

COLECCIÓN
GUÍAS PEDAGÓGICAS

Acceso a la justicia a poblaciones vulnerables.
Personas afrocolombianas y comunidades
negras, raizales y palenqueras



Consejo Superior de la Judicatura, 2021



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Colección de guías pedagógicas.

Acceso a la justicia a poblaciones vulnerables.
Personas afrocolombianas y comunidades
negras, raizales y palenqueras.

© Consejo Superior de la Judicatura, 2021.

ISBN (Digital): 978-958-5570-24-5

ISBN (Impreso): 978-958-5570-23-8

Deposito legal: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/publicaciones>

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito de los titulares del copyright. La infracción de dichos derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

Portada: Palenque (Joaquín Sarmiento/FNPI, 2013)

Presidenta

Gloria Stella López Jaramillo

Vicepresidenta

Martha Lucia Olano de Noguera

Magistrados

Gloria Stella López Jaramillo

Marta Lucía Olano de Noguera

Diana Alexandra Remolina Botía

Max Alejandro Flórez Rodríguez

Aurelio Enrique Rodríguez Guzmán

Jorge Luis Trujillo Alfaro

Centro de Documentación Judicial- CENDOJ

Paola Zuluaga Montaña

Directora

Biblioteca Enrique Low Murtra- BELM

José Francisco Serrato Bonilla

Jefe de División

5

COLECCIÓN GUÍAS PEDAGÓGICAS

Acceso a la justicia a poblaciones vulnerables. Personas afrocolombianas y comunidades negras, raizales y palenqueras

1

Acceso a la justicia a poblaciones vulnerables. Niñas, niños y adolescentes

8

Ética judicial

2

Acceso a la justicia a poblaciones vulnerables. Personas LGBTIQ lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, intersexuales y queer

9

Transformación digital en la administración de justicia

3

Acceso a la justicia a poblaciones vulnerables. Personas en situación de discapacidad

10

Protección del ambiente la naturaleza como sujeto de derecho (Amazonía)

4

Acceso a la justicia a poblaciones vulnerables. Personas en condición de desplazamiento forzado

11

Sistema Integrado de Gestión y de Control de la Calidad y Medio Ambiente-SIGCMA

6

Justicia abierta

12

Protección de animales

7

Transparencia y acceso a la información pública

13

Tutela - 30 años de la Corte Constitucional

Contenido

Presentación -----	5	2.2.5.2 Criterios de aplicación -----	14
1. Mi identidad -----	6	2.2.5.3 Motivos de la consulta -----	14
1.1 Concepto de minoría -----	6	2.2.6 Derecho a la propiedad étnica colectiva -----	15
1.2 Definición y características de raza y etnia -----	6	2.3 Derecho de prelación -----	15
1.3 Elementos de pertenencia -----	7	3. Las amenazas que enfrento -----	17
1.4 Definición y características por minoría étnica -----	7	3.1 Condición de vulnerabilidad -----	17
1.4.1 Comunidades afrodescendientes -----	7	3.2 Discriminación -----	17
1.4.2 Comunidades negras -----	7	3.3 Desplazamiento forzado y despojo -----	17
1.4.3 Palenqueros -----	8	3.4 Confinamiento y resistencia -----	19
1.4.4 Raizales -----	8	3.5 Desestabilización y riesgos de extinción de las comunidades -----	19
2. Mis derechos -----	9	4. La justicia, mi aliada estratégica -----	20
2.1 Reconocimiento de derechos fundamentales y humanos en Colombia -----	9	4.1. Colombia: un Estado pluralista, multicultural y diverso -----	20
2.1.1 Derecho a la no discriminación -----	9	4.2 Acciones constitucionales -----	20
2.1.2 Derecho a la igualdad -----	10	4.3 Otros instrumentos -----	22
2.1.3 Derecho a la etnoeducación -----	10	4.4 Enfoque etnodiferencial -----	22
2.1.4 Derecho a la salud -----	11	5. Una justicia sensible a mis necesidades -----	23
2.2 Derechos colectivos -----	11	5.1 Cuestiones relevantes que permiten la garantía y protección de derechos -----	23
2.2.1 Derecho a la subsistencia -----	11	5.2 El acuerdo como eje central de diálogo -----	23
2.2.2 Derechos a la identidad étnica e integridad cultural -----	11	5.3 Acciones afirmativas -----	24
2.2.3 Derecho a la autonomía -----	12	5.4 Carga de la prueba en temas de discriminación -----	24
2.2.4 Derecho a la participación de las comunidades -----	12	5.5 Criterios jurisprudenciales con enfoque diferencial -----	24
2.2.4.1 Derecho a la circunscripción especial de las comunidades afrodescendientes -----	12	6. Normas -----	25
2.2.4.2 Derecho a la participación comunitaria -----	12	6.1 Normas internacionales -----	25
2.2.4.3 Otras representaciones -----	12	6.2 Normas nacionales -----	25
2.2.5 Derecho a la consulta previa -----	13	6.3 Jurisprudencia complementaria -----	26
2.2.5.1 Fundamentos internacionales -----	14		

Presentación

Esta guía es interactiva

Evalúa lo aprendido con la lectura de esta guía accediendo al archivo denominado actividad, que se encuentra en este mismo dispositivo.

La Colección Guías Pedagógicas es una publicación del Consejo Superior de la Judicatura, dirigido a los servidores judiciales y ciudadanía. Su objetivo principal es divulgar las providencias judiciales en temas seleccionados y que atienden la protección de derechos y acceso a la justicia de poblaciones vulnerables, para ello se actualizaron las guías de; (1) niñas, niños y adolescentes; (2) Personas LGBTIQ lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, intersexuales y queer; (3) personas en situación de discapacidad; (4) personas en condición de desplazamiento forzado y (5) comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras. De igual forma se desarrollaron ocho (8) nuevas guías en temáticas consideradas como son: (6) Justicia abierta; (7) Transparencia y acceso a la información pública; (8) Ética judicial; (9) Transformación digital en la administración de justicia; (10) Protección del ambiente (la naturaleza como sujeto de derecho (Amazonas); (11) Sistema Integrado de Gestión y de Control de la Calidad y Medio Ambiente (SIGCMA, Calidad en la Justicia); (12) Protección de animales y; (13) Tutela: 30 años de la Corte Constitucional, con citas de providencias emanadas solo de las Altas Cortes.

Cada guía resalta elementos importantes en torno a mecanismos judiciales para el ejercicio de los derechos, así como las innovaciones institucionales que permiten un acercamiento amigable de la justicia hacia la ciudadanía.

La guía se divide en cinco apartados. En el primero (mi identidad), se resaltan los elementos característicos de cada tema, así como los criterios que desde la jurisprudencia hacen reconocimiento de las poblaciones vulnerables. El segundo (mis derechos) avanza en el desarrollo de los derechos más relevantes reconocidos en las providencias de las Altas Cortes. En el tercero (las amenazas que enfrento) se presentan los diversos factores que pueden vulnerar el ejercicio de los derechos. El cuarto (la justicia, mi aliada estratégica), está dedicado a los mecanismos institucionales que favorecen el ejercicio de los derechos. Por último (una justicia sensible a mis necesidades), ilustra los elementos dentro de la Rama Judicial que permiten un acercamiento más accesible, amigable y efectivo para el goce de los derechos de la ciudadanía.



Mi identidad

La identidad de los grupos étnicos no es un tema sencillo, existen varios criterios que deben tomarse en consideración. La diversidad cultural en el seno de la sociedad colombiana es amplia, compleja y que obedece al carácter multicultural del Estado. En este sentido, la jurisprudencia ha destacado que: “La identidad étnica es un proceso político, social, económico, cultural y religioso, cuyas fronteras son difusas y sus características [son] cambiantes o dinámicas” (CC SU-217 de 2017). También ha reconocido que “(...) el artículo 7 de la Constitución reconoce y protege la identidad cultural, lo que se traduce en un igual respeto a todas las culturas y las distintas ‘formas de ver el mundo’. Aquí la cultura se identifica como una expresión de la diversidad y riqueza humana, así como social, de manera que enfatiza sobre la existencia de la Constitución cultural colombiana” (CC C-480 de 2019, citando las Sentencias T-214 de 2009, T-617 de 2010 y C-742 de 2006).

1.1 Concepto de minoría

Los grupos étnicos gozan de una especial protección constitucional, así “[e]n definitiva, conforme al criterio de la Corte Constitucional, las comunidades negras gozan del mismo reconocimiento y protección constitucional que las comunidades indígenas, en tanto que ambos grupos poseen características propias que los diferencian del resto de la población mayoritaria y, en consecuencia, pueden ser titulares de los derechos consagrados en el Convenio 169 de la OIT” (CE 13001-23-33-000-2016-00622-01(AC) de 2016, citando la Sentencia CC C-641 de 2012).

Su carácter de grupo de especial protección constitucional se sustenta en el hecho de que son un grupo minoritario, el Consejo de Estado ha establecido que: “A partir de este marco normativo internacional, la jurisprudencia colombiana se ha pronunciado para que el Estado adopte las medidas de especial protección frente a este grupo de población vulnerable que, históricamente, ha sido marginado y excluido de los beneficios del desarrollo (...) En este sentido, ‘se construyó una línea jurisprudencial sobre la implementación del enfoque diferencial y las acciones afirmativas en favor de las personas pertenecientes a este grupo étnico para hacer efectivos sus derechos fundamentales, con el propósito de superar la brecha existente, como colectivo minoritario frente a la mayoría de la población, lo que significa que cualquiera de las normas que afecten sus prerrogativas, debe ser interpretada, de modo tal, que en su aplicación se otorgue el mayor ámbito de protección a su dignidad, autonomía y libertad, en salvaguarda de su identidad cultural y sus intereses colectivos’ (...)” (CE 11001-03-28-000-2020-00055-00 de 2021).

1.2 Definición y características de raza y etnia

La jurisprudencia parte “(...) de la necesaria diferenciación, contemplada comúnmente desde la sociología y desde la antropología, entre los conceptos etnia y raza. En términos simples, mientras la etnia responde a un

criterio comunitario, descrito transversalmente por una serie de prácticas tradicionales igualmente comunes, la raza es un criterio individualizable, que corresponde a la pertenencia a determinada minoría identificable por sus condiciones de carácter morfológico” (CC C-194 de 2013). Ahora bien, la pertenencia a las minorías étnicas depende de varios factores.

1.3 Elementos de pertenencia

La jurisprudencia de la Corte Constitucional “(...) concluyó que pueden considerarse miembros de la comunidad aquellas personas en donde concurren los siguientes aspectos ‘(i) Un elemento “objetivo”, a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento “subjetivo”, esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión” [itálicas del original] (CE 11001-03-28-000-2018-00096-00 de 2018 citando a las Sentencias CC T-161 de 2015, C-169 de 2001 y C-864 de 2008).

De los elementos anteriormente mencionados “(...) **el más relevante es la autoidentificación**, es así como, las comunidades étnicas y culturalmente diversas ‘*cuentan con autonomía para fijar criterios de pertenencia a las mismas*’ y ‘*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*’” [itálicas del original, negrilla fuera del texto] (CE 11001-03-28-000-2020-00053-00 de 2020, citando la Sentencia CCT-576 de 2014). Dentro de esta población se identifican como grupos étnicos específicos a las comunidades afrocolombianas, negras, palenqueras y raizales.

1.4 Definición y características por minoría étnica

1.4.1 Comunidades afrodescendientes

La jurisprudencia ha subrayado que los grupos “(...) afrodescendientes constituyen varias comunidades cuya idiosincrasia posee la forma cultural propia de las etnias de procedencia africana asentadas en Colombia (...) Por su parte, “en la definición de comunidades afrodescendientes que hace el legislador se observan dos criterios [el objetivo y el subjetivo] que en conjunto dan una idea aproximada del concepto de Comunidad Negra”” (CE 13001-23-33-000-2016-00622-01(AC) de 2016).

1.4.2 Comunidades negras

Las comunidades negras fueron reconocidas en la Ley 70 de 1993 como un “conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una



→ María Luz – Palenque (Joaquín Sarmiento/FNPI, 2016)

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” (CC T-576 de 2014, T-422 de 1996 y CE 11001-03-28-000-2020-00055-00 de 2021). Vale decir que “el reconocimiento de los derechos de las comunidades negras no se hace con base en la ‘raza’ sino en su estatus de grupo étnico, titulares de una identidad propia” y no del color de la piel de sus integrantes” (CC T-499 de 2018, citando la Sentencia C-253 de 2013).

1.4.3 Palenqueros

La jurisprudencia no ha dado una posible definición. Para efectos de política pública se hace uso de la realizada por el Documento Conpes 3660: “Es la conformada por los descendientes de los esclavos que mediante actos de resistencia y de libertad, se refugiaron en los territorios de la costa norte de Colombia desde el siglo XV, denominados palenques” (CC C-282 de 2013).

1.4.4 Raizales

Este grupo étnico está constituido por los nativos ancestrales del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. “La cultura de las personas raizales de las Islas es diferente de la cultura del resto de los colombianos, particularmente en materia de lengua, religión y costumbres, que le confieren al raizal una cierta identidad” (CC C-530 de 1993, C-1022 de 1999 y C-605 de 2012).

► Para tener en cuenta

Discriminación hacia las comunidades étnicas: “Las comunidades étnicas son usualmente excluidas de los beneficios del desarrollo económico, lo que conlleva una doble discriminación. De un lado, son discriminadas por decisiones que, desde la sociedad mayoritaria, se basan en una comprensión uniforme de la Nación, que invisibiliza los reclamos sociales de las comunidades étnicas al carecer de todo enfoque diferencial. De otro lado, dicha invisibilización lleva a que la igualdad de oportunidades a favor de las comunidades étnicas no sea efectiva y, en cambio, sus pretensiones en términos de protección de derechos sean erróneamente vistas como obstáculos para el desarrollo y el interés general” (CC T-485 de 2015).



→ Palenque de San Basilio (Alex Arbeláez, 2013)



→ Palenque (Joaquín Sarmiento/FNPI, 2013)



→ San Andrés Islas (Iván Erre Jota, 2012)



2.1 Reconocimiento de derechos fundamentales y humanos en Colombia

Tanto las personas afrocolombianas, como las comunidades negras, palenqueras y raizales son titulares de derechos fundamentales y gozan de un estatus especial de protección (CC T-1090 de 2005; T-800 de 2014 y STC 9813 de 2016). De acuerdo con la jurisprudencia, este reconocimiento aspira tanto:

“...a compensarlas por las difíciles circunstancias sociales, políticas y económicas que han enfrentado tras décadas de abandono institucional” (CC T-800 de 2014).

“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” (CC T-800 de 2014).

En tal sentido, la Constitución Política de Colombia reconoce tanto derechos étnico-colectivos como protección reforzada de los derechos de las personas afrocolombianas a través de dos vías. Por un lado, mediante el reconocimiento de los derechos especiales de la población afrodescendiente a partir de la protección de la diversidad étnica y cultural, que se encuentra en los artículos 7 y 55 transitorio de la Constitución (CC T-576 de 2014).

Por otro lado, la Constitución reconoce los derechos de las comunidades negras y de las personas afrodescendientes a partir de las cláusulas de igualdad y no discriminación de la Constitución (art. 13). El Estado colombiano ha reconocido los derechos de las comunidades étnicas a través de varios instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tales como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); la Convención Americana sobre los Derechos Humanos o la Convención para Eliminar todas las Formas de Discriminación Racial (CC SU-123 de 2018).

A los miembros de estas comunidades se les protegen todos los derechos fundamentales en su conjunto. Sin embargo, vale la pena enfatizar algunos, tales como el:

2.1.1 Derecho a la no discriminación

Como ha mencionado la Corte Constitucional, “[u]na de las principales formas de discriminación ha sido, históricamente, la ‘invisibilidad’ de la gente negra” (CC C 295 de 2019). Por tal motivo, las Altas Cortes han 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” (CC T-576 de 2014).



→ *Dancing for Peace in Buenaventura 14*(EC/ECHO/I. Coello, 2013)



→ *Dancing for Peace in Buenaventura 14*(EC/ECHO/I. Coello, 2013)

Por su parte, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, indica que los 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 por que 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” (CC T-576 de 2014).

2.1.2 Derecho a la igualdad

“(…) la multiculturalidad étnica y racial de Colombia está protegida bajo el derecho a la igualdad, la cual evita el solapamiento de conductas con claros fines discriminatorios, máxime cuando se trata de poblaciones vulnerables; en el entendido de la viabilidad y necesidad de adoptar medidas diferenciadoras a favor de las mismas (...) La riqueza cultural del país es un bien inmaterial que debe protegerse, aun cuando se aleje diametralmente de las representaciones de vida y concepciones del mundo que priman en la sociedad dominante y en la organización política, social, económica, productiva, religiosa, racial, lingüística, etc. (...)” (CE 47001-23-33-000-2016-00053-01 (AC) de 2017).

2.1.3 Derecho a la etnoeducación

La Corte Constitucional ha resaltado que: “[L]a etnoeducación es una garantía constitucional y un derecho fundamental con enfoque diferencial en cabeza de las comunidades étnicas y de los individuos que hacen parte de las mismas. Consiste en el acceso a una educación de calidad, en la que, además, se reconozca y respete la cultura, el idioma, las tradiciones y los conocimientos propios de cada una de las comunidades étnicas que conviven en el territorio nacional, a fin de conservar y transmitir su identidad cultural, y prevenir cualquier tipo de exclusión y discriminación que pueda provenir de la sociedad” (CC T-292 de 2017). En este orden de ideas, este derecho fundamental es un derecho “de doble vía”, en la medida que es: “(i) un derecho connatural a todas las personas, incluidas quienes defienden una identidad cultural y étnica distinta; y; (ii) garantía del derecho a la identidad cultural” (CC SU-011 de 2018).



→ *Dancing for Peace in Buenaventura 5* (EC/ECHO/I. Coello, 2013)

2.1.4 Derecho a la salud

“La Corte Constitucional ha defendido el derecho fundamental a la salud de las comunidades indígenas [y de las comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras], buscando garantizar sus distintas dimensiones (disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad), a la vez que se evidencia que estas comunidades han sido unas de las principales afectadas por fallas estructurales del sistema de salud en el país, por lo que, si bien se ha avanzado en la incorporación al ordenamiento jurídico de un enfoque diferencial y respetuoso de la diversidad cultural, aún existe una gran brecha entre la realidad de muchas poblaciones indígenas [afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras] y los postulados del Estado social de derecho” (CC SU-092 de 2021).

2.2 Derechos colectivos

Por otra parte, la jurisprudencia ha reconocido para que “las comunidades negras adquieran la titularidad de derechos colectivos similares a los de las comunidades indígenas, con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y su régimen legal propio” (CC C-169 de 2001). Entre éstos, se encuentra el:

2.2.1 Derecho a la subsistencia

“Reviste el derecho a la vida respecto de los seres humanos, a partir del cual pueden prevenirse las acciones que atenten o pongan en riesgo la permanencia o continuidad de la comunidad o grupo étnico en cuanto tal (...) el derecho a la subsistencia alude principalmente a la supervivencia física de la comunidad y de sus integrantes frente a situaciones que pudieran afectar colectivamente la salud, crear peligro para un gran número de ellos, o constituir real amenaza de extinción para la comunidad” (CC T-764 de 2015).

2.2.2 Derechos a la identidad étnica e integridad cultural

Se refiere sobre todo a la “preservación de los usos, los valores, las costumbres y tradiciones, las formas de producción, la historia y la cultura, y todas las demás situaciones que definen e identifican a la comunidad desde el punto de vista cultural y sociológico, así como a la defensa de su particular cosmovisión espiritual o religiosa, es decir, todos aquellos aspectos que la hacen diversa frente al grupo que podría definirse como predominante”



→ Taller Beca GGM 2016 (Joaquín Sarmiento/FNPI, 2016)

(CC T-764 de 2015). También, “trata de asegurar que las comunidades étnicas ejerzan sus derechos fundamentales de acuerdo con su cosmovisión y tengan la posibilidad de autogestionarse” (CC C-480 de 2019).

2.2.3 Derecho a la autonomía

“Comprende la facultad de las comunidades étnicas de determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno, darse o conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida; y adoptar las decisiones internas o locales que estimen más adecuadas para la conservación o protección de esos fines” (CC T-823 de 2012). Así, este derecho comprende “tres manifestaciones”: “i) la potestad a intervenir en las decisiones que las afecta como comunidad, ya sea en el estándar de participación, de consulta previa o de consentimiento previo libre e informado; ii) la representación política de los pueblos en el Congreso de la República; y iii) la posibilidad de que se configuren, mantengan o modifiquen las formas de gobierno que permita autodeterminar y autogestionar sus dinámicas sociales, entre ellos resolver sus disputas” (CC C-480 de 2019).

2.2.4 Derecho a la participación de las comunidades

El principio de pluralismo que caracteriza al Estado colombiano “(...) se concreta en el derecho fundamental que tienen todos los ciudadanos a participar en el ejercicio y control del poder político (art. 41 C.P.), así como en la posibilidad que reconoce la Constitución de discutir en ciertos escenarios que garanticen la participación, como por ejemplo en la adopción de ciertas decisiones en materia ambiental (art. 79 C.P.), la explotación de recursos naturales en territorios indígenas (art. 330 C.P.) y en la definición y adopción de los planes de desarrollo (art. 342 C.P.)” (CE 11001-03-15-000-2017-01785-01(AC) de 2019). En este orden de ideas, el derecho a la participación se puede observar desde diversos niveles: “participación básica,



→ Taller Beca GGM 2016 (Joaquín Sarmiento/FNPI, 2016)

consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado” (CC SU-123 de 2018 y STC 482 de 2017). Así, estos grados de participación, configuran lo que se ha entendido como “participación básica”, a saber:

2.2.4.1 Derecho a la circunscripción especial de las comunidades afrodescendientes

“El fin de la circunscripción especial de las comunidades afrodescendientes es, pues, asegurar la participación de dichas comunidades en la Cámara de Representantes” (CC T-161 de 2015). A su vez, “el artículo 3 [de la Ley 70 de 1993] propende por ‘La participación de las comunidades negras y sus organizaciones sin detrimento de su autonomía, en las decisiones que las afectan y en las de toda la Nación en pie de igualdad, de conformidad con la ley’” (CE 11001-03-28-000-2020-00055-00 de 2021).

2.2.4.2 Derecho a la participación comunitaria

“(...) los órganos de representación de los Consejos Comunitarios Afro son: (i) la Asamblea General, como máxima autoridad (ii) la Junta Directiva, autoridad de dirección, coordinación, ejecución y administración interna y (iii) el representante legal, que representar (sic) a la comunidad, en cuanto persona jurídica. En tal sentido, encuentra la Sección que la conformación de una persona jurídica que agrupa a la comunidad no puede desconocer la noción de colectividad que le es propia” (CE 11001-03-15-000-2019-03076-00(AC) de 2019 y CE 11001-03-28-000-2020-00053-00 de 2021).

2.2.4.3 Otras representaciones

“(...) la Ley 70 de 1993 consagró en su artículo 56 que las comunidades negras tenían derecho a que uno de sus representantes hiciera parte de los consejos directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales, de conformidad con el procedimiento de elección que expidiera el Congreso (...) La última de las normas reglamentó los siguientes temas: (i) términos

de la convocatoria para la elección; (ii) requisitos para la participación de los consejos comunitarios en el trámite de designación. Allí, permitió que estos (sic) intervinieran a través de su voz y voto, e incluso mediante la postulación de candidaturas; (iii) la creación de un comité para la revisión y verificación de las exigencias requeridas para participar en la designación; (iv) el período del cargo de representante; y (v) las faltas absolutas y temporales de aquel (sic), así como la forma para suplirlas” (CE 11001-03-28-000-2020-00053-00 de 2021).

2.2.5 Derecho a la consulta previa

La consulta previa es un “instrumento participativo que tiene su fundamento en los artículos 1, 7, 70 y 330 Constitucionales, de los cuales se desprende en su orden, que Colombia se constituye como una república democrática, participativa y pluralista; que protege la diversidad étnica y cultural y; que reconoce que las comunidades étnicas gozan de plenos derechos constitucionales fundamentales así como de su libre autode-

terminación” (CE 08001-23-33-000-2019-00833-01 de 2020). En efecto, la consulta previa tiene “la importancia de incorporar el conocimiento local, cultural y ancestral de las comunidades afectadas (...)” (CC C-007 de 2018). Asimismo, dentro del proceso “se debe propiciar una participación real y no una simple comunicación de las medidas, bajo el entendido de que la consulta debe surtir efectos reales” (CC C-017 de 2018), de tal manera que sea un espacio de diálogo intercultural, respetuoso de la diferencia y que garantice las opiniones, demandas e inquietudes de los grupos étnicos sobre las decisiones que representan una “afectación directa” y así, convertirse en una verdadera “forma de expresión democrática” (STL 18342 de 2017). En suma, “[e]l derecho a la consulta previa es un mecanismo necesario e indispensable para asegurar que la realización de proyectos no afecte de forma irreversible las formas tradicionales de subsistencia de los grupos étnicos dentro de sus territorios” (STC 1194 de 2017). Este derecho contiene el/los siguiente/s:



→ Taller Beca GGM 2016 (Joaquín Sarmiento/FNPI, 2016)

2.2.5.1 Fundamentos internacionales

La consulta previa “(...) guarda relación con otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que tratan sobre la libre autodeterminación de los pueblos, dentro de los cuales destacan el Pacto Internacional sobre los Derechos, Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de los Derechos Humanos ‘Pacto San José de Costa Rica’ y la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial” (CE 11001-03-15-000-2019-03076-01(AC) de 2020).

2.2.5.2 Criterios de aplicación

“(i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afro descendientes 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 afro descendientes” (CC SU-097 de 2017; C-080 de 2018 y C-369 de 2019 citando las sentencias T-693 de 2011 y T-129 de 2011).

2.2.5.3 Motivos de la consulta

El **Convenio 169 de la OIT** (dentro del cual se establecen los lineamientos para llevar a cabo la consulta previa) forma parte del bloque de constitucionalidad. No obstante, es válido preguntarse ¿Qué es lo que motiva y determina la aplicación de la consulta? La justificación de la consulta previa radica en la “afectación directa”, es decir “el impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica” (CC C-369 de 2019, citando la sentencia SU-123 de 2018). Sobre el mismo tema, tanto el Convenio 169 de la OIT como la Corte Constitucional han dicho que: “(...) existe afectación directa a las minorías étnicas cuando: (i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita

realizar los oficios de los que se deriva el sustento; y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio” (CE 08001-23-33-000-2019-00833-01 de 2020 citando las Sentencias CC C-030 de 2008, T-376 de 2012, C-389 de 2016, SU-217 de 2017, T-713 de 2017, T-063 de 2019 y SU-123 de 2018, entre otras).

De conformidad con lo anterior, podemos establecer una síntesis en torno al derecho fundamental a la consulta previa.

Categoría de análisis	Contenido
Concepto y naturaleza	Se trata de un instrumento de diálogo entre los grupo (sic) étnicos, gobiernos, sociedad civil y agentes productivos en aspectos y decisiones que incidan en su población.
Finalidad	Un esfuerzo genuino por lograr un acuerdo con las comunidades étnicas frente a las medidas que les causan una afectación directa con el fin de obtener su consentimiento.
Sujetos que intervienen	Las autoridades ancestrales de la comunidad –representadas, entre otras en el ENCP– y los agentes del Estado.
Motivos de aplicación de la consulta previa	Medidas legislativas y administrativas respecto de las cuales exista evidencia razonable de que afecten de manera directa a una minoría (sic).

→ Fuente: Elaboración propia con información de la Sentencia CE 08001-23-33-000-2019-00833-01 de 2020.

En vista de lo anterior, “ (...) la consulta previa se encuentra determinada por tres elementos inescindibles: (i) por el principio de la buena fe; la cual (ii) debe ser informada y constituir (iii) un medio para llegar a un acuerdo” (CE 88001-23-33-000-2017-00091-01(AC) de 2018).

Ahora bien, también existen algunas excepciones para la implementación de la consulta previa, dichas pueden enunciarse de la siguiente manera: “[N]o están sujetas a consulta las medidas administrativas o legislativas de carácter general, cuando: (i) afectan de forma uniforme a todos los ciudadanos y ciudadanas, entre ellos, a los miembros de las comunidades étnicas; (ii) no se refieren de forma particular a las comunidades étnicas; y (iii) no tienen relación con aspectos que, razonable y objetivamente, conforman la identidad de la comunidad diferenciada” (CC C-080 de 2018). Otra excepción es justamente cuando las propias comunidades toman las decisiones sobre la propiedad colectiva, sus territorios y la explotación de recursos naturales dentro de los mismos (CC SU-111 de 2020).

2.2.6 Derecho a la propiedad étnica colectiva

Este derecho tiene los siguientes elementos: “(...) (ii) el fundamento del derecho a la propiedad colectiva subyace en proteger el medio ambiente y la diversidad étnica y cultural; (iii) los integrantes de los consejos comunitarios son quienes ejercen la titularidad de propiedad colectiva y la misma se administra mediante su junta directiva y representante legal, elegidos a través de mecanismos concertados entre la misma comunidad; y (iv) la titularidad de propiedad colectiva no supone libertad absoluta para disponer de los recursos naturales que allí haya” (CC SU-111 de 2020). Es relevante tener en cuenta que “deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (...)” (STC 482 de 2017).

2.3 Derecho de prelación

En lo que tiene que ver con la extracción minera, es necesario tener en cuenta que existe un derecho de prelación. De esta manera, “(...) el artículo 133 establece que las comunidades negras tendrán un derecho de prelación para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera de comunidad negra (...)” [Itálicas y subrayado del texto original] (CE 11001-03-15-000-2017-01785-01(AC) DE 2019).

Por último, vale recordar que todas las decisiones de los jueces y las actuaciones del Estado en su conjunto deben tener en cuenta el enfoque de diversidad y autonomía que “(...) es uno de los elementos principales para una adecuada interpretación y aplicación de las normas y principios asociados con la garantía de los derechos de las comunidades cultural o étnicamente diversas, en la medida que dispone que las culturas indígenas o afrodescendientes poseen vocación de permanencia y que los Estados deben respetar al máximo su derecho a definir sus prioridades y asuntos propios, como manifestación del principio de autodeterminación de los pueblos.” (CE 11001-03-15-000-2019-03076-01 (AC) de 2020, citando la Sentencia CC T-766 de 2015).

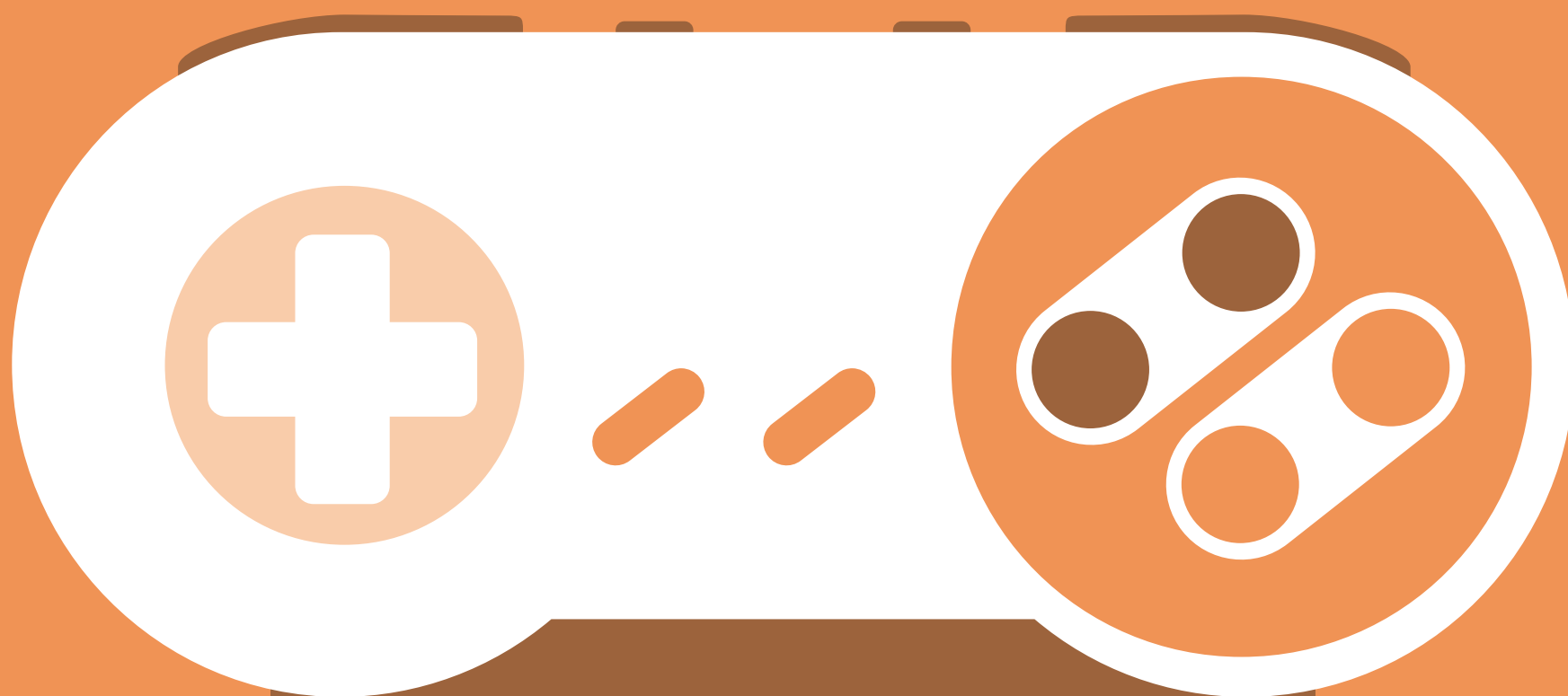
Ahora bien, toda esta serie de derechos (fundamentales y colectivos), se han visto amenazados históricamente por una serie de factores, actores y condiciones particulares que juegan en contra de las minorías étnicas.



→ *Becarios Beca GGM, (Joaquín Sarmiento/FNPI, 2016)*

► Para tener en cuenta

Minería tradicional como actividad de las comunidades: Muchas de las personas pertenecientes a las comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras se dedican a la minería tradicional, por lo cual es relevante tener en cuenta que “(...) la minería tradicional es una actividad permitida por la Constitución, pero bajo estrictos estándares ambientales, laborales, de planificación estatal y de participación. Esto último, debido a que se trata de una actividad en la que resulta imprescindible la participación de las comunidades en las decisiones que los afectan, razón por la cual procede la consulta previa.” (CE 11001-03-15-000-2017-01785-01(AC) de 2019 citando la Sentencia CC SU-133 de 2017).



DESAFÍO

Para validar los conocimientos aprendidos con la lectura de esta guía, te invitamos a participar del reto interactivo, respondiendo cada pregunta propuesta en el archivo denominado actividad.

¡Ánimo, puedes participar cuantas veces quieras!



Una vez explorados los derechos fundamentales y colectivos con los que cuentan las comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras, es preciso hacer una valoración sobre las amenazas (institucionales, sociales, culturales, económicas e incluso criminales) que enfrentan tales grupos étnicos, toda vez que están insertos en un contexto de vulnerabilidad.

3.1 Condición de vulnerabilidad

Las comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras, al ser minorías étnicas, se han encontrado en distintos contextos, y derivado del asedio de los más diversos actores, en condición de debilidad manifiesta y vulnerabilidad “(...) dadas las condiciones de opresión, explotación y marginalidad que han enfrentado históricamente” (CC SU-097 de 2017). Peor aún, hay que tomar en cuenta que también “han sufrido procesos de exterminio, asimilación forzada, negación de su identidad y discriminación histórica. Procesos en los que su religión y sus idiomas han sucumbido ante el proyecto nacional mayoritario; sus modos de producción se ven amenazados por la sociedad capitalista, sufren un impacto diferenciado y de mayor intensidad que el resto de la población colombiana, a raíz del conflicto armado interno” (CC SU-217 de 2017). Es cierto, las minorías étnicas son especialmente vulnerables ya que “(...) usualmente se encuentran en una situación de desventaja (...) por la discriminación [histórica y sistemática] a la que han sido sometidos” (CC C-295 de 2019).

3.2 Discriminación

Uno de los factores que más afectan a estas comunidades es la discriminación. En su jurisprudencia, las altas Cortes colombianas han encontrado varios patrones de discriminación que han desembocado en una “imagen devaluada e invisibilizada que tiene la sociedad de estos colectivos (...)” (CC C-480 de 2019). Entre ellos, las Cortes han señalado como claro acto discriminatorio impedir el ingreso de personas a establecimientos públicos como bares, discotecas o restaurantes, con base en el color de la piel (CC T-1090 de 2005 y T-131 de 2006). También en el ámbito educativo se presentan patrones de discriminación, por ejemplo: “Promover, justificar o preservar el uso de expresiones racistas en el ámbito de la educación, así como invisibilizar su contenido discriminatorio, desconoce los derechos a la igualdad y la no discriminación, a la vez que supone un trato cruel y degradante” (CC T-691 de 2012).

3.3 Desplazamiento forzado y despojo

Por otro lado, una de las amenazas más apremiantes para los grupos étnicos es el despojo de sus tierras y eventualmente, el desplazamiento forzado que sufren por parte de diversos actores. La jurisprudencia ha dicho al respecto: “Cuando la decisión de reubicar a una comunidad no está



→ *RECORTE DE La champeta como expresión de resistencia* (Santiago Clavijo, 2019)

adecuadamente justificada, esta se cataloga como un desplazamiento forzado (...) La prohibición de los desplazamientos arbitrarios incluye los desplazamientos: basados en políticas de apartheid, ‘limpieza étnica’ o prácticas similares cuyo objeto o cuyo resultado sea la alteración de la composición étnica, religiosa o racial de la población afectada; en situaciones de conflicto armado, a menos que así lo requiera la seguridad de la población civil afectada o razones militares imperativas; en casos de proyectos de desarrollo en gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial; en casos de desastres, a menos que la seguridad y la salud de las personas afectadas requieran su evacuación; y cuando se utilicen como castigo colectivo” (CC T-329 de 2017).

La Corte Constitucional ha encontrado tres factores transversales que hacen que la población afrodescendiente sea una de las más afectadas por el desplazamiento forzado: “(...) una exclusión estructural de la población afrocolombiana que la coloca en situación de mayor marginación y vulnerabilidad; la existencia de procesos mineros y agrícolas en ciertas regiones que imponen fuertes tensiones sobre sus territorios ancestrales y que ha favorecido su despojo; y la deficiente protección jurídica e institucional de los territorios colectivos de los afro colombianos, lo cual ha estimulado la presencia de actores armados que amenazan a la población afrodescen-

diente para abandonar sus territorios” (auto de seguimiento 005 de 2009 a la sentencia CC T-025 de 2004).

Ahora bien, derivado de las consecuencias del desplazamiento forzado, la Corte Constitucional encontró que existía un “estado de cosas inconstitucional” (CC T-025 de 2004). Es preciso aclarar que dicha situación, no hace referencia exclusiva a las comunidades étnicas sino a una de sus principales amenazas, es decir, el desplazamiento forzado. Así, la Corte emitió el Auto 005 de 2009 (en seguimiento a la mencionada Sentencia), en el cual resaltó que, en virtud de los fenómenos anteriormente mencionados, las comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras viven con riesgos especiales de violación de derechos, es decir, son más susceptibles que el resto de la población a ser víctimas de ciertos daños y, en la actualidad, padecen riesgos extraordinarios de:

- “Vulneración a sus derechos territoriales colectivos de las comunidades afrocolombianas por el desplazamiento forzado interno”.
- “Destrucción de su estructura social”.
- “Destrucción cultural de las comunidades”.
- “El riesgo extraordinario de agudización de la situación de pobreza y de la crisis humanitaria”.

- “De agudización del racismo y la discriminación racial”.
- “De desatención para las comunidades que optan por la resistencia y el confinamiento”.
- “De afectación del derecho a la participación y de debilitamiento de las organizaciones comunitarias afrocolombianas y del mecanismo de consulta previa”.
- “De vulneración del derecho a la protección estatal y de desconocimiento del deber de prevención del desplazamiento forzado, del confinamiento y de la resistencia de la población afrocolombiana”.
- “De afectación del derecho a la seguridad alimentaria de la población afrocolombiana”.
- “De ocurrencia de retornos sin condiciones de seguridad, voluntariedad y dignidad” (auto de seguimiento 005 de 2009 a la sentencia CC T-025 de 2004).

3.4 Confinamiento y resistencia

Derivado de la situación anterior, las consecuencias en torno al confinamiento y la resistencia tienen un impacto desproporcionado sobre los derechos colectivos de estas comunidades y sobre su posibilidad de supervivencia cultural (auto de seguimiento 005 de 2009 a la sentencia CC T-025 de 2004).

3.5 Desestabilización y riesgos de extinción de las comunidades

En efecto, el conjunto de amenazas y riesgos que enfrentan las comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras pueden tener consecuencias fatales para ellas, es por ello que, el Estado es el encargado de garantizar su seguridad y su perdurabilidad; así, la jurisprudencia lo ha apuntado: “[E]sta Corte ha resaltado la integridad de los pueblos étnicamente diferenciados y ha anotado que sus dimensiones de cosmovisión, organización social y política, modos de producción y desarrollo, costumbres, creencias y lenguas propenden hacia la perdurabilidad de su cultura y, en última instancia, son expresión de su derecho fundamental a la vida, al punto que ‘la ausencia de protección de estos factores induce a la desestabilización y a su eventual extinción’” [Itálicas del original] (CC SU-092 de 2021).

Es menester comentar que, si bien las comunidades étnicas se ven asediadas por la serie de amenazas delineadas anteriormente, lo cierto es que también cuentan con una serie de mecanismos judiciales que son condición de posibilidad para la protección de sus derechos fundamentales y colectivos.



→ Cartelismo, la herencia, la champeta 2 (Santiago Clavijo, 2019)



→ Cartelismo, la herencia, la champeta 3 (Santiago Clavijo, 2019)

4 | La justicia, mi aliada estratégica

Como se ha visto en los apartados anteriores, la identidad, los derechos, riesgos y situaciones de vulnerabilidad que sufren las comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras son de distinta naturaleza que la sociedad mayoritaria y, por lo tanto, es necesario ver la justicia bajo otra mirada. Así, en la jurisprudencia se observa que: “[L]a expresión ‘justicia’ es vaga y ambigua, al tiempo que el concepto o idea de justicia es un concepto ampliamente controvertido desde diversas aproximaciones. Por esto, antes que un concepto, resulta más adecuado hablar de concepciones de justicia (...) [por ejemplo] las diversas concepciones de la justicia, construidas desde los pueblos indígenas, las comunidades negras, raizales, palenqueras, [afrocolombianas] y rom, entre otras” (CC C-007 de 2018).

4.1. Colombia: un Estado pluralista, multicultural y diverso

Antes de entrar de lleno a la descripción de los instrumentos judiciales con los que cuentan las minorías étnicas para la protección integral de sus derechos, es necesario observar que, dichos mecanismos encuadran en el marco de una idea constitucional de reconocimiento de la diversidad cultural, de un Estado pluralista, multicultural y de dotar de legitimidad a los grupos étnicos como sujetos colectivos de derechos, de tal modo que: “Una de las novedades que introdujo la Carta Magna de 1991, en su propósito de reconocer y proteger una identidad nacional diversa, con vocación pluralista y multicultural, fue la de crear un nuevo sujeto colectivo de derechos; los grupos étnicos, entre los cuales están los afrocolombianos [comunidades negras, raizales y palenqueras], con el fin de brindarles una especial protección constitucional a fin de revertir las circunstancias de discriminación, marginación y sometimiento a las que tradicionalmente han estado sometidos” (CE 11001-03-28-000-2020-00055-00 de 2021). Dicho de manera más clara, “(...) el pluralismo y la diversidad cultural son ejes axiales [y fundacionales] del Estado Social de Derecho que deben ser garantizados y respetados” (CC SU-011 de 2018, ver también SU-097 de 2017; SU-217 de 2017; C-295 de 2019; C-480 de 2019; SU-111 de 2020; SU-092 de 2021; entre otras).

4.2 Acciones constitucionales

En el marco de lo anterior, la justicia colombiana cuenta con acciones constitucionales como la tutela, la acción de grupo y la acción de inconstitucionalidad, las cuales tienen el objetivo de salvaguardar los derechos fundamentales de las minorías étnicas como “sujetos especiales de protección constitucional” (CE 76001-23-31-000-2002-04584-02(AG)REV-SU de 2021).

Con respecto a la tutela, la Corte Constitucional ha afirmado: “En lo que se refiere a las comunidades étnicas o grupos indígenas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, además de reconocer a las comunidades indígenas, afrocolombianas, [negras], raizales, palenqueras y rom o gitanos



→ Taller Beca GGM 2016 (Joaquín Sarmiento/FNPI, 2016)

como sujetos titulares de derechos, ha establecido que sus dirigentes y miembros gozan de legitimidad para reclamar, en sede de tutela, la protección de los derechos fundamentales del grupo étnico. Igualmente, ha admitido que pueden hacerlo las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de dichos pueblos y la Defensoría del Pueblo” (CE 11001-03-15-000-2020-04483-00(AC) de 2020, citando las Sentencias CC T-652 de 1998, T-116 de 2011 y T-795 de 2013). Es por ello que, la Corte Constitucional ha “reconocido en la tutela la virtud de constituirse en el medio judicial más apto para remediar los actos de discriminación” (CC T-1090 de 2005). Además, hay que considerar que el enfoque diferencial en torno a los grupos étnicos contempla un grado de ponderación de los operadores jurídicos para dar acceso a este mecanismo, en este sentido, la Corte Constitucional resalta 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” (CC T-576 de 2014).

En lo que atañe a la acción de grupo, este instrumento constitucional se caracteriza por perseguir la indemnización de perjuicios materiales e inmateriales ocasionados por la vulneración de derechos colectivos y/o fundamentales de grupos de más de 21 personas, lo cual es idóneo para grupos étnicos, por ejemplo, la jurisprudencia se ha pronunciado en torno al daño moral: “Para el caso de la acción de grupo (...) la jurisprudencia es clara en que el reconocimiento de este perjuicio inmaterial [el daño moral] se hace a favor de las personas que integran el grupo demandante, por tanto, es necesario que quien pretenda acceder a la indemnización por perjuicios morales en virtud de una sentencia de acción de grupo, efectivamente haya sido parte del mismo o, de conformidad con la Ley 472 de 1998, se integre al grupo después de proferida la sentencia” (CE 76001-23-31-000-04584-02 (AG) REV-SU de 2021).

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha señalado que “la acción de inconstitucionalidad, es pues el mecanismo constitucional por excelencia para solicitar dejar sin efecto las leyes creadas por el Congreso y aprobadas por el Gobierno, en las que no hubo representación ni participación de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras” (CC T-604 de 2015). Un ejemplo es aquella que se presentó en el marco del proyecto de Ley 113 de 2013 Cámara y 257 Senado, el cual buscaba realizar una clasificación de las comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras sin haber realizado la consulta previa respectiva, con el argumento de que dicho proyecto era beneficioso; sin embargo, la Corte Constitucional declaró inconstitucional la totalidad del proyecto dado que hubo una afectación directa y se vulneró el derecho fundamental a la consulta previa (CC C-295 de 2019).

4.3 Otros instrumentos

Una vez exploradas las acciones constitucionales, hay que tomar en consideración otros instrumentos, tales como la acción de reparación directa, es decir, la acción que surge en virtud del artículo 90 de la Constitución Nacional y que busca haya una responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables. Derivado de un enfoque diferencial, la jurisprudencia ha definido las “etnoreparaciones” como aquellas que “tome[n] en cuenta, entre otros [aspectos], la particular identidad cultural del pueblo específico, la dimensión colectiva de las violaciones ocurridas y de las medidas reparatorias, las necesidades particulares de esos pueblos y que les permita un control de su implementación” (CC SU-123 de 2018).

Así las cosas y, en virtud de las obligaciones contraídas por la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial,

el Congreso de la República expidió la Ley Antidiscriminación (Ley 1482 de 2011), y desarrolló medidas puntuales de protección frente a actos discriminatorios por motivos de raza, a partir de la modificación del 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” (CC C-282 de 2013 citando el artículo 1 de la Ley 1482 de 2011).

4.4 Enfoque etnodiferencial

Como consecuencia de las amenazas y múltiples violaciones a los derechos de estas comunidades, la justicia debe aplicarse bajo una mirada distinta a través del enfoque diferencial y en particular del etnodiferencial, tal como la jurisprudencia constitucional apunta: “(...) el enfoque diferencial opera como concreción del mandato del artículo 13 superior de tratar igual a los iguales y diferente a los desiguales, en procura de favorecer a quienes se encuentran en situación de desventaja, inferioridad o debilidad manifiesta, para efectos de alcanzar su igualdad material (...)” (CE 11001-03-28-000-2020-00053-00 de 2020). En este sentido, también se ha dicho que: “Dentro del enfoque diferencial, se encuentra el enfoque étnico, el cual tiene que ver con la diversidad étnica y cultural, de tal manera que teniendo en cuenta las particularidades especiales que caracterizan a determinados grupos étnicos y el multiculturalismo, se brinde una protección diferenciada basada en dichas situaciones específicas de vulnerabilidad, que en el caso de las comunidades étnicas, como lo son las comunidades indígenas, afro, negras, palenqueras, raizales y Rom, se remontan a asimetrías históricas” (CE 11001-03-28-000-2020-00055-00 de 2021).

Es claro que el enfoque diferencial es un rasgo de sensibilidad judicial hacia dichas comunidades, sin embargo, existen otros elementos que deben tenerse en cuenta.



→ RECORTE DE Palenque- Alexandre (Joaquín Sarmiento/FNPI, 2016)

5

Una justicia sensible a mis necesidades

El sistema de justicia colombiano no solamente tiene la obligación de respetar, proteger, difundir y salvaguardar los derechos fundamentales de los grupos étnicos, sino que, dada su condición de vulnerabilidad, es preciso que los diversos mecanismos e instrumentos con los que cuenta la justicia, estén fácilmente al alcance de dichas comunidades, sin formalismos excesivos y así, poder garantizar el acceso a la justicia.

5.1 Cuestiones relevantes que permiten la garantía y protección de derechos

Para cumplir los fines mencionados, el Estado Colombiano se ha definido en el marco constitucional como un Estado que respeta la diversidad cultural. En este tenor, la jurisprudencia resalta este soporte constitucional: “El artículo 20 superior señala que uno de los fines esenciales del Estado es promover la participación en la vida cultural de la Nación. El artículo 70, por su parte, evita una concepción homogeneizadora del concepto de ‘cultura’, al reconocer y proteger la diversidad de la Nación. En esta misma dirección, el artículo 70 exalta la igualdad y la dignidad de todas las culturas que conviven en el país” (CC C-295 de 2019).

Como ejemplo de lo anterior, es posible encontrar en la jurisprudencia orientaciones que van en el sentido de la mayor garantía de protección de derechos fundamentales y/o colectivos para amplios grupos de víctimas, y no solo para aquellas que estuvieron involucradas como partes en un proceso judicial, en este sentido, se ha dicho que:

“Como lo ha dicho ampliamente la jurisprudencia de esta Corte, por regla general, los efectos de las decisiones que profiere este Tribunal en su labor de revisión de las sentencias de tutela son *inter partes*, es decir, solo afectan a las partes involucradas en el proceso. Sin embargo, también se ha admitido que el juez constitucional puede determinar los efectos de sus fallos, para garantizar la mejor protección de los derechos fundamentales y su plena garantía. En uso de esta facultad, esta Corte ha proferido diversas providencias de tutela, en las que ha definido un alcance mayor a los efectos *inter partes* en casos en que ha advertido que limitar su decisión a dichos efectos podría, por ejemplo, violar el derecho a la igualdad de quienes en circunstancias comunes no acudieron a la acción de tutela. A estos efectos se les ha denominado *inter comunis* (entre comunes)” [Itálicas del texto original] (CC SU-011 de 2018).

5.2 El acuerdo como eje central de diálogo

Otro de los elementos fundamentales en la relación entre las instituciones judiciales y los grupos étnicos es el acuerdo. Como se ha visto, muchas veces se puede alcanzar a través de la consulta previa toda vez que “[a] través del mecanismo de la consulta previa, la Corte ha encontrado una herramienta idónea para promover un diálogo sincero; un diálogo que,



→ Audiencia Pública en San Andrés (Auditoriageneral, 2015)

aunque no siempre conduzca a acuerdos, debe tener vocación de consenso y proceder con la buena fe de ambas partes” (CC C-295 de 2019). En este orden de ideas, la consulta debe “mantener un amplio margen de flexibilidad” caso por caso, tomando en cuenta que “cada proceso es único, en cuanto a la materia, volumen de normas y otros aspectos que hacen necesario que para cada caso sea pertinente establecer una metodología específica” (CC C-295 de 2019, citando la Sentencia C-073 de 2018). Así las cosas, el acuerdo, la flexibilidad y eventualmente el consenso, tienen gran resonancia en términos de garantía de derechos debido a que, como lo ha dicho la jurisprudencia: “Ser contado y cómo ser contado, importa en términos de derechos. Es el reconocimiento legal al que aspiran algunas comunidades, es el derecho a vivir una identidad que se autorreconoce como diferente, es la forma de evaluar los avances o retrocesos del Estado frente a patrones de discriminación y exclusión” (CC C-295 de 2019).

5.3 Acciones afirmativas

Un tercer elemento de sensibilidad frente a la condición de vulnerabilidad de las comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras son las acciones afirmativas. Tales acciones son definidas como: “(...) políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, bien con el fin de suprimir o reducir las desigualdades de orden social, cultural o económico que los afectan, o bien con el de procurar que los miembros de un grupo que usualmente han sido objeto de discriminación, obtengan una mayor representación” (CC T-356 de 2020). Un ejemplo de este tipo de medidas son los “cupos especiales” para el acceso a la educación superior. Este tipo de políticas tienen un enfoque de “diferenciación positiva [la cual] tiene una finalidad compensadora en tanto obedece al reconocimiento de la situación de marginación social de la que ha sido víctima, hecho que ha repercutido negativamente en el acceso a las oportunidades de desarrollo económico, social y cultural” (CC T-356 de 2020).



→ Taller Beca GGM 2016 (Joaquín Sarmiento/FNPI, 2016)

5.4 Carga de la prueba en temas de discriminación

La jurisprudencia de las altas Cortes ha determinado que lo apropiado en estos casos es que “ (...) la carga de probar la inexistencia de discriminación recaiga en cabeza de la autoridad que expide o aplica una disposición jurídica, no así en quien alega la violación de su derecho a la igualdad (...)” (CC T-098 de 1994). Las autoridades judiciales deben tener en cuenta que, si bien la jurisprudencia ha señalado que no todo acto diferenciado es discriminatorio, no toda explicación puede ser aceptada como justificación (CC T-691 de 2012).

5.5 Criterios jurisprudenciales con enfoque diferencial

Para finalizar, es clave tener presentes los criterios jurisprudenciales para resolver los dilemas sobre la pertenencia a las comunidades. Recordemos:

- “No existe una definición estricta acerca de lo que puede entenderse por pueblo tribal o indígena, sino unos criterios descriptivos de los sujetos a los que el marco internacional de protección pretende proteger.
- El criterio más relevante para determinar si un pueblo o individuo puede ser considerado indígena o tribal es el de autoidentificación.
- “Como colectividades humanas, los pueblos indígenas y tribales tienen una trayectoria social propia que se adapta a los cambios históricos y se reconfigura continuamente y que los derechos concedidos a las colectividades étnicamente diferenciadas no se pierden por el hecho de que algunos de sus integrantes vivan con menos apego que otros a sus tradiciones culturales” (CC T-550 de 2015).

6 Normas

6.1 Normas internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, OEA.
Convenios de Ginebra de 1949, Protocolo II adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977.
Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, Naciones Unidas.
Estatuto de Roma, 1998, Corte Penal Internacional.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, Naciones Unidas.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, Naciones Unidas.
Principios rectores sobre desplazamientos forzados (Principios deng), 1997, Naciones Unidas.
Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas (Principios Pinheiro), 2005, Naciones Unidas .
Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 2005, Naciones Unidas.

6.2 Normas nacionales

<i>Constitución Política de Colombia</i>	Preámbulo. Título I de los principios fundamentales. Título II derechos, garantías y deberes. Artículos 42, 43, 44, 45, 46, 94, 229 .
<i>Ley 387 de 1997</i>	Medidas para el desplazamiento forzado.
<i>Ley 975 de 2005</i>	Ley de Justicia y Paz.
<i>Ley 1448 de 2011</i>	Medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno.
<i>Ley 2078 de 2021</i>	Prórroga para Ley 1448 de 2011, así como los decretos 4633, 4634 y 4635 de 2011.
<i>Decreto-Ley 4633 de 2011</i>	Medidas para víctimas de pueblos y comunidades indígenas.
<i>Decreto-Ley 4635 de 2011</i>	Medidas para víctimas de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.
<i>Decreto-Ley 4634 de 2011</i>	Medidas para víctimas del pueblo rom o gitano.
<i>Acto legislativo 01 de 2017</i>	Disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado.
<i>Acto legislativo 02 de 2017</i>	Disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado.
<i>Decreto único reglamentario 1084 de 2015</i>	Sector de inclusión social y reconciliación.

6.3 Jurisprudencia complementaria

Corte Suprema de Justicia

Sentencia de la Sala de Casación Civil (SC) - Sentencia de la Sala de Casación Laboral (SL) - Sentencia de la Sala de Casación Penal (SP) - Sentencia de Tutela Sala Civil (STC) - Sentencia de Tutela Sala Penal (STP) - Sentencia de Tutela Sala Laboral (STL)

<i>STL 41677 de 2013</i>	Desplazados reubicados en predio arrendado.
<i>STC 3910 de 2014</i>	Omisión de respuesta a petición de subsidio para crear una unidad productiva por parte de una mujer desplazada.
<i>STL 059 de 2014</i>	Subsidio para una unidad productiva en persona de desplazamiento forzado.
<i>STP 59181 de 2012</i>	Omisión de respuesta petición de indemnización por desplazamiento.

Corte Constitucional

<i>T-268 de 2003</i>	Desplazamiento forzado intraurbano.
<i>T-160 de 2012</i>	Negativa a dar una prórroga de ayuda humanitaria de emergencia a madre cabeza de familia.
<i>C-795 de 2014</i>	Entrega material de un bien restituido condicionado al pago previo de la compensación a poseedores de buena fe del Estado.
<i>T-374 de 2015</i>	Reconocimiento de grupo familiar en el Registro Único de Víctimas (RUV) .
<i>T-197 de 2015</i>	Pago de reparación administrativa.
<i>T-565 de 2011</i>	Negativa de alcaldía a tramitar querrela de policía interpuesta por víctima del conflicto alegando extemporaneidad.

Consejo de Estado

<i>CE 11001-03-26-000-2002-00036-01 de 2008 S1</i>	Acción con pretensiones de nulidad contra decreto que reglamenta la Ley 383 de 1997 sobre desplazamiento forzado.
<i>CE 17001-23-31-000-2012-00177-01 de 2012 S1</i>	Prórroga de la ayuda humanitaria para mujer desplazada.
<i>CE 018001-23-31-000-2010-00107-01 de 2010 S2</i>	Familia desplazada que solicita la aplicación de todos los beneficios económicos que su condición le otorgaba.
<i>CE 08001-23-31-000-2009-00878-01 de 2010 S5</i>	Víctima de desaparición forzada que solicita reparación integral vía tutela.
<i>CE 73001-23-31-000-2005-01641-01 de 2005 S4</i>	Solicitud de cumplimiento de fallo que ordena la extensión de la ayuda humanitaria a familia desplazada.
<i>CE 50001-23-31-000-2001-00171-01 de 2011 S3</i>	Acción de reparación directa derivada de la masacre de Mapiripán.
<i>CE 05001-23-31-000-2006-00169-01 de 2006 S1</i>	Solicitud de pago de indemnización de amparo económico por desplazamiento forzado derivado del conflicto armado.
<i>CE 13001-23-31-000-2006-01440-01 de 2007 S4</i>	Ayuda humanitaria y planes de estabilización económica.
<i>CE 25000-23-15-000-2010-00222-01 de 2010 S1</i>	Solicitud de aplicación de todo el paquete de beneficios para desplazados vigente a un núcleo familiar.
<i>CE 25000-23-25-000-2011-01385-01 de 2012 S1</i>	Pago de reparación administrativa.

COLECCIÓN GUÍAS PEDAGÓGICAS

Acceso a la justicia a poblaciones vulnerables. Personas afrocolombianas y comunidades negras, raizales y palenqueras

En desarrollo de las actividades de divulgación de conocimiento jurisprudencial, realizadas por el Consejo Superior de la Judicatura, las cuales involucran la recopilación de las providencias emitidas por las Altas Cortes, bajo el esquema de la colección «Guías Pedagógicas Jurisprudenciales» que hoy ponemos a disposición de los servidores judiciales y de la ciudadanía en general con el ánimo de fortalecer el acceso a la información jurídica de la Rama Judicial.

Este material de contenido académico y pedagógico, pretende garantizar a los servidores judiciales, a los usuarios de la justicia y a los ciudadanos, la disponibilidad, conservación, consulta y accesibilidad de estas temáticas tan importantes para la construcción de la transparencia en la administración judicial, y de paso, posicionarlo como insumo fundamental para el conocimiento de la memoria histórica institucional.

Para el Consejo Superior de la Judicatura es esencial continuar esta labor de actualización de las guías ya elaboradas y realizar otras nuevas en el futuro, cuyas temáticas estén relacionadas con los asuntos objeto de estudio de las Altas Cortes, todo con el fin de facilitar su acceso en forma didáctica y el conocimiento de ciertos temas de interés aquí desarrollados.

Consejo Superior de la Judicatura, 2021