

Boletín No. 3: Serie sobre el derecho a la consulta previa de pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes

Quince años después de la ley 70 de 1993, los derechos de las comunidades afrocolombianas sólo se reconocen en el papel

Entre los diferentes grupos étnicos habitantes en Colombia se encuentran las comunidades afrocolombianas. Sus derechos como grupo han sido reconocidos por la Constitución de 1991, la ley 70 de 1993 y la jurisprudencia constitucional, que han señalado que, por tratarse de un pueblo tradicionalmente discriminado, el Estado tiene algunas obligaciones especiales en su favor.

La jurisprudencia constitucional ha precisado que por comunidades afrocolombianas se entiende “*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 distingue de otros grupos étnicos*”¹. A propósito de los quince años de la ley 70, instrumento que pretendió “*reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico (...), el derecho a la propiedad colectiva*”², es importante hacer un breve balance del estado actual del reconocimiento y protección de los principios y derechos reconocidos en la ley.

1. 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 (artículo 3.1)

La diversidad étnica y cultural ha sido reconocida no sólo por la ley 70 de 1993. Un amplio número de disposiciones de la Constitución Política (artículos 1, 7, 8, 9, 10, 68, 70, 72, 246 y 330) y normas internacionales que obligan al Estado colombiano, entre ellas el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, hacen referencia a este Derecho.

Con el fin de permitir la materialización de la diversidad étnica y cultural, la Corte Constitucional ha reconocido a las comunidades indígenas³ y afrocolombianas⁴ la condición de sujetos colectivos, que, como tales, gozan de derechos que recaen en la comunidad, entendida como una unidad, más allá de los sujetos que la conforman.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha reconocido una serie de derechos a las comunidades afrodescendientes como garantías de conservación de la identidad étnica y cultural, entre los cuales puede mencionarse el derecho a la propiedad colectiva de los territorios que ocupan⁵, la protección de actividades económicas que desarrollan y que les proporcionan sustento⁶, el derecho a la consulta sobre medidas que las puedan afectar⁷ y el derecho a explotar los recursos forestales de sus territorios⁸.

¹ Ver sentencia T-955 de 2003, M.P.: Álvaro Tafur Galvis, consideración jurídica 3.1.1.

² Ley 70 de 1993.

³ Ver, entre varias, sentencia T-704 de 2006, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴ Sentencia T-955 de 2003, M.P.: Álvaro Tafur Galvis

⁵ Sentencia T-955 de 2003, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

⁶ Sentencia T-574 de 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

⁷ Sentencias C-169 de 2001, M.P.: Carlos Gaviria Díaz y T-955 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Sin embargo, pese a las normas en favor del reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural y a las obligaciones del Estado relacionadas con adoptar acciones afirmativas en favor de este grupo, no existe real garantía de derechos de la población afrodescendiente.

De acuerdo con la Encuesta de Calidad de Vida (ECV), las condiciones socioeconómicas de la población afrocolombiana –que suma un total de 3.448.389 personas y representa un total del 8% de la población nacional–están por debajo de la media de la población que no pertenece a este grupo⁹.

En materia de educación, mientras que la cobertura de educación secundaria para la población no afro es de 75%, la de comunidades afrodescendientes es inferior, y alcanza tan solo un 62%. Además de lo anterior, el porcentaje de afrodescendientes que ingresan a la educación superior (14%) es menor que el del resto de la población (26%)¹⁰, lo cual explica que en el país la población afro profesional alcance tan sólo un 4%, frente al 7% de la población no afro¹¹. En cuanto a la tasa de alfabetismo, el promedio para la población afro está por debajo del promedio nacional (86% frente a 88%)¹².

En lo relacionado con la salud, los afrocolombianos presentan mayor porcentaje de población no asegurada (51%) en comparación con el del resto del país (35%). Asimismo, un menor porcentaje de la población está afiliada a los regímenes subsidiado y contributivo, con 21% y 25% respectivamente, frente a un 23% y 36% del resto de la población.

Por lo anterior, se puede concluir que en general “*los indicadores de bienestar social, condiciones y calidad de vida, entre otros, ubican a la población afrocolombiana por debajo de la media nacional*”¹³, lo cual implica una falta de reconocimiento en la práctica de los derechos de estas colectividades y es indicativo de la escasa voluntad del Estado por lograr una igualdad real entre todos los colombianos.

Ahora bien, en materia de garantía del derecho a la igualdad, la Corte Constitucional ha estudiado algunos casos concretos en los que existe discriminación basada en la raza, tutelando los derechos de los accionantes. Sin embargo, la tutela de los derechos de quienes acuden a esta acción, si bien es un gran paso, no constituye garantía de los derechos de este grupo, evidencia el compromiso de sólo una de las ramas del poder público con la población afrodescendiente y, por no enmarcarse dentro de un política pública integral de protección de los derechos de la población afrodescendiente, no constituye garantía de no repetición de actos de discriminación racial. Entre las tutelas que sobre el tema ha resuelto la Corte Constitucional se cuentan las siguientes:

1. Mediante sentencia T-1090 de 2005 (MP.: Clara Inés Vargas Hernández), la Corte Constitucional revisó una acción de tutela interpuesta por una persona afrodescendiente en contra de dos establecimientos de comercio ubicados en el Distrito de Cartagena. En la demanda se alega que quienes manejaban los establecimientos violaron su derecho a la igualdad, al negarle la entrada basándose en el color de su piel.

⁸ Sentencia T-955 de 2003, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

⁹ Martha Chaverra, Ministerio del Interior y de Justicia, *Acción afirmativa en Colombia para los grupos étnicos*, Consultado en Web: [http://www.odi.org.uk/inter-regional_inequality/papers/Affirmative_action\(Colombia\)Espanol.pdf](http://www.odi.org.uk/inter-regional_inequality/papers/Affirmative_action(Colombia)Espanol.pdf)

¹⁰ Departamento Nacional de Planeación, Consejo Nacional de Política Económica y Social, *Documento Conpes 3310, Política de acción afirmativa para la población negra o afrocolombiana*, Bogotá, septiembre 20 de 2004, p. 21.

¹¹ Ministerio del Interior y Justicia, *Cartilla Síntesis del Plan Integral de Largo Plazo para la Población Negra, Afrocolombiana Palenquera y Raizal: Propuesta y Proceso 2005 – 2007*, Bogotá, 2007, p. 4.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

La Corte, al resolver el fondo del asunto, advirtió que la conducta de los establecimientos que negaron la entrada de la accionante violaron el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que *“en ningún modo el status [...] de una persona logra justificar su rechazo dentro de la comunidad y tampoco constituye factor admisible para que sea tenido en cuenta como sustento de la selección”*. Advirtió la Corte que además de la violación del derecho a la igualdad, el acto discriminatorio vulnera los principios de democracia, convivencia pacífica y diversidad étnica y cultural, entre otros.

Atendiendo a la gravedad del caso, la Corte ordenó a la Defensoría del Pueblo promover el respeto del derecho a la igualdad a favor de los afrodescendientes y verificar su efectivo cumplimiento.

2. En sentencia T-375 de 2006 (MP.: Marco Gerardo Monroy Cabra), la Corte estudió una acción de tutela interpuesta por una mujer afrodescendiente en contra de la Universidad del Magdalena, entidad que negó a la accionante su solicitud de estudio, a pesar de que un Acuerdo expedido por la misma Universidad imponía la obligación de recibir a por lo menos un miembro de comunidad afrocolombiana por cada facultad que la componía. La accionante consideró que este hecho infringió su derecho a la igualdad.

Para la Corte, la negación de la solicitud de estudios de la actora estuvo basada en consideraciones desfavorables relacionadas con la raza de la accionante, lo cual constituye un desconocimiento del derecho a la igualdad. Por lo tanto, resolvió tutelar el derecho de la accionante.

3. En sentencia T-586 de 2007 (MP.: Nilson Pinilla Pinilla), la Corte Constitucional revisó una acción de tutela interpuesta por una mujer a quien la Universidad del Tolima negó el cupo universitario a que tienen derecho las personas afrocolombianas, de acuerdo a lo dispuesto en la ley 70. A pesar de haber aportado los documentos necesarios para certificar el cumplimiento de los requisitos de admisión y otorgamiento del cupo, la Universidad resolvió negarlo, argumentando: i) que en la ciudad sede de la Universidad (Ibagué) no existen comunidades afrodescendientes, y ii) que la mujer no había cursado sus estudios de secundaria en la ciudad sede. A juicio de la accionante, con esta actuación se le vulneraron sus derechos a la educación, igualdad, debido proceso y libre desarrollo de la personalidad.

La Corte concluyó que la razón sostenida por la Universidad como fundamento para negar la solicitud de estudios de la demandante resultaba desproporcionada, por cuanto desconocía que la pertenencia a una comunidad afrodescendiente no resulta de la ubicación de la persona, sino de sus características propias (rasgos étnicos e identidad cultural).

4. Por otra parte, el 23 de julio de 2008, el Observatorio de Discriminación Racial de la Universidad de los Andes, el Proceso de Comunidades Negras y DeJuSticia interpusieron una acción de tutela, motivada por la negativa de tres bares de Bogotá de permitir el acceso a los establecimientos a ocho jóvenes afrocolombianos. Los bares adujeron distintas razones, pero se comprobó que la negación obedeció a criterios raciales. A partir de un caso concreto, la acción pretende motivar una política pública de protección integral a favor de los afrocolombianos y pone de presente que a pesar de que Colombia se ha obligado internacionalmente a erradicar y sancionar la discriminación racial, el nivel de implementación en el nivel interno de los instrumentos internacionales relacionados con la materia ha sido precario e insuficiente.

2. El respeto a la integralidad y a la dignidad de la vida cultural de las comunidades afrocolombianas (artículo 3.2)

Además de la falta de reconocimiento real del derecho a la igualdad y de la falta de protección efectiva a la diversidad étnica y cultural evidenciada en el aparte anterior, el respeto a la integralidad y dignidad de la vida cultural de las comunidades afrocolombianas tampoco se hace efectivo. Por ejemplo, algunas empresas palmicultoras y otros ocupantes de mala fe han violado gravemente el derecho al territorio colectivo de las comunidades afrocolombianas, en particular de las ubicadas en las cuencas de los ríos Curvaradó y Jiguamiandó, desconociendo el respeto debido a su integralidad y dignidad cultural. Este irrespeto se evidencia, entre otros aspectos, en lo siguiente:

- a) Empresarios y ocupantes de mala fe promueven ventas ilegales de tierras de propiedad colectiva de comunidades afrocolombianas dentro de una estrategia de usurpación de las tierras que incluye la destrucción de bienes de los miembros de las comunidades, el desplazamiento forzado y las acciones paramilitares, al igual que la adquisición ilegal de tierras mediante ventas forzadas a través de intermediarios de los empresarios y de testaferros de los grupos paramilitares.
- b) El Estado no ha garantizado las condiciones necesarias para el retorno de las comunidades afrocolombianas desplazadas a sus lugares de origen. Transcurridos más de once años de ocurrido el desplazamiento forzado de las comunidades del Curvaradó y Jiguamiandó, el Gobierno no ha cumplido la obligación de brindar las condiciones necesarias para el retorno, las familias no han contado con apoyo estatal que garantice la protección de sus derechos a la vida y la integridad, la reconstrucción de sus proyectos de vida ni la reparación de los daños causados por el desplazamiento¹⁴.
- c) La presencia y actividad de los grupos paramilitares amenaza los derechos a la vida y la integridad física y moral de los miembros de las comunidades afrocolombianas de las cuencas del Curvaradó y el Jiguamiandó. Las amenazas de dichos grupos están dirigidas particularmente a aquellas personas que reclaman la propiedad colectiva de la tierra y se oponen al cultivo ilegal de palma aceitera en el territorio de las comunidades afrocolombianas.

3. La participación de las comunidades afrocolombianas 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 (artículo 3.3)

Además del desconocimiento de lo preceptuado en los principios 3.1 y 3.2 de la ley 70, las comunidades afrocolombianas no son convocadas a participar en las decisiones que las afectan. Así, el Estatuto de Desarrollo Rural¹⁵, la Ley General Forestal¹⁶, el Plan Nacional de Desarrollo¹⁷ y el Tratado de Libre

¹⁴ Comisión Colombiana de Juristas, “Informe de visita a las comunidades de la cuenca del Curvaradó, realizada del 25 al 30 de mayo de 2008”, Bogotá, junio 13 de 2008, Comisión Colombiana de Juristas.

¹⁵ El 13 de junio de 2007 fue aprobado el Estatuto de Desarrollo Rural. Este estatuto contiene varias disposiciones que son susceptibles de afectar a las comunidades afrodescendientes en Colombia. Esta norma, al no haber sido consultada, adolece de graves vicios de inconstitucionalidad, como se planteó en la demanda presentada por la Comisión Colombiana de Juristas y otras organizaciones sociales ante la Corte Constitucional (radicada con el número D-7308) y que se encuentra actualmente en estudio.

¹⁶ Mediante la ley 1021 de 2006, se aprobó la Ley General Forestal. Las disposiciones contenidas en la ley podían afectar a las comunidades afrodescendientes. Sin embargo, esta iniciativa no fue consultada, razón por la cual la Corte Constitucional decidió declararla inconstitucional en sentencia C-030 de 2008, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

¹⁷ El Plan Nacional de Desarrollo (ley 1151 de 2007) prevé en sus objetivos normas relacionadas con la ley 70 de 1993 y las comunidades afrodescendientes. Por ejemplo, prevé que dentro de las políticas de promoción de la equidad y los planes de inversión se debe tener en cuenta a los afrodescendientes, e incluye la variable étnica en el desarrollo; señala la obligación del

Comercio¹⁸, leyes susceptibles de afectar a comunidades indígenas y afrodescendientes, fueron aprobadas sin que mediara el proceso de consulta previa.

La falta de consulta ha sido reconocida por la Corte Constitucional que, en sentencias C-030 de 2008 y C-461 de 2008, declaró la inconstitucionalidad de la totalidad de la Ley General Forestal y la suspensión de la ejecución de las medidas contenidas en el Plan Nacional de Desarrollo susceptibles de incidir sobre los derechos de pueblos indígenas y afrodescendientes, respectivamente, por desconocer el derecho fundamental al que hacemos referencia. La aprobación de normas susceptibles de afectar los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes, la mayoría de las veces por iniciativa o con apoyo gubernamental, pese a los llamados de la Corte Constitucional en contrario, es una muestra clara de la falta de compromiso del Estado colombiano con los derechos de las comunidades étnicas, y siembra algunas dudas sobre la forma como puede llevarse a cabo una eventual reglamentación de la ley 70 de 1993.

4. La protección del medio ambiente atendiendo a las relaciones establecidas por las comunidades afrocolombianas con la naturaleza (artículo 3.4)

La ley general forestal, a la que hicimos referencia en el apartado anterior y que fue presentada al país por el ministro de Agricultura como su regalo de navidad al país¹⁹, habría resultado un regalo muy costoso para las comunidades indígenas y afrodescendientes, de no haber sido por el fallo de la Corte Constitucional que la retiró del ordenamiento jurídico por no haberse cumplido durante su trámite la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Aunque la sentencia de la Corte sólo hace referencia a la falta de consulta previa, muchas otras objeciones se plantearon a la ley por las implicaciones negativas que tendría sobre los bosques naturales. El ex ministro de Medio Ambiente y profesor de la Universidad de los Andes Manuel Rodríguez Becerra señaló lo siguiente sobre la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley forestal:

“Ningún acto legislativo ambiental ha recorrido en nuestra historia un camino más desafortunado que la Ley General Forestal. El Gobierno presentó el proyecto al Congreso sin haber hecho la debida consulta a las comunidades indígenas y negras, propietarias de más del 50% de los bosques naturales del país. En el Congreso, el proyecto fue objeto de un trámite antidemocrático, como lo ilustra el hecho que en las primeras etapas del debate fueron excluidos diferentes sectores relevantes de la sociedad civil, incluido el ambiental. Y fue aprobado después de una agria y sorda controversia y no obstante los reparos de fondo por inconstitucionalidad e inconveniencia que hicieron algunos congresistas, las principales organizaciones de las minorías étnicas, multitud de ONG y representativos medios de comunicación”.

Gobierno de llevar un Registro Único de Predios abandonados por la violencia; y en el marco de este proceso señala la obligación de cumplir con los compromisos adquiridos con las comunidades afrodescendientes, de conformidad con lo dispuesto en la ley 70 de 1993. La falta de consulta previa de esta norma dio lugar a la sentencia C-461 de 2008, que declaró la suspensión de la ejecución de las medidas contenidas en el Plan Nacional de Desarrollo susceptibles de incidir sobre los derechos de pueblos indígenas y afrodescendientes.

¹⁸ Por medio de la ley 1143 de 2007 se aprobó el “Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América”. Este acuerdo de libre comercio contiene, entre otras, disposiciones que i) desconocen el principio de pluralidad cultural al no proteger efectivamente el conocimiento tradicional y establecer la obligación de que se tomen las medidas necesarias para permitir las patentes de plantas; y ii) desconocen la obligación estatal de consultar a las comunidades indígenas y afrodescendientes todas las medidas susceptibles de afectarlas. La Corte Constitucional declaró exequible el TLC en sentencia C-750 de 2008.

¹⁹ Andrés Felipe Arias, “La ley forestal: un buen regalo de Navidad”, Consultado en Web: <http://www.minagricultura.gov.co/media/65747229.pdf>

(...)

“ [L]a Ley Forestal implicaba un gran retroceso en relación con el Código de Recursos Naturales y del Medio Ambiente, pues generaba altos riesgos para la protección del bosque natural y, además, no tenía en cuenta diversos convenios globales ratificados por Colombia, como los de biodiversidad y cambio climático”²⁰.

Así, una de las leyes bandera de los ministerios de Agricultura y de Ambiente contenía grandes retrocesos en materia ambiental, priorizaba la explotación maderera y contenía disposiciones que podrían afectar los derechos de las comunidades afrodescendientes, propietarias colectivas bosques naturales.

5. Conclusión

La Constitución Política de 1991 sentó las bases para el reconocimiento y protección de la multiculturalidad de la nación colombiana. La ley 70 de 1993 es uno de los principales instrumentos de política pública en favor de la población afrodescendiente colombiana y constituye por tanto uno de los desarrollos legislativos de la Constitución de 1991 más importantes. Sin embargo, quince años después de la promulgación de esta ley, sus principales postulados parecen ser letra muerta. Los derechos de las comunidades afrodescendientes no se garantizan y los principios de la ley no se cumplen.

La Corte Constitucional ha desempeñado un papel importante que ha hecho posible la reivindicación y defensa de varios derechos de las comunidades afrodescendientes. Sin embargo, mientras la sociedad y los funcionarios públicos, en especial los encargados del diseño y aplicación de políticas públicas que impactan a estas comunidades, no asuman como parte central de sus funciones el reconocimiento de la naturaleza multicultural de la nación colombiana, de los pueblos afrodescendientes y de sus especiales derechos, será imposible un verdadero proceso de inclusión.

De esta manera, a propósito de los quince años de vigencia de la ley 70 de 1993, la Comisión Colombiana de Juristas hace un llamado para que se reconozca que es imperativo que el ejecutivo tenga en cuenta los principios de la ley y garantice un proceso incluyente, participativo y reconozca efectivamente la diversidad étnica y cultural del país, con el objeto de asegurar la vigencia de los derechos de la población afrodescendiente.

Septiembre 1 de 2009
Comisión Colombiana de Juristas²¹

Para mayor información, contactar a: Gustavo Gallón Giraldo, Director CCJ (Tel. 7449333, ext. 115)

²⁰ “Ley Forestal es un gran desastre”, En: Revista *Cambio.com*, consultado en web:

http://www.cambio.com.co/paiscambio/761/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_CAMBIO-3939296.html

²¹ El presente documento ha sido elaborado por Astrid Orjuela, Fátima Esparza y Gustavo Gallón, respectivamente Abogada del área de Promoción y Debates, Coordinadora del área de Promoción y Debates y Director de la Comisión Colombiana de Juristas