio accionado y algunos intervinientes solicitaron valorar los acuerdos alcanzados en dicho escenario, que convocó, con ocasión de los 20 años de la Ley 70 de 1993, a más de 1500 representantes de organizaciones y consejos comunitarios de todo el país, que discutieron acerca de algunos de los asuntos neurálgicos para el fortalecimiento de los espacios participativos de las comunidades negras y de otros temas relacionados con el ejercicio de sus derechos fundamentales.

La imposibilidad de validar, como escenario de consulta previa, el Primer Congreso Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Raizal y Palenquero.

5.45. De conformidad con lo relatado en sede de revisión por el Ministerio del Interior y por la Anafro, la propuesta de realizar el Primer Congreso del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Raizal y Palenquero surgió en una reunión que sostuvieron algunas organizaciones afrocolombianas con funcionarios del Gobierno, en la que se alertó sobre la necesidad de diseñar un escenario que permitiera reactivar la interlocución de los representantes del movimiento negro con las instituciones del Estado. En la reunión se acordó que el Gobierno facilitaría la convocatoria y la celebración de unas asambleas departamentales para que las comunidades discutieran, a nivel regional, sobre las propuestas que se llevarían al evento.

Tras varios inconvenientes relacionados con los mensajes contradictorios que, en distintos espacios, enviaron funcionarios del gobierno acerca de los propósitos que perseguía el congreso^[257], el Ministerio del Interior expidió la Resolución 733 del 11 de junio de 2013, *“por la cual se convoca y apoya el Congreso Nacional Autónomo de Consejos Comunitarios y se convoca a Asambleas Departamentales de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras”*.

La resolución indicó que, atendiendo a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia T-823 de 2012 y en el Auto del 4 de diciembre de ese mismo año, resultaba necesario “*apoyar en su convocatorio autónoma*” a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y Palenqueras y a sus expresiones organizativas, para que adelantaran “*la consulta previa del proyecto de decreto a través del cual se conformará y reglamentará la Comisión Consultiva de Alto Nivel, de acuerdo con lo establecido en el artículo 45 de la Ley 70 de 1993, y, así mismo, para someter a consulta el decreto que creará y reglamentará la instancia nacional de consulta previa ante el cual se consultarán los proyectos de medidas legislativas y los actos administrativos de carácter general*”.

En consecuencia, dispuso la realización de las asambleas departamentales, en las que se designaría a los delegados departamentales que participarían en el Congreso Afro, y quienes, además, integrarían una instancia transitoria para llevar a cabo los procesos de consulta de los proyectos normativos ya mencionados. Las asambleas, indicó el acto administrativo, se llevarían a cabo entre junio y julio de 2013^[258] y contarían con la participación de i) los representantes legales de los consejos comunitarios con título colectivo de cada departamento; ii) los representantes legales de los consejos comunitarios sin título colectivo, pero cuya comunidad tuviera presencia en el respectivo departamento, estuviera asentada o no en predios baldíos; iii) los representantes de las comunidades negras, raizales y Palenqueras en situación de desplazamiento forzado y las que residieran en áreas urbanas y iv) los representantes o delegados raizales de la población raizal organizada.

5.46. A Quibdó asistieron, como se dijo, 1500 representantes de las comunidades convocadas a participar en las asambleas departamentales, que, entre el 23 y el 27 de agosto de 2013, y organizados en 14 mesas de trabajo, definieron la integración de una autoridad nacional afrocolombiana y discutieron el diseño de un protocolo de consulta previa y de una hoja de ruta para llevar a cabo los procesos de consulta de algunos proyectos de ley prioritarios para el gobierno: los proyectos de ley de tierras y desarrollo rural, de la reforma a las Corporaciones Autónomas Regionales, del Código Minero y un proyecto de ley de acciones afirmativas para las comunidades negras.

Según expuso la Anafro, el ministerio no brindó las condiciones para discutir los proyectos de decretos reglamentarios de la Ley 70 de 1993 a los que se refirió la Resolución 733 de 2013. Ni el proyecto de decreto que integraría la Comisión Consultiva de Alto Nivel ni el que crearía la instancia nacional de

consulta previa de las medidas de amplio alcance se entregaron formalmente a los organizadores del Congreso. Tampoco quedó claro, al final del evento, cómo se articularía la interlocución entre la nueva autoridad nacional transitoria, pues, de hecho, los documentos contentivos de los acuerdos no fueron puestos a disposición de las comunidades. Esas circunstancias, en efecto, han limitado el rol de la Anafro como una instancia de representación que aglutina a representantes de los consejos comunitarios, de organizaciones urbanas, de organizaciones de mujeres, jóvenes, víctimas, estudiantes, representantes de palenques, de raizales y de otros sectores de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y Palenqueras.

5.47. De conformidad con lo expuesto, la Sala encuentra que, tal y como lo precisó el ICANH en su oportunidad, el Primer Congreso del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Raizal y Palenquero representó un importante ejercicio de reflexión y concertación de las comunidades negras acerca de varios asuntos relevantes para la protección de sus derechos étnicos y, en general, para asegurar su acceso a las prerrogativas contempladas a su favor, ya hace más de 20 años, por la Ley 70 de 1993.

Aunque la Sala valora el esfuerzo que supuso reunir a sectores tan diversos del universo de organizaciones que representan los intereses de las comunidades negras en torno a la construcción de unas propuestas comunes para la definición de sus espacios de participación e interlocución con las instituciones gubernamentales, no puede avalar, para los efectos de la controversia que abordó esta providencia, las decisiones adoptadas en el marco del Congreso Afro.

Varias razones justifican esta decisión. Primero, las consideraciones tantas veces reiteradas por este fallo acerca de la necesidad de que los procesos de consulta previa se surtan a través de las instituciones representativas de las comunidades interesadas y mediante procedimientos apropiados. Para la Sala es claro que, aunque la realización del Congreso afro se presentó, precisamente, como una iniciativa autónoma de las comunidades negras, el Ministerio del Interior se atribuyó la tarea de convocar a las comunidades a las asambleas departamentales que antecederían al Congreso, y que en ese proceso se presentaron algunas inconsistencias, relacionadas, como ya se expuso, con la fecha de publicación de la Resolución 733 de 2013.

También hay que considerar que el ministerio dirigió la convocatoria a un amplio espectro de comunidades, pero condicionó su participación en las

asambleas al cumplimiento de ciertos requisitos -como la inscripción de los consejos comunitarios en las alcaldías, la presentación de cartas de delegación y de certificados de existencia y representación^[259]- que no son esenciales para definir si determinada comunidad es titular de derechos étnicos.

El otro aspecto a valorar es el que tiene que ver con las inconsistencias en la presentación del propósito del Congreso. Ya se dijo que, en principio, el mismo se diseñó con la aspiración de que contribuyera a recuperar la interlocución entre las comunidades negras y el gobierno, tras la ruptura que se produjo como consecuencia del fallo de nulidad del Consejo de Estado. Con el paso del tiempo, el evento se fue direccionando hacia otro objetivo: el agotamiento de los procesos de consulta previa de los proyectos de decreto reglamentarios de la comisión consultiva de alto nivel y de la instancia de consulta previa de las comunidades negras.

Ese cambio en las reglas de juego trasgrede las disposiciones del Convenio 169 y la jurisprudencia constitucional que exigen que los procesos consultivos se realicen de buena fe y brindando, como garantía de transparencia, toda la información relativa a la decisión que será objeto de consulta. Recuérdese, al respecto, que según lo informó la propia Anafró, los proyectos de decreto reglamentario que el Ministerio del Interior pretendía consultar con las comunidades negras en el marco del Congreso Afro no se le entregaron oportunamente a los organizadores del evento, lo cual impidió su divulgación oportuna entre quienes participaron del mismo.

Todas esas circunstancias se vieron reflejadas en el hecho de que algunos sectores del movimiento organizativo afrocolombiano hubieran decidido marginarse del Congreso. Fue el propio ministerio el que informó sobre las peticiones, quejas y reclamos que diferentes actores de las comunidades han formulado a propósito del evento. Así mismo, la Anafró dio cuenta de algunos sectores de las organizaciones de comunidades negras que se han negado a vincularse a este espacio participativo.

Tal situación no representaría un obstáculo para la formalización de un proceso de consulta previa que, ciñéndose a los parámetros de buena fe y transparencia que deben guiar su realización, hubiera garantizado que las comunidades contaran con información oportuna y completa para expresarse libremente sobre la medida objeto de consulta y para decidir de forma autónoma sobre la misma. No obstante, como se ha visto, el proceso de convocatoria al Primer Congreso

del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Raizal y Palenquero no logró satisfacer esos estándares.

Dado que, en todo caso, las propuestas que allí se aprobaron representan la voluntad de un amplio, importante y diverso sector de las comunidades negras, que además fueron el resultado de un proceso de reflexión acerca de las dificultades que les han impedido construir un espacio legítimo y efectivo de interlocución y representación, la Sala ordenará que el proceso de consulta que deberá convocar el Ministerio del Interior en cumplimiento de esta sentencia, con el objeto de que las comunidades decidan sobre las organizaciones que pueden representarlas para efectos de la integración de la instancia nacional de consulta previa, tome como referente la *“Propuesta de Protocolo de consulta previa, libre, informada y vinculante para comunidades negras, afrocolombianas y palenqueras de áreas rurales y urbanas”* que se aprobó en ese escenario.

La propuesta, que deberá ser divulgada a través del sistema de medios públicos nacionales, servirá, entonces, como punto de partida para la ejecución del proceso de consulta, lo cual implica que las comunidades podrán objetarla y reestructurarla sin ningún tipo de limitante. De lo que se trata es de tener un marco de referencia para iniciar el proceso de consulta, sobre la base de un documento que, se insiste, fue diseñado en un escenario participativo y amplio en el que se invirtieron el tiempo y las experiencias de un sector importante de las comunidades negras, raizales y palenqueras. Aclarado esto, pasa la Sala, entonces, a precisar el alcance de la protección que concederá en esta ocasión.

Las órdenes de protección. El Ministerio del Interior deberá convocar a todas las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras del país, sean rurales o urbanas, y con independencia de la forma organizativa que hayan adoptado, a participar en el proceso de consulta previa en el que se definirán las pautas para la integración del espacio nacional de consulta de las decisiones legislativas y administrativas de carácter general que puedan afectarlas directamente.

5.48. De conformidad con lo expuesto en las líneas anteriores, la Sala pudo establecer que la participación de las comunidades negras en la elección de los integrantes del espacio nacional que las representarían para efectos de la consulta previa de las medidas de amplio alcance que pudieran afectarlas no podía supeditarse a que contaran con un título colectivo adjudicado por el Incoder ni a ningún criterio que limitara su derecho a autodeterminarse y a

reivindicar, en ejercicio de su identidad diversa, su status como titulares de derechos étnicos.

Sobre ese supuesto, decidió conceder el amparo de los derechos fundamentales que el Ministerio del Interior les vulneró a las comunidades organizadas en el Palenque Afrourbano de Tumaco, la Asociación de Mujeres Afrodescendientes y del Caribe Graciela Cha-Inés, la Asociación de Consejos Comunitarios de Negritudes del Norte del Cauca, el Consejo Comunitario de Comunidades Negras Juan Oval Arrincón Amela, la Asociación de Organizaciones de Comunidades Negras del Cesar “Ku-Suto” y la Asociación Municipal de Consejos Comunitarios Afrodescendientes del Municipio de Suárez, Cauca, que no pudieron participar en las asambleas departamentales en las que se eligieron a los delegados del referido espacio de consulta por no acreditar que contaban con un territorio colectivo adjudicado. Dado que dicha infracción iusfundamental se estructuró por cuenta de las limitaciones impuestas por la Resolución 121 de 2012, la Sala levantará la medida cautelar que impuso sobre dicho acto administrativo en diciembre de 2012 y lo dejará sin efectos. Lo propio dispondrá respecto de los actos administrativos que se expidieron a su amparo, en particular, el Decreto 2163 de 2012.

Ahora bien, la Sala fue enfática al precisar que su decisión no se limitaría al caso concreto, sino a solucionar la problemática estructural relacionada con la ausencia de una instancia nacional de consulta previa de las medidas de amplio alcance que puedan representar una afectación directa para las comunidades negras, raizales y palenqueras del país. Fue en ese contexto que dio cuenta de los parámetros que pueden contribuir a dilucidar los dilemas asociados a la atribución de la titularidad de derechos étnicos y que destacó las disposiciones normativas y las reglas jurisprudenciales que deben guiar el desarrollo de los procesos consultivos, para asegurar la garantía plena de este derecho fundamental que, como se dijo, es esencial para la salvaguarda de la integridad cultural y la subsistencia de los pueblos étnica y culturalmente diversos.

En ese orden de ideas, advirtió la necesidad de impartir unas órdenes de protección que permitan superar los efectos que comporta, para las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras el hecho de no haber contado con esa instancia de consulta. Esa circunstancia tiene unas implicaciones concretas.

Primero, supone que la protección que aquí se concede no puede irradiar solamente sobre las comunidades que apoyaron la tutela formulada por el señor

Moisés Pérez Casseres, sino sobre todo el universo de comunidades que fueron excluidas de la convocatoria para la elección de los integrantes del Espacio Nacional de Delegados por cuenta de la aplicación de un criterio arbitrario y restrictivo que se opone a los estándares de protección del derecho fundamental a la consulta previa. En esa medida, el amparo que aquí se otorga será concedido con efectos *inter comunis*,^[260] para proteger, en condiciones de igualdad, los derechos de todas las comunidades negras, afrocolombianas y palenqueras que no pudieron participar en las asambleas departamentales que se realizaron con ocasión de lo dispuesto en la Resolución 121 de 2012.

Lo verificado en este trámite constitucional acerca de los distintos factores que han impedido constituir una instancia nacional de consulta previa de las comunidades negras exige, además, formular una solución que impida incurrir, nuevamente, en los errores que en el pasado bloquearon las iniciativas para integrar ese espacio. Dado que, para la Sala, la problemática que se ha suscitado al respecto ha tenido que ver con que el Estado ha pretendido imponer su visión sobre las organizaciones que deberían representar a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras en ese escenario, en lugar de cumplir con el compromiso que le impone el Convenio 169 de la OIT en relación con la necesidad de facilitar un espacio para que sean las propias comunidades las que decidan cuáles son sus instituciones representativas, ordenará realizar un proceso consultivo para el efecto.

En línea con lo que aquí se ha expuesto, dicho proceso de consulta deberá permitir la participación de todas aquellas comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras que se consideren con derecho a participar en él, sean rurales o urbanas, y con independencia de la forma organizativa que hayan adoptado, siempre que, en ejercicio de su autonomía, designen a un delegado que las represente en tal escenario.

Adicionalmente, para garantizar que la convocatoria a participar en dicho proceso cumpla con los requisitos de publicidad, transparencia y buena fe que deben caracterizar este tipo de procesos, la Sala ordenará que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, el Ministerio del Interior divulgue, a través de su página de internet, del sistema de medios públicos nacionales (radio y televisión) y de periódicos de circulación nacional y regional, la convocatoria al citado proceso consultivo, el cual, en los términos señalados en el acápite precedente, deberá realizarse a partir de la “*Propuesta de Protocolo de consulta previa, libre, informada y vinculante para comunidades negras, afrocolombianas y palenqueras de áreas*

rurales y urbanas” que se aprobó en el marco del Primer Congreso Nacional Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Raizal y Palenquero realizado en la ciudad de Quibdó, Chocó, entre el 23 y el 27 de agosto de 2013. Esto, se aclara no limita el espectro de los temas que podrán discutirse en dicho escenario, por decisión de las comunidades que en él intervengan.

Si el gobierno estima que la integración del referido espacio nacional de consulta previa debe sujetarse a requisitos distintos, podrá someter a consulta el proyecto que considere, siempre que lo divulgue en las condiciones de publicidad que aquí se prevén.

Por último, la Sala le solicitará a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación que, a través de sus seccionales o delegadas, y en el marco de sus funciones legales y de su misión institucional, acompañen el desarrollo del proceso de consulta previa de las pautas para la integración del espacio nacional de consulta de las decisiones legislativas y administrativas de carácter general que sean susceptibles de afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales, y ejerzan las labores tendientes a lograr el pleno cumplimiento de este fallo.

Igualmente, dispondrá que el contenido de la presente decisión se comunique al representante de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, con el objeto de que, en ejercicio de las funciones que se inscriben en el marco de su mandato, acompañe el cumplimiento de la presente decisión y realice las observaciones y recomendaciones que estime pertinentes.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- Levantar la suspensión de términos para fallar el presente asunto y la medida cautelar adoptada por la Sala Novena de Revisión, mediante providencia del cuatro de diciembre de 2012.

Segundo.- Revocar las sentencias proferidas por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar el dos (2) de marzo de dos mil doce (2012), en primera instancia, y por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el doce (12) de abril de dos mil doce (2012), en segunda instancia, que declararon improcedente la acción de tutela formulada por el señor Moisés Pérez Casseres. En su lugar, **amparar**, con efectos *inter comunis*, los derechos fundamentales a la participación, a la igualdad y a la consulta previa de las comunidades negras que, organizadas en el Palenque Afrourbano de Tumaco, la Asociación de Mujeres Afrodescendientes y del Caribe Graciela Cha-Inés, la Asociación de Consejos Comunitarios de Negritudes del Norte del Cauca, el Consejo Comunitario de Comunidades Negras Juan Oval Arrincón Amela, la Asociación de Organizaciones de Comunidades Negras del Cesar “Ku-Suto” y la Asociación Municipal de Consejos Comunitarios Afrodescendientes del Municipio de Suárez, Cauca, fueron excluidas del proceso de elección de los integrantes del *Espacio Nacional de Representación de Autoridades y Consejos Comunitarios de Comunidades Negras, Raizal de San Andrés, Providencia y Catalina* que convocó el Ministerio del Interior, a través de la Resolución 121, por el hecho de no contar con un título colectivo de dominio adjudicado por el Incoder.

Tercero.- Dejar sin efectos, por las razones señaladas en esta providencia, la Resolución 121 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” y los demás actos administrativos que se profirieron a su amparo, en especial, el Decreto 2163 de 2012, por medio del cual se conforma y se reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Raizales y Palenqueras y se dictan otras disposiciones.

Cuarto.- Ordenar al Ministerio del Interior que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, divulgue, a través de su página de internet, del sistema de medios públicos nacionales (radio y televisión) y de periódicos de circulación nacional y regional la “*Propuesta de Protocolo de consulta previa, libre, informada y vinculante para comunidades negras, afrocolombianas y palenqueras de áreas rurales y urbanas*” aprobada en el marco del Primer Congreso Nacional Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Raizal y Palenquero que se llevó a cabo en la ciudad de

Quibdó, Chocó, entre el 23 y el 27 de agosto de 2013. El ministerio deberá informar que dicha propuesta será el punto de referencia para el trámite del proceso de consulta en el curso del cual se definirán las **pautas para la integración del espacio nacional de consulta de las decisiones legislativas y administrativas de carácter general que sean susceptibles de afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales**. La divulgación del documento deberá presentar, de forma sencilla y comprensible, el contenido de cada uno de los siete puntos definidos en la propuesta de protocolo, destacando, especialmente, el contenido del punto v), relativo a *“los participantes del proceso de consulta”*, por ser este, en últimas, el que se debatirá en el marco del proceso consultivo al que se refiere esta sentencia.

Si el ministerio considera que el diseño, la integración o el funcionamiento del referido espacio nacional de consulta deben sujetarse a requisitos distintos a los concertados por las comunidades que participaron en el Congreso Afro, deberá formular su respectiva propuesta y divulgarla en los términos acá previstos, con el objeto de que se discuta al respecto en el escenario del correspondiente proceso consultivo.

Quinto.- Ordenar al Ministerio del Interior que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, y por los mismos medios contemplados en el numeral anterior, convoque a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras del país a participar en el proceso de consulta previa en el marco del cual se definirán las pautas para la integración del espacio nacional de consulta de las decisiones legislativas y administrativas de carácter general que puedan afectarlas directamente. La convocatoria deberá sujetarse a las siguientes reglas: **i)** se dirigirá a todas aquellas comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras que se consideren con derecho a participar en dicho proceso, sean rurales o urbanas, y con independencia de la forma organizativa que hayan adoptado, siempre que, en ejercicio de su autonomía, designen a un delegado que las represente en tal escenario; **ii)** deberá indicar de forma precisa la fecha, la hora y el lugar en el que se realizará la primera etapa del proceso consultivo, esto es, la de preconsulta, la cual, por razones logísticas, deberá llevarse a cabo en el marco de asambleas departamentales y **iii)** deberá especificar que el objeto del referido proceso consultivo es la integración de la instancia de participación con la cual se consultarán, en adelante, las medidas de amplio alcance que puedan afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.

Sexto.- Ordenar que, como garantía de transparencia del proceso de consulta previa mediante el cual se definirán las pautas para la integración del espacio nacional de consulta de las decisiones legislativas y administrativas de carácter general que sean susceptibles de afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, el Ministerio del Interior deberá publicar un vínculo de fácil visibilidad y acceso en su página web en el que, además de mantener a disposición de los interesados la “*Propuesta de Protocolo de consulta previa, libre, informada y vinculante para comunidades negras, afrocolombianas y palenqueras de áreas rurales y urbanas*” y la propuesta que eventualmente formule el gobierno sobre el particular, informe sobre el cronograma del proceso consultivo (que deberá definirse de manera concertada en la etapa de preconsulta), y sobre los avances y acuerdos que se vayan alcanzando en el curso del mismo. Dicho vínculo, que deberá publicarse, también, en la página web del Programa Presidencial para la formulación de estrategias y acciones para el desarrollo integral de la Población Afrocolombiana, Negra y Raizal de la Presidencia de la República, deberá incluir posteriormente la información definitiva sobre las reglas que determinarán el funcionamiento de la respectiva instancia de consulta, identificar a sus integrantes y divulgar los procesos de consulta previa de medidas de amplio alcance en los que participen, para conocimiento de todas las comunidades interesadas.

Séptimo.- Solicitar a la Defensoría del Pueblo, a la Procuraduría General de la Nación que, a través de sus seccionales o delegadas, y en el marco de sus funciones legales y de su misión institucional, acompañen el desarrollo del proceso de consulta previa de las pautas para la integración del espacio nacional de consulta de las decisiones legislativas y administrativas de carácter general que sean susceptibles de afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales, y ejerzan las labores tendientes a lograr el pleno cumplimiento de este fallo.

Octavo.- Comunicar el contenido de la presente providencia al representante de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, con el objeto de que, en ejercicio de las funciones que se inscriben en el marco de su mandato, acompañe el cumplimiento de la presente decisión y realice las observaciones y recomendaciones que estime pertinentes.

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

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado
Salvamento parcial de voto

SONIA MIREYA VIVAS PINEDA (E)
Secretaria

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO MAGISTRADO
MAURICIO GONZALEZ CUERVO
A LA SENTENCIA T-576/14**

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-No se debió dejar sin efectos Resolución que buscaba una instancia de representación para consultar a las comunidades negras sobre las medidas legislativas y administrativas de carácter general que puedan afectarlas directamente (Salvamento parcial de voto)

Gran parte de esta providencia fue dedicada a explicar la problemática estructural que supone el que hoy, tras más de veinte años de vigencia de la Constitución y de la ley aprobatoria del Convenio 169 de 1989, no exista una instancia de representación para consultar a las comunidades negras sobre las

medidas legislativas y administrativas de carácter general que puedan afectarlas directamente. Sin embargo, deja sin efectos la Resolución 121 de 2012, a través de la cual el Ministerio del Interior estaba avanzando en el objetivo de lograr la representación de estas comunidades. Por lo anterior, considero que la misma no debió ser dejada sin efectos, en cambio, se debió adoptar una solución intermedia que por un lado permitiera proteger los derechos de las comunidades y por el otro no perder lo que ya había logrado el gobierno junto con dichas comunidades

El ciudadano Moisés Pérez Casseres interpuso acción de tutela contra el Ministerio del Interior al considerar que vulneró los derechos fundamentales a la consulta previa, al consentimiento previo, libre e informado, a la participación, a la igualdad y al debido proceso de las comunidades negras del país al proferir la Resolución 121 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”*,.

Mediante dicha resolución fueron convocados los representantes legales de los consejos comunitarios de comunidades negras que tienen título colectivo adjudicado por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder) y a los representantes de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para que, en asambleas departamentales, eligieran 20 delegados que los representarían de forma transitoria en los procesos destinados a definir el nuevo mecanismo de participación de esas comunidades, a reglamentar la Comisión Consultiva de Alto Nivel y a establecer los requisitos para el registro de los consejos comunitarios y de las organizaciones de raizales.

El actor interpuso la acción de tutela cuestionando por una parte, que la resolución hubiera sido expedida sin agotar el proceso de consulta previa y de consentimiento previo, libre e informado al que tiene derecho la población afrodescendiente y por la otra, porque el hecho de que la convocatoria se haya condicionado a la acreditación de un título colectivo supuso la exclusión y discriminación de la población afrocolombiana que reside en zonas urbanas, que está en situación de desplazamiento y de las comunidades negras que están organizadas en consejos comunitarios y otras formas organizativas válidas, pero que no cuentan con un territorio adjudicado por razones imputables al Estado.

En cuanto a la decisión adoptada por la mayoría de la Sala me aparto parcialmente por lo siguiente:

En primer lugar, gran parte de esta providencia fue dedicada a explicar la problemática estructural que supone el que hoy, tras más de veinte años de vigencia de la Constitución y de la ley aprobatoria del Convenio 169 de 1989, no exista una instancia de representación para consultar a las comunidades negras sobre las medidas legislativas y administrativas de carácter general que puedan afectarlas directamente. Sin embargo, deja sin efectos la Resolución 121 de 2012, a través de la cual el Ministerio del Interior estaba avanzando en el objetivo de lograr la representación de estas comunidades. Por lo anterior, considero que la misma no debió ser dejada sin efectos, en cambio, se debió adoptar una solución intermedia que por un lado permitiera proteger los derechos de las comunidades y por el otro no perder lo que ya había logrado el gobierno junto con dichas comunidades.

En segundo lugar, en cuanto al reproche que se le hace al Ministerio por haber convocado solo a los consejos comunitarios de comunidades negras que tienen título colectivo adjudicado por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder) y a los representantes de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, considero que no es irrazonable esta conducta, pues el Estado convocó a las comunidades que conocía y de las cuales tenía conocimiento sobre su existencia.

En razón a las anteriores consideraciones, salvo parcialmente mi voto en la decisión adoptada por la Sala.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado

Tabla de contenido de la Sentencia T-576 de 2014

I. ANTECEDENTES

1. Los hechos y la demanda

2. Trámite procesal y decisión de primera instancia

3. La impugnación

4. La decisión judicial de segunda instancia

5. Actuaciones realizadas en sede de revisión

5.1. Respuesta e intervenciones del Ministerio del Interior

5.2. Intervención del Instituto de Desarrollo Rural, Incoder.

5.3. Intervención de la Procuraduría General de la Nación

5.4. Intervención de la Defensoría del Pueblo

5.5. Intervención del accionante, Moisés Pérez Casseres

5.6. Intervención del Observatorio de Discriminación Racial

5.7. Intervención del ciudadano Walberto Alomia Riascos

5.8. Intervención de la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz

5.9. Intervención del Instituto Colombiano de Antropología e Historia

5.10. Intervención de la Veeduría Nacional de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras

5.11. Intervención de la Autoridad Nacional Afrocolombiana

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

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

3. Los afrocolombianos y sus comunidades como titulares individuales y colectivos de derechos fundamentales. Fundamentos normativos y jurisprudencia constitucional.

Marco normativo de la protección especial que el Estado les debe a los afrocolombianos

-El reconocimiento de la diferencia. Los afrocolombianos en la Asamblea Nacional Constituyente.

-El artículo 55 transitorio y la caracterización del sujeto colectivo comunidades negras

-La Ley 21 de 1991: Los pueblos indígenas y tribales como sujetos de derechos

-La Ley 70 de 1993: la reinención de la identidad cultural negra

-Fuentes normativas del trato especial que el Estado les debe a los afrocolombianos y a sus comunidades. Protección frente a la discriminación y preservación de su identidad cultural.

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

-Primeros debates: la noción de comunidad étnica

-Discriminación racial y acciones afirmativas

-Comunidades negras, más allá del Pacífico

-Los afrocolombianos, víctimas del desplazamiento forzado

-La comunidad negra como sujeto de derechos fundamentales. Hipótesis concretas de afectación colectiva

-La prueba de la identidad étnica

-Raza, etnia, identidad. Los debates actuales.

-Conclusiones.

4. El derecho a la participación de los grupos étnicos minoritarios. La consulta previa de las medidas legislativas y administrativas de carácter general que puedan afectarlos directamente.

El derecho a la consulta previa en el Convenio 169 de 1989. Su papel en la concreción de los derechos a la participación, a la subsistencia y a la autonomía de las minorías étnicas.

-El ámbito de aplicación de la consulta previa

-¿Quiénes deben ser consultados?

-Criterios de aplicación de las consultas

El derecho a la consulta previa en el ámbito interno. Marco normativo y jurisprudencia.

-Primera etapa: la consulta de medidas que conlleven la explotación de recursos naturales ubicados en los territorios de las minorías étnicas

-Segunda etapa: la necesidad de consultar la ejecución de grandes proyectos de infraestructura

-El deber de consultar las medidas legislativas y administrativas de carácter general que puedan afectar directamente a las comunidades étnicas.

5. Caso concreto

Estudio de la procedibilidad formal de la acción de tutela

- Sobre la existencia de otros mecanismos judiciales de defensa
- Sobre la procedibilidad de la acción de tutela frente a actos administrativos de contenido general
- Sobre la legitimación por activa del señor Pérez Casseres para promover la acción de tutela

Examen de la procedibilidad material de la acción de tutela.

-Cuestión previa: La Sentencia T-823 de 2012 y su relación con el asunto que acá se decide.

-Solución del primer problema jurídico. ¿Quiénes, en su condición de afrocolombianos, son titulares de derechos étnicos?

- i) Los derechos étnicos, como la consulta previa, no se predicán de individuos, sino de sujetos colectivos.
- ii) La presencia de determinados factores raciales, espaciales o formales es un factor relevante, pero no esencial a la existencia de una comunidad étnica.
- iii) La definición de comunidad negra de la Ley 70 de 1993

-Solución del segundo problema jurídico. ¿Era constitucionalmente válido supeditar la participación de las comunidades negras en la elección de los integrantes del *Espacio Nacional de Delegados* que creó la Resolución 121 de 2012 a que contaran con un título colectivo?

-Solución del tercer problema jurídico. ¿Qué organizaciones estarían legitimadas para representar a los afrocolombianos en la instancia de consulta previa de los proyectos e iniciativas de alcance nacional?

- Ninguna autoridad administrativa ni judicial puede imponerles a las comunidades negras un modelo específico de institución representativa.
- El carácter representativo de las organizaciones de base. Trayectoria, marco normativo y decisiones judiciales.

-Solución del cuarto problema jurídico. ¿La Resolución 121 de 2012 debió ser objeto de consulta previa?

-La imposibilidad de validar, como escenario de consulta previa, el Primer Congreso Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Raizal y Palenquero.

-Las órdenes de protección. El Ministerio del Interior deberá convocar a todas las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras del país, sean rurales o urbanas, y con independencia de la forma organizativa que hayan adoptado, a participar en el proceso de consulta previa en el que se definirán las pautas para la integración del espacio nacional de consulta de las decisiones legislativas y administrativas de carácter general que puedan afectarlas directamente.

III. DECISIÓN.



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

^[2] Folio 20 del cuaderno 3.

^[3] Ley 70 de 1993, artículo 1º: *La presente ley tiene por objeto reconocer 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, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes (...).*

^[4] Ley 70 de 1993, artículo 4º: *El Estado adjudicará a las comunidades negras de que trata esta ley la propiedad colectiva sobre las áreas que, de conformidad con las definiciones contenidas en el artículo segundo, comprenden las tierras baldías de las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico y aquellas ubicadas en las áreas de que trata el inciso segundo del artículo 1o. de la presente ley que vienen ocupando de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción. Los terrenos respecto de los cuales se determine el derecho a la propiedad colectiva se denominarán para todos los efectos legales "Tierras de las Comunidades Negras".*

^[5] Ley 70 de 1993, artículo 5º: *Para recibir en propiedad colectiva las tierras adjudicables, cada comunidad formará un Consejo Comunitario como forma de administración interna, cuyos requisitos determinará el reglamento que expida el Gobierno Nacional. Además de las que prevea el reglamento, son funciones de los Consejos Comunitarios: delimitar y asignar áreas al interior de las tierras adjudicadas; velar por la conservación y protección de los derechos de la propiedad colectiva, la preservación de la identidad cultural, el aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales; escoger al representante legal de la respectiva comunidad en cuanto persona jurídica, y hacer de amigables componedores en los conflictos internos factibles de conciliación.*

^[6] La entidad informó que los días 25 y 26 de julio de 2012 se llevó a cabo en los municipios de Facatativá y Chinautá la protocolización del proceso de consulta previa del decreto que reglamentaría el Espacio Nacional de Representación de Autoridades y Consejos Comunitarios de Comunidades Negras, Raizal de San Andrés, Providencia y Catalina, como mecanismo transitorio de representación. El 16 de julio se había llevado a cabo, en el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la protocolización de la consulta previa surtida para el proyecto por medio del cual se desarrollaría el artículo 310 de la Constitución Política, en lo referente a la inmigración, limitación al ejercicio de los derechos de circulación y residencia, y se adoptarían medidas para controlar la densidad poblacional en ese departamento.

^[7] El ministerio se refiere a la sentencia del 5 de agosto de 2010, expediente 2007 00039 00 (C. P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta), que declaró nulas las disposiciones del Decreto 2248 de 1995 sobre la inscripción de las organizaciones de base de las comunidades negras.

^[8] Precisó el ministerio que dicho proyecto buscaba que la Comisión Consultiva de Alto Nivel se conformara con un espacio de interlocución entre delegados de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y los representantes del Gobierno nacional, para adelantar el seguimiento, reglamentación y aplicación de las disposiciones previstas en la Ley 70 de 1993.

^[9] El proyecto buscaba la creación de la Mesa Nacional Permanente de Consulta Previa como espacio de consulta previa de las medidas legislativas o administrativas de orden general que son susceptibles de afectar directamente a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, de conformidad con la Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

^[10] Decreto 1745 de 1995, por el cual se reglamenta el Capítulo III de la Ley 70 de 1993, se adopta el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las "Tierras de las Comunidades Negras" y se dictan otras disposiciones. Capítulo IV, Procedimiento de Titulación Colectiva a las comunidades negras

^[11] El interviniente remitió a esta corporación un informe pormenorizado de las gestiones realizadas por la Defensoría Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas a propósito del fallo del Consejo de Estado que anuló la figura de las organizaciones de base creadas por el Decreto 1745 de 1995, relacionando cada una de las solicitudes que tramitó en ese sentido y los oficios que profirió para absolverlas. En este acápite, la Sala expondrá de manera breve las diligencias que adelantó la entidad en lo que toca con el problema jurídico formulado en la acción de tutela.

^[12] La respuesta del accionante fue radicada en la Secretaría General de esta corporación el 22 de agosto de 2012.

^[13] Folios 247 a 253 del Cuaderno 3.

^[14] Folio 370, cuaderno 3.

^[15] Folio 372, cuaderno 3. En el mismo sentido, el interviniente cuestionó que el Consejo de Estado no hubiera consultado, para efectos de lo decidido en su sentencia del 5 de agosto de 2010, a quienes redactaron la Ley 70 de 1993. Si lo hubieran hecho, y hubieran realizado un análisis programático de la expresión "*dentro de la relación campo poblado (...)*", habrían entendido que la palabra "poblado", en ese contexto, es sustantivo y no adjetivo, es decir, que es sinónimo de ciudad, indicó.

^[16] El documento fue elaborado por Carlos Andrés Meza Ramírez, investigador del ICANH.

^[17] Señala el concepto que el proceso de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 significó un quiebre en el proceso de movilización social negra, en la medida en que replanteó la consigna de lucha contra el racismo que, hasta entonces, había signado la estrategia de acción colectiva formulada por las colectividades afrocolombianas rurales y urbanas, las organizaciones culturales, sindicatos multiétnicos y multirraciales y profesionales que representaban sus intereses. Dicho discurso fue sustituido por uno que reivindicó la diferencia cultural a partir de la noción "comunidades negras", que desarrolla la perspectiva identitaria étnico territorial de las asociaciones campesinas del Atrato, del San Juan y del Baudó, en el Chocó.

^[18] El documento refiere que tal coyuntura propició un *boom* en la constitución de organizaciones de base, la mayoría de ellas, ficticias, porque su registro no perseguía un objetivo distinto al de perpetuar a los consultivos

(En este punto se cita a Maguemati Wabgou, Jaime Arocha Rodríguez, Aiden José Salgado Cassiani y Juan Alberto Ospina, en *Movimiento Social Afrocolombiano, Negro, Raízal y Palenquero: El largo camino hacia la construcción de espacios comunes y alianzas estratégicas para la incidencia política en Colombia*. Unidad de Investigaciones Gerardo Molina. UNIJUS. Universidad Nacional de Colombia, 2012). El interviniente cuestiona, además, que el marco legal de protección de los afrocolombianos no haya logrado quebrar la estructura del sistema social racializado colombiano y que, en lugar de ello, haya profundizado el tratamiento preferencial de la gente negra dentro de los marcos de la victimización y del conflicto. Tal dislocación entre la política, la legislación y los escenarios de su aplicación sería, según el concepto, el problema central desde el cual debería abordarse la problemática afrocolombiana actual y la de su movimiento social.

^[19] Tras la decisión del Consejo de Estado, las organizaciones de base quedaron marginadas de todos los espacios consultivos. Así ocurrió en la consultiva del Distrito Capital, que había sido creada en 1994 y que había experimentado los mismos problemas de la consultiva nacional, aunque en una escala distinta. El Decreto 192 de 2008, que adoptó el Plan Integral de Acciones Afirmativas presente en el Plan de Desarrollo Distrital 2008-2012, hacía referencia a las mesas de articulación en red de las diversas formas organizativas de la población afrocolombiana en espacios denominados “mesas locales”, de las que hicieron parte 35 organizaciones de base en Bosa, Suba, Fontibón, Rafael Uribe Uribe, Mártires, San Cristóbal, Usme y Ciudad Bolívar, que generaron insumos dirigidos a la formulación de la política de salud para grupos étnicos. El trabajo que asumieron las mesas locales del Distrito Capital como espacios de concertación y decisión afro (en 2012 crearon una Mesa Distrital Afro, las mesas de mujeres, de jóvenes, de víctimas y de palenqueros, cuyas propuestas llegaron a ser incluidas en el Plan de Desarrollo Distrital 2012-2016 que estaba siendo formulado en ese momento) evidencia la manera en que los procesos organizativos locales jalonaron el rediseño de los espacios de participación e interlocución con administraciones municipales y distritales, frente al limbo jurídico en que habían caído las organizaciones de comunidades negras que no eran consejos comunitarios y que se encontraban en las ciudades, o bien, consejos comunitarios por fuera del Pacífico y que estaban en procura de obtener un título colectivo. La titulación colectiva que obtuvo el proceso organizativo local Los Boquilleros, una comunidad negra de pescadores artesanales al norte de Cartagena, consiguió para frenar la expansión del sector hotelero hacia su territorio, y la manera en que han rearticulado sus viejas luchas contra la exclusión y segregación propias de las políticas urbanas, turísticas y sociales de la ciudad de Cartagena es otra prueba de este fenómeno.

^[20] El ICANH asistió al evento en calidad de observador y tuvo la oportunidad de seguir su desarrollo.

^[21] La veeduría intervino en el trámite de revisión a través de escrito radicado en la Secretaría General de la Corte el 23 de julio de 2014.

^[22] El documento de intervención de la Anafro, radicado en la Secretaría de esta Corporación el 1º de agosto de 2014, lo suscriben Yolanda García Luango, Víctor Córdoba, Miguel Ángel Cassiani, Matilde Esther Maestre, Orlando Viveros Guaza, Emigdio Pertuz Buendía, Rudecindo Castro y Carlos Rosero.

^[23] Resolución 733 de 2013, por la cual se acompaña y apoya el Congreso Nacional Autónomo de Consejos Comunitarios y se convoca a Asambleas Departamentales de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raízales y Palenqueras.

^[24] Con respecto a este último punto se han presentado varios debates, porque los documentos incluyen tres referencias a la temporalidad de la autoridad transitoria.

^[25] La Sala aludirá indistintamente a las comunidades “afrocolombianas”, “afrodescendientes” o “negras”, siguiendo las consideraciones expuestas en la Sentencia T-376 de 2012 (M.P. María Victoria Calle) acerca del significado político y jurídico que los integrantes de este grupo étnico y los instrumentos de protección de los derechos humanos le han atribuido a dichas expresiones y valorando, en especial, que el uso que las comunidades ha hecho de esos etnónimos ha estado vinculado a su aspiración de encontrar una fórmula de auto reconocimiento que las identifique como titulares de derechos. No obstante, el hecho de que el asunto que en esta oportunidad se revisa implique indagar por las circunstancias que justifican esa titularidad, y valorar la definición de comunidad negra que consagra la Ley 70 de 1993, exigirá que la Sala se refiera, alternativamente, a las comunidades negras como una colectividad que reivindica su identidad étnica afrocolombiana y a las *comunidades negras* en el marco específico de la acepción legal que las comprende como un “conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos” (Artículo 2º., Ley 70/93). Para facilitar la lectura de esta providencia, la Sala escribirá la expresión *comunidad negra* en cursivas cuando se refiera a la definición de la Ley 70. De todas formas, cuando haga falta, hará las precisiones pertinentes.

^[26] Sentencia T-823 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt). El fallo ordenó **“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 (...).”

^[27] La medida de suspensión provisional fue adoptada a través de Auto del cuatro (4) de diciembre de 2012. Como fundamentos de la medida, la Sala expuso los siguientes: “*i) las decisiones que se adoptarán en aplicación de la Resolución 121 de 2012 tendrán una incidencia directa y definitiva sobre la manera en que los afrocolombianos ejercerán sus derechos fundamentales a la participación y a la consulta previa, ii) los procesos consultivos que está adelantando el Ministerio del Interior en desarrollo de la Resolución 121 podrían acentuar la debilidad de las organizaciones comunitarias afrocolombianas, iii) la Sala Séptima de Revisión inaplicó por inconstitucional la Resolución 121 de 2012 frente al caso concreto del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Plata Bahía Málaga, pero iv) no abordó una serie de problemas jurídicos relativos a la aplicación de la resolución que se derivan de los hechos narrados y probados en el presente proceso y (...) por eso v) el fallo que se profiera respecto de la presente acción de tutela deberá armonizarse con lo decidido en la sentencia T-823 de 2012”.*

^[28] En este punto, la Sala reivindica su facultad de definir, interpretando la tutela, cuáles son los problemas jurídicos que resultan relevantes para la solución del asunto sometido a su examen, de cara a la relevancia del debate constitucional y a las aspiraciones de justicia material y prevalencia del derecho sustancial que guían su labor como intérprete de la Carta. Sobre dicha potestad y sus límites, pueden consultarse los Autos 031A de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre) y 223 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y la Sentencia T-110 de 2010 (M.P. María Victoria Calle).

^[29] Tales son las razones que, según el Ministerio del Interior, motivaron la expedición de la Resolución 121 de 2012. *Cfr.* Acápite 5.3.5. de los antecedentes de esta providencia.

^[30] Esas son solo las problemáticas denunciadas por quienes intervinieron en el trámite de revisión de tutela. La Sala entiende que los debates relativos a los criterios en virtud de los cuales puede calificarse a determinada comunidad como titular de derechos étnicos no se presentan solamente frente a los afrocolombianos ni tienen que ver, exclusivamente, con los aspectos mencionados. De hecho, la jurisprudencia constitucional ya ha estudiado varios casos de comunidades que, reivindicando su diversidad étnica, han reclamado la protección de sus derechos fundamentales o los de sus integrantes cuando han sido vulnerados por particulares o entidades del Estado que, en contraste, desconocen tal especificidad. En ese sentido, pueden revisarse, por ejemplo, las sentencias T-703 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda), sobre el otorgamiento de un cupo educativo especial a un integrante de una comunidad indígena que no figuraba en el censo de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior; T-282 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas), relativa al desalojo forzoso de 120 familias étnicamente diversas que decidieron reconstruir sus tradiciones ancestrales tras ser desplazadas de sus territorios y T-792 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas), sobre comunidades en proceso de reetnización o reindigenización. Ahora bien, en relación con las dudas que suelen presentarse a la hora de determinar qué comunidades negras son titulares de derechos étnicos, hace falta considerar las hipótesis que desde distintas disciplinas de las ciencias sociales le han atribuido dichas dificultades a las particularidades propias del proceso de formación de la alteridad que tuvo lugar a raíz del proceso constituyente y a otros fenómenos que han incidido en la articulación de la negritud en Colombia, como la apropiación que las comunidades han hecho del discurso internacional sobre derechos humanos, la ambigüedad de las medidas institucionales adoptadas para impulsar sus procesos organizativos y la dinámica del conflicto armado interno. La Sala profundizará sobre esos aspectos más adelante.

^[31] La sentencia T-405 de 1993 (M.P. Hernando Herrera Vergara) recuerda que las relaciones del Estado colombiano con las comunidades indígenas respondieron al diseño generalizado de unas políticas de aniquilamiento y reduccionismo en lo militar y social, dentro de una sociedad que ya perfilaba su carácter racista y dominante. En *Negros en Colombia: Identidad e invisibilidad*, Nina S. de Friedemann señala a la Ley 114 de 1922, sobre inmigración y colonias agrícolas, como “el triunfo de la ideología de blanqueamiento como condición para el desarrollo de la raza”. La norma anunciaba que, en aras del “*desarrollo económico e*

intelectual del país y del mejoramiento de sus condiciones étnicas, tanto físicas como morales”, el Poder Ejecutivo fomentaría la inmigración de individuos y de familias que por sus condiciones personales y raciales no pudieran o no debieran ser motivo de precauciones respecto del orden social o del fin antes señalado. Además, prohibía la entrada al país de *“elementos que por sus condiciones étnicas, orgánicas o sociales sean inconvenientes para la nacionalidad y para el mejor desarrollo de la raza”*. (Friedemann, Nina. S. de, *Negros en Colombia: Identidad e Invisibilidad*. En América Negra N° 3. Pontificia Universidad Javeriana, Junio de 1992).

[32] En la sentencia SU-510 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes), la Corte se refirió a la especial significación que tiene la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación en la concreción de los propósitos del Estado democrático. El fallo advierte que, lejos de agotarse en una declaración retórica, el principio de diversidad étnica y cultural *“constituye una proyección, en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana y obedece a la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental”*. Además, explicó el fallo que el reconocimiento de tal principio *“obedece al imperativo de construir una democracia cada vez más inclusiva y participativa y de ser consecuentes, de otro lado, en la concepción según la cual la justicia constituye un ideal incompleto si no atienden a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y comunidades”*.

[33] Francisco Rojas Birry, por la Organización Nacional Indígena; Lorenzo Muelas, por el movimiento Autoridades Indígenas de Colombia y Alfonso Peña Chepe, representante de las guerrillas del Quintín Lame.

[34] Cfr. Castillo Gómez, Luis Carlos. *Etnicidad y Nación, El desafío de la diversidad en Colombia*. Universidad del Valle, 2009.

[35] C.P. Artículos 329 y 330.

[36] C.P. Artículo 246.

[37] C.P. Artículo 171.

[38] La Constitución, que, como se expuso, incluye múltiples referencias a los pueblos indígenas, solo menciona en un artículo a los raizales de San Andrés y Providencia (C.P. Artículo 310) y en otro transitorio a las comunidades negras (C.P. Artículo 55). No menciona, en cambio, al pueblo ROM. La Corte, como intérprete autorizada de la Carta, ha explicado que la protección especial que merecen estos grupos y las demás minorías étnicas se deriva del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación y de la obligación estatal de garantizar el derecho a la igualdad y adoptar las medidas que corresponda para lograr que esa garantía sea real y efectiva.

[39] Peter Wade explica, al respecto, que las diferencias en la manera en que la imagen del negro y la del indígena se articularon en las representaciones de las identidades nacionales latinoamericanas no se deben solamente a la discriminación histórica que han sufrido los negros, sino al hecho que desde el principio de la época colonial, la identidad del indígena fue objeto de reflexión intelectual e institucionalización burocrática, cosa que no sucedió de la misma manera con la identidad negra. Señala Wade que *“Los indígenas encajan en las estructuras de la alteridad de una forma particular: pueden tomar el rol del otro con facilidad. Aunque las organizaciones indígenas reclaman sus derechos como ciudadanos, es mucho más probable que en términos culturales se les mire como grupos fuera de la sociedad nacional”* (Wade, Peter. *Negros, indígenas e identidad nacional en Colombia*. En François-Xavier Guerra y Mónica Quijada (coord.), *Imaginar la Nación*. Cuadernos de Historia Latinoamericana N° 2. 1994).

[40] Cfr. Agudelo, Carlos Efrén. *La Constitución Política de 1991 y la inclusión ambigua de las poblaciones negras*. En *Utopía para los excluidos: El multiculturalismo en África y América Latina*. Compilado por Jaime Arocha. Centro de Estudios Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, 2004).

[41] Las primeras expresiones organizativas de las comunidades negras surgieron para oponerse a los proyectos de explotación maderera que algunas compañías estaban ejecutando en las inmediaciones del Río Atrato. Agudelo (op. cit.) refiere que, en ese contexto, el movimiento social afrocolombiano se inspiró en la reivindicación campesina clásica, articulada con la reivindicación de una especificidad cultural que se inspiró, a su vez, en la dinámica organizativa de los indígenas del Chocó. Eso, en cuanto a las organizaciones rurales. Al mismo tiempo, en el Pacífico Sur, surgieron varias organizaciones que se centraron en la reivindicación étnica en torno al pensamiento y a la cultura afro, con apoyo en los elementos teóricos de las luchas y movilizaciones que libraron los afrodescendientes norteamericanos por los derechos civiles y los africanos negros de Sudáfrica contra el apartheid (Maguemati Wabgou, Jaime Arocha Rodríguez, Aiden José Salgado Cassiani y Juan Alberto Ospina. *Movimiento Social Afrocolombiano, Negro, Raizal y Palenquero: El largo camino hacia la construcción de espacios comunes y alianzas estratégicas para la incidencia política en Colombia*. Unidad de Investigaciones Gerardo Molina. UNIJUS. Universidad Nacional de Colombia, 2012).

^[42] Castillo (op. cit). p. 263-267.

^[43] Castillo (op. cit.) recuerda que las negritudes se movilizaron masivamente en Bogotá y en otras capitales del país y que protagonizaron tomas de iglesias, embajadas y alcaldías. Una de las iniciativas de más resonancia fue el telegrama negro, que supuso el envío de miles de telegramas a los delegatarios y a la Presidencia de la República, en los que se solicitaba avalar las propuestas que las comunidades negras presentaron en la ANC. Zulia Mena, quien contribuyó a la movilización de las organizaciones sociales del Atrato durante la Asamblea Nacional Constituyente, relata de esta manera esa experiencia: “*Varios de nosotros también fuimos a Bogotá. Hicimos una serenata interétnica de las comunidades indígenas y negras en el patio de la constituyente. Cantamos alabaos y canciones de los indígenas. También hicimos la campaña del telegrama negro y enviamos más de 10 mil telegramas a los constituyentes, desde diferentes partes del país; esto lo hicimos porque los constituyentes no querían tocar el tema de las comunidades negras y decían que en Colombia los únicos diferentes eran los indígenas, que los demás eran todos iguales y que prácticamente no existían negros. Con ese mismo propósito nos tomamos por unos días la alcaldía de Quibdó, la Catedral y el Incora; en Bogotá, nos tomamos la embajada de Haití. (...) Tuvieron discusiones muy difíciles con los constituyentes, y a pesar de toda la movilización de las comunidades negras, cinco minutos antes de la aprobación del acta definitiva de la constituyente, se logró aprobar el transitorio 55, con dos años de plazo para reglamentarlo: de ahí nació la Ley 70*”. (En Martínez, María Inés. *El despertar de las comunidades afrocolombianas*. Editorial Lacasa, Universidad de Houston y Centro de Investigaciones Sociales de la Universidad de Puerto Rico, 2012).

^[44] Las movilizaciones que realizaron las organizaciones negras en el marco de la mesa de trabajo que conformaron para impulsar el reconocimiento de sus derechos étnicos no tuvieron el impacto que esperaba el movimiento social afrocolombiano. Así lo confirma el hecho de que la aprobación de la única norma que se refirió de manera explícita a las comunidades negras se hubiera logrado gracias a la presión que los delegados Rojas Birry y Lorenzo Muelas ejercieron sobre los demás constituyentes, minutos antes de que culminaran las sesiones de la asamblea (Cfr. Van Cott, Donna Lee. *The friendly liquidation of the past, The politics of Diversity in Latin America*. University of Pittsburgh Press. 2000. p. 76).

^[45] C.P. Artículo 10. “*El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe*”.

^[46] C.P. Artículo 63. “*Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables*”.

^[47] C.P. Artículo 68. “*(...) Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural*”.

^[48] Castillo narra minuciosamente la forma en que los delegados de la ANC abordaron el debate sobre el reconocimiento constitucional de los derechos de las minorías étnicas. Sobre los sucesos que precedieron la aprobación del artículo 286 de la Constitución, que calificó a los resguardos indígenas como entidades territoriales equivalentes a los municipios y a los departamentos, indicó lo siguiente: “*La plenaria había aprobado en primer debate el articulado que sobre derechos territoriales presentó la Comisión Segunda en la que estaban Lorenzo Muelas y Rojas Birry. (...) Esos artículos introducían un cambio estructural en la territorialidad plana del Estado-Nación homogéneo. Los territorios indígenas se colocaban a la par que los municipios y los departamentos como las unidades territoriales básicas del ordenamiento territorial. (...) Luego de la aprobación del articulado en primer debate, se conformó la comisión codificadora o redactora (...). En lo concerniente al reconocimiento de los territorios indígenas, la comisión codificadora desechó la propuesta de los indios y acogió la del Ministro de Gobierno (...). La representación indígena se radicaliza, Lorenzo Muelas y Rojas Birry amenazan con retirarse de la ANC y denunciar ante el país y el mundo que una vez más los derechos de los pueblos indígenas habían sido burlados por la élite política dominante (...). La radicalización indígena surte efecto. El ministro de gobierno convoca a los delegatarios indígenas para dialogar y para llegar a una fórmula de acuerdo (...). Finalmente, se acuerda la definición de que los resguardos son entidades territoriales como los municipios y los departamentos, tal como quedó consagrado en el artículo 286 de la Constitución Política*”. (Castillo Gómez, Luis Carlos. Op. cit. p. 260-262).

^[49] En los foros que realizaron de forma paralela al proceso constituyente, las organizaciones sociales afrocolombianas cuestionaron la manera como los delegados estaban abordando las discusiones sobre la inclusión de las disposiciones relativas a la protección de las comunidades negras. La versión del artículo 55 transitorio que finalmente fue aprobada por la ANC no provino directamente de las comunidades, pero fue redactada y presentada por Francisco Rojas Birry y por Orlando Fals Borda, quienes contaban con representantes afrocolombianos en sus equipos de asesores. Tras la culminación del proceso constituyente, las

discusiones sobre el compromiso de los delegatarios con el reconocimiento de los derechos de las comunidades negras se trasladaron al ámbito académico. De ello da cuenta el diálogo que sostuvieron Jaime Arocha, el antropólogo inglés Peter Wade y Orlando Fals Borda, en la revista *América Negra*, de la Universidad Javeriana, después de que los dos primeros acusaran a los constituyentes de no haber mostrado interés en reconocer la existencia ni los derechos de las comunidades negras. Aunque Fals Borda aceptó que los constituyentes tuvieron dificultades para definir, desde el punto de vista jurídico, qué era un grupo étnico o la etnicidad, descartó que los negros hubieran sido puestos en desventaja o que hubieran sido negados o menospreciados en la nueva Carta. A su juicio, la aprobación del artículo 55 transitorio fue una clara victoria para los grupos negros, en la medida en que reconoció derechos de tierras a las comunidades ribereñas de la región del pacífico y de otros lugares. (Cfr. Arocha Rodríguez, Jaime. *Los negros y la Nueva Constitución Colombiana de 1991*. *América Negra* 3, junio de 1992; Wade, Peter. *El movimiento negro en Colombia*. *América Negra* 5, Junio de 1993 y Fals Borda, Orlando. *Constituyentes de 1991 también defendimos a los afrocolombianos*. *América Negra* 6, Diciembre de 1993).

[50] Cfr. Agudelo, Carlos Efrén. Nuevos Actores Sociales y Relegitimación del Estado. Estado y construcción del Movimiento Social de Comunidades Negras en Colombia. En *Revista Análisis Político*, 43. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (IEPRI), Universidad Nacional de Colombia. Mayo a agosto de 2011.

[51] En *Constituyentes de 1991 también defendimos a los afrocolombianos*, artículo que publicó en la *Revista América Negra*, en diciembre de 1993, Orlando Fals Borda relató el proceso que precedió la aprobación del artículo 55 transitorio en los siguientes términos: “Este artículo fue redactado por mí en un pequeño comité, una vez se obtuvo la información básica y el apoyo de las organizaciones negras con las que inicié y mantuve contactos desde el mes de marzo de 1991. Recuerdo que mucha de la resistencia en el seno de la asamblea se debía a ignorancia sobre la organización social y las formas del poblamiento de la Costa Pacífica, y aquella resistencia se venció en parte cuando llevé y repartí en la asamblea un precioso mapa detallado del libro de Robert C. West, *The Pacific Lowland of Colombia*. Cuando se frustró la aprobación del artículo 55 en primer debate por razones procedimentales, Antonio Navarro, como presidente de la Asamblea, nombró a Juan Carlos Esguerra y a mí para hacer la redacción final. El doctor Esguerra, con sus asesores, hicieron útiles aportes desde el punto de vista jurídico que facilitaron la aprobación del artículo al día siguiente, ya a punto de clausurarse la asamblea”.

[52] De esa perspectiva da cuenta la Sentencia C-253 de 2013 (M.P. Mauricio González), que resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra la expresión “comunidades negras” de Ley 70 de 1993, la Ley 649 de 2001, el Decreto 1332 de 1992 y el Decreto 2374 de 1993. Según el demandante, la inclusión de la expresión comunidades negras en tales disposiciones reconocía el legado de la esclavitud que ha contribuido a la permanencia del racismo, la discriminación racial, a la xenofobia y demás formas conexas de intolerancia. La Corte decidió que la expresión era exequible por el cargo de discriminación, porque no se usaba en un contexto de exclusión ni invisibilización, sino en un marco normativo que reconoce los derechos sociales, políticos y económicos de los afrocolombianos. De acuerdo con el fallo, eliminar de las disposiciones acusadas la expresión ‘comunidades negras’ equivaldría a silenciar la lucha de una parte importante de la población afrocolombiana que se identifica como negra, y que desea ser denominada de esta manera.

[53] Sobre este punto en concreto, refiere Agudelo: “Lo estipulado en este artículo [el 55 transitorio] respondía satisfactoriamente al modelo indígena que como referencia habían asumido las organizaciones negras como bandera de lucha para su inclusión en la nueva institucionalidad inaugurada con la Constitución de 1991. Este modelo podía extenderse, en términos generales, del Chocó hasta el resto del Pacífico rural. Sin embargo, para otras regiones rurales con presencia significativa de poblaciones negras no era tan evidente identificarse como de similares condiciones al Pacífico. Así, [para las] poblaciones negras urbanas del Pacífico y de ciudades y pueblos del interior del país, los criterios del artículo transitorio 55 estaban todavía lejos de responder a sus condiciones de existencia”. (La Constitución Política de 1991 y la inclusión ambigua de las poblaciones negras. En *Utopía para los excluidos: El multiculturalismo en África y América Latina*. Compilado por Jaime Arocha. Centro de Estudios Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, 2004).

[54] El antropólogo Jaime Arocha fue especialmente crítico del trato asimétrico que la Constitución les prodigó a las comunidades negras en comparación con el que les concedió a las comunidades indígenas. En su respuesta a los argumentos que Orlando Fals Borda planteó al respecto, Arocha advirtió: “Ni en las sesiones preparatorias ni en las de la Asamblea parecen haberse hallado escollos para reconocer la etnicidad de los indígenas. Y si era tan grande la dificultad para encontrarle el sentido jurídico de lo étnico ¿por qué no consultaron la Constitución nicaragüense o la brasileña? Ambas habían resuelto este tipo de problemas entre 1987 y 1988. En las sesiones preparatorias, los asesores jurídicos de todas las organizaciones indígenas dieron

amplias muestras de conocer esos dos textos. Además, recibieron plena ilustración por parte de los representantes de las organizaciones negras y de los expertos en africanística (...)". (Cfr. Arocha Rodríguez, Jaime. *Los negros y la Nueva Constitución Colombiana de 1991*. América Negra 3, junio de 1992).

[55] C.P. Artículo 2.

[56] El propio Convenio reconoce, en su parte introductoria, que su adopción respondió a la evolución experimentada por el derecho internacional desde 1957, a los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo y a las aspiraciones de esos pueblos en asumir el control de sus instituciones, formas de vida y de desarrollo económico y en fortalecer sus identidades, lenguas y religiones. Sobre el cambio de paradigma que supuso la adopción del Convenio 169 de 1989 pueden revisarse, también, las Sentencias SU-383 de 2003 (Álvaro Tafur Galvis) y C-030 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

[57] El concepto de *alteridad*, relativo a la 'condición de ser otro', da cuenta del proceso mediante el cual ciertos grupos tradicionalmente invisibilizados lograron ser reconocidos como colectividades diferenciadas y, en esa medida, comenzaron a conquistar espacios políticos de los que habían sido marginados históricamente. El proceso de construcción de alteridades negras e indígenas que tuvo lugar en Latinoamérica durante finales de la década de los ochenta y principios de los noventa se enmarcó en las reformas constitucionales y legales que reconocieron la multiculturalidad y consideraron a sus minorías étnicas como sujetos de derechos especiales. La Sentencia T-380 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes) se refirió, precisamente, a la importancia que tiene, frente al propósito de concretar el paradigma multicultural incorporado en la Constitución de 1991, el hecho de reconocer que colectividades diferenciadas como los pueblos afrodescendientes e indígenas tienen derechos fundamentales distintos a los de sus integrantes individualmente considerados. Castillo, por su parte, ha utilizado el concepto de *reinención identitaria* para referirse al proceso que impulsó la Asamblea Nacional Constituyente al convertir a las comunidades negras en un actor político que instrumentaliza su etnicidad para demandar al Estado una política de reconocimiento de la diferencia. En ese proceso, cuya manifestación más clara fue el uso de la expresión "comunidades negras" para referirse a una identidad étnica afrocolombiana común, participaron académicos, actores sociales e instituciones del Estado que contribuyeron a identificar a las comunidades negras como un sujeto colectivo cultural y racialmente distinto de la sociedad mayoritaria. De acuerdo con Castillo, tal especificidad se construyó sobre la base de cuatro elementos: un mito de origen (la identificación emocional con África como referente de la identidad del afrocolombiano), una particular relación con la naturaleza y con el territorio, una historia compartida (la trata de esclavos, que marcó su llegada a América; el padecimiento de la esclavitud y la lucha por la libertad) y una cultura común. (Castillo, op. Cit. p. 219-226). Los procesos de etnización, en palabras de Eduardo Restrepo, tienen que ver con la construcción de una diferencia cultural, que en el caso de las comunidades negras se apoyó en sus prácticas tradicionales de producción, caracterizadas por un manejo colectivo y sustentable del territorio. Restrepo ha explicado que Colombia experimentó un proceso de *etnización de la negritud* que tuvo origen en la segunda mitad de los años ochenta, con la aparición de la estrategia organizativa que imaginó a los campesinos negros como grupo étnico con derechos territoriales y una cultura e identidad particulares. Ese discurso fue fundamental para que, en los noventa, y gracias al giro multicultural que propició la Constitución de 1991, el proceso de etnización de las comunidades negras se trasladara al plano jurídico, en el marco de las discusiones que antecedieron la aprobación de la Ley 70 de 1993. (Restrepo, Eduardo. *Articulaciones de negritud: políticas y tecnologías de la diferencia en Colombia*. En *Hegemonía Cultural y Políticas de la Diferencia*, Clacso, 2013).

[58] Convenio 169, Art. 1º, n. 1.

[59] Convenio 169, Art. 1º, n. 2: "*La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio*".

[60] La coyuntura del artículo 55 transitorio creó recursos y posibilidades de interlocución que facilitaron la aparición de nuevos procesos organizativos de comunidades negras, en algunos casos, de la mano de actores políticos y sociales que las informaron sobre las oportunidades que les abría la posibilidad de participar en la reglamentación de la norma constitucional. Restrepo destaca, específicamente, la labor que la iglesia católica cumplió en esa dirección, en algunas zonas del pacífico nariñense (Restrepo, Eduardo. *Políticas de alteridad: etnización de "comunidad negra" en el pacífico sur colombiano*. *The Journal of Latin American Anthropology*, American Anthropological Association, 2002). El geógrafo alemán Ulrich Oslender también dio cuenta de la forma en que se intensificó la movilización política en la región pacífico entre 1991 y 1993, ante la promesa de una legislación que garantizaría los derechos colectivos sobre la tierra de las comunidades negras de las zonas rurales ribereñas. En *Comunidades negras y espacio en el Pacífico colombiano: hacia un giro geográfico en el estudio de los movimientos sociales* (Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2008), Oslender destaca, como pruebas de esa ola de movilización étnica, la celebración de la primera Asamblea Nacional de

Comunidades Negras en 1992, el surgimiento del Proceso de Comunidades Negras en 1993, y el registro, para 1994, de más de 350 organizaciones en la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras que creó la Ley 70. ^[61] Por el cual se crea la Comisión Especial para las Comunidades Negras de que trata el artículo transitorio número 55 de la Constitución Política, sobre el reconocimiento de los derechos territoriales y culturales; económicos, políticos y sociales del pueblo negro de Colombia y se establecen las funciones y atribuciones de la misma.

^[62] Decreto 1332 de 1992, artículo 1º: Artículo 1º. Créase la Comisión Especial para las Comunidades Negras, prevista en el artículo transitorio 55 de la Constitución Política, la cual está integrada así: a) El Ministro de Gobierno o su Delegado; quien la presidirá; b) El Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, o su delegado; c) El Director del Departamento Nacional de Planeación, DNP, o su representante; d) El Director del Inderena o su representante; e) El Director del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, o su delegado; f) El Director del Instituto de Investigaciones Culturales y Antropológicas, ICAN o su delegado; g) Los señores Gustavo de Roux, Jaime Arocha, Otilia Dueñas, Edgar Eulises Torres Murillo, Omar Torres Angulo, Jesús Rosero Ruano, Piedad Córdoba de Castro, Guillermo Panchano, Silvio Garcés y Luis Jaime Perea Ramos y h) Tres (3) representantes por cada una de las comisiones consultivas de que trata el artículo 3º del presente Decreto, designados por ellas. El artículo 3º de la norma dispuso que en cada uno de los departamentos de Chocó, Valle, Cauca y Nariño habría una comisión consultiva que tendría la tarea de hacerle recomendaciones particulares a la Comisión Especial, para el cumplimiento de sus funciones en relación con las particularidades de las comunidades negras de dichos departamentos y señaló qué organizaciones integraban cada comisión. Adicionalmente, contempló la posibilidad de crear comisiones consultivas en otras partes del país que presentaran similares condiciones a las de las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, previo estudio y concepto favorable de la Comisión Especial.

^[63] Agudelo se refirió puntualmente a las dificultades que supuso el hecho de que se hubieran designado tres viceministros de Gobierno mientras sesionó la Comisión, pese a que era este funcionario quien la presidía. Esos cambios, indicó, retrasaron el plan de trabajo, pues todas las decisiones que se iban adoptando debían contar con el aval del viceministro. Además, señaló que algunas entidades gubernamentales se limitaron a presentar las políticas que aplicaban respecto de los temas que se estaban debatiendo, en lugar de formular propuestas y debatir las de los demás comisionados. Solo el ICAN, el Inderena, el Incora y el DNP hicieron aportes importantes para debatir las propuestas de las comunidades negra, frente a aspectos puntuales que tocaban temáticas de su competencia. En relación con el problema de acceso a recursos, Agudelo explicó que las trabas burocráticas que las instituciones regionales impusieron en ese sentido fueron denunciadas por las comunidades durante los primeros meses de trabajo. Eso permitió que la situación se solucionara gradualmente. (Nuevos Actores Sociales y Relegitimación del Estado. *Estado y construcción del Movimiento Social de Comunidades Negras en Colombia*. En Revista Análisis Político, 43).

^[64] Las comunidades negras y los delegados del Gobierno acordaron que la comisión centraría sus actividades en la discusión de las nociones de comunidad negra, propiedad colectiva, prácticas tradicionales de producción, tierras baldías, zonas rurales, Cuenca del Pacífico y zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico contempladas en el artículo 55 transitorio 55; así como en la precisión de los términos en los cuales se consideraría que la propiedad colectiva sería inalienable; en la definición de los mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de las comunidades, de las normas para fomentar su desarrollo económico y social, en la protección de sus recursos naturales y en la aplicación de la ley a zonas distintas a la Cuenca del Pacífico que reuniera condiciones similares. (Cfr. Castillo, op. cit.).

^[65] La intervención de los antropólogos que participaron en el debate fue significativa por dos razones: porque advirtió sobre los inconvenientes que supondría asimilar la identidad negra con la indígena y porque sirvió de respaldo para las solicitudes que los representantes de las organizaciones de comunidades negras llevaron ante la Comisión. Agudelo (op. cit.) se refirió a la incidencia que tuvo el enfoque antropológico en los debates de la Comisión Especial de Comunidades Negras en los siguientes términos: “(...) en el seno de la subcomisión sobre identidad cultural y otros espacios de discusión propiciados por el ICAN, se vio que la complejidad de la definición de la identidad cultural negra no se agota ni en el reflejo de la identidad indígena ni en reducirla a la descendencia africana, a unos rasgos culturales tradicionales o al asentamiento ancestral sobre un territorio. A pesar que son estos aspectos los que se han instrumentalizado políticamente como punto de partida para el reconocimiento de unos derechos, los debates de la subcomisión sí contribuyeron a precisar el carácter fluido y heterogéneo de los procesos de construcción de identidades que superan las visiones rígidas y esencialistas de la cultura”.

^[66] El documento llamó la atención sobre la importancia de que la nueva ley lograra construir una juridicidad simétrica con respecto a los derechos que la Constitución de 1991 les había reconocido a los indígenas. Con ese

objeto, dio cuenta de la deuda artística, deportiva, política, demográfica, económica, ambiental y social que el Estado tenía con los afrocolombianos, resaltó su diversidad e identificó unos inventarios etnográficos asociados a las distintas formas de resistencia que los esclavos negros ejercieron para buscar su libertad: el cimarronaje violento, el cimarronaje no violento, la manumisión y el blanqueamiento. El texto explicó que este último, el blanqueamiento, no ha dejado de existir como forma de sobrevivir a la represión ni como forma de movilidad. Que las organizaciones de las comunidades afrocolombianas se hayan aglutinado alrededor de los derechos que pretendió concederles la Asamblea Nacional Constituyente lo demuestra. (de Friedemann, Nina y Arocha, Jaime. Marco de Referencia histórico-cultural para la ley sobre derechos étnicos de las comunidades negras en Colombia. América Negra 5, Junio de 1993).

^[67] Eso explica que uno de los temas más discutidos por la Comisión Especial hubiera sido el relativo a la viabilidad de consagrar que la protección constitucional prodigada a las comunidades negras de la Cuenca del Pacífico beneficiaba, también, a otras comunidades afrocolombianas que vivían en condiciones de poblamiento diferentes al del Pacífico rural. Al final, el artículo 1° de la Ley 70 de 1993 incluyó un párrafo que, siguiendo la directriz prevista en el artículo 55 transitorio superior, permite aplicar sus disposiciones normativas a otras zonas baldías, rurales y ribereñas ocupadas por comunidades negras.

^[68] Odile Hoffmann, directora de investigación del Institut de Recherche pour le Développement de París, señaló tal sesgo en los siguientes términos: *“Siendo diseñada teóricamente para toda la gente negra de Colombia, la Ley excluye de sus principales aspectos a su mayoría: los habitantes urbanos (70% de la población negra es urbana) y los que viven fuera del Pacífico (73% de la población negra vive fuera de la región pacífica, Urrea y Viáfara 2001). Aunque estas cifras son muy polémicas –desde la definición misma de “población negra” hasta los instrumentos de evaluación demográfica en ausencia de censos específicos- nos muestran la enorme distancia entre dos conjuntos sociodemográficos: el de la población negra en general, y el de la población negra susceptible de movilizarse alrededor de la Ley 70 para beneficiarse de sus derechos territoriales recién adquiridos”*. (Hoffmann, Odile. Conflictos territoriales y territorialidad negra. Conferencia dictada en la Biblioteca Luis Ángel Arango, Bogotá, 16 de octubre 2001).

^[69] En *Movimiento Social Afrocolombiano, Negro, Raizal y Palenquero* (Op. cit), Wabgou, Arocha, Salgado y Ospina advierten que la expedición de la Ley 70 marcó *“un punto de quiebre en la lucha por la visibilidad institucional y política de las negritudes en Colombia en la medida que en ningún otro momento histórico se había conformado un contexto político y social tan favorable para promover y concretar un proceso de mayor toma de conciencia de la etnia negra (etnización de las poblaciones negras), como lo fue la década de los años 90”*. De todas formas, precisan que ese proceso de etnización conlleva una construcción identitaria incesante que empezó mucho antes de 1990 y que se prolonga hasta nuestros días. Julieta Lemaitre Ripoll, por su parte, sostiene que el éxito de la Ley 70 de 1993 tuvo que ver con que reconoció unos derechos étnicos y territoriales que fueron reivindicados por las comunidades negras del Pacífico como una forma de resistir simbólicamente a ciertos fenómenos, como por ejemplo, al de la violencia paramilitar que enfrentaron sus territorios desde 1996. Al respecto, indicó lo siguiente: *“En el caso concreto de la gente negra del Pacífico, el derecho contiene una serie de significados alternativos de resistencia a la violencia: contra el progreso anunciado por los paramilitares y sus cultivos de palma, el vocabulario del desarrollo alternativo y de ser guardianes de la naturaleza. Contra la fuerza del colono que llega talando la selva, haciendo mejoras y dependiendo del apoyo de la ley de baldíos o de la ley de tierras para legalizar su empuje, se erige la propiedad colectiva de intervención mínima en la selva que nombra campesinos ribereños como propietarios privados de millones de hectáreas intocadas de selva. Y contra el realismo de la guerra que insiste en la legitimidad del sacrificio de los civiles ante la lógica guerrera, y que identifica a los enemigos con animales sacrificables, se alza la concepción del poblador nativo no sólo como humano y ciudadano, y como tal sagrado, sino incluso, imaginado como supermoral en su cultura ancestral, pacífica, alegre, sabia, participativa y ecológica”*. (Lemaitre Ripoll, Julieta. *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes. Bogotá, 2009).

^[70] Artículo 1ª, Ley 70 de 1993.

^[71] Artículo 3°. Ley 70 de 1993.

^[72] De ese régimen de protección hacen parte, también, las distintas reglamentaciones de la Ley 70 de 1993, como el Decreto 1371 de 1994, *por el cual se conforma la Comisión Consultiva de Alto Nivel de que trata el artículo 45 de la Ley 70 de 1993*. El decreto fue subrogado, un año después, por el Decreto 2248 de 1995, que a su vez fue derogado por el Decreto 3770 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*. En materia de propiedad colectiva se expidió el Decreto 1745 de 1995, *por el cual se reglamenta el Capítulo III de la Ley 70 de 1993, se adopta*

el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las "Tierras de las Comunidades Negras y se dictan otras disposiciones". La norma definió la figura de los consejos comunitarios, identificó a la asamblea general de dichos consejos como su máxima autoridad y a la Junta del Consejo Comunitario como la autoridad de dirección, coordinación, ejecución y administración interna de la comunidad. Además, contempló el procedimiento de titulación colectiva y precisó el manejo y administración de las tierras tituladas. Más tarde, el Decreto 1627 de 1996 creó el Fondo Especial de Créditos Educativos para estudiantes de las Comunidades Negras de escasos recursos económicos, para hacer realidad la garantía de acceso a la educación contemplada en el artículo 40 de la Ley 70 de 1993. Se destacan, por último, los decretos 2253 de 1998 y 3050 de 2002, sobre la Comisión de Estudios para formular el Plan de Desarrollo de las Comunidades Negras, y el Decreto 1523 de 2003, que reglamentó el procedimiento de elección del representante y el suplente de las comunidades negras antes los consejos directivos de las corporaciones autónomas regionales.

[73] La Declaración de Durban no tiene la fuerza normativa de los tratados ratificados por Colombia que, por disposición expresa del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte del bloque de constitucionalidad. Sin embargo, el hecho de que refleje el interés de la comunidad internacional por evitar la persecución de cualquier grupo, colectividad o comunidad con una identidad propia por motivos raciales, nacionales, étnicos o de cualquier otra índole, el que califique la discriminación, la xenofobia y el racismo como graves violaciones de los derechos humanos y el que inste a la adopción de medidas concretas para combatir esos fenómenos dan cuenta de la relevancia de su aplicación en el ámbito interno como criterio orientador de las decisiones sobre el contenido y alcance de los derechos fundamentales de los sujetos a los que se dirige y como marco de interpretación de la normativa interna relativa a la protección de esos derechos. Sobre el valor como fuente de derecho de documentos que, como la Declaración de Durban, reflejan la opinión autorizada de la comunidad internacional sobre los derechos de grupos vulnerables, puede verse la sentencia T-376 de 2012 (M.P. María Victoria Calle), que realiza dicho análisis en relación con la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

[74] El primer Conpes que planteó medidas en esa dirección fue el 2909 de 1997, que creó el Programa de Apoyo para el Desarrollo y Reconocimiento Étnico de las Comunidades Negras, orientado a facilitar su inserción en un proceso de desarrollo social, económico y cultural respetuoso de su identidad diferenciada. El documento advirtió sobre la importancia de fortalecer la participación de las comunidades y de sus organizaciones representativas, de adelantar acciones de protección, promoción, divulgación y defensa de sus derechos étnicos, individuales y colectivos y de coordinar los niveles de gobierno, sectores e instituciones de la administración pública para alcanzar ese propósito. El Conpes 3169 de 2002, por su parte, ideó una política orientada a generar mayor equidad para la población afrocolombiana y a fortalecer su identidad étnica, sus procesos organizativos y su participación en las políticas y planes de desarrollo que les afecten. Entre otras metas, el documento se propuso culminar el proceso de titulación colectiva de tierras para las comunidades negras del Pacífico colombiano y zonas asimilables, avanzar en el diseño de estrategias y ejecución de planes que permitan fortalecer los consejos comunitarios y el manejo autónomo de sus territorios, profundizar en los desarrollos legales consagrados en la Ley 70 de 1993 y tomar las medidas necesarias para eliminar las prácticas discriminatorias que sufren los afrocolombianos por el hecho de pertenecer a esa población. Dos años después, se aprobó la Política de Acción Afirmativa para la Población Negra o Afrocolombiana, a través del Conpes 3310 de 2004, que llamó la atención sobre la importancia de mejorar los sistemas de identificación, cuantificación y registro de esa población, para focalizar el acceso de los afrocolombianos a los programas sociales del Estado y crear, por esa vía, mayores oportunidades para que alcancen los beneficios del desarrollo y mejoren sus condiciones de vida.

[75] La Ley 99 de 1993, *por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones*, contempló la participación de un representante de las comunidades negras en el Consejo Nacional Ambiental y les atribuyó a las Corporaciones Autónomas Regionales la función de adelantar, en coordinación con las autoridades de las comunidades indígenas y de las comunidades negras, programas y proyectos de desarrollo sostenible y de manejo, aprovechamiento, uso y conservación de los recursos naturales renovables y del medio ambiente. Además, su artículo 76 advirtió que la explotación de los recursos naturales debe hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades negras y consultarse previamente con sus representantes.

[76] Así, por ejemplo, la Ley General de Educación (L. 115 de 1994) indicó que la educación de los grupos étnicos tendría en cuenta los criterios de integridad, interculturalidad, diversidad lingüística, participación comunitaria, flexibilidad y progresividad, con la finalidad de afianzar los procesos de identidad, conocimientos, socialización, protección y uso adecuado de la naturaleza, sistemas y prácticas comunitarias de organización,

uso de las lenguas vernáculas, formación docente e investigación en todos los ámbitos de la cultura. Más tarde, la Ley de la Juventud (L. 375 de 1997) comprometió al Estado a promover toda forma de expresión política y cultural de la juventud del país, con respecto y respeto a las tradiciones étnicas, la diversidad regional, sus tradiciones religiosas, las culturas urbanas y las costumbres de la juventud campesina. Similares previsiones pueden encontrarse en la Ley 100 de 1993, de seguridad social; la Ley 165 de 1994, aprobatoria del Convenio sobre Diversidad Biológica y la Ley 397 de 1997, sobre patrimonio cultural y estímulos a la cultura, entre muchas otras, y en sus respectivas reglamentaciones.

^[77] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

^[78] La Corte se refirió a este asunto porque la tutela fue promovida por un integrante de la Asociación Nacional Cimarrón. Esto hizo suponer al juez de segunda instancia que la accionante era una persona jurídica, por lo cual declaró el amparo improcedente. La Corte, en cambio, aclaró que una asociación que lucha contra la discriminación racial puede reclamar la protección de los derechos fundamentales de sus miembros, frente a conductas que incidan gravemente sobre sus intereses. La sentencia T-559 de 2006 (M.P. Jaime Araujo) insistió en ese criterio, al indicar que las organizaciones constituidas para luchar contra la discriminación racial pueden reclamar el amparo de los derechos fundamentales de sus miembros, teniendo en cuenta que los actos de discriminación racial negativa no lesionan únicamente los derechos singulares de las personas sobre las que recaen, sino también los de la comunidad o etnia a la cual éstas pertenecen. Aunque el fallo declaró improcedente el amparo constitucional que reclamó la Corporación Afrocolombiana de Sucre, Raíces, porque cuestionaba la aplicación de una norma de contenido general y abstracto, advirtió que *“las comunidades negras reconocidas y protegidas especialmente por el propio Constituyente en el artículo 176 de la Constitución Nacional, lo mismo que en la ley 70 de 1993, expedida en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 55 transitorio de la Carta Política, son titulares calificadas de una serie de derechos fundamentales, derivados directamente de la obligación estatal de respetar y garantizar la diversidad étnica y cultural de la Nación”*.

^[79] En ese sentido, dijo la Corte: *“No obstante que en relación con la población negra, la Constitución contemple una ley de igualdad promocional específica, esto no quiere decir que el resto de la población de ese origen no pueda ser objeto de medidas de protección general que puedan adoptar la forma de acciones afirmativas fundamentadas directamente en el artículo 13 de la C.P. En este caso, el concepto de “comunidad negra”, no podría tener el mismo sentido circunscrito que despliega en relación con el artículo 55 transitorio de la Carta. La igualdad promocional de orden general que eventualmente beneficiaría a la población negra del país, no estaría ligada al reconocimiento de una especie de propiedad colectiva, justificada en una ocupación ancestral de partes del territorio nacional. En realidad, en este caso, la diferenciación positiva correspondería al reconocimiento de la situación de marginación social de la que ha sido víctima la población negra y que ha repercutido negativamente en el acceso a las oportunidades de desarrollo económico, social y cultural.”*

^[80] El fallo explicó que la raza, como criterio de identidad étnica, debe valorarse con otros factores, como la presencia de valores culturales y otros rasgos sociales compartidos. Por eso, no puede considerarse decisiva a la hora de distinguir e individualizar a un grupo étnico, mucho menos, sobre la base de una idea de raza pura que, ni es sostenible históricamente, ni es decisiva en la configuración de una colectividad que se inserta en un complejo social de mayor extensión. La sentencia C-454 de 1999 (M.P. Fabio Morón Díaz) respaldó posteriormente ese argumento, al indicar que el concepto de comunidad o de grupo étnico rebasa el componente estrictamente racial. En este caso, la Corte decidió que el numeral 7° del artículo 9° de la Ley 152 de 1994, que reservó un escaño para la representación de las comunidades isleñas raizales del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, no desconoció el derecho a la igualdad de las restantes comunidades negras, a las que se les confirió una representación conjunta. Para la corporación, dicho trato diferenciado se justificó, teniendo en cuenta que los raizales se encuentran en una distinta situación de hecho frente a las demás comunidades negras y que, en todo caso, su representación diferenciada en el Consejo Nacional de Planeación obedecía, entre otras cosas, a las condiciones ecológicas, ambientales, sociales y económicas del Archipiélago.

^[81] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

^[82] El artículo 176 superior contempla la existencia de una circunscripción nacional especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior.

^[83] La Corte reconoció que la definición de *comunidades negras* prevista en el artículo 2-5 de la Ley 70/93 y el establecimiento de un régimen especial de protección de su cultura e identidad hacen parte de su reconocimiento jurídico como un actor social que ha comenzado a defender sus intereses sobre la base de sus condiciones compartidas de existencia y su identidad colectiva. *“Se trata, así, de un actor social emergente, no en el sentido de ser un fenómeno exclusivo de esta época -puesto que las comunidades negras se comenzaron a configurar*

desde los primeros tiempos de la esclavitud en nuestro país, cuando se establecieron los "paleques", pueblos de esclavos fugitivos o "cimarrones", y se sentaron las bases para lo que hoy aparece como una cultura propia, sino en cuanto se trata de un grupo que sólo en las últimas décadas ha podido asumir la tarea de organizarse más allá del ámbito local o regional” Por eso, indicó el fallo, el reconocimiento de estas comunidades como grupo étnico es un presupuesto indispensable para su adecuada inserción en la vida política y económica del país.

[84] El fallo explicó que el reconocimiento de derechos especiales a las comunidades negras no se hace en función de su raza, porque ello equivaldría a suponer que en Colombia existen razas puras y llevaría a efectuar distinciones odiosas entre quiénes se deben considerar de raza negra y quiénes no. La categoría "raza", indicó la Corte, ha sido revaluada por las ciencias sociales y, en todo caso, una clasificación basada en dicho criterio desconoce que la Constitución no alude a grupos raciales, sino a grupos étnicos. Hecha esta precisión, advirtió que el término de comunidades negras, para los efectos del proyecto de ley que se estaba examinando, comprendía a i) aquellas comunidades que habitan en la Cuenca del Pacífico colombiano y a las que se ubican en otros puntos del territorio nacional y cumplen con los elementos objetivo y subjetivo que determinan a los beneficiarios del Convenio 169 y a ii) las agrupaciones raizales de San Andrés y Providencia, que también son un grupo étnico titular de derechos especiales. Sobre ese supuesto, condicionó la constitucionalidad del artículo 1° del proyecto—sobre las curules asignadas a las comunidades negras en la Cámara de Representantes, dada su condición de minorías étnicas— a que se entendiera que las comunidades raizales del Archipiélago de San Andrés y Providencia se entenderían incluidas para todos los efectos de la ley, dentro de las comunidades negras.

[85] M.P. Álvaro Tafur.

[86] Para ese entonces, esta corporación había consolidado, en aplicación del Convenio 169, una sólida doctrina constitucional sobre la posibilidad de que las comunidades indígenas fueran titulares de derechos colectivos distintos a los que se radican en cabeza de cada uno de sus integrantes. Sobre el particular, pueden revisarse las sentencias T-188 y T-380 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes) que ampararon el derecho a la propiedad colectiva de la comunidad indígena Paso Ancho y el derecho del resguardo de la comunidad indígena Emberá-Catío del río Chajeradó a la propiedad colectiva de los recursos naturales no renovables existentes en su territorio, respectivamente. También, la sentencia SU-039 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) que, con ocasión de la tutela que promovieron varios indígenas U'wa, a propósito de los trabajos de exploración petrolífera adelantados por ECOPEPETROL y Occidental de Colombia Inc. en sus territorios, caracterizó a la consulta previa como un derecho fundamental autónomo destinado a preservar la integridad de los pueblos indígenas y la diversidad étnica y cultural de la Nación.

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

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

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

[90] La Corte hizo alusión a la Declaración Universal de Derechos Humanos; al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial y a la Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales de la UNESCO. Del contexto interamericano destacó la Carta Democrática Interamericana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[91] En ese sentido, destacó las observaciones finales que para Colombia efectuó el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en 1999, en las que este se refirió a *“la sinceridad con que el Estado parte reconoce que las comunidades afrocolombiana e indígena siguen siendo víctimas de discriminación racial sistemática, lo cual ha dado lugar a que sean objeto de marginalización, pobreza y vulnerabilidad a la violencia”*.

[92] En este caso, la Corte decidió que la conducta desplegada por el establecimiento de comercio accionado fue discriminatoria a la luz de la Constitución, del Bloque de Constitucionalidad y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y advirtió que discriminar a alguien debido a su raza constituye franco desconocimiento a los ideales democráticos, pues *“impide el desenvolvimiento participativo del sujeto en la sociedad, y supone un quebrantamiento de los designios de convivencia plural, diversidad étnica y cultural,*

igualdad, paz y justicia". Tal precedente fue aplicado íntegramente por la sentencia T-131 de 2006 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), que resolvió un caso similar.

^[93] M.P. Marco Gerardo Monroy.

^[94] M.P. Nilson Pinilla.

^[95] En relación con este aspecto, la Corte se remitió a la sentencia C-169 de 2001, ya mencionada, sobre la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria de mecanismos de participación ciudadana. También a las sentencias SU-510 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), que fijó algunos parámetros para determinar la pertenencia a una comunidad indígena, a propósito de un caso en el que se pretendía establecer si el hecho de impedir la difusión de las creencias de una iglesia cristiana dentro de una comunidad indígena era contrario a la libertad de cultos, y T-1130 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba), que resolvió la tutela que promovieron varios comerciantes debido a que les decomisaron unas mercancías en una zona que ellos consideraban de libre comercio. En el primer caso, la Corte asoció la pertenencia a una comunidad étnica con *la naturaleza cultural del ligamen comunitario* que involucra al individuo en una serie de interacciones que, a su vez, lo hacen partícipe de una forma definida de vida. En el segundo, a la existencia de *una visión arraigada y tradicional de ver el mundo y un sistema de valores propios y distintos a los de la cultura mayoritaria*.

^[96] Para el efecto, se remitió a la exposición de motivos de la norma, puntualmente, a lo consignado en la Gaceta del Congreso No 225 del 19 de junio de 1993: *"Después se señaló que si bien el principal propósito de la Ley era generar los mecanismos de reconocimiento de la propiedad de las tierras baldías ocupadas por las comunidades negras, la nueva normatividad ampliaba su protección al reconocer que todas las comunidades negras de Colombia quedaban protegidas con el fin de "conocer la identidad cultural de un grupo étnico"*.

^[97] M.P. Marco Gerardo Monroy.

^[98] En esencia, la Corte avaló la tesis de que la existencia de un grupo culturalmente diverso y, por ende, sujeto de especial protección constitucional, está vinculada con el hecho de que acrediten los elementos objetivo y subjetivo contemplados en la sentencia C-169 de 2001. Vale destacar, además, que el fallo insistió en la condición de grupo étnico de los raizales de San Andrés y Providencia y que reconoció el valor de la Observación elaborada en 2006 por la Comisión de Expertos en Aplicación de los Convenios de la OIT como criterio de interpretación en lo relativo al ámbito de aplicación del Convenio 169 de esa organización respecto de las comunidades negras colombianas.

^[99] El Consejo de Estado había descartado años antes, mediante sentencia del 11 de marzo de 2004 (Radicación Número 11001032400020030008301 (8797), C.P. Olga Inés Navarrete), que la Ley 70 de 1993 impidiera reconocerles la condición de comunidades negras a aquellas comunidades asentadas en lugares distintos a las zonas rurales ribereñas del Pacífico colombiano. El Consejo explicó que, por el contrario, fue la misma norma la que permitió reconocerles ese carácter a aquellas colectividades que vivieran en zonas de condiciones similares, si tenían concepto favorable de la Comisión de Alto Nivel de Comunidades Negras. Así, concluyó que el Decreto 2248 de 1995, reglamentario de la Ley 70 de 1993, no desvirtuó la filosofía plasmada en la Constitución Política, al incluir en el concepto de comunidad negra regiones distintas –Risaralda y el Distrito Capital- a las mencionadas por el artículo transitorio 55 constitucional.

^[100] M.P. Manuel José Cepeda.

^[101] M.P. Manuel José Cepeda. El fallo declara la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada *"debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado, y el volumen de recursos efectivamente destinado a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, de otro lado"*.

^[102] El Auto 005 de 2009 identificó algunos casos emblemáticos que ilustraban la gravedad de la crisis humanitaria enfrentada por la población afrocolombiana que ha sido víctima del desplazamiento forzado y del confinamiento y advirtió sobre la importancia de adoptar un plan específico de prevención, atención y protección que garantizara los derechos fundamentales de esas comunidades y los de los individuos que las componen. La Sala Especial de Seguimiento de la Sentencia T-025 de 2004 ha adoptado importantes decisiones orientadas a impulsar una respuesta estatal consecuente con las necesidades de esas poblaciones. Así, mediante autos del 18 de mayo de 2010, 045 de 2012 y 299 de 2012 ha adoptado medidas para proteger los derechos fundamentales de las comunidades afrocolombianas ubicadas en las cuencas de los ríos Curvaradó y Jiguamiandó que han sido afectadas por el desplazamiento forzado interno, para asegurar, en concreto, la restitución material de sus tierras, el saneamiento de sus territorios frente a las perturbaciones causadas por los propietarios de predios colindantes con su territorio colectivo y por los poseedores de mala fe, para propiciar que la población desplazada retorne a sus tierras en condiciones de dignidad y seguridad. Recientemente, la Sala adoptó medidas similares con el fin de proteger los derechos fundamentales y colectivos de las personas y

comunidades afrodescendientes ubicadas en los municipios de la región pacífico del departamento de Nariño que han sido víctimas de desplazamiento forzado, confinamiento y resistencia, tras constatar que sus derechos continúan siendo masiva y sistemáticamente desconocidos y que las personas y comunidades de la región están en una situación de riesgo agravado frente a nuevos desplazamientos, debido al contexto de conflicto armado y de violencia generalizada que se vive en sus territorios colectivos y ancestrales (Auto 074 de 2013).

[103] M.P. Mauricio González.

[104] M.P. Humberto Sierra.

[105] M.P. Nilson Pinilla.

[106] El fallo confirmó que legitimación por activa de las organizaciones accionantes, sobre la base de que las organizaciones integradas por miembros de las comunidades étnicas y las destinadas a la defensa de sus intereses pueden agenciar la protección de sus derechos fundamentales, a través de la acción de tutela.

[107] Sobre ese punto en particular, indicó la sentencia: *“el proyecto de que se trata no sólo afecta directamente a las comunidades ubicadas en su zona de influencia debido a su disposición geográfica sino que, igualmente, sus secuelas recaen de forma particular sobre la comunidad, su nicho y los recursos que le constituyen, dado que los elementos que representan sus cosmovisión son efectivamente y representativamente limitados por las consecuencias que resultan del proyecto. He ahí el advenimiento del criterio primario para la obligatoriedad de la consulta a las comunidades étnicamente minoritarias que se vean potencialmente afectadas por una medida legislativa o administrativa, como lo es la construcción de una carretera de tales características y magnitud en el espacio que material y culturalmente un grupo tiene como propio”*.

[108] M.P. Nilson Pinilla.

[109] La Sala se refirió, concretamente, a las evidencias de tipo histórico y antropológico recaudadas en sede de revisión, que dieron cuenta de que las comunidades negras que antecedieron a las que pidieron la titulación colectiva habían habitado y explotado económicamente tales territorios desde tiempos de la colonia española. Así, la Sala consideró acreditada la *relación campo-poblado* entre las comunidades y los territorios reclamados, cuestión que, a su juicio confirmó su derecho a ser consultadas sobre decisiones relevantes y de ejercer propiedad colectiva sobre las tierras que ocupaban o utilizaban de alguna manera.

[110] M.P. María Victoria Calle.

[111] La sentencia explica que la intervención del juez constitucional se justifica, precisamente, cuando haya una interferencia en la autonomía de las comunidades para definir los criterios de pertenencia de una persona a las mismas, y ello incida en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución.

[112] El fallo hace referencia expresa a la sentencia T-703 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda) que, al resolver si una persona podía acceder a un cupo universitario en su condición de indígena, señaló que una certificación estatal no tiene el poder de constituir la identidad étnica ni cultural de un sujeto.

[113] M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

[114] El fallo apoyó dicha conclusión en lo que el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior y la Procuraduría judicial de asuntos Ambientales y Rurales de Cartagena indicaron al respecto en sede de revisión.

[115] M.P. María Victoria Calle.

[116] La sentencia T-693 de 2012 (M.P. María Victoria Calle) retomó ese argumento al evaluar la posible vulneración del debido proceso administrativo en que habría incurrido el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, al condicionar la expedición de una licencia ambiental a que el interesado actualizara las certificaciones sobre la presencia de comunidades negras o indígenas en el área en la que pretendía construirse la doble calzada del tramo Mediacanoa-Loboguerrero. El fallo descartó que la decisión de privilegiar las pruebas sobre la presencia física y la permanencia de las comunidades en la zona de influencia del proyecto vial sobre los actos administrativos que habían descartado su existencia hubiera creado una carga adicional para la compañía accionante, que vulnerara su debido proceso. A juicio de la Corte, la exigencia de una certificación actualizada sobre la presencia de las comunidades en el área del proyecto fue coherente con la Constitución, la ley y la jurisprudencia que obliga a consultar a las comunidades étnicas sobre las medidas que puedan afectarlas, independientemente de su estatus legal.

[117] M.P. María Victoria Calle Correa.

[118] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Con salvamento de voto del magistrado ponente y aclaración de voto de Mauricio González Cuervo.

[119] M.P. Mauricio González Cuervo. Con salvamento de voto de Jorge Iván Palacio, Luis Guillermo Guerrero y Luis Ernesto Vargas Silva y aclaraciones de voto de María Victoria Calle y Gabriel Eduardo Mendoza.

[120] El fallo amparó los derechos a la igualdad, a la no discriminación, a la educación, al debido proceso y a la dignidad del accionante y le ordenó a la universidad accionada realizar un acto simbólico de carácter público para celebrar los aportes de la comunidad afrocolombiana a la comunidad universitaria y a la sociedad en

general. La decisión se apoya en un profundo estudio de los tipos de actos discriminatorios, de los estereotipos racistas, de los distintos escenarios de discriminación y de los dilemas que suelen enfrentar las víctimas de esos actos ante esos escenarios.

[121] M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

[122] Auto del 4 de diciembre de 2012, mediante el cual se decreta una medida provisional en el trámite de revisión del expediente T-3482903.

[123] Sobre esos asuntos en particular, la providencia explicó: *“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”*.

[124] En concreto, la Sentencia se refiere a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, cuyo artículo 1° define a este fenómeno –la discriminación racial- como *“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”*. La Convención compromete a los Estados signatarios a *“tomar medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”*.

[125] El magistrado Luis Ernesto Vargas salvó su voto frente a la decisión que, en este sentido, adoptó la Sala Plena. El magistrado explicó que la previsión legislativa de tipos penales dirigidos a proteger bienes jurídicos relacionados con la protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes estructuraba un supuesto de afectación directa de los intereses de esas comunidades que hacía exigible la consulta previa, al menos, por dos razones: i) porque la definición de un acto discriminatorio o racista está estrechamente relacionada con la definición de la identidad diferenciada y porque ii) las comunidades étnicas deben ser consultadas sobre los mecanismos de protección de sus derechos. A juicio del magistrado, desconocer que eran los pueblos indígenas y afrodescendientes los llamados a definir si el derecho penal era el mecanismo que mejor se adaptaba a la protección de su diversidad étnica y cultural, de conformidad las particularidades propias de su identidad diferenciada, equivalía a avalar que dicho asunto fuera decidido por las mayorías políticas. Tal idea, concluyó, resultaba paternalista, inaceptable y contraria a la protección de la diversidad étnica y cultural, que exige reconocer que las prácticas tradicionales de las minorías étnicas difieren de las acciones y procedimientos de la sociedad mayoritaria.

[126] El fallo explicó que la resignificación que los afrocolombianos le han dado al término *negro* se ha visto reflejada en muchos factores, como en el hecho de que se hayan agrupado en organizaciones sociales que se denominan con ese adjetivo. Como ejemplos, citó a la Asociación de Comunidades Negras (ASOCONE), a la Federación de Comunidades Negras de Antioquia (FECONDA), a la Corporación por Defensa de las Comunidades Negras de Bolívar (BIKO), la Fundación para el Desarrollo y la Democracia de las Comunidades Negras de la Costa Atlántica (FUNDECONA), al Movimiento Nacional de Comunidades Negras Palenque Afrocolombiano (MNCH-PA), a la Fundación Cultural Colombia Negra (F.C.C.N.) y al Proceso de Comunidades Negras (PCN), que agrupa a 120 organizaciones de todo el país. En el mismo sentido, la sentencia resaltó que los delegados que trabajaron a favor del reconocimiento de los derechos de los afrocolombianos en la Asamblea Nacional Constituyente hubieran contado con el apoyo de la Mesa de Trabajo de Comunidades Negras, integrada por varias organizaciones que formularon sus propuestas reivindicatorias a nombre del *pueblo negro*, al punto de solicitar la inclusión de *“los negros, como realidad étnica dentro de la reforma constitucional”*.

[127] Por el cual se adiciona el Decreto 2128 de 1992 y se dictan otras disposiciones.

[128] Este no fue el único cargo de inconstitucionalidad que estudió la Sentencia C-253 de 2013. Además, el demandante solicitó declarar inexecutable la expresión *comunidades negras* incluida en la Ley 70 de 1993 y en

otras disposiciones normativas, considerando que su inclusión no fue consultada con las comunidades interesadas. La Corte, sin embargo, resolvió que la consulta previa no era exigible en ese caso, porque la Ley 70 de 1993 y el Decreto 2374 de 1993 fueron expedidos antes de que la jurisprudencia constitucional fijara las reglas de procedimiento en materia de consulta para la expedición de medidas legislativas. De esa manera, adoptó una nueva regla jurisprudencial según la cual la exigencia de consulta previa solo opera como condición de validez de las normas expedidas después de la Sentencia C-030 de 2008, que fue la que fijó el precedente jurisprudencial en esta materia. La decisión no fue unánime. Los magistrados Jorge Iván Palacio y Luis Guillermo Guerrero salvaron su voto porque, en su concepto, la ineptitud del cargo exigía que la Corte se declarara inhibida para pronunciarse al respecto. El magistrado Gabriel Eduardo Mendoza, porque el argumento que condujo a declarar la exequibilidad de las expresiones acusadas por el cargo de discriminación permitía concluir, de forma suficiente, que no se configuraba el supuesto de afectación directa que haría exigible la consulta previa. El magistrado Luis Ernesto Vargas se separó parcialmente de la decisión mayoritaria porque, en su criterio, el cambio de jurisprudencia sobre la exigibilidad de la consulta frente a medidas legislativas a partir de la Sentencia C-030 de 2008 no se apoyó en una argumentación suficiente, no reflejó una lectura adecuada de la Constitución ni asumió el costo ni las consecuencias que esa nueva tesis jurisprudencial tendría para los derechos de las minorías étnicas.

[\[129\]](#) La Sala profundizará sobre este último aspecto a continuación, al examinar quiénes son los titulares del derecho a la consulta previa a la luz del Convenio 169 de la OIT, de la jurisprudencia interamericana y de la doctrina autorizada sobre la materia.

[\[130\]](#) La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, que entró en vigor en enero de 1969, comprometió a sus Estados signatarios con la adopción de una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas. Esto suponía, entre otras cosas, que deberían abstenerse de incurrir en actos o prácticas de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones, de fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones, y que deberían adoptar medidas especiales y concretas para asegurar que ciertos grupos raciales y las personas pertenecientes a estos grupos, disfrutaran plenamente y en condiciones de igualdad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. La Convención había sido adoptada cuatro años antes por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con la convicción de que toda doctrina de superioridad basada en la diferenciación racial era científicamente falsa, moralmente condenable y socialmente injusta y peligrosa.

[\[131\]](#) El preámbulo del Convenio 169 reconoce la manera en que la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y otros instrumentos internacionales orientados a impedir la discriminación condujeron a replantear la idea de que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales solo podrían disfrutar plenamente de los derechos y libertades reconocidos al resto de la sociedad en tanto se integraran a ella. Estos mecanismos, sumados al hecho de que las propias comunidades hubieran manifestado su deseo de asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y alternativas de desarrollo incidieron en el diseño del nuevo marco normativo internacional que privilegió la autonomía de los pueblos indígenas y tribales para decidir aquello que consideraran favorable a sus intereses, de conformidad con sus propias costumbres y tradiciones.

[\[132\]](#) El comité tripartito del Consejo de Administración de la OIT que examinó la reclamación formulada por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres en contra de Ecuador, por el presunto incumplimiento del Convenio 169, fue el primero en señalar que “*el espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales, en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo*”. La expresión fue replicada posteriormente por James Anaya, relator sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, en su informe A/HRC/12/34 del 15 de julio de 2009, y ha sido utilizada, de manera insistente, por la doctrina autorizada para la interpretación del Convenio.

[\[133\]](#) Convenio 169 de la OIT, artículo 6°.

[\[134\]](#) Convenio 169 de la OIT, artículo 7°.

[\[135\]](#) Convenio 169, Artículo 15: 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en

sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

[\[136\]](#) Convenio 169, Artículo 16. 1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. 3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir la causa que motivaron su traslado y reubicación. 4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización con las garantías apropiadas. 5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan como consecuencia de su desplazamiento.

[\[137\]](#) Convenio 169, Artículo 17. 1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos. 2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad. 3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

[\[138\]](#) Convenio 169, Artículo 22. 1. Deberán tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general. 2. Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación. 3. Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden.

[\[139\]](#) Convenio 169, Artículo 27. 1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales. 2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar. 3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.

[\[140\]](#) Convenio 169, Artículo 28. 1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo. 2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país. 3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

[\[141\]](#) Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, (A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009).

[\[142\]](#) La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de ese organismo en septiembre de 2007, acoge esta fórmula. El documento, que refleja la opinión de la comunidad internacional y de los pueblos indígenas sobre el contenido y el alcance de sus derechos

fundamentales contempla, en su artículo 33, que esos pueblos tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. El derecho a la libre determinación de esos pueblos se ve reflejado, además, en su derecho a determinar libremente su condición política y a perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural (Artículo 3°); en su derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales (Artículo 4°) y en su derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente en la vida política, económica, social y cultural del Estado, cuando así lo deseen (Artículo 5°).

[143] La Guía de Aplicación del Convenio 169 de la OIT resalta, precisamente, el hecho de que los criterios contemplados en el artículo 1 (1) b del Convenio hayan sido aplicados para identificar a los pueblos indígenas en distintos procesos políticos y legales internacionales y nacionales, incluso, más allá del grupo de Estados que lo ratificaron. Indica el documento que los elementos subjetivo y objetivo contemplados por el Convenio han sido utilizados para identificar a los pueblos indígenas y han servido de base para la elaboración de las definiciones operativas del término pueblos indígenas por parte de varios organismos especializados de la ONU, entre ellos el Banco Mundial y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (*Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT. Programa para promover el Convenio núm. 169, Ginebra, 2009*).

[144] La Corte IDH verificó que Surinam no había ratificado el Convenio 169 de la OIT y reconoció que esto, en principio, impedía aplicarle directamente sus disposiciones. No obstante, determinó que el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (que consagra el derecho a la propiedad privada), interpretado en concordancia con las disposiciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, obligaba a los Estados americanos a respetar, proteger y garantizar la propiedad comunal de los pueblos tribales a través de la realización de consultas previas que se dirijan a obtener su consentimiento previo, libre e informado. Así, a partir de la incorporación de los parámetros de participación y consulta contenidos en esas disposiciones, la Corte IDH decidió que el Estado de Surinam debía adoptar salvaguardas tendientes a garantizar que el pueblo Saramaka participara en la toma de decisiones con respecto a sus tierras, creando mecanismos que propiciaran el ejercicio de ese derecho según sus propios usos y costumbres.

[145] Las pretensiones formuladas por el pueblo Saramaka tenían como punto de partida el desplazamiento que sufrieron varios de sus miembros a raíz de diversas concesiones que el Estado de Surinam otorgó para la explotación de recursos naturales en sus territorios.

[146] La Corte IDH aclaró que la falta de identificación individual respecto de las tradiciones y leyes Saramaka por parte de algunos de sus integrantes no podía utilizarse como un pretexto para denegar el derecho a la personalidad jurídica de la comunidad ni para obstaculizar el uso ni el goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal. Sobre esa base decidió, frente a ese punto en concreto, que el Estado de Surinam debía reconocer legalmente la capacidad jurídica colectiva de la comunidad integrada por los miembros del pueblo Saramaka, para garantizarles su derecho a la propiedad y su acceso a la justicia.

[147] Para este acápite la Sala se apoyará, fundamentalmente, en el documento *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 30 de diciembre de 2009 y en *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica, una guía sobre la aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT*, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.

[148] Como se advirtió antes, la resistencia de la comunidad internacional a formular una definición de pueblo indígena o tribal parte de la convicción de que su diversidad es inabarcable y del reconocimiento de los distintos factores que pueden impactar en los procesos de construcción identitaria. Eso explica que, en todos los casos, sea la autoidentificación el factor que más pese a la hora de caracterizar a determinada colectividad como titular de los derechos contemplados en el marco internacional de protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. En un informe de 1996, Erica-Irene A. Daes, Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de Naciones Unidas, llamó la atención sobre lo inconveniente que resultaría pretender definir a los pueblos indígenas cuando, de hecho, la comunidad internacional consideró inoportuno e innecesario tratar de definir la palabra “pueblos” que figura en la Carta de Naciones Unidas y en los pactos internacionales de derechos humanos y la expresión “minorías” que consta en la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas. Daes advirtió que no hay una única definición que pueda abarcar la diversidad de los pueblos indígenas de todo el mundo y que, de hecho, todos los intentos de hallar una definición habían producido una ambigüedad aún mayor. Concluyó, entonces, que no era conveniente ni posible llegar a una definición universal. A su juicio, la

condición de pueblo indígena debía verificarse a partir de ciertos factores relevantes como el lenguaje, la organización, social, la religión y los valores espirituales, la autoidentificación y experiencias de marginalización, desposesión o exclusión, los cuales, en todo caso, no constituyen una definición inclusiva o comprehensiva, ya que pueden estar presentes en mayor o en menor grado en distintas regiones y contextos nacionales y locales. La misma discusión fue abordada por un grupo de trabajo de la Comisión Africana sobre los derechos del Hombre y de los Pueblos que, en 2001, sostuvo que una definición estricta de los pueblos indígenas no era necesaria ni deseable, pues correría el riesgo de excluir a ciertos grupos. En su informe sobre las poblaciones y las comunidades indígenas de África, el grupo de trabajo recomendó un enfoque para identificar a los pueblos indígenas sobre la base de un conjunto de criterios, entre los que se incluían el hecho de que sus culturas y estilos de vida difirieran considerablemente de los de la sociedad dominante, que sus culturas se encontraran amenazadas, y el que fueran víctimas de marginación social y política, entre otros. (En ONU, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 47o periodo de sesiones, Tema 15 del Programa provisional, *Discriminación contra las poblaciones indígenas. Protección del patrimonio de los pueblos indígenas. Informe definitivo de la relatora especial, Sra. Erica-Irene Daes, presentado en virtud de la Resolución 1993/4 y de la Decisión 1994/105 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1995/26, 1995 y Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica, una guía sobre la aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT*, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009).

[149] Los informes rendidos por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT al monitorear la aplicación del Convenio 169 por parte de los Estados signatarios han sido especialmente enfáticos acerca de la importancia de incluir el criterio de autoidentificación en las legislaciones nacionales. Recomendaciones en ese sentido se les han hecho a los gobiernos de Paraguay, México y a Colombia.

[150] El artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas consagra, en los mismos términos del Convenio 169, que los Estados deben celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados, por medio de sus instituciones representativas, antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

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

[152] El Consejo de Administración de la OIT adoptó el informe del Comité Tripartito que se encargó de examinar la reclamación formulada por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres. El informe sugirió instar al Gobierno de Ecuador a que, en la búsqueda de una solución a los problemas que seguían afectando al pueblo Shuar por las actividades de explotación y exploración petrolera que se estaban llevando a cabo en la zona del Bloque 24, se dirigiera “a las instituciones u organizaciones representativas, incluyendo la FIPSE, para poder establecer y mantener un diálogo constructivo que permita a las partes interesadas buscar soluciones a la situación que enfrenta este pueblo” (Consejo de Administración, 282.ª reunión, noviembre de 2001. Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Ecuador, GB.282/14/2).

[153] Sostuvieron los reclamantes que, por tratarse de una reforma constitucional de ámbito federal, los interesados en su consulta eran “*todos los ciudadanos considerados indígenas conforme a los criterios establecidos en el artículo 1º del Convenio [169], lo que representa aproximadamente el 10% de la población del país*”.

[154] Sobre la infracción del derecho a la consulta previa en relación con el asunto específico de la representatividad, el Gobierno de México sostuvo lo siguiente: “*el poder legislativo federal consideró que las organizaciones más representativas del movimiento indígena eran el CNI y el EZLN seguidas por académicos y personalidades dedicadas a problemas indígenas. (...) el Gobierno buscó todos los medios de consulta con quienes, en afirmación del SAINAH constituyen los representantes del movimiento indígena nacional, tanto por criterios numéricos, como de corriente de opinión y apegados siempre a criterios objetivos contenidos en la ley de planeación y el plan nacional de desarrollo. (...) el dictamen fue el resultado de un profundo trabajo legislativo y gubernamental en el que intervinieron no sólo los diputados y partidos políticos sino también dependencias gubernamentales, gobiernos estatales y grupos indígenas de distintos puntos del país* (Consejo de Administración, 289.ª reunión, marzo de 2004. Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, México, GB.289/17/3 5).

[155] Sentencia T-342 de 1994 (M.P Antonio Barrera Carbonell).

[156] C.P. Artículo 70.

[157] Sentencia T-605 de 1992 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz. *“En términos constitucionales, la diversidad cultural hace relación a formas de vida y concepciones del mundo no totalmente coincidentes con las costumbres de la mayoría de la población en aspectos de raza, religión, lengua, economía y organización política. Los grupos humanos que por sus características culturales no encuadran dentro del orden económico, político y social establecido para la mayoría tienen derecho al reconocimiento de sus diferencias con fundamento en los principios de dignidad humana, pluralismo (C.P. art. 1) y protección de las minorías (C.P. arts.13, 176 y 265). En términos constitucionales, la diversidad cultural hace relación a formas de vida y concepciones del mundo no totalmente coincidentes con las costumbres de la mayoría de la población en aspectos de raza, religión, lengua, economía y organización política. Los grupos humanos que por sus características culturales no encuadran dentro del orden económico, político y social establecido para la mayoría tienen derecho al reconocimiento de sus diferencias con fundamento en los principios de dignidad humana, pluralismo (C.P. art. 1) y protección de las minorías.*

[158] Cfr. Sentencia T-175 de 2009 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[159] M.P Antonio Barrera Carbonell.

[160] M.P. María Victoria Calle.

[161] Dichas reglas no son un listado taxativo. Como se indicará más adelante, la Corte les ha dado un contenido específico al aplicarlas a casos concretos con supuestos fácticos diferentes.

[162] Es importante precisar que estas divisiones no son estrictas. Se definen por decisiones que adoptó la Corte que en buena medida comparten cierta similitud temporal.

[163] M.P. Eduardo Cifuentes

[164] M.P. Hernando Herrera Vergara.

[165] M.P. Antonio Barrera Carbonell

[166] Cfr. Sentencia T-698 de 2011. (M.P Luis Ernesto Vargas Silva).

[167] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[168] Al respecto, indicó la sentencia *“Como la omisión de la consulta previa para otorgar la licencia ambiental a la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica es precisamente el hecho que originó la violación de los mencionados derechos, y los daños irreversibles que la construcción de tales obras vienen causando en nada se remedian cumpliendo a posteriori con el requisito constitucional omitido, la Corte ordenará que se indemnice al pueblo afectado al menos en la cuantía que garantice su supervivencia física, mientras elabora los cambios culturales, sociales y económicos a los que ya no puede escapar, y por los que los dueños del proyecto y el Estado, en abierta violación de la Constitución y la ley vigentes, le negaron la oportunidad de optar. (...)”*

[169] M.P. Álvaro Tafur.

[170] La Corte identificó a la consulta previa como una de las modalidades de participación consagradas en la Carta Política a favor de los grupos minoritarios. Al respecto, indicó que *“El ordenamiento constitucional abre a las comunidades indígenas espacios concretos de participación, además de los establecidos para todos los colombianos, i) en cuanto prevé que aquellas pueden elegir dos senadores en circunscripción nacional, ii) en razón de que dispone que la ley puede establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes, iii) debido a que erige los territorios indígenas como entidades territoriales, que estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades, y iv) porque el gobierno debe propiciar la participación de los representantes de estas comunidades en las decisiones atinentes a la explotación de sus recursos naturales, con el objeto de éstas se adelanten sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas”.*

[171] Sentencia T-698 de 2011 Luis Ernesto Vargas Silva. El Convenio 169 de la OIT dejó en manos de cada Estado la regulación del mecanismo de consulta previa. El Gobierno colombiano acató ese mandato a través del Decreto 1320 de 1998, *“por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio”.* Sin embargo, la Corte ha aclarado que dicha norma tiene un ámbito de aplicación limitado, porque se refiere a las consultas que deban adelantarse en desarrollo de los artículos 329 y 330 de la Constitución, y no a otras hipótesis en las que, de acuerdo con la jurisprudencia, también procede la consulta previa ante la ausencia de desarrollo normativo. Por lo tanto, es la jurisprudencia constitucional el marco de referencia para determinar en qué casos se aplica la consulta y cuáles son los requisitos para llevarla a cabo.

[172] Sentencias C-030 de 2008 M.P Rodrigo Escobar Gil y C-175 de 2009 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

[173] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

^[174] En ese sentido, indicó el fallo: “[L]a Corte Constitucional, al momento de determinar cuándo resulta obligatorio efectuar la consulta previa a los grupos étnicos, debe estar sujeta a los lineamientos constitucionales y legales existentes, éstos últimos en la medida en que no desvirtúen el objeto y finalidad del pluricitado Convenio, ni contraríen la plena vigencia de los derechos fundamentales de tales etnias. La Constitución solo reconoció explícitamente la obligatoriedad de la consulta previa en el supuesto de hecho previsto por el párrafo del artículo 330 (...). Pero, por lo demás, no existe disposición constitucional alguna que se refiera a la consulta previa en casos diferentes al mencionado; vale decir, la Constitución guarda silencio en cuanto a las medidas, legislativas o administrativas, que se adopten en hipótesis distintas a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas. El Legislador, por su parte, se ocupó del tema en el artículo 76 de la Ley 99 de 1.993, que reprodujo en lo esencial lo dispuesto en el párrafo del artículo 330 Superior, ampliando su alcance a los casos de proyectos en territorios de comunidades negras: “La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1.993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades” .

^[175] M.P. Álvaro Tafur Galvis

^[176] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

^[177] M.P. Manuel José Cepeda.

^[178] M.P. Luis Ernesto Vargas.

^[179] M.P. Luis Ernesto Vargas.

^[180] M.P. Mauricio González.

^[181] Como se indicó con antelación, cuatro magistrados se separaron parcialmente de la decisión mayoritaria.

^[182] La Resolución 121, que, en efecto, no fue objeto de consulta previa, invitó a los representantes legales de los consejos comunitarios con título colectivo y a los representantes de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a participar en unas asambleas departamentales en el marco de las cuales se elegiría a los integrantes del referido espacio nacional de delegados.

^[183] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

^[184] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

^[185] Fue esta última hipótesis la que se dio en el caso examinado, pues, antes de acudir a la acción de tutela, el Defensor del Pueblo promovió una acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que concedió la licencia para adelantar los trabajos de exploración en territorio U’wa. El Consejo de Estado, sin embargo, se negó a suspender provisionalmente dicho acto administrativo. La sentencia SU-039 de 1997 decidió que, aún en ese escenario, la tutela que promovió el Defensor del Pueblo a nombre de la comunidad indígena era procedente, porque i) la tutela no es incompatible con el ejercicio de la acción contenciosa administrativa ni con la suspensión provisional del acto administrativo y porque ii) la contradicción existente entre lo decidido por el Consejo de Estado y lo que resolvería la Corte era irrelevante, porque, al pronunciarse sobre la suspensión provisional, el Consejo no analizó la infracción del derecho de participación de la comunidad U’wa. El fallo concedió el amparo reclamado como mecanismo transitorio, para evitar que la ejecución de la resolución que autorizó la licencia ambiental vulnerara los derechos a la identidad étnica, cultural, social y económica de la comunidad indígena U’wa.

^[186] M.P. Álvaro Tafur.

^[187] El examen de procedibilidad que la Corte efectuó en esa oportunidad tuvo que ver con que, paralelamente al proceso de tutela, se estaba tramitando una acción popular que debatía sobre los daños ambientales que la aspersión aérea de herbicidas realizada en el marco del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos había causado sobre los territorios de las comunidades indígenas y tribales de la Amazonía. El fallo determinó que la tutela era el mecanismo idóneo para ordenar que dichas comunidades fueran consultadas sobre las decisiones atinentes al programa de erradicación, pero no para proteger los intereses colectivos de los habitantes de la región amazónica. La discusión relativa al restablecimiento de las condiciones ambientales y la preservación de la salubridad pública de la región debía darse, a su juicio, en el marco de una acción popular.

^[188] Sobre el mismo tema pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-547 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza); T-379 de 2011 (Humberto Sierra Porto) y T-376 de 2012 (M.P. María Victoria Calle).

^[189] De todas formas, la necesidad de la intervención del juez constitucional en este caso se encontraba plenamente acreditada. Tanto así que, después, en esta sede, la Sala ordenó suspender la aplicación de la resolución cuestionada, de los actos administrativos que se habían proferido con ocasión de la misma y de los procesos consultivos, medidas y diligencias que estaba adelantando a su amparo, hasta tanto se notificara la presente sentencia. La adopción de esta medida provisional, en diciembre de 2012, respondió, entre otros

aspectos, a la incidencia que las medidas que pretendían implementarse en aplicación de la Resolución 121 podrían tener sobre la forma en que los afrocolombianos ejercerían sus derechos fundamentales a la participación y a la consulta previa. Frente a este tema en concreto, la Sala valoró la relevancia de los asuntos que se definirían con la intervención del *Espacio Nacional de Delegados* y las personas a las que se dirigió la convocatoria del proceso para la elección de los integrantes de dicha instancia de representación. La Sala explicó que los procesos de consulta de las medidas relativas a la reglamentación del nuevo mecanismo de participación de las comunidades negras, de la Comisión Consultiva de Alto Nivel y de los requisitos para el registro de los consejos comunitarios y de las formas organizativas de los raizales se llevarían a cabo con el *Espacio Nacional de Delegados*, por disposición de la resolución. Esto suponía que las 21 personas elegidas por los representantes legales de los 171 consejos comunitarios de comunidades negras con título colectivo y de las organizaciones de raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina tendrían en sus manos la definición de las pautas operativas que regirían la consulta previa de las medidas que podrían afectar a los afrocolombianos, estuvieran organizados o no como comunidades negras y contaran o no con un título colectivo de dominio. Ese contraste entre el grupo de personas al que se dirigió la Resolución 121 de 2012 y aquel al que efectivamente podía afectar, sumado a la complejidad de los asuntos que el Ministerio del Interior pretendía consultar con el *Espacio Nacional de Delegados*, demostraron, para la Sala, la necesidad y la urgencia de imponer la medida provisional a la que se ha hecho referencia. Además, la Sala tuvo en cuenta el riesgo que la aplicación de la Resolución 121 de 2012 representaba para el fortalecimiento de las organizaciones sociales de los afrocolombianos y de los espacios participativos y de representación que han construido para lograr una interacción efectiva y reivindicar sus intereses comunes ante las instancias gubernamentales. Tales planteamientos comprobaban la presencia del perjuicio cierto, irremediable e inminente que extrañaron los jueces de instancia.

^[190] Decreto 2591 de 1991, Artículo 6º, numeral 5º.

^[191] Este, como se dijo, es tan solo uno de los actos administrativos de contenido general y abstracto que, a juicio de la Corte, han vulnerado derechos fundamentales. No obstante, esta corporación ha dado cuenta manera en que este tipo de actuaciones pueden afectar las garantías fundamentales de un ciudadano específico, aunque, en principio, no regulen una situación jurídica concreta. La Sentencia T-1015 de 2005 (M.P. Marco Gerardo Monroy), por ejemplo, resolvió que la Circular del 28 de enero de 2005, mediante la cual la Subsecretaría de Desarrollo Humano de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales había creado un programa de auxilios de educación especial para los hijos de los funcionarios que se matricularan en una Institución Educativa de Educación Especial, vulneró los derechos fundamentales de una menor al supeditar su acceso al auxilio a que se matriculara en una de esas instituciones, aunque no requería una educación especial fuera de las aulas ordinarias. El fallo decidió que, aunque la circular era un acto administrativo de carácter general (pues creaba efectos jurídicos frente a todos los funcionarios que se encontraban en la situación prevista en el acto), debía inaplicarse específicamente para el caso de la peticionaria, toda vez que vulneraba sus derechos a la educación y a la igualdad.

^[192] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

^[193] M.P. Clara Inés Vargas.

^[194] El Palenque Afrourbano de Tumaco es una instancia de articulación, interlocución y concertación social y política de las organizaciones, comunidades y liderazgos del área urbana y rural no constituida en consejos comunitarios del municipio de Tumaco, Nariño, que trabaja por la identidad cultural y la reivindicación de los derechos de la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal. En el documento remitido a la Corte, el señor Wistong Salas Ortiz, coordinador de la organización, cuestionó que la Resolución 121 de 2012 hubiera convocado a la elección y conformación de los integrantes de la Mesa de Consejos Comunitarios, excluyendo a las organizaciones, comunidades y consejos comunitarios que no contaban, para entonces, con un título colectivo. Por eso, en comunicación dirigida al señor Pérez Casseres a nombre del Palenque Afrourbano de Tumaco, avaló la interposición de una acción judicial para exigir el respeto de la consulta previa, según lo establecido en el Convenio 169 de la OIT (Folio 348 del cuaderno de revisión).

^[195] La Asociación de Mujeres Afrodescendientes y del Caribe Graciela Cha Inés tiene como misión fomentar el desarrollo integral de las mujeres, familias, organizaciones de mujeres y las comunidades afrodescendientes, negras, palenqueras y raizales del Caribe colombiano, propiciando estrategias que respondan a la perspectiva de género y a sus necesidades, expectativas e intereses, a través de procesos formativos, investigativos y de etnodesarrollo, fundamentados en la identidad étnica y cultural, la defensa del territorio y la autonomía de las comunidades. En documento suscrito el seis de febrero de 2012, Rutsely Simarra Obeso, representante legal de la asociación, y Teresa Cassiani Herrera, vicepresidenta, solicitaron la intervención del señor Pérez Casseres como líder afrocolombiano y abogado del Proceso de Comunidades Negras, para que exigiera, a través de la acción judicial correspondiente, el

respeto de la consulta previa según lo establecido en el Convenio 169 de la OIT y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Folio 349 del cuaderno de revisión).

[196] El señor Wilson Zapata, en calidad de representante legal de la Asociación de Consejos Comunitarios del Norte del Cauca, dio constancia de que el señor Moisés Pérez Casseres, líder afrocolombiano y abogado del Proceso de Comunidades Negras, PCN, fue autorizado por esa organización para que la representara en el proceso constitucional orientado a obtener la protección de los derechos fundamentales vulnerados por cuenta de la expedición de la Resolución 121 de 2012 (Folio 350 del cuaderno de revisión).

[197] El Consejo Comunitario de Comunidades Negras Juan Olave Arrincón A mela trabaja por la identidad cultural y la reivindicación de los derechos de la población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera del sur de Bolívar. La organización, actuando por intermedio de su representante legal, Milena Quiroz Jiménez, solicitó la intervención del señor Pérez Casseres para que intercediera por la protección de sus derechos fundamentales, vulnerados por cuenta de la expedición de la Resolución 121 de 2012. (Folio 351 del cuaderno de revisión).

[198] La Organización de Comunidades Afrocolombianas, Negras, Raizales y Palenqueras Ku-Suto Cesar trabaja por la identidad cultural y la reivindicación de los derechos de la población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera. Su representante legal, Elvis Pardo Piñeres, solicita la intervención del señor Moisés Pérez Casseres en la interposición de una acción judicial que salvaguarde los derechos fundamentales a la participación y a la consulta previa, vulnerados por el Ministerio del Interior al excluir del proceso de elección convocado por la Resolución 121 de 2012 a los consejos comunitarios que no cuentan con un título colectivo. (Folio 352 del cuaderno de revisión).

[199] Erley Ibarra Rodallega, representante legal de la Asociación Municipal de Consejos Comunitarios Afrodescendientes del municipio de Suárez, Cauca, solicita al señor Pérez Casseres interceder a favor de dicha organización, promoviendo una acción judicial que conduzca a salvaguardar los derechos a la participación y a la consulta previa que vulneró el Ministerio del Interior al expedir la Resolución 121 de 2012 (Folio 353 del cuaderno de revisión).

[200] Convenio 169 de la OIT, artículo 12.

[201] Ver el fundamento jurídico 3.28. de esta providencia.

[202] M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

[203] 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.

[204] Sobre la decisión del Consejo de Estado, la Sentencia T-823 de 2012 sostuvo lo siguiente: “(...) *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*”. (El resaltado es de la Sala).

[205] Al respecto, expone el fallo: “*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*” (Subrayado del original).

[206] De la solicitud que el ministerio les habría formulado a las gobernaciones en ese sentido dio cuenta la Secretaria de Asuntos Étnicos de la Gobernación del Valle del Cauca, al contestar la tutela formulada por el señor Hoover Eladio Carabalí Playonero, representante del Consejo Comunitario La Playa Bahía Málaga. Según se indica en la Sentencia T-823 de 2012, la Secretaría precisó que en octubre de 2010 le había solicitado

al ministro del Interior de la época, Germán Vargas Lleras, informar las directrices nacionales en virtud de las cuales se daría cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia proferida por el Consejo de Estado en agosto de ese año. Sin embargo, solo recibió una respuesta al respecto el cinco de diciembre de 2011, cuando el ministerio le indicó que estaba “*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*”.

[207] Sala Novena de Revisión, Auto del cuatro (4) de diciembre de 2012.

[208] *Ibíd.*

[209] En el mismo sentido se había pronunciado, antes, el magistrado Luis Ernesto Vargas, al aclarar su voto frente a la decisión adoptada por la Sala Séptima de Revisión de Tutelas en la Sentencia T-823 de 2012. En esa oportunidad, el magistrado advirtió que la orden emitida por la Sentencia T-823 en el sentido de que se expidieran nuevas directrices para llevar a cabo las elecciones de los representantes de las comunidades negras ante las comisiones consultivas de alto nivel y departamentales debió sujetarse a una serie de parámetros que consideraran las barreras institucionales, sociales, culturales, políticas, económicas y geográficas que habían impedido que las comunidades negras consolidaran espacios concretos de participación en el marco de los cuales pudieran ejercer su derecho fundamental a la consulta previa. El fallo, sostuvo el magistrado, se aproximó tangencialmente a esos temas, pero no abordó una serie de problemas jurídicos relevantes para solucionar, ya no el dilema constitucional que se sometió a su examen, sino la problemática estructural asociada al hecho de que las comunidades negras no contaran con una instancia de representación para ser consultadas sobre las medidas legislativas y administrativas de carácter general que pudieran afectarlas. La Sentencia T-823 de 2012, por lo tanto, no se pronunció sobre una serie de aspectos que sí serían valorados en el fallo que resolvería este expediente, como los relativos a las interpretaciones restrictivas que se han hecho de la noción de comunidad negra prevista en la Ley 70 de 1993, al *status* jurídico de las organizaciones de base y a la necesidad de que el mecanismo transitorio de representación creado por la Resolución 121 de 2012 fuera consultado con las comunidades interesadas.

[210] La Sala se aparta, en los mismos términos, de la decisión adoptada por la Sentencia T-204 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero), que se abstuvo de revisar la tutela que el señor Walter Alomia Góngora promovió contra la Resolución 121 de 2012 sobre la base de una supuesta “*carencia de objeto por sustracción de materia*”. En esa ocasión, la Sala Tercera de Revisión consideró que “*la pretensión del actor, en el sentido de ordenarle al Ministerio del Interior, la modificación, derogación o aclaración de la Resolución 0121 de 2012, ya fue satisfecha, toda vez que en la Sentencia T-823 del 2012, la Corte, además de disponer la inaplicación por inconstitucional para el caso concreto de la citada Resolución, profirió una medida de contenido general sobre la vigencia de la misma, al ordenarle al Ministerio del Interior que, en el término de seis meses, proceda a 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 (...)*”.

[211] Explicó la Sala que la caracterización jurídica de las comunidades negras como un sujeto periférico que ejerce sus prácticas ancestrales en un territorio rural fue objeto de numerosos cuestionamientos, asociados, o bien a lo problemático que puede resultar reducir un asunto esencialmente complejo como la identidad étnica a un concepto rígido, construido, exclusivamente, desde una perspectiva institucional, y a la manera en que esa visión fragmentada de la identidad afrocolombiana se aparta de las preceptivas que permiten que cierta colectividad sea considerada titular de los derechos étnicos contemplados en el Convenio 169 de la OIT e, incluso, de la realidad misma de las comunidades negras.

[212] Al respecto pueden revisarse los fundamentos jurídicos 3.19., 3.20. y 3.21. de esta providencia.

[213] M.P. María Victoria Calle Correa.

[214] *Cfr.* Sentencias T-703 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda) y T-047 de 2011 (M.P. María Victoria Calle Correa).

[215] *Cfr.* Numeral 5.5. del acápite de antecedentes.

[216] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[217] La expresión fue utilizada, en su momento, por el Proceso de Comunidades Negras. *Cfr.* Quintero, Óscar. Más allá de la cifra: actores, estrategias e identidades en la pregunta étnico racial del censo de 2005. En *La multiculturalidad estatalizada: indígenas, afrodescendientes y configuraciones de Estado*. Chávez, Margarita, compiladora. Instituto Nacional de Antropología e Historia, Bogotá, 2011.

[218] Castillo (Op. cit., 2006) ha advertido que la medición estadística de esta población no es un asunto fácil y mucho menos neutral, fundamentalmente, porque “*al igual que el conjunto de las categorías de uso estadístico, desde las más objetivas hasta las asociadas a preguntas de percepción y opinión, clasificar y calificar*

estadísticamente una población tiene fuertes implicaciones históricas y socio antropológicas, además, éticas y políticas en su relación con el Estado y los otros grupos de la sociedad (...). *La multiculturalidad estatalizada: indígenas, afrodescendientes y configuraciones del Estado*, publicación de la Colección Antropología en la Modernidad del Instituto Colombiano de Antropología e Historia, dedica dos artículos a resaltar las tensiones que signaron los procesos de medición de las minorías étnicas en los censos de 1993 y 2005. En *Contar y ser contados. El censo 2005 y las minorías étnicas*, Fernando Urrea da cuenta de la considerable diferencia entre la distribución urbano-rural de la gente de comunidades negras entre uno y otro censo. “(...) en 1993 la mayoría era rural (más del 60%), mientras que en 2005 era urbana (alrededor del 73%), aunque por debajo del promedio nacional y de la población sin autoreconocimiento étnico. Esa diferencia se explica porque en el ejercicio censal de 1993 el grueso de la población fue registrada en el pacífico (...) en parte, ese procedimiento se debió al sesgo étnico que está detrás de la categoría comunidad negra aplicada en 1993 y a la ampliación del abanico de categorías usadas para el conteo de la población afrocolombiana o negra en 2005”. En *Más allá de la cifra: actores, estrategias e identidades en la pregunta étnico racial del censo 2005*, Óscar Quintero señala que el proceso de la producción estadística sobre la población colombiana no es solamente un asunto de Estado, pues, por el contrario, suele estar influido por diversos actores interesados en los procesos de construcción identitaria que pueden surgir con ocasión de la medición estadística. El artículo se refiere, puntualmente, a la manera en que las organizaciones afrocolombianas, la academia, los actores transnacionales e internacionales y el Estado incidieron en la formulación de la pregunta étnico-racial que se incluyó en el censo de 2005. Al mismo tema se refirió Jaime Arocha en *Gente Afrocolombiana, Raizal y Palenquera “Diversas organizaciones de la base lucharon para que las preguntas del Censo de 2005 sobre identidad étnica y racial quedaran redactadas de modo tal que las personas encuestadas escogieran el término que mejor lograra la autoadscripción que requiere el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo para cuantificar a los pueblos étnicos del mundo. Los líderes buscaban impedir que los encuestadores y encuestadoras se valieran de perfiles raciales preconcebidos, se los impusieran a quienes tenían que entrevistar y de esa manera contribuyeran a la subrepresentación de los afrodescendientes que esas organizaciones habían identificado en los censos realizados desde que entró en vigencia la Constitución de 1991. Como la nueva carta introducía acciones afirmativas para contrarrestar los efectos de la discriminación racial, era indispensable conocer los números de los posibles beneficiarios”*. (En *Observatorio Latinoamericano 5, Dossier Colombia*, Buenos Aires, diciembre de 2010).

[219] M.P. Eduardo Cifuentes.

[220] M.P. Marco Gerardo Monroy.

[221] M.P. Nilson Pinilla.

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

[223] Sobre la manera en que las ideas de raza y etnicidad son transformadas por las comunidades al formular reclamos de protección específicos y la “ambivalencia jurídica y social en torno al reconocimiento de los afrocolombianos como grupo étnico” puede consultarse a Bettina Ng’weno, (*¿Puede la etnicidad reemplazar lo racial? Afrocolombianos, indigenidad y el Estado multicultural en Colombia*. Revista Colombiana de Antropología, Volumen 49 (1) enero a junio de 2013). También son importantes las inquietudes que plantea Daniel Bonilla (*Las comunidades negras en Colombia: entre la diversidad racial, la diferencia racial y los derechos diferenciados*. Revista Criterio Jurídico. Pontificia Universidad Javeriana, Cali, 2009) acerca de las implicaciones de que el debate público sobre los derechos de las comunidades negras se haya venido dando en clave cultural, en perjuicio de otros temas fundamentales de debate en esta materia, como el tema la raza y la desigual distribución de los recursos económicos que se destinan a las comunidades negras. En *Articulaciones de negritud: políticas y tecnologías de la diferencia en Colombia* (Op. cit), Eduardo Restrepo reflexiona sobre dos modelos distintos de articulación de la negritud en Colombia: la etnización y la racialización diaspórica. El texto cuestiona la tendencia a enmarcar la problemática de lo que antes eran “comunidades negras” con una cultura, un territorio y unas prácticas tradicionales de producción radicalmente distintas de occidente y de los colombianos no marcados como grupo étnico en la de afrodescendientes, que remite a una comunidad diaspórica racializada, que ha sido víctima de discriminación racial y que desarrolla una agenda enfocada, básicamente, en el reconocimiento de acciones afirmativas.

[224] El auto en mención dio cuenta del gran valor que tiene para las comunidades negras del país su relación con sus territorios, que, explicó, son una expresión de su memoria colectiva y de su concepción de libertad. De ahí que la noción no pueda abarcar solamente las tierras que ya han sido objeto de titulación colectiva, sino, también, a aquellas que han sido habitadas ancestralmente por las comunidades. “*El territorio es una concepción integral que incluye la tierra, la comunidad, la naturaleza y las relaciones de interdependencia de los diversos componentes. Del territorio también hacen parte los usos y costumbres vinculados a su hábitat*

que las comunidades afrocolombianas han mantenido por siglos y que se expresan también en los saberes que la gente tiene y en el conocimiento de los ritmos y los tiempos para hacer las distintas actividades”, sostuvo la providencia. Además, el fallo advirtió sobre el riesgo agravado que la pérdida de esos territorios representaba para la estructura social y los valores culturales de las comunidades negras.

[225] En *Conflictos territoriales y territorialidad negra. El caso de las comunidades afrocolombianas*, (En *Afrodescendientes en las Américas, trayectorias sociales e identitarias. 150 años de la abolición de la esclavitud en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia, 2002) Odile Hoffmann se refiere a los obstáculos que, hoy en día, implica resolver las disputas identitarias a la luz del discurso que ata la identidad étnica con el territorio. Al respecto, señaló lo siguiente: “la asociación identidad-territorio funcionó como herramienta política eficaz en un primer momento, en el caso de las comunidades negras rurales del Pacífico, para proteger grupos particularmente expuestos a los apetitos territoriales de agentes externos, sean privados o institucionales. Pero se vuelve contraproducente si impone lógicas geográficas (dos territorios no pueden sobreponerse) a realidades sociales y culturales mucho más complejas y fluctuantes (puedo ser negra en mi pueblo y no reivindicarme como tal en la ciudad, o al revés); en otros términos, si se confunde territorio y territorialidad. (...) Los procesos étnicos en la ciudad, en la medida en que escapan al modelo territorial impuesto por las circunstancias legales y políticas, sin negar por lo tanto patrones específicos de territorialidad, representan sin duda el escenario donde se construyen, día a día, las identidades negras de mañana”.

[226] La Sentencia T-703 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda) descartó, por ejemplo, que el censo de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia fuera un instrumento constitutivo de la condición de indígena y que pudiera ser valorado como una prueba determinante de la pertenencia de alguna persona a estas comunidades. El fallo recordó que la condición de indígena debe demostrarse a partir de la identidad cultural real del sujeto, que pregona su pertenencia a determinada comunidad, y de la aceptación, por parte de la comunidad, de esa pertenencia e identidad. En el mismo sentido, la Sentencia T-047 de 2011 (M.P. María Victoria Calle), ya citada, expuso que ninguna certificación estatal tiene el poder de construir la identidad étnica o cultural de un sujeto ni su pertenencia a una comunidad diversa, ya que eso vulneraría los derechos de esas comunidades al autogobierno y, eventualmente, el derecho de sus integrantes a la identidad. En todo caso, el hecho de que tales certificaciones y registros no sean esenciales para definir si cierta comunidad es titular de derechos étnicos no implica que no deban ser actualizados continuamente y contrastados con la situación real de las minorías étnicas asentadas en un territorio específico. Así lo advirtió la Sentencia T-294 de 2014, al verificar que, en el caso analizado, el hecho de que la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior no hubiera cumplido con su deber de velar por el carácter fidedigno y actualizado de la información contenida en su base de datos, vulneró el derecho al reconocimiento de la identidad indígena de la comunidad indígena de Venado, perteneciente al pueblo Zenú y situada en jurisdicción del municipio de Ciénaga de Oro, en el departamento de Córdoba.

[227] Fundamento jurídico 4.9.

[228] Restrepo, Eduardo. *Articulaciones de negridad*. (Op. cit.)

[229] Castillo (Op. cit.)

[230] Ruiz Serna, Daniel. *Etnicidad, Estado y organizaciones de comunidades negras en el bajo Atrato*. En *La multiculturalidad estatalizada: indígenas, afrodescendientes y configuraciones de Estado*. (Op. cit.)

[231] Lemaitre Ripoll, Julieta. (Op. cit.)

[232] Recuérdese, por ejemplo, que en su intervención en sede de revisión, el Incoder refirió adjudicado 172 títulos colectivos a comunidades negras entre 1996 y 2012. Además, la entidad reconoció que para la fecha de su respuesta, tenía 91 solicitudes pendientes de titulación provenientes de todo el país, las cuales, dijo, iba resolviendo en orden de llegada (Antecedentes 5.4.).

[233] Sobre el particular, narra Jaime Arocha: “El decenio de 1990 inaugura el éxodo de los afrocolombianos desde sus regiones emblemáticas de asentamiento en la llanura y las costas del Caribe, las franjas ribereñas y selváticas del litoral Pacífico o a la zona plana del valle del río Cauca hacia distritos metropolitanos como Aguablanca en Cali, Nelson Mandela en Cartagena, Morabia en Medellín o Ciudad Blanca dentro del barrio Kennedy en Bogotá. Esta tendencia ha implicado ajustar o reinventar culturas apropiadas para áreas rurales del trópico, de modo que sus portadores puedan responder a los retos que implican los centros urbanos. (...) el movimiento social de la gente negra ha persistido en apuntalar su lucha y defender lo suyo mediante instrumentos legales y no violentos”. En *Observatorio Latinoamericano 5, Dossier Colombia*. (Op. cit.)

[234] Sobre el tema puede revisarse, por ejemplo, *El lugar de la alteridad y la alteridad en su lugar: las dificultades de abordar la etnicidad en la ciudad*, de Marta Zambrano, en *La multiculturalidad estatalizada: indígenas, afrodescendientes y configuraciones del Estado*, citado previamente.

[235] M.P. Luis Ernesto Vargas.

[236] M.P. Luis Ernesto Vargas.

[237] La sentencia T-823 de 2012, se repite, resolvió inaplicar por inconstitucional la Resolución 121 de 2012 en ese caso concreto y ordenó expedir las nuevas directrices a las que se sujetaría la elección de los representantes de las comunidades negras **ante las comisiones consultivas de Alto Nivel y departamentales**, instancias que tienen una naturaleza y un propósito distintos a los del espacio de consulta previa que aquí se valora. A ese asunto se referirá la Sala en el siguiente acápite.

[238] Ley 70 de 1993, Artículo 5º: “*Para recibir en propiedad colectiva las tierras adjudicables, cada comunidad formará un Consejo Comunitario como forma de administración interna, cuyos requisitos determinará el reglamento que expida el Gobierno Nacional. Además de las que prevea el reglamento, son funciones de los Consejos Comunitarios: delimitar y asignar áreas al interior de las tierras adjudicadas; velar por la conservación y protección de los derechos de la propiedad colectiva, la preservación de la identidad cultural, el aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales; escoger al representante legal de la respectiva comunidad en cuanto persona jurídica, y hacer de amigables componedores en los conflictos internos factibles de conciliación*”. El Decreto 1745 de 1995, que reglamentó el Capítulo III de la Ley 70, definió a los consejos comunitarios como una “*persona jurídica que ejerce la máxima autoridad de administración interna dentro de las Tierras de las Comunidades Negras, de acuerdo con los mandatos constitucionales y legales que lo rigen y los demás que le asigne el sistema de derecho propio de cada comunidad*”.

[239] Acápite de antecedentes. 5.10.

[240] Convenio 169, artículo 6º. “*I. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; (...) c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin*”.

[241] Además, los organismos de control del Convenio 169 han advertido que la identificación de esas instituciones representativas debe considerar las características del país, las especificidades de la comunidad respectiva y el tema y el alcance de la consulta. A esto se refieren los fundamentos jurídicos 4.12 y 4.13 de esta providencia.

[242] *Cfr. El papel de la memoria en la construcción del sujeto colectivo de derechos. El caso de las comunidades negras del Pacífico en Colombia.* Libia Grueso. Memorias del Diplomado Comunidades Afrocolombianas y memoria histórica en el marco de justicia y paz. GIZ, Indepaz. 2010.

[243] M. Wabgou et al. (Op. Cit).

[244] Mauricio Pardo relata las tensiones que suscitó, en el marco de las discusiones de la Ley 70, la aparición de esos nuevos actores del movimiento social de comunidades negras. En particular, destaca la reticencia de las organizaciones territoriales del Chocó a ceder su autonomía a esos nuevos grupos de activistas que provenían de las ciudades pero carecían de representatividad en las organizaciones de base. Eso frenó los primeros intentos de crear una coordinación nacional del movimiento negro (*Escenarios organizativos e iniciativas institucionales en torno al movimiento negro en Colombia.* Mauricio Pardo. En *Movimientos sociales, Estado y Democracia en Colombia.* Centro de Estudios Sociales, Universidad Nacional de Colombia, 2001).

[245] En su intervención, el ICANH se refirió a la manera en que el Decreto 2248 de 1995 impactó en las dinámicas organizativas de las comunidades afrocolombianas, al crear la Comisión Consultiva de Alto Nivel, permitir la creación de las consultivas departamentales y facultar a las organizaciones de base para seleccionar a los integrantes de dichas instancias. “*Es esta la época del boom de constitución de organizaciones de base, de las cuales la mayoría eran ficticias porque el único objetivo de su registro era que esas supuestas organizaciones perpetuaran a los consultivos*”, dijo la entidad en su concepto.

[246] En realidad fue el Decreto 1371 de 1994 el primero en conferirles carácter representativo a las organizaciones de base. La norma, sin embargo, fue subrogada menos de un año después, por el Decreto 2248 de 1995.

[247] Ley 70 de 1993, 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*”.

[248] Decreto 3770 de 2008, Artículo 2º. *Criterios para la asignación de Representantes de los Consejos Comunitarios y Organizaciones de Base de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras,*

ante la Comisión Consultiva de Alto Nivel. Para la representación de los Consejos Comunitarios, y Organizaciones de Base de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, los departamentos en los que existan Consultivas Departamentales tendrán derecho a un delegado, por derecho propio, y uno más, de acuerdo con los criterios siguientes: a) De acuerdo con su Población: – Un (1) consultivo adicional por cada doscientos cincuenta mil habitantes afrocolombianos autorreconocidos, de conformidad con el censo de población vigente, o fracción superior a ciento veinticinco mil que tengan en exceso sobre los primeros doscientos cincuenta mil. Un (1) consultivo adicional en los casos en que la población departamental de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales o Palenqueras, de acuerdo con el censo de población vigente, sea superior al 50% del total de la población del respectivo departamento; b) De acuerdo con el territorio colectivo. Un (1) Consultivo adicional por cada quinientas mil hectáreas tituladas a las comunidades negras del respectivo departamento, o fracción de doscientas cincuenta mil hectáreas que tengan en exceso sobre las primeras quinientas mil (...).”

[249] Oslender (Op. Cit.) describe la formación de los consejos comunitarios de comunidades negras como un proceso ambiguo, que tuvo que lidiar con el discurso que, desde la institucionalidad, introdujo la Ley 70 de 1993, y con las luchas diferenciales que se dieron al interior de cada comunidad. Los consejos, señaló Oslender, introdujeron una lógica administrativa que no correspondía a las formas de organización locales, sino que representaban, sobre todo, “la necesidad del Estado de tener un socio de comunicación en la región”. En su criterio, esa lógica administrativa externa se vio expresada en las detalladas directrices que impartió el Decreto 1745 de 1995 acerca de la forma en que debía conformarse el consejo comunitario: mediante una asamblea general que elegiría una junta y un representante legal y una serie de comités técnicos. En el mismo sentido, resulta importante considerar lo referido por la Anafro al intervenir en el presente trámite de revisión: Los consejos comunitarios no existían antes de la Ley 70 de 1993, lo cual implica que, hasta entonces, la representatividad de las comunidades negras hubiera recaído, directamente, en las organizaciones de base. Los primeros consejos comunitarios aparecieron en el Bajo Atrato, en el río Salaquí y con la Asociación Campesina Integral del Atrato HACIA entre finales de 1995 y 1997. De hecho, advirtió la Anafro, para al momento de la expedición del decreto que examinó el Consejo de Estado al decidir que las organizaciones de base no eran representativas de las comunidades negras, solo existía en el país un consejo comunitario, el de Cerro Teta, en el municipio de Buenos Aires, ubicado en el norte del Departamento del Cauca.

[250] Las comisiones consultivas de alto nivel y departamentales se habían convertido, para entonces, en un espacio de encuentro de las distintas vertientes del movimiento negro, más como escenarios para reaccionar ante la agenda institucional que “como espacios de convergencia que pudieran ser utilizados para retomar la iniciativa frente al gobierno o reconstruir las bases programáticas hacia una mayor inclusión y coordinación. A este respecto, es sintomático que en la Consultiva Nacional de 1999 los puntos más álgidos en discusión hayan girado en torno a los territorios colectivos, los planes de manejo de los recursos naturales, el estatus de los manglares y los derechos de los mineros artesanales (...). Pardo (Op. cit.)

[251] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 11001-03-24-000-2007-00039-00. (C. P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta). Aunque el Decreto 2248 de 1995 había sido derogado por el artículo 32 del Decreto 3770 de 2008 y, por lo tanto, había dejado de regir a partir de la vigencia del mismo, el Consejo decidió que era susceptible de control por parte de la jurisdicción contenciosa, porque, si bien dejó de pertenecer al ordenamiento jurídico, preservaba su presunción de legalidad por el tiempo que existió, se aplicó y produjo efectos jurídicos.

[252] La Procuraduría General de la Nación cuestionó que el Ministerio del Interior no hubiera cumplido de forma expedita el fallo, y que, en su lugar, les hubiera solicitado a los gobernadores abstenerse de elegir nuevos miembros de la consultiva de alto nivel. Tal incertidumbre, dijo, creó tensiones entre las instancias y espacios de las comunidades negras y generó fuertes debates sobre la titularidad de la representación de esas comunidades en las consultivas departamentales y nacional y en los consejos comunitarios, asociaciones de segundo nivel y las organizaciones de base.

[253] En este punto, el ICANH se refiere a las órdenes dictadas por la Corte Constitucional con respecto al Auto 005 de 2009 y el respeto por los principios y procedimientos de consulta previa.

[254] El ICANH advirtió los problemas que creó la decisión del Consejo de Estado en el ámbito concreto de la consultiva del Distrito Capital, teniendo en cuenta la amplia participación que habían tenido las organizaciones de base frente a iniciativas como la formulación de la política de salud para grupos étnicos y considerando, en general, el papel que venían cumpliendo al interior de las localidades. La entidad explicó que fueron los propios procesos organizativos locales los que jalaron el rediseño de los espacios de participación e interlocución con administraciones municipales y distritales de todo el país, “frente al limbo jurídico en que habían caído las organizaciones de comunidades negras que no eran consejos comunitarios y que se encontraban en las

ciudades, o bien, consejos comunitarios por fuera del Pacífico y que estaban en procura de obtener un título colectivo”.

[255] El Viceministro de Gobierno, quien presidiría la Comisión; el viceministro del Medio Ambiente; el viceministro de Vivienda y Desarrollo Urbano del Ministerio de Desarrollo Económico; el Viceministro de Minas y Energía; el Director del Incora; el Director del Instituto Geográfico Agustín Codazzi; el Director del Instituto Colombiano de Antropología; el Director Ejecutivo del Fondo de Solidaridad y Emergencia Social de la Presidencia de la República; el Jefe de la Unidad de Planeación Regional y Urbana del Departamento Nacional de Planeación y el Director de Asuntos para las Comunidades Negras del Ministerio de Gobierno.

[256] El decreto dispuso que las comisiones consultivas departamentales se conformarían en San Andrés, Providencia y Santa Catalina y en cada departamento en el que existieran organizaciones de base que representaran a las comunidades negras definidas en la Ley 70. Las consultivas estarían integradas por dos representantes de cada organización de base del departamento y por representantes de las autoridades departamentales.

[257] *Cfr.* Aparte 5.13.1. del acápite de antecedentes.

[258] Aunque la Resolución 733 de 2013 tiene fecha del 11 de junio de 2013, su expedición solo fue difundida por el Ministerio un mes después, el 9 de julio, a través de comunicado de prensa publicado en su página web. El comunicado, de hecho, indica como fecha de expedición de la Resolución 733 el 1° de julio de 2013, y dispone que las asambleas departamentales en las que se elegiría a los delegados regionales al Primer Congreso Nacional Autónomo se llevarían a cabo desde el sábado 13 de julio y hasta el 4 de agosto, pese a que, ya se dijo, la resolución contemplaba que las mismas se realizarán entre junio y julio de 2013. (*Cfr.* <http://www.mininterior.gov.co/sala-de-prensa/noticias/comunidades-afrocolombianas-tendran-espacio-de-interlocucion-directa-y-permanente-con-el-gobierno-nacional>)

[259] Resolución 733 de 2013, artículo 1°.

[260] Sobre la extensión de efectos a un grupo de personas que se encuentran en la misma situación de hecho de los tutelantes pero que no promovieron la acción constitucional y la facultad de la Corte para modificar en ese sentido los efectos de sus fallos puede revisarse el Auto 244 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao).