



& DIVERSIDAD *pluralismo*



Índice

Presentación	3.
Introducción.....	4.
Conceptos Clave.....	5.
1. ¿Cuál era la situación de los pueblos indígenas y afrodescendientes antes de la Constitución de 1991?.....	6.
1.1. Las comunidades indígenas y negras antes de la formación de la república de Colombia.....	6.
1.2. Las comunidades negras y los pueblos indígenas después de la independencia.....	7.
1.3. Participación de los pueblos afrodescendientes e indígenas en la Constituyente de 1991.....	9.
1.4. Derechos reconocidos en la Carta de 1991.....	10.
2. ¿Cuáles son los tratados internacionales obligatorios para el Estado Colombia no en materia de derechos de las comunidades afrocolombianas y pueblos indígenas?.....	13.
2.1. Declaración Universal de Derechos Humanos.....	13.
2.2. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965, aprobada mediante Ley 22 de 1981.....	14.
2.3. Convenio 169 de la OIT aprobado a través de ley 21 de 1991.....	15.
2.4. Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, aprobada mediante Ley 16 de 1972.....	19.
2.5. Pacto internacional de derechos civiles y político y Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, aprobados por Ley 74 de 1968.....	20.
3. ¿Cuáles son los documentos internacionales de derecho blando, relevantes para la protección de los pueblos afrodescendientes e indígenas?.....	21.
3.1. Declaración Universal de los Pueblos Indígenas de la ONU de 2007.....	22.
3.2. Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas de 2016.....	23.
3.3. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés) de las Naciones Unidas.....	27.
3.4. Relatoría especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas.....	28.
3.5. Relatoría sobre los derechos de los pueblos indígenas de la CIDH.....	29.
4. ¿Qué desarrollos de derecho interno se han producido de los mandatos constitucionales e internacionales?.....	30.
5. ¿Cuáles han sido los desarrollos jurisprudenciales más relevantes de los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes?.....	33.
5.1. El derecho a la identidad como comunidad étnicamente diferenciada.....	33.
5.2. El derecho a la autonomía indígena y al derecho propio.....	35.
5.3. ¿Qué es el derecho a la consulta previa? ¿a quiénes se reconoce?.....	39.
5.3.1. ¿Qué se debe consultar?.....	39.
5.3.2. ¿A quién se debe consultar?.....	41.
5.3.3. ¿Qué principios guían la consulta?.....	42.
5.4. El derecho a la etno-educación.....	42.
5.5. El reconocimiento al derecho al territorio.....	43.
5.6. Derecho a la reparación integral con enfoque étnico.....	45.

Presentación

La Constitución de 1991 fue aprobada pocos meses antes de la conmemoración del quinto centenario del 12 de octubre de 1492. Esto fue recordado por el constituyente Lorenzo Muelas Hurtado, quien en su intervención ante la Asamblea Nacional Constituyente llamó la atención sobre el hecho que, durante el primer siglo de la República, existió un imaginario sobre la nacionalidad colombiana, conforme al cual, se debía ser mestizo, civilizado, y creyente de un único y verdadero Dios.

La denuncia del delegatario buscaba que, la nueva constitución reconociera el carácter plural y diverso de la sociedad y en esa medida, que se garantizara la existencia de las distintas formas de ser, poniendo de presente que los pueblos indígenas y negros habían sido infantilizados o directamente sometidos a situación de esclavitud. El nuevo pacto constitucional, en sentir del delegatario, debía significar una ruptura histórica y reconocer finalmente, que existían otras formas de ser que, debían ser, no solo toleradas, sino celebradas y protegidas.

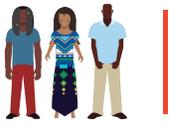
El espíritu de conmemoración y re-significación del quinto centenario, trajo consigo, primero la aprobación de la Ley 21 de 1991, a través de la cual se aprobó el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales. Posteriormente, la Asamblea Nacional Constituyente aprobó más de 21 artículos cuyo objeto es impulsar el modelo de diversidad étnica, y posteriormente, la aprobación de la Ley 70 de 1993, a través de la cual se reconocen derechos a las comunidades negras de las zonas rurales de la cuenca del pacífico.

Esta cartilla, entonces, tiene como objetivo, explicar de manera sencilla: (i) los avances normativos que trajo consigo las decisiones del constituyente y el legislador entre los años 1991 y 1993, y (ii) los ulteriores desarrollos jurisprudenciales.

Todo bajo la consigna que la conciencia sobre los derechos propios y ajenos nos hace una sociedad más amplia y plural, donde prime, el reconocimiento y respeto de la dignidad humana, y donde *se tenga derecho a ser diferente sin que ello implique diferencia de derechos*.

ALBERTO ROJAS RÍOS





Introducción

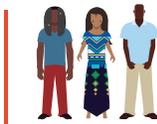
El objetivo de esta cartilla es acercar a la ciudadanía a los principios, valores y articulado de la Constitución de 1991 relacionados con el carácter pluri-étnico de la nación colombiana. Explicar el contenido de los derechos previstos en la Carta aprobados con el fin de garantizar igualdad y libertad a los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes. De igual manera, abordar los tratados internacionales que hacen parte de la normativa colombiana. Finalmente, se explicarán las decisiones relevantes de la Corte Constitucional que han aportado a dar contenido a los derechos reconocidos por la comunidad internacional y la sociedad colombiana.

La cartilla espera ser un documento de fácil difusión y que pueda ser leída y discutida por la mayor cantidad de personas, sin que para ello sea necesario contar con estudios especializados en derecho constitucional. No obstante, el texto, a la vez, quiere ofrecer un contenido relevante que permita servir de abre bocas, para que, a través de otros textos se avance en la comprensión de los prejuicios discriminatorios en contra de los pueblos étnicamente diversos.

El documento se divide en cinco secciones. En un primer momento se ofrece un breve glosario de conceptos claves en relación con los derechos de las comunidades étnicamente diferenciadas. Posteriormente, con la conciencia de poner en valor la importancia de los avances de 1991, exige preguntarse de dónde veníamos, a manera de antecedente, se responderá la pregunta sobre ¿cuál fue el tratamiento a los pueblos étnicamente diferenciados antes de la aprobación de la Carta de 1991? En un segundo acápite se resuelve la pregunta ¿Qué posición asumió la Asamblea Nacional Constituyente en relación con el carácter étnicamente diverso de la nación colombiana?

Posteriormente, se precisarán los derechos que reconoció la Constitución de 1991 a los pueblos étnicamente diferenciados, así como los principales documentos internacionales. A continuación, se mencionarán las principales leyes nacionales, y se explicarán los desarrollos jurisprudenciales.





Conceptos clave



Racismo: es una ideología que defiende la superioridad de una raza sobre otras, o tipo de discriminación, conforme a la cual, una persona o grupo de personas siente odio hacia otras por tener características o cualidades distintas, como el color de piel, idioma o lugar de nacimiento². Durante varios siglos, el mundo conoció regímenes políticos en los que países se impusieron sobre otros, con base en ideologías racistas que justificaban la discriminación entre personas a partir del respaldo que daban las normas legales³.



Raza: Categoría social, históricamente construida, con el fin de jerarquizar a las personas, con base en, supuestas características biológicas o fenotípicas. Las ciencias médicas y genéticas hoy tienen claro que no existen razas entre los seres humanos⁴.



Enfoque étnico diferencial: El enfoque diferencial es un desarrollo del principio de igualdad, en tanto trata diferencialmente a sujetos desiguales. Busca proteger a las personas que se encuentran en circunstancias de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, de manera que se logre una verdadera igualdad real y efectiva, con los principios de equidad, participación social e inclusión. 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, se brinde una protección diferenciada basada en dichas situaciones específicas de vulnerabilidad, que en el caso de las comunidades indígenas, afro, negras, palenqueras, raizales y Rom; se remontan a asimetrías históricas.



Pueblo indígena: Comunidades descendientes de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.



Comunidad negra: Conforme la Ley 70 de 1993, es conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos⁵.

²<https://eacnur.org/blog/que-es-el-racismo-y-tipos-de-racismo-tc-alt45664n-o-pstn-o-pst/>

³<https://www.un.org/es/sections/issues-depth/decolonization/index.html>

⁴Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia.

⁵T-955 de 2003





1. ¿Cuál era la situación de los pueblos indígenas y afrodescendientes antes de la Constitución de 1991?

Es necesario dividir estos antecedentes en dos etapas. En primer lugar, nos referiremos a la situación de los indígenas y de las comunidades negras antes de la formación de la república de Colombia. Posteriormente, se abordarán los cambios que ocurrieron durante el primer siglo de vida republicana. Es necesario indicar que los dos grupos sociales no se encontraban en la misma situación jurídica.



1.1. Las comunidades indígenas y negras antes de la formación de la república de Colombia

En varias sentencias, la Corte Constitucional ha explicado la situación de las comunidades étnicamente diferenciadas y ha señalado que su posición se ha estructurado a lo largo de varios siglos. En la Sentencia T- 201 de 2016, la Corte señaló que en la Nueva Granada las personas de ascendencia hispánica gozaban de los derechos para acceder a cargos públicos y eclesiásticos y a la educación. En el caso de las comunidades amerindias, la legislación de la época **los veía como niños** que debían ser civilizados mediante el trabajo pastoral, razón por la cual, solo podría acceder a los servicios estatales si eran asimilados culturalmente al mundo hispánico. Es decir, si abandonaban su religiosidad y cultura y asumían como propia la importada.

En el caso de las comunidades de ascendencia africana, la legislación colonial⁶ señalaba que las personas sometidas a la condición de esclavitud **eran bienes apropiables** por parte del patrimonio de los esclavistas. Durante el mundo colonial, el ejercicio de la ciudadanía estaba condicionado a la comunidad a la que pertenecía una persona.



Los pueblos indígenas fueron infantilizados, y las comunidades negras fueron cosificadas, es decir, estaban en situaciones jurídicas diferentes, aunque, ambos, sometidos a formas de discriminación.

⁶Código Negro de 1783.





1.2. Las comunidades negras y los pueblos indígenas después de la independencia

El proceso político de la independencia se forjó de la mano de la ilustración racionalista en la que cada individuo, de manera auto evidente, era considerado como intrínsecamente libre e igual. Por ello, existía una contradicción entre la sociedad que emergió del régimen colonial, y los valores ilustrados que dieron fundamento a la independencia del país.

Por ello, la legislación de la naciente república dio continuidad a varias de las instituciones coloniales. En efecto, los primeros cincuenta años de la Nueva Granada (antiguo nombre de nuestro país) mantuvieron la esclavitud de las personas de ascendencia africana e indicaron que las comunidades indígenas debían ser evangelizados por las órdenes religiosas para conseguir la asimilación cultural.



Durante el siglo XIX se presentaron luchas sociales para que las leyes de la República reconocieran peticiones de las comunidades indígenas como el respeto a los territorios tradicionales, o la libertad total de los pueblos esclavizados. Las primeras décadas posteriores a la independencia, significaron una continuidad con el periodo colonial, pues, en general, no se presentaron cambios sustanciales en la situación legal de las comunidades étnicamente diferenciadas. La esclavitud de los pueblos de ascendencia africana y la situación de minoría de edad de las comunidades indígenas continuó.

Solo hasta la segunda mitad del siglo XIX se presentaron cambios legales; por un lado, la Ley del 21 de mayo de 1851 abolió la esclavitud. Además, la Ley 89 de 1890, como continuidad a las leyes coloniales, establecía que la legislación de la República no aplicaba *“entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de las misiones que para tal fin establezcan las autoridades eclesiásticas y el gobierno”*⁷.

⁷En el mismo sentido debe recordarse el artículo 2 de la Ley 72 de 1892 que indicaba: “el gobierno podrá delegar a los misioneros facultades extraordinarias para ejercer autoridad civil, penal y judicial sobre los catecúmenos, respecto de los cuales se suspende la acción de las leyes nacionales, hasta que saliendo del estado de salvaje, a juicio del Poder Ejecutivo, estén en capacidad de ser gobernados por ella” Diario Oficial N. 9001 de 2, diciembre de 1892.





La norma establecía que las comunidades pre hispánicas se regirían por sus propias leyes en el resguardo. Por ello, la pertenencia a un resguardo se asoció con mayor libertad y autogobierno. Sin embargo, las órdenes religiosas debían desarrollar programas de evangelización, para paulatinamente “civilizar” a los pueblos indígenas.

Durante el siglo XX no se presentaron grandes cambios en la legislación de las comunidades étnicamente diferenciadas. No obstante, aumentó la movilización social de las comunidades indígenas con el fin de lograr el reconocimiento de su propiedad colectiva, así como denunciar las políticas asimilacionistas y de disolución de la diferencia cultural. Ejemplo de este tratamiento puede identificarse en el Convenio 107 de 1957 de la OIT, aprobado en Colombia, mediante Ley 31 de 1967, norma internacional que establecía que los Estados debían implementar políticas para integrar y disolver las diferencias culturales de las poblaciones tribales o semitribales cuyo estadio de desarrollo sea “*menos avanzado*” que los sectores occidentales de la colectividad nacional.



Aquel convenio de la OIT establecía una política asimilacionista cuyo objetivo era disolver las diferencias de los pueblos no mayoritarios, para integrarlos a la identidad nacional mayoritaria, pues se consideraba “más avanzada”⁸. La Constitución de 1886 reforzaba el imaginario exclusivista, cuando señalaba que la única religión era la católica apostólica y romana, y que ésta era la de la Nación.

Con base en lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁹ ha concluido que, (i) las comunidades indígenas y los pueblos de afrodescendientes han estado, legal y constitucionalmente, sometidos a reglas de exclusión e invisibilización de sus cosmovisiones y exclusivismo de la visión mayoritaria; (ii) durante el siglo XX se implantó una política asimilacionista que, buscaba preservar físicamente a los individuos de los pueblos indígenas, pero a costa de privarlas de su existencia cultural.

⁸Artículo 1 1. El presente Convenio se aplica: a) a los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial. (...) Art. 2. Incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países’.

⁹SU-383 de 2003, C-463 de 2014, T-201 de 2016.





1.3. Participación de los pueblos afrodescendientes e indígenas en la Constituyente de 1991.

En diciembre de 1990, cuando se convoca la Asamblea Nacional Constituyente, procesos de movilización social de los pueblos indígenas y afrodescendiente se articulan de varias maneras con la integración de las listas de delegatarios¹⁰. En el caso de los pueblos indígenas se incluyen candidatos en las listas de los partidos políticos, y a la postre fueron electos tres constituyentes indígenas. Se trató de los constituyentes Lorenzo Muelas Hurtado del pueblo Misak, Francisco Rojas Birry del pueblo Embera, y Alfonso Peña Chuepe del pueblo Nasa¹¹.

Su participación se tradujo en la presentación de proyectos de actos normativos dirigidos a la que la nueva carta política reconociera el carácter pluriétnico de la sociedad colombiana, el respeto al territorio indígena, a su propia jurisdicción, a la creación de espacios políticos de participación política y a la defensa de los elementos que dan identidad a su diferencia cultural. En efecto, Rojas Birry, en nombre de los indígenas afirmó: *“los indígenas proponemos que los territorios de los grupos étnicos sean reconocidos como entidades territoriales con autonomía política...para que podamos ser actores de nuestro propio destino”*¹². El constituyente Lorenzo Muelas también presentó un proyecto de reforma constitucional¹³, al igual que, Alfonso Peña Chupe¹⁴.



En el caso de los pueblos y comunidades afrodescendientes, su participación se produjo a través de la movilización social en las calles de Bogotá. Si bien no hubo participación de un delegatario que abanderara las reivindicaciones de las comunidades negras, su voz se escuchó. La literatura especializada describe:

¹⁰Peñaranda, Supelano. Daniel Ricardo Guerra propia, guerra ajena. Conflictos armados y reconstrucción identitaria en los andes colombianos. El movimiento armado Quintín Lame. Centro Nacional de Memoria Histórica. Bogotá, 2015.

¹¹Las candidaturas y elección de los delegatarios indígenas responden a procesos sociales amplios, y no a éxitos personales. Rojas Birry fue elegido por el III Congreso Nacional de los Pueblos Indígenas de la ONIC, y Alfonso Peña fue designado en virtud de la desmovilización del movimiento armado Quintín Lame. Cfr. Gacetas de la Asamblea Nacional Constituyente 18, 19 y 24.

¹²Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente No. 18, pág. 7.

¹³Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente No. 19. Pág. 12. El proyecto de delegatario iba dirigido al reconocimiento de los derechos a la tierra, a la naturaleza y a la mejora de las condiciones materiales de vida de los pueblos indígenas.

¹⁴Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente No. 60. Pág. 7 y subsiguientes.





¿Cuál era la situación de los pueblos indígenas y afrodescendientes antes de la Constitución de 1991?

“Mención especial merece la iniciativa que fue conocida como «El Telegrama Negro», cientos de miles de telegramas que las organizaciones de negritudes de todo el país enviaban a la Presidencia de la República y a los delegatorios con el mensaje «Díganle sí a las propuestas de las comunidades negras». Las reivindicaciones de las negritudes que fueron consignadas en el Artículo Transitorio que recibió el número 55 no fueron aprobadas en el primer debate. Finalmente, el AT55 fue aprobado cuando la Asamblea estaba a punto de clausurarse”¹⁵.

En el mismo sentido, se reportaron marchas sobre ciudades con el fin de garantizar que la Asamblea Nacional Constituyente escuchara las peticiones de las comunidades negras.



1.4. Derechos reconocidos en la Carta de 1991.

Esta participación se tradujo en la aprobación de 21 artículos dirigidos a reconocer y proteger a los pueblos étnicamente diferenciados. Tales como:

- El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (art.7 y 70)
- La obligación del Estado de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (art.8)
- La protección de las lenguas y dialectos de los grupos étnicos y su carácter de oficial en sus territorios (art. 10).
- La prohibición de establecer discriminaciones en virtud de la raza, la religión o la lengua (Art. 13).

¹⁵ Castillo, Luis Carlos, Etnicidad y Nación: el desafío de la diversidad en Colombia, 2007, Universidad del Valle, Cali, pág. 267





- Las tierras comunales de los grupos étnicos y la tierra de los resguardos, entre otras, como inalienables, imprescriptibles e inembargables (art. 63).
- El derecho de las personas de grupos étnicos a que la educación respete y desarrolle su identidad cultural (art. 68).
- La protección Estatal del patrimonio cultural de la Nación (Art. 72).
- El reconocimiento de la nacionalidad colombiana para los pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos (art. 96, numeral 2, lit. c).
- Una circunscripción especial para pueblos indígenas en el Senado de la República (art. 171) y curules en la Cámara de Representantes para las comunidades afrodescendientes (art. 176).
- El reconocimiento de la jurisdicción indígena dentro de su ámbito territorial y conforme a las normas y procedimientos propios (art. 246).
- El reconocimiento de los territorios indígenas como entidades territoriales (Art. 285, y 329); la posibilidad de que territorios indígenas circunvecinos formen una provincia (Art. 321); la protección constitucional de la propiedad colectiva indígena que no es enajenable (Art. 329) y el reconocimiento y obligaciones a las autoridades que gobernarán los territorios indígenas (Art. 330)
- Obligación estatal de protección de los pueblos raizales del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (Art. 310).
- El derecho de las Entidades Territoriales Indígenas a participar del financiamiento proveniente de los recursos nacional (Art 356).





- El artículo transitorio 42 estableció que, *“mientras el Congreso expide las leyes de que trata el artículo 310 de la Constitución, el gobierno adoptará por decreto, las reglamentaciones necesarias para controlar la densidad de población del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en procura de los fines expresados en el mismo artículo”*.
- Así como el artículo transitorio 55 que ordena al Congreso de la República la expedición de una ley que 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.

Como se ve, la Constitución de 1991 implicó un cambio fundamental en la forma en que el Estado concebía sus obligaciones en relación con las comunidades étnicamente diferenciadas, pues, se abandonaron las políticas integracionistas que, si bien defendían la existencia física de las personas indígenas o negras, promovía la asimilación cultural, con la correspondiente pérdida de riqueza y diversidad.

Una vez mencionada la situación de las comunidades étnicamente diferenciadas antes de la Constitución de 1991, así como los cambios que la Carta Política trajo, puntualmente a través de 21 normas constitucionales directamente previstas para el reconocimiento de sus derechos, ahora corresponde mencionar los tratados internacionales y documentos de derecho internacional que complementan la protección.





2. ¿Cuáles son los tratados internacionales obligatorios para el Estado Colombiano en materia de derechos de las comunidades afrocolombianas y pueblos indígenas?

En virtud del Artículo 93 del texto constitucional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que varios tratados internacionales sobre derechos humanos integran y complementan la carta de derechos de los pueblos indígenas¹⁶ y afrodescendientes¹⁷ contenidos en el articulado de 1991¹⁸.



2.1. Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁹

Si bien la declaración no es en estricto sentido un tratado internacional, y en esa medida no es derecho convencional, diferentes autoridades judiciales, nacionales como extranjeras han explicado que su contenido es derecho internacional de orden público (*ius cogens*), razón por la cual, su contenido es de obligatorio cumplimiento. Este documento tiene importancia, en atención a que fue aprobado después de la segunda guerra mundial, y la derrota de las potencias militares que fundaron regímenes políticos xenófobos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 condena y proscribire la existencia de regímenes imperialistas fundados en ideologías racistas y que defiendan la superioridad biológica de pueblos sobre otros. En efecto, por primera vez en el derecho internacional contemporáneo se señala que, debe primar la igualdad entre todos los pueblos, incluso en aquellos casos, en que un pueblo tenga soberanía restringida (artículo 2), proscribire la esclavitud y la trata de personas (artículo 4); el derecho a la igualdad entre las personas, y la proscripción de aplicar distinciones que vulneren la Declaración (Artículo 7).

¹⁶En relación con los mecanismos de participación de los pueblos indígenas T-703 de 2008. Respecto al derecho a la etnoeducación T.475 de 2014. Finalmente, frente al derecho a la consulta previa SU-123 de 2018. Fundamento Jurídico 5.4. entre otras. Sobre el carácter de bloque de constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT en general, confrontar C- 620 de 2003, y C-575 de 2006.

¹⁷Cfr. La Sentencia C-667 de 2006 señala que la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación Racial de Naciones Unidas hace parte del Bloque de Constitucionalidad.

¹⁸En relación con los mecanismos de participación de los pueblos indígenas T-703 de 2008. Respecto al derecho a la etnoeducación T.475 de 2014. Finalmente, frente al derecho a la consulta previa SU-123 de 2018. Fundamento Jurídico 5.4. entre otras. Sobre el carácter de bloque de constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT en general, confrontar C- 620 de 2003, y C-575 de 2006.

¹⁹Cfr. C-504 de 2007.





2. ¿Cuáles son los tratados internacionales obligatorios para el Estado Colombiano en materia de derechos de las comunidades afrocolombianas y pueblos indígenas?



2.2. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965, aprobada mediante Ley 22 de 1981.

Durante la segunda mitad del siglo XX, varios países superaron regímenes imperialistas fundados en ideologías racistas. ejemplo de ello fueron los países del continente africano y del sudeste asiático que hasta 1960 aún vivían bajo regímenes políticos en los que la raza era un criterio para el ejercicio de derechos. A finales de la década de los años sesenta del siglo XX, iniciaron los procesos de independencia de las antiguas colonias, y su conformación como Estados Libres y Soberanos (proceso de descolonización²⁰), razón por la cual, fue necesario llevar a norma internacional la denuncia a todas las formas de racismo y discriminación, especialmente si estas tenían, fundamento legal.

Por lo anterior, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial señala que son condenables todas las formas de colonialismo y prácticas de segregación que lo acompañan y que:

“Convencidos de que toda doctrina de superioridad basada en la diferenciación racial es científicamente falsa, moralmente condenable y socialmente injusta y peligrosa, y de que nada en la teoría o en la práctica permite justificar, en ninguna parte, la discriminación racial”

La Convención reconoce que existen barreras raciales para el disfrute de derechos humanos, y en esa medida, establece obligaciones en cabeza de los Estados.

El artículo 1 de la Convención entiende por “**discriminación racial**” 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

²⁰Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de Naciones Unidas.





política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

El artículo 2 establece obligaciones concretas de todos los Estados con miras a la eliminación de todas las prácticas, leyes, prejuicios que fundamenten la distinción entre los seres humanos con base en, criterios biológicos o fisiológicos. Se condenan los regímenes de segregación racial o apartheid (artículo 3), la difusión de propaganda que inspire teorías o ideas basadas en la superioridad de una raza o un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, (artículo 4), así como recursos judiciales efectivos para denunciar prácticas racistas (artículo 5 y 6).

En los artículos 8 y subsiguientes se crea el comité para la eliminación de la discriminación racial, como órgano internacional de monitoreo de las obligaciones internacionales.



2.3. Convenio 169 de la OIT aprobado a través de ley 21 de 1991.

Cómo se indicó, respecto de los derechos de los pueblos indígenas, y comunidades negras, la Constitución de 1991 se aprobó cerca de la conmemoración del quinto centenario del inicio de la imposición del régimen colonial. Por ello, las reivindicaciones indígenas adquirieron una connotación internacional enlazadas con otros movimientos indígenas y campesinos que tuvieron como objetivo denunciar lo ocurrido a los pueblos pre hispánicos y a los pueblos de origen africano. En el caso de Colombia, las comunidades indígenas consiguieron que se aprobara, a través de la ley 21 de 1991, el Convenio 169 de la OIT, norma que reemplaza el convenio 107.





2. ¿Cuáles son los tratados internacionales obligatorios para el Estado Colombiano en materia de derechos de las comunidades afrocolombianas y pueblos indígenas?

El Convenio núm. 169 persigue dos objetivos esenciales: (i) el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias; y (ii) su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan²¹. Con el fin de mostrar adecuadamente el cambio de perspectiva en relación con el tratamiento de los pueblos étnicamente diferenciados, resulta explicativo hacer un paralelo entre el contenido de los Convenios 107 y 169 de la OIT.

	Convenio 107	Convenio 169
Art. 2	<p>“Incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a <u>su integración progresiva</u> en la vida de sus respectivos países” (...)</p> <p>“c) que creen posibilidades de <u>integración nacional, con exclusión de cualquier medida tendiente a la asimilación artificial de esas poblaciones.</u>”</p>	<p>“Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, <u>con la participación de los pueblos</u> interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad” (...)</p> <p>“b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, <u>respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones.</u>”</p>



²¹En sus consideraciones el Convenio indica que: “[c]onsiderando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores”. Con esto se evidencia que uno de los objetivos fundamentales es la superación y condena del modelo asimilacionista.





Los principales aportes del Convenio son:

- Su conceptualización de **pueblos tribales** como aquellos que por sus “condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”. Artículo 1 Lit. a)
- El Convenio también precisa que se tendrá como **pueblos indígenas** aquellos que descienden “de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. Artículo. 1 Lit. b)
- En igual sentido, el artículo 1 precisa que la **conciencia de identidad** indígena o tribal deberá considerarse como criterio. Artículo 1, Numeral 2.
- El artículo 4 prescribe que las medidas que adopten los Estados para salvaguardar las personas, bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados, deben adoptarse **sin contrariar los deseos expresados libremente** de los pueblos interesados.
- El Artículo 6 contiene el deber genérico de **consulta previa** y el Artículo 7 el deber de garantizar la **participación** de los pueblos tribales e indígenas. Ambos principios articulan el convenio.

Lo anterior, cuando indica que: “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además,





2. ¿Cuáles son los tratados internacionales obligatorios para el Estado Colombiano en materia de derechos de las comunidades afrocolombianas y pueblos indígenas?

dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”²².

- El Artículo 8 señala que las autoridades públicas deberán conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales de cada sistema nacional, así como, garantizar el respeto a las formas de los pueblos indígenas y tribales en el tratamiento de los delitos (Artículo 9).
- Los artículos 13, 14 y 15 **protegen las tierras y territorios** de los pueblos interesados, así como **los recursos naturales** que se ubican en ellas, y prevé la obligación estatal de reconocer la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan, y aquellos que hayan tenido tradicionalmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. Se podrán asignar más tierras, a través de los programas agrarios nacionales.

El numeral 2 del artículo 15 establece que, en casos de **recursos mineros** o recursos del subsuelo 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.

En efecto, el Convenio señala que, los pueblos no podrán ser trasladados o despojados de las tierras, para lo cual se les deberá reconocer el derecho de propiedad y posesión sobre ellas, siendo identificadas de manera precisa. Asimismo, se salvaguardarán los derechos de las tierras que no sean ocupadas exclusivamente por ellos pero que sí jueguen un papel histórico en su subsistencia o desarrollo

²² La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido este principio como un modelo de cogobierno con las comunidades étnicas. Ver, entre otras, la sentencia SU-123 de 2018.





como grupo. De requerirse por cuestiones especiales el traslado de un grupo, el mismo debe ser aceptado libremente por sus miembros. De no ser posible, se seguirán los lineamientos establecidos por cada Estado para que puedan ser representados. Podrán, dentro de las posibilidades y regulaciones, crear instituciones educativas, y para lo cual se les facilitarán recursos. De igual forma, no sobra advertir, que en materia educativa opera la consulta previa.

Como puede observarse, el desarrollo del Convenio 169 es compatible con el texto constitucional vigente, toda vez que en este último se indican más a fondo y de manera más específica las formas en las que el Estado colombiano velará por la protección de las comunidades étnicas que se desarrollen en el país. Siendo obligación de éste la preservación y promoción de las prácticas ancestrales desarrolladas por cada grupo, la igualdad en materia de derechos como educación, trabajo y salud; y la asistencia en la integración o comunicación entre la población en general y los miembros de las comunidades tribales e indígenas.



2.4. Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, aprobada mediante Ley 16 de 1972.

El artículo 21 de la Convención contiene el derecho a la propiedad. Con base en esta norma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos²² ha señalado que, respecto de los pueblos indígenas, es obligación de los Estados superar el concepto físico de propiedad del derecho civil clásico, y en esa medida, se subrayó el vínculo que tiene la tierra con la cultura, la espiritualidad, la integridad de la colectividad, la supervivencia económica y la preservación de la comunidad²³.

²²Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346. Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C No. 334. Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328.

²³SU-123 de 2018.





2. ¿Cuáles son los tratados internacionales obligatorios para el Estado Colombiano en materia de derechos de las comunidades afrocolombianas y pueblos indígenas?

Conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH, la titularidad de ese derecho surge de la ocupación de un espacio determinado por parte de una comunidad étnica y no de la formalización del derecho de propiedad que reconoce la administración, verbigracia un registro²⁴.



2.5. Pacto internacional de derechos civiles y político y Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, aprobados por Ley 74 de 1968.

El PIDCP y el PIDESC tienen el artículo primero común que se refiere al derecho a la libre autodeterminación de los pueblos, que implica que estos deciden su desarrollo económico, social y cultural, y pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales.



²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 15 de junio de 2005 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname, párr. 131.





3. ¿Cuáles son los documentos internacionales de derecho blando, relevantes para la protección de los pueblos afrodescendientes e indígenas?

El derecho internacional conoce dos tipos de fuentes. Por un lado, el derecho convencional, entendido, conforme con la Convención de Viena sobre derechos de los Tratados de 1969, como los tratados, pactos y convenios internacionales, en los que los Estados comprometen su responsabilidad internacional y adquieren obligaciones vinculantes. En el acápite anterior, se mencionaron las fuentes de derecho internacional convencional que, conforme la jurisprudencia constitucional, han sido reconocidas como parte del Bloque de Constitucionalidad.



Otra fuente de derecho internacional es el denominado *derecho blando*, entendido como declaraciones o principios elaborados por expertos, relatores o cuerpos especializados que tiene un valor importante en la medida en que constituyen un desarrollo doctrinal sobre el alcance de determinados tratados de derechos humanos. Sin embargo, no tiene un carácter vinculante. En varios casos, la Corte Constitucional²⁵ ha acudido a declaraciones internacionales que, sin ser tratados, aportan elementos relevantes para la interpretación del derecho convencional.



En el caso de los derechos de los pueblos étnicos, la jurisprudencia constitucional²⁶ ha acudido a la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 y a la Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas²⁷ de 2016. Estos documentos revisten importancia, toda vez que, por su reciente aprobación, contienen avances fundamentales en relación con los derechos de los pueblos indígenas. Igualmente son relevantes los documentos producidos por: (i) Relatoría Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas²⁸; (ii) la Relatoría sobre los derechos de los Pueblos Indígenas de la CIDH; (iii) el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial²⁹.

²⁵Cfr. C-160 de 2000, C-330 de 2016.

²⁶Cfr. T-376 de 2012, T-1080 de 2012, T-001 de 2019 y T-011 de 2019.

²⁷Esta Corporación ha reconocido el valor que tiene esta Declaración como fuente de derecho aunque no tenga la misma fuerza normativa que un tratado internacional. Cfr. T-376 de 2012.

²⁸<https://www.ohchr.org/SP/Issues/IPeoples/SRIIndigenousPeoples/Pages/SRIPeoplesIndex.aspx>

²⁹<https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CERD/Pages/CERDIndex.aspx>





3.1. Declaración Universal de los Pueblos Indígenas de la ONU de 2007³⁰

La declaración señala como piedra angular del documento el derecho a la igualdad que permea el contenido en su totalidad. Es de esta manera que en los primeros artículos se menciona que sea individualmente o como pueblo, los indígenas tendrán disfrute pleno de todos los derechos estipulados en todas las normas internacionales que guarden relación con derechos humanos y libertades fundamentales, asimismo, los proclama como iguales a las demás personas y colectivos, prohibiendo cualquier forma de discriminación, especialmente las fundadas en su identidad u origen indígena.

- Refuerza la libre determinación de los pueblos (artículo 4), y el derecho a la autonomía y auto gobierno para resolver los asuntos internos, así como de disponer de los medios de financiación.
- Reitera el derecho de los pueblos indígenas a conservar y fortalecer sus propias instituciones (artículo 5). En concordancia con lo anterior, los artículos 11 y 13 reconoce el derecho a revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales, así como sus historias, idiomas, tradiciones orales, sistemas de escritura y literaturas. Además, el artículo 25 señala que los pueblos indígenas tienen derecho a fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros, y otros recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado.
- El artículo 8 recuerda el derecho a “no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura”. En el mismo sentido, señala la obligación de los Estados de establecer mecanismos eficaces para prevenir y resarcir, los actos que tienen como consecuencia la enajenación de sus tierras, territorios, o recursos; o el traslado forzado de la población.

-Señala en el artículo 10 que, cualquier traslado de un pueblo indígena

³⁰https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf





- de su territorio, o traslado de armas químicas o atómicas a través de éste, exige el consentimiento libre, previo e informado, y un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.
- El derecho de los pueblos indígenas a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes y a que se imparta educación en sus propios idiomas (Artículo 14). Asimismo, los sistemas de educación pública deben combatir los prejuicios y eliminar la discriminación contra los pueblos indígenas y tratarlos con dignidad (Artículo 15).
- El derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas, y acceder a los demás medios sin discriminación alguna (Artículo 16)



3.2. Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas de 2016³¹.

Este documento internacional presenta novedades en relación con la declaración de derechos de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas, pues incluye temas relevantes como la igualdad de género al interior de los pueblos étnicamente diferenciados, la protección a la propiedad intelectual

de los saberes indígenas y agregando el derecho a la apertura controlada de la comunidad a la sociedad mayoritaria.

Los Estados del continente americano, conscientes de la existencia, importancia e historia de los pueblos autóctonos radicados en la región; buscaron a partir de la Declaración fortalecer la protección y el esclarecimiento de los derechos de las comunidades indígenas, velando de esta forma por el reconocimiento de la riqueza cultural de la zona y su importancia en la historia de cada uno de los países que la conforman.

³¹ <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>





3. ¿Cuáles son los documentos internacionales de derecho blando, relevantes para la protección de los pueblos afrodescendientes e indígenas?

Por ello, se inició determinando un ámbito de aplicación y alcances de los derechos allí descritos. Para lo cual se estableció que estarían amparados todos los pueblos indígenas originarios de América, teniendo en consideración la importancia de la conciencia de identidad o autoidentificación de los pueblos para categorizarse como tal (Artículo I).

En igual sentido se reconoció el derecho a la autodeterminación de los pueblos y el respeto de sus instituciones, fomentando su desarrollo y fortalecimiento al considerarlas parte vital del libre desarrollo económico, social y cultural de cada grupo indígena.

Se reconoció que los integrantes de grupos indígenas tendrían igual acceso que las personas en general en todo lo concerniente a los derechos humanos y libertades fundamentales contenidas en documentos internacionales. Posteriormente, se desarrollan los derechos colectivos de dichos grupos y, por tanto, se identifican cuáles de ellos buscan la perpetuación de sus tradiciones, la permanencia en sus territorios y la protección de sus instituciones y autonomía.

Con tal fin, se explican derechos como a la **igualdad de género** que busca la protección de todos los integrantes de los grupos indígenas, con especial atención en las mujeres, niños y niñas; el derecho a pertenecer a un pueblo que les permite conformarse dentro de uno o más colectivos indígenas con los que se guarden semejanzas culturales, religiosas o históricas; igualmente, se reconoció la personalidad jurídica de los pueblos nativos, como mecanismo para la protección de sus derechos; así como la garantía de no asimilación, la protección contra el genocidio y las garantías contra el racismo o cualquier forma de discriminación.

Persiguiendo dicho fin, se indicaron los derechos de los grupos en materia cultural, como lo es, por ejemplo, la protección a sus sistemas de conocimientos y lenguaje o en materia de espiritualidad donde respecto a los primeros les permite preservar y usar sus conocimientos y desarrollos ancestrales y, sobre los segundos, se permitirá un ejercicio sin límites de su identidad religiosa o espiritual.





En materia de salud, se respetará y se dará acceso al nivel más alto de salud, en igualdad de condiciones que el pueblo en general. Esto sin perjuicio de sus propias prácticas y costumbres, las cuales serán preservadas y respetadas.

Con el fin de establecer su autonomía y autogobierno, se garantiza su derecho de asociación y reunión, sea para fines políticos, institucionales o espirituales. Asimismo, se fomentará el fortalecimiento de sus instituciones y jurisdicción y sistema jurídico propios que vayan acorde a sus costumbres y tradiciones en los temas internos o locales, siempre dejando en claro que dentro de las instituciones regulares del Estado se respetarán plenamente sus derechos y libertades.

En lo que compete a los Derechos Sociales, Económicos y de Propiedad; en razón a la propiedad tradicional que los grupos ejercen dentro de los territorios en los cuales se radican, se estableció que éstos podrán autogestionar y conservar sus tierras, buscando mantener el vínculo histórico, espiritual y cultural que mantienen con ellas y, como consecuencia, se reconocerá su derecho de posesión sobre los territorios y se protegerá jurídicamente los derechos que de la misma se desprenden. Adicionalmente, en virtud del pleno control de dichos territorios, las mismas comunidades establecerán el ritmo o nivel de apertura de sus comunidades a la demás población de la Nación.

También se velará por la **protección del patrimonio cultural y la propiedad intelectual** de la cual posean derecho, por lo que los Estados tendrán que garantizar que los productos de su riqueza cultural y de sus tradiciones y costumbres sean debidamente reconocidos como suyos, entregándoles **total control sobre las producciones derivadas de sus prácticas ancestrales transmitidas de generación en generación.**

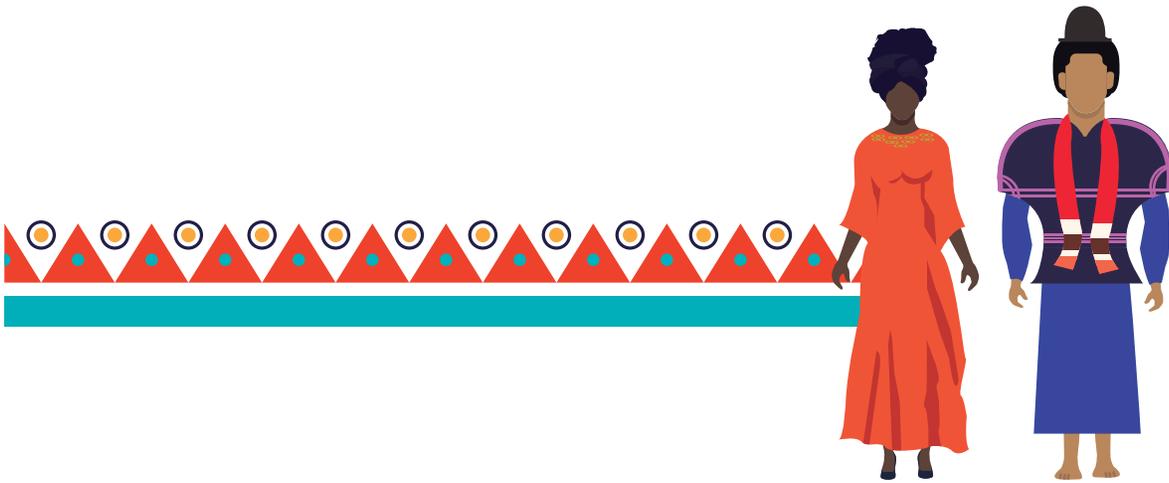
Como se pudo observar, la presente declaración guarda total relación con la de la misma materia de las Naciones Unidas, pues desarrolla específicamente materias de derechos fundamentales de los pueblos indígenas y protege sus formas de vivir en comunidad, respetando prácticas, costumbres y actividades





3. ¿Cuáles son los documentos internacionales de derecho blando, relevantes para la protección de los pueblos afrodescendientes e indígenas?

económicas. Sin embargo, **añade temas relevantes y específicos como el derecho a la apertura controlada de sus comunidades** a la población exterior o **propiedad intelectual** de las producciones derivadas de sus tradiciones.





A continuación se mencionan las principales instancias internacionales encargadas de la promoción de los derechos de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes, así como otros documentos de derecho blando que resulta relevantes para la comprensión de los derechos de los pueblos étnicamente diferenciados.



3.3. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés) de las Naciones Unidas.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial por los Estados.

Todos los Estados parte tienen la obligación de presentar informes periódicos al Comité sobre cómo se están aplicando los derechos. Además del procedimiento de presentación de informes, la Convención establece otros tres mecanismos mediante los cuales el Comité cumple sus funciones de seguimiento: el procedimiento de alerta temprana, el examen de las denuncias entre Estados y el examen de las denuncias individuales. El Comité también publica su interpretación del contenido de las cláusulas de derechos humanos, en lo que se conoce como **recomendaciones generales**. Las más recientes son³²:

- Recomendación General No. 28 “Relativa al seguimiento de la Conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la Xenofobia y las formas conexas de intolerancia”.
- Recomendación General No. 29 “Relativa a la discriminación basada en la ascendencia”.
- Recomendación General No. 30 “Sobre la discriminación contra los no ciudadanos”.

³² https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CERD/00_3_obs_grales_CERD.html#GEN35



- Recomendación General No. 31 “Sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal”.
- Recomendación General No. 34 “Discriminación racial contra afrodescendientes”.
- Recomendación General No. 35 “La Lucha contra el discurso de odio”



3.4. Relatoría especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas.

En 2001, la Comisión de Derechos Humanos nombró un relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. El mandato del Relator fue renovado recientemente en 2019. El mandato de la relatoría implica³³, entre otros: (i) examinar modos y medios de superar los obstáculos existentes para la plena y efectiva protección de los derechos de los pueblos indígenas, (ii) reunir, solicitar, recibir e intercambiar información y comunicaciones de todas las fuentes que corresponda, incluidos los Gobiernos, los pueblos indígenas y sus comunidades y organizaciones, sobre las denuncias de violaciones y vulneraciones de los derechos de los pueblos indígenas; (iii) formular recomendaciones y propuestas sobre las medidas y actividades adecuadas para evitar y reparar las violaciones y las vulneraciones de los derechos de los pueblos indígenas.

En desarrollo de estos mandatos, profiere informes especiales y anuales, sobre temáticas vinculadas a la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Los más recientes y relevantes son:

- Los derechos de los pueblos indígenas y la Justicia. Adoptado por el Consejo de Derechos Humanos, en el 42º periodo de Sesiones el 27 de septiembre de 2019³⁴.

³³Resolución 42/ 20 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

³⁴<https://undocs.org/es/A/HRC/42/37>



- Análisis de las repercusiones sobre los derechos de los pueblos indígenas de los acuerdos internacionales de inversión incluidos los tratados bilaterales de inversión y los capítulos de los acuerdos de libre comercio. Adoptado por el Consejo de Derechos Humanos, en el 33° periodo de sesiones el 11 de agosto de 2016³⁵.
- Análisis temático de las violaciones cometidas contra mujeres y niñas indígenas. Aprobado por el Consejo de Derechos Humanos en el 30° periodo de sesiones el 6 de agosto de 2015³⁶.



3.5. Relatoría sobre los derechos de los pueblos indígenas de la CIDH.

En 1990, la CIDH creó la primera relatoría del sistema interamericano, puntualmente, sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas con el siguiente mandato: (i) promover el desarrollo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en materia de protección a los pueblos indígenas, y en especial, promover el avance y consolidación de la jurisprudencia del sistema sobre derechos de los pueblos indígenas. En este ámbito, promover y facilitar el acceso de los pueblos indígenas al sistema interamericano; (ii) apoyar la realización de visitas a los países miembros de la OEA para profundizar en la observación general de la situación, para investigar una situación particular de pueblos indígenas, así como participar en la preparación del informe respectivo de la visita; (iii) elaborar informes temáticos sobre aspectos atinentes a los derechos humanos de los pueblos indígenas en el hemisferio. Entre otras.

Esta relatoría ha proferido los siguientes informes relevantes:

- Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas, 2017.
- Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, 2015.

³⁵<https://undocs.org/es/A/HRC/33/42>

³⁶<https://undocs.org/es/A/HRC/30/41>





4. ¿Qué desarrollos de derecho interno se han producido de los mandatos constitucionales e internacionales?

A continuación, se enuncian los principales desarrollos legales aprobados por las autoridades estatales con el fin de concretizar los derechos de las comunidades étnicamente diferenciadas, previstos en la Constitución de 1991.

- Respecto a las comunidades negras, afrodescendientes, palenqueras y raizales, en el año 1993, en desarrollo del artículo 55 transitorio de la Constitución se aprobó la **Ley 70**.

La ley reconoce a las comunidades negras que han ocupado tierras baldías de 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 (Artículos 4 a 18), uso de los recursos naturales, y minería tradicional. Así como la protección a la igualdad de oportunidades.

- **Decreto 1745 de 1995**. Adopta el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las “**Tierras de las Comunidades Negras**”.
- El artículo 5 de la **Ley 115 de 1994** establece los contenidos de los proyectos educativos, entre otros, la comprensión crítica de la cultura nacional y la diversidad étnica del país. El artículo 13 señala que debe fomentarse el interés y respeto por la identidad cultural de los grupos étnicos.

En relación con la educación de los niños, niñas y adolescentes de los pueblos étnicamente diferenciados, en el nivel de la primera, el artículo 13 literal c) señala que se deberá buscar el desarrollo de las habilidades comunicativas básicas para leer, comprender, escribir, escuchar, hablar y expresarse correctamente en lengua castellana y también en la lengua materna, en el caso de los grupos étnicos con tradición lingüística propia.





El capítulo III de la ley (art. 55 y subsiguientes) regula la educación para grupos étnicos y establece los conceptos esenciales de la misma. Señala que la etnoeducación es la *“educación para grupos étnicos la que se ofrece a grupos o comunidades que integran la nacionalidad y que poseen una cultura, una lengua, unas tradiciones y unos fueros propios y autóctonos. Esta educación debe estar ligada al ambiente, al proceso productivo, al proceso social y cultural, con el debido respeto de sus creencias y tradiciones”*.

- Los artículos 1, 4, 9, 11, 48, de la **Ley 160 de 1994** establece el derecho de las comunidades indígenas y negras para acceder a la titulación de tierras en el contexto de la reforma agraria.
- El artículo 12 de la **Ley estatutaria 270 de 1996** establece las autoridades que administran justicia, entre las que se cuenta, la jurisdicción indígena.
- **Ley 397 de 1997**. Ley General de Cultura Art.1 numeral 6. *“derecho de los grupos étnicos a conservar, enriquecer y difundir su identidad y patrimonio cultural”* Art.13 *“proteger lenguas, tradiciones, usos y costumbres y saberes de los grupos étnicos”*.
- **Ley 508 de 1999**, Plan Nacional de Desarrollo 1999-2002, establece que el Gobierno debe velar por la integración del pueblo Rrom a sus propósitos de lucha contra la pobreza y mejoramiento de la calidad de vida, respetando sus particularidades culturales y concertando con este grupo las acciones para la atención de sus principales problemas (13.2).
- **La Ley 649 de 2001** reglamenta la circunscripción especial de la Cámara de Representantes para las comunidades negras y señala en su artículo 3 que, quienes aspiren a ser candidatos de las comunidades negras para ser elegidos a la Cámara de Representantes por esta circunscripción especial, deberán ser miembros de la respectiva comunidad y avalados previamente por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior.





4. ¿Qué desarrollos de derecho interno se han producido de los mandatos constitucionales e internacionales?

- **Ley 1381 de 2010** reconoce las lenguas Nativas y prescribe su fomento, protección, uso, preservación y fortalecimiento de las Lenguas de grupos étnicos de Colombia.
- **Decreto 2957 de 2010**. Marco normativo para la protección integral de los derechos del grupo étnico gitano.
- El Artículo 2 de la **Ley 1448 de 2011**, por medio de la cual se dictan disposiciones de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno, señala que, las medidas de atención, asistencia y reparación para los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas, harán parte de normas específicas para cada uno de estos grupos étnicos, las cuales serán consultadas previamente a fin de respetar sus usos y costumbres, así como sus derechos colectivos.

En el mismo sentido, el artículo 205 de la Ley 1448 de 2011 entregó facultades extraordinarias al Presidente de la República para la adopción de decretos con fuerza de ley en los que se desarrolle la garantía de los derechos de las víctimas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.

En desarrollo de lo anterior, se adoptaron los **Decretos Ley No. 4633 de 2011** previsto para la reparación integral de los pueblos y comunidades indígenas; el **Decreto Ley 4634 de 2011**, para desarrollar los programas de reparación integral de los pueblos Rrom y Gitano. Y por último, el **Decreto ley 4635 de 2011**, por medio del cual se dictan normas de reparación integral a las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.





5. ¿Cuáles han sido los desarrollos jurisprudenciales más relevantes de los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes?

A la Corte Constitucional le ha correspondido aplicar los instrumentos internacionales explicados, así como los mandatos del constituyente de 1991. En desarrollo de lo anterior ha proferido decisiones, detallando las reglas jurisprudenciales relevantes para el ejercicio de los derechos de los pueblos y comunidades étnicamente diferenciados.

A continuación, se presentan algunas de las líneas jurisprudenciales más relevantes sobre los derechos de los pueblos étnicos.



5.1. El derecho a la identidad como comunidad étnicamente diferenciada

Conforme al Convenio 169 de la OIT, para que pueda reconocerse a un pueblo o comunidad étnicamente diferenciada de la cultura occidental mayoritaria deben concurrir dos elementos: (i) el **primero objetivo** y referido a que existan rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo que los diferencien de otros sectores sociales; y (ii) un **elemento subjetivo** de auto identificación e identidad grupal propia.

En el caso de los **pueblos indígenas**, el artículo 1 del Convenio 169 señala que son considerados aquellos que descenden de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

En el caso de los pueblos y **comunidades de ascendencia africana**, han sido un sector socialmente subalternizado, y que se la ha privado de una posición dominante en la configuración del Estado- Nación, razón por la cual, la Corte Constitucional ha indicado que la Ley 70 de 1993 muestra que las comunidades





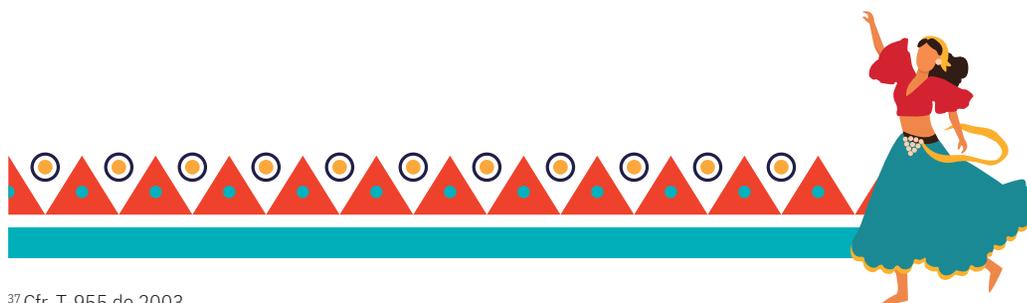
5. ¿Cuáles han sido los desarrollos jurisprudenciales más relevantes de los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes?

de la cuenca del pacífico son grupos sociales con rasgos culturales propios y diferenciados de otros sectores, e igualmente se auto identifican como pueblos diversos. De igual manera ocurre con comunidades negras de valles interandinos, y del caribe colombiano³⁷.

En la Sentencia T-576 de 2014 se aclaró que 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. Ello corresponde a las propias comunidades, en ejercicio de su autonomía.

En desarrollo de lo anterior, en relación con los **pueblos raizales** de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la Sentencia T-599 de 2016 indicó que *“comparten una historia social y cultural común con el complejo de sociedades afrodescendientes que habitan el caribe anglófono occidental. Su lenguaje creole, esencialmente oral y de base inglesa y Akán, es similar a la de otros pueblos asentados en islas vecinas como Jamaica y Corn Islands, y a lo largo de la costa caribe de Centroamérica en Panamá, Costa Rica, Nicaragua y Belice. De igual forma, estos pueblos comparten su afiliación al cuerpo de creencias y prácticas religiosas de origen Akán denominado obeah. En San Andrés y Providencia esta herencia cultural africana se complementa con la herencia anglosajona de la religión protestante (principalmente bautista) y el inglés como la lengua de la iglesia y la escuela”*, razón por la cual, se trata de un pueblo étnicamente diferenciado.

En el caso del **Pueblo Rrom y Gitano**, la Sentencia C-359 de 2013, los reconoció como pueblo étnicamente diferenciado, que ha realizado aportes a la construcción de la riqueza de la Nación pero discriminado por sus diferencias culturales. Señaló la Corte:



³⁷ Cfr. T-955 de 2003.





“Tribunal encuentra que el pueblo romaní cumple a cabalidad las exigencias para reconocer su existencia como cultura diversa en Colombia y en esa medida, en su calidad de sujeto a especial protección constitucional, adquiere y se hace merecedor, de los mismos beneficios que por la Constitución y los convenios de derechos humanos se consagran para las demás comunidades tribales, observando sus particularidades”.

La **población palenquera** es la población afrocolombiana que tiene su origen en los esclavos que se autoliberaron de los españoles entre los siglos XVII y XVIII, estableciendo poblados o palenques. Si bien existieron muchos palenques fundados por los cimarrones o esclavos liberados, el Palenque de San Basilio (primer territorio libre del continente americano) es el único que en la actualidad conserva una lengua criolla derivada de la mezcla de dialectos provenientes de África. El corregimiento de San Basilio de Palenque se ubica en el municipio de Mahates, departamento de Bolívar y fue declarado por la Unesco Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad en 2005.



5.2. El derecho a la autonomía indígena y al derecho propio.

El derecho a la autonomía de los pueblos indígenas se materializa en (i) la facultad de las comunidades de establecer autoridades judiciales propias; (ii) la potestad de conservar y/o proferir normas y procedimientos propios; (iii) el ejercicio de la jurisdicción indígena³⁸.

Para comprender el derecho de las comunidades a administrar justicia en relación con sus asuntos internos, la Corte Constitucional ha precisado dos aspectos relevantes; (i) por un lado ha indicado que, en casos de conflictos entre los miembros de un pueblo indígena y sus autoridades, las autoridades gozan de mayor autonomía; y (ii) en aquellos casos en que se presenta un conflicto entre la jurisdicción especial indígena y otras jurisdicciones, deben examinarse cuatro variables que pasaremos a explicar a continuación conforme indicó la Sentencia T-617 de 2010.

³⁸Cfr. C-139 de 1996.



En la primera línea jurisprudencial, debe indicarse que, en Sentencia C-463 de 2014, la Corte fijó tres reglas jurisprudenciales sobre los conflictos internos entre las autoridades indígenas y sus miembros.

1. Principio de **“maximización de la autonomía de las comunidades indígenas”** de acuerdo con este criterio, en asuntos de conflictos internos, los principios de la jurisdicción indígena se maximizan, salvo en aquellos eventos que choquen con otros principios constitucionales de igual jerarquía.

2. Principio de **“mayor autonomía para la decisión de conflictos internos”** el respeto por la autonomía de los pueblos indígenas es más amplia cuando se trata de conflictos que involucran únicamente a miembros de una comunidad.

3. Principio **“a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”** reformulado como **“a mayor conservación de la identidad cultural mayor necesidad de diálogo intercultural”**. En un primero momento, la jurisprudencia de la Corte Constitucional explicaba que, cuando un pueblo indígena tenía un alto grado de conservación y preservación de sus tradiciones, mayor era su autonomía. A partir del año 2009, ello fue reinterpretado, y se indicó que no resulta consistente con la Constitución de 1991 sostener que existen pueblos indígenas con mayores grados de autonomía que otros. Por tal motivo, a partir de la Sentencia T-514 de 2009, se indicó que, a mayor grado de conservación mayor necesidad de diálogo intercultural.

De las anteriores reglas jurisprudenciales, se concluye que, la autonomía indígena garantiza que las autoridades tradicionales resuelvan los asuntos y conflictos que se presentan al interior de una comunidad, y solo de manera excepcional, una autoridad pública puede intervenir. En la sentencia T-552 de 2003, se explica en los siguientes términos:





“El fuero es un derecho fundamental del individuo indígena que se estructura a partir de diversos factores, entre los que se encuentran el territorial y el personal; tiene como finalidad proteger la conciencia étnica del individuo, y garantizar la vigencia de un derecho penal culpabilista; el fuero, finalmente, pese a su carácter individual, opera como una garantía para las comunidades indígenas pues protege la diversidad cultural y valorativa.”

Mientras que la Jurisdicción especial indígena es un derecho autonómico de las comunidades indígenas de carácter fundamental; para su ejercicio deben atenderse los criterios para delimitar la competencia de las autoridades tradicionales.

Frente al derecho a administrar justicia, la jurisprudencia ha señalado las reglas para que un caso sea competencia de la jurisdicción indígena. La Sentencia T-617 de 2010 explicó que:

1. El fuero indígena protege la imposición de sanciones del derecho tradicional, siempre que no impliquen una tensión **“con lo verdaderamente intolerable desde el punto de vista de los derechos humanos, a partir de un *consenso intercultural* lo más amplio posible”³⁹**, es decir, cuando una sanción del derecho propio implica una trasgresión del derecho a la vida, la prohibición de tortura, la esclavitud y la servidumbre y el principio de legalidad, especialmente, en materia penal. El resto de las sanciones del derecho indígena están protegidas por la autonomía y jurisdicción indígena. Por ello sanciones como el fuate⁴⁰, la expulsión de un indígena de una comunidad, y hasta el retiro de las parcelas comunales⁴¹, están protegidas por los artículos 246 y 289 superiores.

2. Respecto a la definición de los eventos en los que un caso es competencia de la jurisdicción indígena, la jurisprudencia ha indicado que debe verificarse:

³⁹La Corte justifica ese consenso así: PIDCP, artículos 1º, y 2º; CEDH, Artículos 1º, 2º; CADH, Artículo 27; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes Artículo 2º, Parágrafo 2; artículo 3º común a los 4 Convenios de Ginebra. Cfr. Sentencia T-349 de 1996.

⁴⁰T-523 de 1997.

⁴¹T-300 de 2015.





5. ¿Cuáles han sido los desarrollos jurisprudenciales más relevantes de los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes?

- a) un **factor personal**, es decir que se trata de una persona que sea parte de una comunidad indígena;
- b) un **elemento geográfico o territorial**, conforme al cual las comunidades indígenas juzgan las conductas cometidas en su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas.
- c) un **factor orgánico o institucional**, conforme al cual, al interior de la comunidad nativa deben existir sistemas de derecho propio basados en usos y costumbres tradicionales, y procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad. Es decir, en torno a una institucionalidad, a partir de los cuales sea posible inferir: (i) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) un concepto *genérico* de nocividad social.
- d) un **factor o elemento objetivo**, referido a la naturaleza del conflicto, y a la naturaleza del bien jurídico tutelado, concretamente a si se trata de un interés de la comunidad indígena o de la comunidad mayoritaria. Así, si el bien jurídico afectado, o su titular pertenece, de forma exclusiva a la comunidad indígena, el elemento objetivo sugiere la remisión del caso a la jurisdicción especial indígena. Si el bien jurídico afectado, o su titular pertenece exclusivamente a la cultura mayoritaria, el elemento objetivo orienta al juez a remitir el caso a la jurisdicción ordinaria





5.3. ¿Qué es el derecho a la consulta previa? ¿a quiénes se reconoce?

Como se indicó uno de los cambios fundamentales entre el Convenio 107 y el 169, implicó la superación de la mirada paternalista en la que el Estado asumía el cuidado físico de los miembros de los grupos indígenas, pero a costa de buscar su asimilación cultural en la sociedad mayoritaria. Ahora, el documento internacional parte de la premisa de la defensa de la diferencia cultural y busca la participación de los pueblos interesados en todas las decisiones que pueda afectarlos. Entonces, se debe afirmar que el Convenio 169 de la OIT tiene como uno de sus pilares la participación.



5.3.1. ¿Qué se debe consultar?

Desarrollo de lo anterior, el artículo 6 del Convenio 169 establece que deben consultarse con las comunidades interesadas: (i) las medidas **administrativas⁴² o legislativas**. (ii) El artículo 15 del mismo instrumento señala que deben ser **especialmente** consultadas aquellas determinaciones gubernamentales referidas a la posible utilización de **los recursos minerales**. (iii) El artículo 7 del Convenio también pone énfasis en la necesidad de consultar las decisiones que afecten los **territorios titulados y ancestrales**, por ello también deben consultarse las determinaciones que afecten los espacios físicos en donde se desarrolla la vida social, cultural y espiritual estén titulados o no. (iv) Conforme al artículo 7 deben consultarse los **procesos de reubicación**. (v) Medidas de **intervención militar** del territorio. (vi) en los programas de **erradicación forzada** de cultivos de uso ilícito se ha establecido que las comunidades indígenas y negras, afrocolombianas, raizal y palenqueras deben ser consultadas, “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas”⁴⁴. No puede perderse de vista que las medidas gubernamentales dirigidas a garantizar el derecho a la educación de las comunidades étnicas también son objeto de consulta.

⁴²Decisiones tomadas por el Presidente de la República, Ministros, Directores de Departamento Administrativo, Superintendentes, Autoridades Ambientales, Gobernadores, Secretarios del Despacho del Gobernador, Alcaldes, por ejemplo.

⁴³El Congreso de la República al aprobar leyes, o el presidente al proferir Decretos con fuerza de ley.

⁴⁴SU-383DE 2003





5. ¿Cuáles han sido los desarrollos jurisprudenciales más relevantes de los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes?

En el caso de las comunidades negras, la Ley 70 de 1993 prevé la consulta en tres situaciones: (i) en la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades negras que desarrollen prácticas tradicionales, (artículo 22); (ii) en la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades, (artículo 38); y (iii) en la conformación de la “**unidad de gestión de proyectos**” que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social, para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos, (artículo 58).

La SU-123 de 2018 a título de ilustración precisó que deben consultarse, entre otras:

“La Corte ha explicado que, entre otros, existe afectación directa a las minorías étnicas cuando: (i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales⁴⁵; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica⁴⁶; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento⁴⁷ y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio⁴⁸. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido.”

⁴⁵Sentencia T-1045A de 2010, T-256 de 2015 y SU-133 de 2017

⁴⁶Sentencia T-733 de 2017

⁴⁷Sentencia T-1045A de 2010

⁴⁸Sentencia T-256 de 2015





5.3.2. ¿A quién se debe consultar?

Se debe consultar a los pueblos indígenas y a las comunidades afrocolombianas⁴⁹, raizales⁵⁰, Rrom y Gitanas⁵¹.



5.3.3. ¿Qué principios guían la consulta?

La jurisprudencia ha indicado que deben seguirse varias reglas para que la participación de las comunidades étnicas sea genuina. Por un lado ha indicado que:

1. 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.);

2. 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;

3. 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;

4. La consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades Y,

⁴⁹“En lo relativo a esta definición particular, es de anotar que el término “tribal” difícilmente puede entenderse en el sentido restringido de una “tribu” (...) Por ese motivo, resulta más apropiado interpretar el término “tribal” en el sentido amplio... los términos “pueblos indígenas”, “minorías étnicas indígenas” y “grupos tribales” se refieren, en general, a grupos sociales que comparten una identidad cultural distinta a la de la sociedad dominante.(...) Es así como, en síntesis, la norma internacional en comento hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios: (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. (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” (...) De la definición legal que consagra el artículo 2-5 de la Ley 70/93, se desprende que las comunidades negras cumplen con esta doble condición, y por ende se ubican bajo el supuesto normativo del Convenio mencionado (169 de la OIT)” C-169 de 2001

⁵⁰SU-097 de 2017

⁵¹C-359 de 2013.





5. ¿Cuáles han sido los desarrollos jurisprudenciales más relevantes de los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes?

5. La consulta debe ser *flexible*, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos y las comunidades.

En el mismo sentido se ha señalado que cuando se desarrolla la consulta, las autoridades públicas deben garantizar en todo momento que:

6. Sea *previa* a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida;

7. Los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (pre consulta o consulta de la consulta);

8. Se adelante con los representantes legítimos del pueblo o comunidad interesada; y,

9. 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;

Por último, cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social.



5.4. El derecho a la etno-educación.

La Ley 115 de 1994, (por la cual se expide la ley general de educación), definió el concepto de etnoeducación como la *“que se ofrece a grupos o comunidades que integran la nacionalidad y que poseen una cultura, una lengua, unas tradiciones y unos fueros propios y autóctonos. Esta educación debe estar ligada al ambiente, al proceso productivo, al proceso social y cultural, con el debido respeto de sus creencias y tradiciones”*.





En el mismo sentido, el artículo 28.3 del Convenio 169 establece que el Estado debe adoptar disposiciones para preservar las lenguas indígenas y tribales (comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera). Así como promover el desarrollo y la práctica de estas.

El artículo 1 de la Ley 1381 de 2010 señala que las lenguas nativas son las de uso habladas por los grupos étnicos del país, así: las de origen indoamericano, habladas por los pueblos indígenas, las lenguas criollas habladas por comunidades afrodescendientes y la lengua Romaní hablada por las comunidades del pueblo Rrom o gitano y la lengua hablada por la comunidad raizal del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.



5.5. El reconocimiento al derecho al territorio.

Tanto la Constitución Política en su Artículo 63, como el Convenio 167 de la OIT, en sus artículos 13, 14 y 16, y la Declaración Universal de los derechos de los pueblos indígenas ha señalado que, parte de la identidad de los pueblos étnicamente diferenciados se relaciona con, el territorio que habitan, en el que ejercen sus prácticas religiosas y del que obtienen los recursos para su subsistencia. Por ese motivo, y bajo la consigna que, en ocasiones el desarraigo tiene un efecto disolvente de la identidad étnicamente diferenciada, es que los documentos internacionales y nacionales han protegido el derecho de las comunidades negras (ley 70 de 1993) y de los pueblos indígenas a la tierra, y el territorio.

El derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios es una garantía fundamental que permite hacer efectivos los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, entre estos, la autonomía y la autodeterminación, especialmente, la integridad, la identidad étnica y cultural, el abastecimiento económico y, por ende, para preservar la supervivencia de estos pueblos, debido a que implica la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales y desarrollar sus prácticas ancestrales.





5. ¿Cuáles han sido los desarrollos jurisprudenciales más relevantes de los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes?

Es indiscutible que existe un vínculo muy fuerte entre el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural y la necesidad que esto genera de preservar el territorio ancestral de las comunidades y pueblos tribales.

Para la Corte⁵² el territorio es un concepto que, debe entenderse en términos de ámbito territorial de la comunidad y señaló la posibilidad de considerar un eventual “*efecto expansivo*” del territorio:

“[E]l territorio no podría interpretarse exclusivamente conforme a la pretensión de pertenencia según criterios ancestrales, [sino también] vinculado a la efectiva presencia de la comunidad y a la capacidad de sus autoridades tradicionales para ejercer control social de manera autónoma, esto es, con exclusión de otras autoridades. El territorio se configura a partir de la presencia efectiva de la comunidad en una zona que objetivamente pueden tener como propia y en la que se desenvuelve la cultura de un modo exclusivo “Cabría hablar, entonces, de un territorio culturalmente conformado, en la medida en que es objeto de apropiación comunitaria”.

Como lo reconoce la ley 70 de 1993 en el capítulo tercero, art. 6, se establece la adjudicación colectiva de los suelos y los bosques, así como las excepciones en las adjudicaciones colectivas. El literal g del artículo puntualiza que “con respecto a los suelos y los bosques incluidos en la titulación colectiva, la propiedad se ejercerá en función social y le es inherente una función ecológica”. El artículo séptimo establece que “en cada comunidad, la parte de la tierra de la comunidad negra destinada a su uso colectivo es inalienable, imprescriptible e inembargable”.

⁵²T-1238 de 2004.





5.6. Derecho a la reparación integral con enfoque étnico.

Las comunidades indígenas y negras y afrocolombianas han sufrido de manera diferenciada los impactos del conflicto armado. Debido a su situación de vulnerabilidad, a su ubicación geográfica y a que actores armados determinaron que los territorios étnicos tenían un papel estratégico en el desarrollo de las hostilidades. Por ello, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que el conflicto armado tiene efectos diferentes, al punto que ponen en riesgo su propia existencia. Consecuencia de lo anterior, la Corte en los Autos 004 de 2009, y 091 de 2008, ha indicado que es deber del Estado garantizar que el ejercicio a los derechos a la verdad, la justicia, la reparación integral y las garantías de no repetición, los programas de reparación integral a las víctimas del conflicto armado atiendan a las particularidades de los pueblos étnicos, que las medidas sean consultadas con el fin de evitar prácticas en las que (i) no se garantice la participación; (ii) se reconstruya el tejido social destruido por actores armados y (iii) se creen condiciones económicas, sociales e institucionales para que la victimización no se vuelva a repetir.

Por lo anterior, la Ley 1448 de 2011 establece que el Presidente de la República a través de decretos ley desarrollará los programas de atención y reparación integral a las comunidades étnicas afectadas por el conflicto armado. En los Decretos 4633, 4634 y 4635 de 2011, se establecieron los programas administrativos de atención y reparación a la población étnicamente diferenciada, victimizada durante el conflicto armado colombiano.

