

Sentencia C-253/13

(Bogotá DC, abril 25 de 2013)

EXIGENCIA DE CONSULTA PREVIA EN MEDIDAS LEGISLATIVAS-Nueva regla jurisprudencial/CONSULTA PREVIA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS O ADMINISTRATIVAS EN SENTENCIA C-030 DE 2008-Parámetro de control constitucional

La Corte nunca abordó ni hizo explícito el problema de la aplicación retroactiva de las reglas sobre el procedimiento de la Consulta Previa consolidadas y desarrolladas en la sentencia C-030 de 2008 para medidas legislativas relativas a todos los asuntos que afectaran directa y específicamente a los grupos étnicos. Se trataba en esos casos de enfrentar situaciones límite en las que se aplicó la regla jurisprudencial en precisas materias donde era evidente la afectación a los derechos de los grupos étnicos, tal y como sucedió en el caso de la Ley Forestal y del Estatuto de Desarrollo Rural. Sin embargo, y a pesar de tratarse de un precedente reiterado en múltiples ocasiones por la Corte, el hecho de que no se haya planteado el problema de la aplicación de un procedimiento inexistente en el ordenamiento jurídico pero desarrollado por vía jurisprudencial con posterioridad al trámite y expedición de ciertas medidas legislativas, hace imperativo que la Corte defina en esta ocasión la exigibilidad de este requisito para las leyes ordinarias, estatutarias o aprobatorias de tratados, y en actos legislativos que se hayan tramitado -no expedido-, después de la sentencia C-030 de 2008. En efecto, resulta desproporcionado e irrazonable, el que un procedimiento no contemplado en el ordenamiento jurídico como la consulta previa, pueda ser exigible para medidas legislativas posteriores al establecimiento de reglas procedimentales en esta materia por vía jurisprudencial y de interpretación del Convenio 169 de la OIT. Lo anterior supone la imposibilidad de juzgar o reprochar las actuaciones del Congreso con base en un parámetro de control de constitucionalidad, fundamentado en reglas inexistentes en el momento de tramitar una ley o acto legislativo. Sin embargo, consolidado el precedente en el 2008 el Legislador ciertamente no puede ignorar la existencia de este parámetro de control de constitucionalidad de las leyes y debe ir más allá incorporándolo en la Ley orgánica del Congreso o a través de una ley estatutaria. En consecuencia y por las razones aludidas, la Corte adopta una línea jurisprudencial en

materia de exigibilidad de la consulta previa, respecto de medidas legislativas o administrativas anteriores a la sentencia C-030 de 2008. En adelante, este parámetro de control de constitucionalidad, se aplicará exclusivamente a aquellas leyes y medidas tramitadas con posterioridad a la citada sentencia.

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

La Corte no puede juzgar una palabra aislada del contexto en el que se examina la inconstitucionalidad. Las normas que se acusan fueron luego de promulgada la Constitución de 1991 la cual pretendió reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación proclamando los derechos de los grupos étnicos entre los que se incluyen los pueblos indígenas y las comunidades negras. El legislador, por su parte, desarrolló el mandato constitucional en disposiciones que consagran acciones afirmativas para promover la integración de estas comunidades. La palabra no se utiliza pues en un contexto de exclusión, ni de invisibilización, ni de desconocimiento de la dignidad humana de los afrocolombianos, sino por el contrario, en un marco normativo que reconoce sus derechos sociales, políticos y económicos. En otras palabras, la utilización de la expresión “comunidades negras” en la Constitución, las leyes y la jurisprudencia, expande el principio de dignidad humana en el marco de la igualdad material otorgando mayores garantías a estos grupos por encima del resto de la población. Eliminar de las disposiciones acusadas la expresión “comunidades negras” sería, como lo anotan algunas de las intervenciones, silenciar la lucha de una parte importante de la población afrocolombiana que se identifica como negra, y que desea ser denominada de esta manera. En otras palabras, no es precisamente eliminando la expresión acusada en disposiciones legislativas que se favorece a determinado grupo étnico, que se erradica el racismo y se proscribe la discriminación. De lo anterior se desprende lo siguiente: (i) siempre será necesario contextualizar en cada caso el sentido y significado de las palabras en el plano jurídico, histórico y social; (ii) los términos contenidos en disposiciones de menor jerarquía, que transcriben expresiones consagradas en la Constitución, no son inconstitucionales; (iii) las palabras o términos que sean empleados para denominar un determinado grupo étnico no son contrarios a la Constitución cuando el mismo grupo se autodenomina de esa manera y lo hace en aras de su propia reivindicación histórica; (iv) las expresiones empleadas por el Legislador para designar a un grupo titular de ciertos derechos o para promover acciones afirmativas a su

favor, son concordantes con la Constitución.

DENOMINACION DE “COMUNIDADES NEGRAS” CONTENIDA EN LEY 70 DE 1993, LEY 649 DE 2001 Y DECRETO 2374 DE 1993-No impone la realización de una consulta previa a estas comunidades

No advierte la Corte violación del derecho a la consulta previa, puesto que las reglas de procedimiento en materia de consulta para la expedición de medidas legislativas fueron desarrolladas por vía jurisprudencial con posterioridad al trámite de la Ley 70 de 1993 y del Decreto 2374 de 1993, razón por la cual, no resultaban exigibles en ese momento para el Legislador. La Corte adopta como regla jurisprudencial la exigencia de consulta previa como condición de validez de las normas expedidas con posterioridad a la sentencia C-030 de 2008, por cuanto allí se consolidó el precedente jurisprudencial en esta materia.

CONSULTA PREVIA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS-Criterios jurisprudenciales

Los criterios generales reiterados por la jurisprudencia en relación con la consulta previa de medidas legislativas hasta el 2007, se pueden resumir en los siguientes puntos: (1) reconocimiento de la inexistencia de un procedimiento establecido en el Convenio 169 de la OIT y en la Constitución para realizar la consulta; (ii) la importancia de tener en cuenta el principio de buena fe y la flexibilidad que exigen este tipo de procedimientos, de lo cual se desprende que la participación de las comunidades en la adopción de las medidas legislativas que las afecten debe ser oportuna, efectiva y suficiente y no puede reducirse a un mero trámite informativo; (iii) la necesidad de realizar una pre-consulta en la que el Gobierno y las comunidades establezcan la manera en la que se realizará la consulta; (iv) el que no se llegue a un acuerdo con las comunidades, no exime a las autoridades de adoptar una ley siempre que el trámite haya garantizado la real y efectiva participación de las comunidades; (v) la participación de los grupos étnicos no culmina con la radicación del proyecto sino que continúa en el Congreso con los representantes legítimamente elegidos por dichas comunidades; (vi) cuando para la aplicación de las medidas establecidas en una ley se requiere de ulteriores procesos de consulta, el examen del requisito de consulta previa para la disposición legislativa es más flexible.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POSTERIOR A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LEY ESTATUTARIA-Excepciones a la regla de cosa juzgada constitucional/CONTROL DE

CONSTITUCIONALIDAD DE LEY ESTATUTARIA CON POSTERIORIDAD A REVISION PREVIA-Reglas de procedencia excepcional

Sobre la procedencia de controles de constitucionalidad posteriores a la entrada en vigencia de una ley estatutaria, la jurisprudencia ha reiterado que éstos no proceden en virtud del mandato contenido en el numeral 8º del artículo 241 superior que ordena a la Corte realizar un estudio integral y “definitivo” de la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria. No obstante lo anterior, también se han contemplado algunas excepciones a esta regla. En la sentencia C-011 de 1994, se estableció que la Corte podrá examinar una ley estatutaria: (1) cuando el vicio de constitucionalidad surja con posterioridad al control previo; (2) en el caso en que se presente un cambio de las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento para el inicial pronunciamiento de constitucionalidad.

CONTROL CONSTITUCIONAL PREVIO DE LEY ESTATUTARIA SOBRE ACCIONES AFIRMATIVAS EN PARTICIPACION DE GRUPOS ETNICOS EN EL CONGRESO-Cosa juzgada absoluta

COMUNIDADES NEGRAS-Marco normativo

La Ley 70 de 1993, “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”, tiene como objetivo central reconocer a las comunidades negras, y fortalecer los mecanismos de protección de sus derechos e identidad cultural con el fin de fomentar condiciones de igualdad real para estas poblaciones. El texto de la Ley fue redactado por la Comisión Especial para las Comunidades Negras, creada mediante el Decreto 1232 de 1992, integrada por representantes de las comunidades afrocolombianas, miembros de las instituciones gubernamentales y académicos. Los principios que orientan este cuerpo normativo son los del reconocimiento, la protección de la autonomía, de la participación y la protección del medio ambiente en los lugares donde habitan las comunidades. Varias disposiciones en los diferentes capítulos de la ley, regulan lo atinente al reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva, el uso de la tierra y la protección de los recursos naturales y el medio ambiente, los recursos mineros, la protección de los derechos a la identidad cultural y la planeación y fomento del desarrollo económico y social. Para facilitar la realización de sus objetivos, la Ley prevé en sus disposiciones finales la apropiación de los recursos necesarios para su realización, así como la creación de la dirección de asuntos para las comunidades negras con asiento en el Consejo de Política económica y social, en

el Ministerio de Gobierno. De este modo, la Ley 70 de 1993 y sus posteriores decretos reglamentarios, definieron los derechos territoriales, económicos, políticos y culturales de las comunidades afrocolombianas. A raíz de esta Ley, se consolidaron las organizaciones de las comunidades negras y se definió el esquema de participación de las mismas en las decisiones del Estado, como sucedió con la creación de los Consejos Comunitarios de las Comunidades afrocolombianas y asociación de consejos raizales, palenqueros- Afro y con la creación de la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras. El Decreto 2374 de 1993 adicionó el Decreto 2128 de 1992 en relación con las funciones del Instituto Colombiano de Antropología, ICAN para fomentar la realización de programas, proyectos de desarrollo cultural y social e investigaciones de las culturas afrocolombianas contribuyendo a su preservación. De este modo, a través del mencionado decreto, se asignaron al Instituto Colombiano de Antropología competencias específicas para promover la investigación, asesoría y apoyo en proyectos encaminados a la preservación y desarrollo de la identidad cultural de las comunidades negras, con la participación de las comunidades negras y sus organizaciones. El Decreto 2374 de 1993 hace parte del conjunto de disposiciones que se expidieron en el marco de la política de protección y reconocimiento de las comunidades negras consagrada en la Ley 70 de 1993.

DERECHOS DE LAS COMUNIDADES ETNICAS-Instrumentos internacionales

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

LENGUAJE JURIDICO-Jurisprudencia constitucional

La jurisprudencia constitucional ha examinado en varias ocasiones la utilización del lenguaje por parte de las normas legales, reiterando que este debe ajustarse a la dignidad humana y a los principios y valores constitucionales. El Alto Tribunal ha resaltado que el lenguaje no es un medio neutral de comunicación y que, por el contrario, tiene un enorme poder instrumental y simbólico. En este sentido, puede ser modelador de la realidad o reflejo de la misma, proyectándose en el lenguaje jurídico y constituyéndose así en un factor potencial de inclusión o exclusión social.

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Sistematización de criterios y

ampliación de ámbitos de aplicación en la jurisprudencia constitucional/CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ÉTNICOS-Definición del Contenido y alcance en medidas legislativas no circunscritas a la explotación de recursos naturales en sus territorios o a la delimitación de los mismos/CONSULTA PREVIA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS-Elementos fundamentales

La sentencia C-030 de 2008, que examinó la constitucionalidad de la Ley 1021 de 2006 “Por la cual se expide la Ley General Forestal”, sistematizó los criterios que la jurisprudencia había venido desarrollando y amplió los ámbitos de aplicación de la consulta previa. La citada sentencia también avanzó en la definición del contenido y el alcance de la consulta previa como mecanismo de participación de los grupos étnicos cuando se trate de medidas legislativas no circunscritas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios (CP art. 330) o a la delimitación de esos mismos territorios (CP art. 229). Con base en lo anterior, se definieron tres elementos fundamentales de la consulta: (1) Con respecto a la obligatoriedad de la misma, se estableció que la consulta no procede para todas las medidas legislativas, sino solamente para aquellas susceptibles de afectar directa y específicamente a los grupos étnicos, independientemente de que el efecto en las comunidades sea positivo o negativo. (2) En cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar para la realización de la consulta, la sentencia reiteró que si bien ni el Convenio ni la Constitución definen el procedimiento aplicable, este deberá atender a criterios de flexibilidad y al principio de buena fe. Así, el Estado está llamado a establecer las condiciones para efectuar consultas efectivas y conducentes, “sin términos perentorios ni condiciones ineludibles”. La idea de la consulta es posibilitar la concertación de manera oportuna para que las intervenciones sean útiles, y con voceros representativos. La oportunidad de la consulta es claramente anterior a la radicación del proyecto, sin embargo el proceso participativo continúa en el Congreso con los representantes elegidos por las comunidades. En cualquier caso es responsabilidad del Gobierno promover la consulta en casos que sean de su iniciativa o ponerla en conocimiento de los órganos representativos competentes de las comunidades cuando no sean proyectos propios. (3) La consecuencia de omitir el deber de consulta previa se traduce en el incumplimiento del compromiso internacional asumido por el Estado con el Convenio 169 de la OIT; igualmente supone el desconocimiento de la Constitución y por ello puede solicitarse el amparo de este derecho mediante la acción de tutela. Tratándose de leyes, la omisión de la consulta previa produce la declaración de inconstitucionalidad de una ley, o la declaratoria de

constitucionalidad condicionada excluyendo de su ámbito de aplicación los grupos étnicos afectados, o la declaración de una omisión legislativa por no haber previsto medidas orientadas a estas comunidades. Habiendo sistematizado el alcance y requisitos de la consulta, la Corte declaró inexecutable la Ley Forestal luego de comprobar que el proceso de socialización del proyecto con los grupos étnicos afectados, no fue específico, ni suficiente y porque no se propiciaron espacios de concertación adecuados antes de la radicación del proyecto de ley en el Congreso. La Corte considera que, si bien antes de la sentencia C-030 de 2008 la jurisprudencia había desarrollado claros criterios de procedibilidad de la consulta previa de medidas legislativas, la citada sentencia constituye el precedente más relevante en esta materia. En efecto, no solo se amplió la posibilidad de la consulta a otras medidas legislativas diferentes a las relacionadas con explotación de recursos naturales en territorios de los grupos étnicos, sino que se sistematizaron los requisitos y criterios para su implementación y, lo más importante, se definieron claramente los efectos, o bien la inexecutable, executable parcial o declaración de omisión legislativa, en los casos en los que no se efectuara la consulta. La reiteración de este precedente en sentencias posteriores pone de manifiesto la relevancia del mismo. Después de la sentencia C-030 de 2008, la Corte examinó numerosas medidas legislativas aplicando el citado precedente. Entre las más representativas se encuentran, por ejemplo, la C-461 de 2008 que analizó la constitucionalidad de la Ley 1151 de 2007, contentiva del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, declarando executable la ley pero suspendiendo la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma con potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realizara en forma integral y completa la consulta previa específica. Asimismo, la sentencia C-175 de 2009, que declaró inexecutable la Ley 1152 de 2007, “por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones” considerando que los debates y acercamientos que propició el Gobierno con los grupos étnicos no fueron oportunos por iniciarse con posterioridad a la radicación del proyecto de ley y porque no se efectuó la pre-consulta. Además de examinar el requisito de la consulta previa con respecto a leyes, la Corte ha ido ampliando este análisis a las leyes estatutarias -cambiando el precedente de la sentencia C-169 de 2001-, a tratados y a actos legislativos. Sin embargo, en todos los casos se ha reiterado el precedente sentado por la sentencia C-030 de 2008. Ninguna de las medidas legislativas analizadas en estas providencias es anterior al año

2006. En dichas sentencias se afinan los criterios de afectación directa, específica y particular de las medidas legislativas con relación a los grupos étnicos, que hacen exigible la consulta y se examinan leyes referidas a asuntos no siempre circunscritos a las materias contenidas en el artículo 330 constitucional. Habiendo repasado el precedente jurisprudencial sobre la exigibilidad de la consulta previa en el caso de medidas legislativas que afecten directa y específicamente a los grupos étnicos, la Corte concluye que es la sentencia C-030 de 2008 la que re-conceptualiza la línea jurisprudencial y avanza en el establecimiento de los requisitos y características de la consulta. Esto es, se erige en el precedente principal en esta materia, ya que consolida el parámetro de control que consiste en la realización de la consulta previa en el proceso de formación de las leyes, como garantía de la realización del derecho de dichas comunidades de participar en las decisiones que las afectan directamente.

CAMBIO DE PRECEDENTE-Jurisprudencia constitucional/CAMBIO DE PRECEDENTE CONSTITUCIONAL-Reglas

La importancia de mantener un precedente, en particular cuando este ha sido sentado por las Altas Cortes, en las que se unifica la jurisprudencia sobre diferentes materias, responde a la necesidad de garantizar la igualdad, la seguridad jurídica, la coherencia y el control de las decisiones judiciales. La falta de certeza sobre las decisiones de los jueces impide a los ciudadanos conocer el contenido y alcance de sus derechos y obligaciones, y genera caos y anarquía. No obstante lo anterior, el ordenamiento jurídico evoluciona y no puede petrificarse. Por ello, se ha reconocido la existencia de circunstancias taxativas excepcionales, que pueden dar lugar a un cambio de precedente en la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre. Las reglas sobre cambio de precedente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, han sido reiteradas en numerosas sentencias y se asocian con tres condiciones básicas: (1) En primer lugar, cuando la legislación se modifica, se justifica un cambio de jurisprudencia, para evitar contravenir la voluntad del legislador, y de esta manera, promover la colaboración armónica entre las ramas del poder y contribuir al principio democrático de soberanía popular. (2) De otro lado, se ha admitido el cambio de precedente cuando transformaciones en la situación social, política o económica vuelvan inadecuada la interpretación que la jurisprudencia había hecho sobre determinado asunto. Es este el caso, por ejemplo, del cambio de precedente en relación con los derechos de las parejas del mismo sexo que ocurrió en la jurisprudencia de la Corte a partir de la sentencia

C-075 de 2007. En estos eventos, es necesario replantear la jurisprudencia fundamentando cuidadosamente el cambio en principios y reglas reformuladas. (3) Pero también puede suceder que cierta doctrina jurisprudencial resulte contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico, caso en el cual será necesario sentar un nuevo precedente. Sin embargo, para justificar un cambio jurisprudencial de esta naturaleza es imperativo que se argumenten razones fundadas en relación con la decisión que se pretende cambiar y que primen sobre el principio de seguridad jurídica e igualdad que sustentan el principio esencial del respeto del precedente. Tal y como lo describe la sentencia SU-047 de 1999, “el respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas-.”

Referencia: expediente D-9305

Actor: Harold Javier Palacios Agresott

Demanda de inconstitucionalidad contra: parcial contra la expresión “comunidades negras” contenida en Ley 70 de 1993 “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”, la Ley 649 de 2001 “Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”, el Decreto 1332 de 1992, “Por el cual se crea la comisión especial para las comunidades negras, de que trata el artículo transitorio número 55 de la Constitución Política, sobre el reconocimiento de los derechos territoriales y culturales; económicos, políticos y sociales del pueblo negro de Colombia; y se establecen

las funciones y atribuciones de la misma”, el Decreto 2374 de 1993 “Por el cual se adiciona el Decreto 2128 de 1992 y se dictan otras disposiciones”.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES.

1. Texto normativo demandado.

1.1. El ciudadano Harold Javier Palacios Agresott presentó demanda de inconstitucionalidad contra de la expresión “comunidades negras” contenida en: la Ley 70 de 1993 “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”; la Ley 649 de 2001 “Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”; el Decreto 1332 de 1992, “Por el cual se crea la comisión especial para las comunidades negras, de que trata el artículo transitorio número 55 de la Constitución Política, sobre el reconocimiento de los derechos territoriales y culturales; económicos, políticos y sociales del pueblo negro de Colombia; y se establecen las funciones y atribuciones de la misma”; el Decreto 2374 de 1993 “Por el cual se adiciona el Decreto 2128 de 1992 y se dictan otras disposiciones”; el Decreto 2313 de 1994 “Por el cual se adiciona la estructura interna del Ministerio de Gobierno con la Dirección de Asuntos para las Comunidades Negras y se le asignan funciones”; el Decreto 2314 de 1994 “Por el cual se crea la Comisión de Estudios para la formulación del Plan de Desarrollo para las Comunidades Negras”; el Decreto 2663 de 1994 “Por el cual se reglamentan los capítulos X y XIV de la Ley 160 de 1994, en lo relativo a los procedimientos de clarificación de la situación de las tierras desde el punto de vista de la propiedad, de delimitación o deslinde de las tierras del dominio de la Nación y los relacionados con los resguardos indígenas y las tierras de las comunidades negras”; el Decreto 2248 de 1995 “Por el cual se establecen los parámetros para el Registro de Organizaciones de las Comunidades Negras”; el Decreto 2249 de 1995 “Por el cual se crea la Comisión Pedagógica de las Comunidades Negras”; el Decreto 851 de 1996 “Por el cual se modifica y adiciona el artículo 1º del Decreto 2249 de 1995”; el Decreto 1627 de 1996 “Por el cual se reglamenta el artículo 40 de la Ley 70 de 1993”; el Decreto 2344 de 1996 “Por el cual se subroga el artículo 12 del Decreto 2248 de 1995, relativo a las Secretarías de las Comisiones Consultivas Regionales, Departamentales y Distrital de Bogotá”; el Decreto 1122 de 1998 “por el cual se expiden normas para el desarrollo de la

Cátedra de Estudios Afrocolombianos, en todos los establecimientos de educación formal del país y se dictan otras disposiciones”; el Decreto 2253 de 1998 “Por el cual se crea la Comisión de Estudios para formular el Plan de Desarrollo de las Comunidades negras”; el Decreto 3050 de 2002 “Por el cual se reglamenta el artículo 57 de la Ley 70 de 1993”; el Decreto 1523 de 2003 “Por el cual se reglamenta el procedimiento de elección del representante y suplente de las comunidades negras ante los consejos directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales y se adoptan otras disposiciones”; el Decreto 3323 de 2005 “Por el cual se reglamenta el proceso de selección mediante concurso para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente, se determinan criterios para su aplicación y se dictan otras disposiciones”; el Decreto 4007 de 2006 “Por el cual se modifican los artículos 2°, 3° y 6° y se deroga el artículo 4° del Decreto 3050 de 2002”; el Decreto 1720 de 2008 “por el cual se modifica la estructura del Ministerio del Interior y de Justicia y se dictan otras disposiciones” y el Decreto 3770 de 2008 “Por el cual se reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras; se establecen los requisitos para el Registro de Consejos Comunitarios y Organizaciones de dichas comunidades y se dictan otras disposiciones”.

1.2. Mediante auto admisorio del 28 de septiembre de 2013, se admitieron únicamente los cargos frente a la expresión “comunidades negras” contenida en Ley 70 de 1993 “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”, la Ley 649 de 2001 “Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”, el Decreto 1332 de 1992, “Por el cual se crea la comisión especial para las comunidades negras, de que trata el artículo transitorio número 55 de la Constitución Política, sobre el reconocimiento de los derechos territoriales y culturales; económicos, políticos y sociales del pueblo negro de Colombia; y se establecen las funciones y atribuciones de la misma”, el Decreto 2374 de 1993 “Por el cual se adiciona el Decreto 2128 de 1992 y se dictan otras disposiciones”[1]. Las otras normas demandadas no fueron admitidas para el examen constitucional en la medida en que dicho tipo de control está excluido de la competencia asignada a este Tribunal por el artículo 241 Superior, y porque tampoco hacen parte de las competencias atípicas señaladas por la jurisprudencia.

Debido a la extensión de las normas acusadas, la Corte se abstendrá de transcribirlas.

2. Demanda: pretensión y cargos.

2.1. Pretensión.

Según el demandante, las disposiciones acusadas deben ser declaradas inexecutable porque vulneran los artículos constitucionales 1º, 2º, 4º, 7º, 13, 17, 93, y porque omitieron la consulta previa ordenada en el Acuerdo 169 de OIT. Y solicita la aplicación de los apartes 190 y 193 de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y Otras formas conexas de Intolerancia, realizada en Santiago de Chile en el año 2000.

2.2. Violación de los artículos constitucionales 1º, 2º, 4º, 7º, 13, 17, 93.

Al crear leyes que contengan la expresión comunidades negras, se está reconociendo el legado de la esclavitud que ha contribuido a la permanencia del racismo, a la discriminación racial, a la xenofobia y a formas conexas de intolerancia. En este sentido, se señala que “no es correcto hacer uso del lenguaje que quedó como legado de este fatídico episodio, desde ningún punto de vista es correcto rendir culto a este hecho utilizando el mismo calificativo que usaron los esclavistas como lo es el uso de la palabra negro en contra de personas originarias de África, sin saber las consecuencias negativas que esta palabra tuvo en ese momento histórico y tiene en la actualidad”.

No entiende el demandante por qué, al abrigo de la C.P. de 1991, es necesario utilizar términos con una connotación tan negativa, si podrían utilizarse otras expresiones como la de afrodescendiente, palenquero o raizal. Agrega que, generalmente, la palabra “negro” está asociada con términos negativos y afirma que en la actualidad, la discriminación a la que alude esta expresión es el racismo discursivo - racismo moderno-, e institucional -como un sistema de dominación y desigualdad social-. Considera que en los estados dominados por un grupo étnico mayoritario, las actuaciones administrativas, judiciales y legislativas tienden a reproducir los discursos racistas y discriminatorios. Para demostrar este punto, hace un recuento histórico de la utilización de la palabra “negro” y enuncia los significados negativos a los cuales se asocia en el Diccionario de la Real Academia Española.

Asimismo, compara el uso de dicho término en Colombia y en Estados Unidos observando que, en este último, no se utiliza la palabra “negro” en el ordenamiento jurídico por

considerarla ofensiva y racista, por lo que se prefiere la expresión “afroamericano”.

Señala la demanda, que se ha desconocido la C.P. por haber omitido la realización de una consulta previa a fin de indagar si las personas afrocolombianas consideran que es adecuado denominarlas “negros” o “negras” en las disposiciones acusadas, situación que afecta directamente a estas comunidades por los estereotipos y prejuicios que genera la referida expresión.

3. Intervenciones.

3.1. Discriminación y carga simbólica de la palabra comunidades negras.

3.1.1. Ministerio del Interior: inhibición o exequibilidad.

Considera que la demanda es inepta por carecer de argumentos que permitan realizar un examen de constitucionalidad sobre la base de razones ciertas, precisas y pertinentes. Advierte que la propia Constitución en el artículo transitorio 55 prevé la expresión “comunidades negras” sin que lo anterior suponga ninguna discriminación o desconocimiento de la dignidad humana que representa el fundamento axiológico de la Carta Política. Por el contrario, las luchas y reivindicaciones de estas comunidades se han traducido en acciones afirmativas.

En el caso en el que la Corte no se inhiba, deberá declarar exequibles las disposiciones acusadas, puesto que estas se fundamentan en la Constitución Política de 1991 al constituir un marco de protección a una población vulnerable y por perseguir un objetivo legítimo. Así, “de prosperar los argumentos del ciudadano, no habría política pública en marco de la igualdad material como fundamento del que hacer del Estado Social de Derecho”.

3.1.2. Ministerio de Educación Nacional: inhibición parcial y exequibilidad.

Advierte que algunas de las normas acusadas no se encuentran vigentes, tal y como ocurre con el Decreto 1332 de 1992, 2374 de 1993, 2113 de 1994, 2314 de 1994, 2253 de 1998, 2248 de 1995, 2344 de 1996 y 1720 de 2008. Solicita que la Corte se declare inhibida para examinar los cargos presentados por el demandante por carecer estos de los requisitos señalados por esta Corporación. Entre otras cosas, estima que los argumentos del demandante además de ser impertinentes y de no justificar la supuesta violación de la

dignidad humana, son “genéricos, abstractos y globales además descontextualizan la expresión “comunidades negras” de cada uno de los textos legales en donde la misma está incluida”. Pone de presente que el artículo 55 transitorio de la Constitución contempla la expresión contenida en las normas acusadas. Cita sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en las que se ha hecho referencia a las “comunidades negras” e indica que el uso de esta expresión debe admitirse cuando se trate de identificar a un grupo de personas en especial cuando se pretenda adoptar medidas a su favor.

La mención de la expresión demandada en las diferentes normas, no tiene el ánimo de discriminar ni posee la connotación negativa que pretende el accionante, por el contrario, trata de dar cumplimiento a los mandatos constitucionales establecidos en los artículos 7º, 68 y 70, ya que en virtud del carácter multiétnico y pluricultural del Estado colombiano, se busca implementar políticas a favor de las diferentes comunidades étnicas, como sucede por ejemplo en materia de educación.

3.1.3. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural: inhibición o exequibilidad.

Solicita a la Corte se declare inhibida para pronunciarse sobre la demanda de la referencia, por considerar que el demandante se limita a realizar una interpretación histórica de la palabra “negro” y aduce una supuesta violación de la C.P. a partir de su propia interpretación de dicha expresión.

En caso de no inhibirse, se pide a la Corte que declare exequibles las disposiciones demandadas. Se hace un recuento de la utilización del término negro en el tiempo, en la antropología, así como en la construcción de categorías políticas y en las manifestaciones musicales y literarias. Citando diversos autores, se destaca que la búsqueda de un “etnónimo irrefutable” sigue siendo un asunto complejo, que debe trascender el “autoritarismo académico” de modo que la cuestión del autoetnónimo debe responder a estas mismas comunidades las cuales, como todas las culturas en general, han atravesado un proceso de mutación, alienación y aculturación. Se pone de presente el hecho de que en Colombia no ha sido posible acuñar un término común para estas comunidades puesto que poblaciones como la de San Basilio de Palenque, han exigido su reconocimiento como “palenqueros”. Asimismo los “raizales” tienen una fuerte identidad cultural que los diferencian del resto de la población colombiana.

3.1.4. Ministerio de Minas y Energía: inhibición o exequibilidad.

Solicita a la Corte se declare inhibida de analizar la demanda por considerar que el actor se limita a enunciar las normas aparentemente violadas sin precisar de manera clara y concreta los argumentos en los cuales se fundamentan sus pretensiones.

En caso de no declararse inhibida, la Corte deberá declarar exequibles las normas acusadas, ya que estas establecen un tratamiento diferenciado más no discriminatorio a las comunidades afrocolombianas como sujetos de especial protección constitucional, en cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por Colombia en esta materia. Por lo anterior, haría mal el Alto Tribunal en declarar inexecutable las disposiciones demandadas sobre la base de cargos poco razonables, que no analizan el sentido y finalidad material de las normas, debido a que en realidad estas otorgan muchos beneficios legales y derechos a los afrocolombianos.

3.1.5. Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República: exequibilidad.

Solicita que las normas acusadas sean declaradas exequibles. Resalta que la expresión “comunidades negras” se encuentra consagrada en la propia C.P. en el artículo 55 transitorio, diluyéndose así la ilegitimidad de la demanda porque se desvirtúa que la utilización de estos términos en las normas demandadas, contradigan la Carta Política. Así, si la C.P. utiliza la expresión “comunidades negras” para identificar a un grupo étnico específico, la ley no viola los preceptos constitucionales al utilizarla también, como tampoco lo hace la propia Corte Constitucional que la ha empleado en providencias, como por ejemplo en el Auto 005 de 2009 referido a las familias de ascendencia afrocolombiana. Al margen de lo anterior, la discusión sobre la carga semántica del término “negro”, rebasa los límites de lo jurídico. No obstante se aprecia, al revisar los significados de la palabra en el Diccionario Real de la Academia Española, que dicho término está asociado a múltiples significados, y que por ende no puede clasificarse como negativo como otras palabras con clara carga negativa tales como “pajarraco”, “casucha” o “gentuza”. En la medida en la que el peso expresivo de una palabra depende de la situación comunicativa, habrá que establecer cuál es el contexto en el que se utiliza a fin de determinar eventuales acepciones negativas. En este caso, el ámbito en el que se incorporan las expresiones demandadas son disposiciones en las que el empleo del término “negro” hace claramente referencia a lo

étnico, como condición racial de aquellas comunidades que comparten ese mismo color de piel. Asimismo las materias que se regulan en aquellas normas están llamadas a dar un tratamiento diferencial, más no discriminatorio, a dicha población. Entonces, la intención comunicativa de las disposiciones demandadas se limita a señalar la condición étnica lingüísticamente asociada con ese color pero no esconde ninguna connotación negativa.

3.1.6. Departamento Nacional de Planeación: exequibilidad.

Aduce que si bien una palabra puede tener una connotación negativa, esta no es razón suficiente para eliminarla del ordenamiento, sobre todo cuando la propia C.P. contempla el término “negro” y teniendo en cuenta que el significado está asociado al uso del mismo. En la Asamblea Nacional Constituyente, fueron los mismos representantes de las comunidades negras quienes propusieron la inclusión del artículo 55 transitorio para incorporar un aspecto identitario que los distinguiese de las referencias étnicas relativas a los indígenas. Se colige de lo anterior “que fue un propósito reivindicativo el que acompañó el proceso que desembocó en la disposición transitoria y no un enfoque racista o de minusvalía o sojuzgamiento con la alusión concreta a las comunidades negras”. En este sentido, no hay que negar la utilización de esta expresión, sino en su lugar, promover en la sociedad la construcción de un nuevo imaginario respecto de una población que ha sido estigmatizada y maltratada. Precisamente la utilización de estas expresiones visibilizan lo que ha sido negado de manera reiterada en un proceso de integración y absorción cultural. La misma jurisprudencia ha utilizado innumerables ocasiones los términos que se demandan sin que lo anterior se traduzca en una extensión de racismo institucional ni en una falta de respeto para estas comunidades étnicas. Sumado a lo anterior, se considera que la demanda presenta la paradoja de no proponer un término alternativo al de “comunidades negras”. De otro lado, resulta incoherente que se solicite la inexequibilidad de las expresiones “negro” o “comunidades negras” sin que se afecte la vigencia de toda la Ley. Finalmente, se advierte que las observaciones del actor son de carácter sociológico y antropológico por lo que escapan al debate constitucional.

3.1.7. Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICANH-: exequibilidad.

Argumenta que el término y concepto “negro” no hace referencia a sus orígenes sino que se “remite a procesos de identificación contextualmente específicos y socialmente

significativos, de carácter dialógico, relacional o político (Mouffe, 1999). En este sentido, no puede reducirse la noción de “comunidades o de personas negras” a la genealogía de un estigma y mucho menos utilizar este argumento para proponer la inconstitucionalidad de la Ley 70 de 1993”. Y más adelante advierte que “demandar la Ley 70 de 1993 con base en una discusión sobre la dicotomía de lo negro versus lo afro resuena con las políticas pretendidamente antirracistas que convierten la retórica del sentido del origen y del etnicismo fundamentalista en un peligroso artefacto político”. Reducir el argumento contra las normas acusadas al término “negro”, puede llevar a la paradoja de conducir a una mayor exclusión a estas comunidades. Se hace un recuento de las corrientes investigativas reconocidas en antropología con respecto a la identidad negra. Considera que dar al término “negro” una connotación negativa, representa una perspectiva parcial del asunto ya que se trata de una palabra y un concepto polisémico al que se asocian diversos usos. De este modo, se pregunta el interviniente, si al proscribir dicho término en los documentos oficiales y públicos, se estaría silenciando parte de la historia y de la lucha negra por la dignidad, el respeto y el orgullo de su raza. Recuerda que en el siglo XX, las estrategias identitarias de personas de ascendencia africana se sustentaban sobre el concepto de lo negro, “poderoso aglutinante para que un conjunto de población que se reconocía como tal, construyera una relación con el Estado, a partir de una aproximación crítica a los legados de la esclavización y de la discriminación”. En Colombia, el discurso etnicista se desarrolla en el marco de un proceso de etnización ocurrido entre 1990 y 1998 que da como resultado la Ley 70 de 1993 la cual representa un régimen de identidad étnica construido en torno a las comunidades negras como nuevos sujetos políticos. El antirracismo entnicista sobre el cual se sustentan los cargos del demandante, “reproduce los mismos contenidos racistas contra los que lucha” porque se basa sobre una simbolización de la noción de raza, o racismo simbólico que no corresponde a una realidad biológica o genética “sino a la representación de una consanguinidad imaginada”. El lenguaje de lo “afro” parece ser el políticamente correcto pero en realidad termina silenciando otras formas de autoidentificación y de reivindicación contrariando los complejos procesos históricos de identificación. Se toma como ejemplo el censo nacional de 2005 en el que las categorías e auto-reconocimiento étnico incluyeron “negro” junto a raizal, afrocolombianos, afrodescendiente y palenquero, lo cual denota, de acuerdo con la intervención, que en nuestro país hay muchos descendientes de africanos que se designan como personas negras pero a la vez reivindican esa ascendencia particular. Por todo lo anterior, se considera desafortunado que quienes se

identifican con el paradigma afrogénico acusan la noción de “negro”.

3.1.8. Presidencia de la República -Programa de Desarrollo Población Afrocolombiana, Negra, Palenquera y Raizal-: exequibilidad.

Cambiar el concepto de comunidades negras obligaría a modificar el sustento constitucional consagrado en el artículo 55 transitorio. En efecto, la C.P. hace referencia explícita a esta expresión y declara a dichas poblaciones como grupo étnico, tal y como se desprende también de la Ley 70 de 1993. De otro lado, desde 2003, diferentes entidades gubernamentales, tales como el DANE, el Ministerio del Interior, y la Presidencia de la República a través del Programa de Desarrollo Población Afrocolombiana, Negra, Palenquera y Raizal, Universidades como la Nacional, del Valle, Javeriana y Distrital, y diversas organizaciones de comunidades negras, han sostenido discusiones temáticas para ajustar el diseño de los formularios de recolección de información para el Censo de 2005, las encuestas de Calidad de Vida y para el próximo Censo Agropecuario de 2013, esto con el propósito de mejorar el sistema de estadísticas sobre grupos étnicos y mejorar su visibilización. En estas sesiones de trabajo conjunto, se ha acordado mantener la categoría “negro” como “opción pertinente y apropiada”.

3.1.9. Universidad Nacional de Colombia: exequibilidad.

De manera extemporánea, la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional intervino en el presente proceso solicitando a la Corte que declare exequibles las normas demandadas. Resalta que la C.P. consagra la expresión “comunidades negras” en el artículo 55 transitorio, lo cual denota que desde su génesis los redactores de la C.P. se refirieron de esa manera a la población negra, y que su origen es constitucional y no legislativo. Por lo demás, no se trata de un calificativo negativo, “sino de un colectivo que está unido y se identifica por su cultura, historia y tradiciones”. Tanto el artículo transitorio como la Ley 70 de 1993 pretendían proteger y reconocer los derechos tantas veces negados a la comunidad negra por lo que no se puede acusar esta expresión de discriminatoria cuando se utiliza en un marco normativo cuyo fin es reconocer derechos.

3.2. Segundo cargo: desconocimiento del derecho a la consulta previa.

3.2.1. Ministerio del Interior: exequibilidad.

Con respecto a la consulta previa, el Ministerio señala que a través de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, se apoya de forma continua este tipo de procesos para contribuir a diseñar una política incluyente y participativa en los términos de igualdad constitucional. Se advierte la necesidad de ponderar los eventuales efectos del fallo con relación al alcance de la Ley 70 de 1993 que delimitó el ámbito territorial y poblacional del grupo étnico negro a la “Cuenca del Pacífico”, a “aquellas zonas baldías rurales y ribereñas que han venido siendo ocupadas por las comunidades negras” y que definió a estas comunidades como “el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres, las cuales las distinguen de otros grupos étnicos”.

3.2.2. Ministerio de Educación Nacional: exequibilidad.

La inclusión de la expresión “comunidades negras” en las normas acusadas, no constituye medida legislativa o administrativa que en los términos de la Ley 21 de 1991 y de las reglas establecidas por la jurisprudencia constitucional, afecte directamente a los miembros de dichas comunidades, por lo que no requiere ser consultada previamente. La expresión demandada no tiene per se ningún contenido normativo y por ende no genera ninguna consecuencia jurídica para los destinatarios de las normas ya que esta fue concebida únicamente para identificar a un grupo de personas que comparten historia, tradiciones, costumbres y una conciencia de identidad que los distingue de otros grupos étnicos. Mediante la expresión que ha sido demandada en la presente ocasión, se logra por lo demás establecer acciones afirmativas a favor de personas que se han encontrado en una situación de debilidad manifiesta.

3.2.3. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural: exequibilidad.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional en la materia, se considera que las normas acusadas no violan el derecho a la consulta previa porque no son disposiciones que afecten exclusivamente a estas comunidades. En otras palabras, los efectos de las medidas contenidas en las normas demandadas no son específicos, exclusivos, ni excluyentes de las comunidades afrodescendientes.

3.2.4. Departamento Nacional de Planeación: inhibición.

Se solicita la inhibición por parte de la Corte considerando que el demandante no desarrolla el cargo de desconocimiento del derecho a la consulta previa, no suministra pruebas ni un elemento real de confrontación. La consistencia de este cargo se debilita porque: 1) el cargo es hipotético ya que actor pone en duda si el proceso de consulta se surtió o no; 2) la demanda se limita a las expresiones “negro” y “comunidades negras”, y no acusa toda la normatividad; 3) la interpretación del autor sobre la consulta previa conduce a considerar que todas las normas que afecten comunidades serían susceptibles de consulta previa, incluso las posteriores a la adopción interna del Convenio 169; 4) hay precedentes de normas que inciden en las comunidades étnicas y que potencialmente pudieran afectarlos que fueron declaradas constitucionales sin que se hubiese indagado sobre el cumplimiento de la consulta previa.

4. Concepto del Procurador General de la Nación.

De la lectura del artículo 55 transitorio de la C.P. se desprende que el constituyente utilizó la expresión “comunidades negras” y que la ley se limita a repetirla, sin el ánimo de asociar a la misma algún sentido peyorativo ni de generar discriminación racial o desigualdad social. La misma Organización Internacional del Trabajo, emplea expresiones como “personas de raza negra”, “jóvenes de raza negra”, “trabajadores de raza negra”, y hace distinción entre blancos y negros sin que por este hecho pueda inferirse una carga negativa o discriminatoria en relación con estos términos. La utilización de esta expresión es común también en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. De lo anterior se deduce que el empleo de la expresión “comunidades negras” no vulnera los artículos 1, 2, 4, 7, 13, 17 y 93 superiores. Por último, se advierte que las normas objeto de la demanda no emplean la expresión “negro” sino que repiten la de “comunidades negras” consagrada en la C.P.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La presente demanda de inconstitucionalidad fue formulada por un ciudadano colombiano, contra disposiciones vigentes contenidas en la Ley 70 de 1993, la Ley 649 de 2001, el Decreto 1332 de 1992 y el Decreto 2374 de 1993. Por lo tanto, la Corte Constitucional es

competente para pronunciarse sobre ella de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numerales 4º y por la competencia atípica reconocida por la Corte para examinar decretos expedidos con ocasión del ejercicio de facultades conferidas por disposiciones transitorias de la Constitución que no preceden al artículo 10 de tales normas[2].

2. Análisis de los cargos.

2.1. Teniendo en cuenta algunas de las intervenciones que solicitan la inhibición de la Corte en la presente demanda, se hace necesario establecer la vigencia actual de algunas de las disposiciones demandadas y la aptitud de los cargos formulados por el demandante.

2.2. El Decreto 1332 de 1992 tenía por objeto crear la Comisión Especial para las comunidades negras, de que trata el artículo transitorio número 55 de la Constitución Política. El Ministerio de Educación señala que de acuerdo con el artículo 7º de dicho decreto, la Comisión Especial debía sesionar hasta el 7 de julio de 1993 y que por esa razón se encuentra derogado.

En efecto, el Decreto 1332 de 1992 fue expedido por el Presidente de la República en uso de las facultades otorgadas por el artículo 55 transitorio, para que se creara la comisión especial que menciona el mismo artículo, la cual tenía como función estudiar previamente la ley de reconocimiento de las comunidades negras. La comisión de acuerdo con el decreto sesionó hasta el 7 de julio de 1993 y, posteriormente, el Congreso expidió la Ley 70 de 1993. De lo anterior se colige que el mencionado Decreto no fue derogado pero perdió eficacia en la medida en la que se cumplió su propósito fundamental.

Por estas razones, la Corte se inhibirá para pronunciarse de fondo sobre la expresión “comunidades negras” contenida en el Decreto 1332 de 1992.

2.3. Por su parte, el Decreto 2374 de 1993 “Por el cual se adiciona el Decreto 2128 de 1992 y se dictan otras disposiciones”, fue expedido por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 43 de la Ley 70 de 1993. De acuerdo con la intervención del Ministerio de Educación, este Decreto fue derogado por el 2667 de 1999 “Por el cual se modifica la estructura el Instituto Colombiano de Cultura Hispánica”.

El Decreto 2374 de 1993 adicionó el Decreto 2128 de 1992 en relación con las funciones del

Instituto Colombiano de Antropología, ICAN para fomentar la realización de programas, proyectos de desarrollo cultural y social e investigaciones de las culturas afrocolombianas contribuyendo a su preservación. El Decreto 2128 de 1992, por su parte, reestructuró a Colcultura y estableció en el artículo 11 que el Instituto Colombiano de Antropología, ICAN, sería una Unidad Administrativa Especial encargada fundamentalmente de funciones científicas y técnicas para la investigación antropológica y arqueológica nacional y para el desarrollo, defensa, preservación, conservación y difusión del patrimonio antropológico y arqueológico del país. Posteriormente, el artículo 74 de la Ley 397 de 1997 suprimió a Colcultura. Sin embargo, el ICAN no es suprimido ya que el Decreto 2667 de 1999, ordenó que las funciones de esa unidad especial, ahora adscrita al Ministerio de Cultura, debían ser asumidas por el Instituto Colombiano de Cultura Hispánica el cual pasó a llamarse Instituto Colombiano de Antropología e Historia, convirtiéndose en un establecimiento público del orden nacional. El Decreto 2667 de 1999 ni menciona las funciones relativas a la preservación y protección de la cultura afrocolombiana, ni deroga expresamente el Decreto 2374 de 1993, ni podría hacerlo porque, contrariamente a lo expresado por el Ministerio de Educación, no podría el Decreto 2667 de 1999 derogar un decreto con fuerza de ley como el 2374 de 1993.

Por lo anterior, la Corte no se abstendrá de examinar la constitucionalidad de la expresión “comunidades negras” contenida en el Decreto 2374 de 1993.

2.4. De otro lado, la Ley 649 de 2001, de naturaleza estatutaria, desarrolla el artículo 176 de la Constitución Política en lo relativo a la creación de circunscripciones especiales para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior. La Ley 649 de 2001 fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-169 de 2001.

Si bien en la citada sentencia no se analiza concretamente el alcance de la expresión “comunidades negras” desde el punto de vista etimológico, sí se realiza un examen integral de la Ley, resaltando como las medidas de inclusión y participación política reguladas en la misma se constituyen en herramientas válidas de discriminación positiva “que asigna a determinadas categorías sociales una situación formalmente más ventajosa que la de la generalidad de los colombianos –quienes no tienen una circunscripción especial a su favor– como medio para contrarrestar las desigualdades materiales que les aquejan y lograr, así,

una mayor posibilidad de que accedan a los beneficios que justamente les corresponden". Asimismo se reivindica la naturaleza de las comunidades negras como grupos étnicos, o bien grupos sociales que comparten una identidad cultural distinta a la de la sociedad dominante, acorde con el Convenio 169 de la OIT, definición que subyace tanto a la Ley 70 de 1993 así como a otras disposiciones entre las que se cuenta la Ley 99 de 1993, la Ley 199 de 1995 y la propia Ley 649 de 2001.

De otro lado, en la sentencia C-169 de 2001, sí se examina puntualmente el tema de la consulta previa advirtiendo que "ni la Constitución, ni el Congreso, han previsto la realización de la consulta previa cuando se adopten medidas legislativas como la que se estudia. Ante tal silencio normativo, se debe entender que, en este momento, el alcance que le han atribuido los órganos representativos del pueblo colombiano a la obligación que consta en el artículo 6 del Convenio 169 de la O.I.T., es el de consagrar la consulta previa como un procedimiento obligatorio en las específicas hipótesis arriba señaladas. En criterio de la Corte, ello no desconoce los límites de la discrecionalidad que este tratado otorga a sus Estados Partes, puesto que cada una de ellas pretende combinar la protección del territorio en que habitan estas etnias y la salvaguarda de su identidad particular, por una parte, con el fomento de su participación, por otra; lo cual, a todas luces, satisface el objetivo principal del Convenio referido. La ampliación de los supuestos en que dicho procedimiento es obligatorio, tendrá que ser objeto de una regulación legal futura".

Sobre la procedencia de controles de constitucionalidad posteriores a la entrada en vigencia de una ley estatutaria, la jurisprudencia ha reiterado que éstos no proceden en virtud del mandato contenido en el numeral 8º del artículo 241 superior que ordena a la Corte realizar un estudio integral y "definitivo" de la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria[3]. No obstante lo anterior, también se han contemplado algunas excepciones a esta regla. En la sentencia C-011 de 1994[4], se estableció que la Corte podrá examinar una ley estatutaria: (1) cuando el vicio de constitucionalidad surja con posterioridad al control previo; (2) en el caso en que se presente un cambio de las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento para el inicial pronunciamiento de constitucionalidad.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, la Corte encuentra que la sentencia C-169 de 2001 realizó en su momento un control integral y definitivo de la Ley 649 de 2001,

considerando que la misma se ajustaba a la Constitución por contemplar acciones afirmativas que promovían la efectiva participación de los grupos étnicos en el Congreso y que no requería de consulta previa. En esta ocasión ni se produjo un vicio de procedimiento posterior al control previo de esta Corporación, ni se presentó una modificación de las normas constitucionales que fundamentaron el examen de constitucionalidad.

Por lo anterior, no podrá la Corte volver a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley 649 de 2001 al gozar de fuerza de cosa juzgada absoluta.

2.5. Ahora bien, de acuerdo con la demanda, la expresión “comunidades negras” contenida en las normas acusadas, desconoce los artículos 1º, 2º, 4º, 7º, 13, 17, 93 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, encuentra la Corte que no se especifica cómo dicha expresión desconoce cada una de las normas superiores que se consideran vulneradas, ya que la inconstitucionalidad se plantea en términos generales por discriminación y omisión de la realización de una consulta previa.

2.6. En este sentido, se toma nota de la existencia de dos cargos referidos al supuesto desconocimiento de algunos de los artículos superiores enunciados por el demandante.

(i) De un lado, la carga negativa de la expresión “comunidades negras” asociada con usos y costumbres excluyentes heredados de la época colonial y de la esclavitud, se relaciona con el desconocimiento del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 constitucional, y con el artículo 93 que incluye todos los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia en esa materia que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

2.7. Por el contrario, la Corte no advierte, a partir de los planteamientos del demandante, una contradicción clara entre la expresión demandada y los artículos 1º, 4º, 7º y 17 superiores.

El demandante sustenta su posición en diversas fuentes doctrinarias y en la idea de que el término “negro” es denigrante y peyorativo, pero no precisa cómo esto se traduce en una verdadera y concreta violación del derecho a la dignidad ni de los restantes principios con jerarquía constitucional que fundan el Estado colombiano, ni cómo la utilización de ese

término representa un desconocimiento del deber del Estado de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural del país, ni tampoco cómo de dicha expresión se desprende una conducta que favorezca de algún modo la esclavitud. Por su parte, es importante tener en cuenta que el artículo cuarto de la Carta provee bases a las acciones de inconstitucionalidad cuando se constata una contradicción entre las leyes y la norma superior, mas no puede ser utilizado como un argumento aislado porque en todos los casos habrá que sustentar de manera clara y suficiente las razones por las cuales se presenta dicha contradicción.

2.8. Así, la Corte limitará su examen de constitucionalidad a establecer una posible contradicción entre la expresión “comunidades negras” contenida en la Ley 70 de 1993 y en el Decreto 2374 de 1993 y los artículos 2, 13, 93 de la Constitución Política, absteniéndose de estudiar el presunto desconocimiento de los artículos 1º, 4º, 7º y 17 superiores por ausencia de cargos al respecto.

De igual manera, la Corte se inhibirá de examinar la constitucionalidad de la expresión “comunidades negras” contenida en el Decreto 1332 de 1992 y se estará a lo resuelto en la sentencia C-169 de 2001, con respecto a la Ley 649 de 2001.

3. Problemas jurídicos.

La Corte Constitucional, en guarda de la supremacía de la Constitución, resolverá lo siguiente:

3.1. Si la utilización de la expresión “comunidades negras” en las disposiciones acusadas, constituye un trato peyorativo y discriminatorio de los miembros de las comunidades afrocolombianas que lleve al desconocimiento de principios superiores como la dignidad humana, la igualdad y los derechos consagrados en los artículos 2, 13 y 93 superiores.

3.2. Si viola el derecho a la consulta previa, el que no se haya concertado la expresión demandada con los miembros de las comunidades afrocolombianas con el fin de indagar si aquellos consideraban adecuada la denominación de “comunidades negras”.

Cabe resaltar que la solicitud de aplicación de los apartes 190 y 193 de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y Otras formas conexas de Intolerancia, realizada en Santiago de Chile en el año 2000, no constituye un cargo, y que

en todo caso Colombia ha ratificado la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada por la Naciones Unidas en 1965, ratificada por Colombia en 1981 y aprobada mediante la Ley 22 de 1981.

4. Cuestión previa: marco normativo.

4.1. La Ley 70 de 1993, “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”, tiene como objetivo central reconocer a las comunidades negras, y fortalecer los mecanismos de protección de sus derechos e identidad cultural con el fin de fomentar condiciones de igualdad real para estas poblaciones.

El texto de la Ley fue redactado por la Comisión Especial para las Comunidades Negras, creada mediante el Decreto 1232 de 1992, integrada por representantes de las comunidades afrocolombianas, miembros de las instituciones gubernamentales y académicos. Los principios que orientan este cuerpo normativo son los del reconocimiento, la protección de la autonomía, de la participación y la protección del medio ambiente en los lugares donde habitan las comunidades.

Varias disposiciones en los diferentes capítulos de la ley, regulan lo atinente al reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva, el uso de la tierra y la protección de los recursos naturales y el medio ambiente, los recursos mineros, la protección de los derechos a la identidad cultural y la planeación y fomento del desarrollo económico y social. Para facilitar la realización de sus objetivos, la Ley prevé en sus disposiciones finales la apropiación de los recursos necesarios para su realización, así como la creación de la dirección de asuntos para las comunidades negras con asiento en el Consejo de Política económica y social, en el Ministerio de Gobierno. De este modo, la Ley 70 de 1993 y sus posteriores decretos reglamentarios, definieron los derechos territoriales, económicos, políticos y culturales de las comunidades afrocolombianas.

A raíz de esta Ley, se consolidaron las organizaciones de las comunidades negras y se definió el esquema de participación de las mismas en las decisiones del Estado, como sucedió con la creación de los Consejos Comunitarios de las Comunidades afrocolombianas y asociación de consejos raizales, palenqueros- Afro y con la creación de la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras[5].

4.2. El Decreto 2374 de 1993 como se enunció anteriormente adicionó el Decreto 2128 de 1992 en relación con las funciones del Instituto Colombiano de Antropología, ICAN para fomentar la realización de programas, proyectos de desarrollo cultural y social e investigaciones de las culturas afrocolombianas contribuyendo a su preservación. De este modo, a través del mencionado decreto, se asignaron al Instituto Colombiano de Antropología competencias específicas para promover la investigación, asesoría y apoyo en proyectos encaminados a la preservación y desarrollo de la identidad cultural de las comunidades negras, con la participación de las comunidades negras y sus organizaciones. El Decreto 2374 de 1993 hace parte del conjunto de disposiciones que se expidieron en el marco de la política de protección y reconocimiento de las comunidades negras consagrada en la Ley 70 de 1993.

5. Cargo 1º: vulneración de la Constitución por la utilización de la expresión “comunidades negras” en las normas acusadas y el posible desconocimiento de los derechos a la igualdad y a la prohibición de la discriminación.

5.1. Concepto de inconstitucionalidad de la demanda.

En opinión del demandante, la expresión “comunidades negras” contenida en las normas acusadas se asocia con prácticas excluyentes y discriminatorias que atentan contra los artículos 13 y 93 constitucionales.

5.2. El artículo 55 transitorio de la C.P. y la expresión “comunidades negras”, “negro”, o “negra” en otras normas nacionales y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

5.2.1. Génesis del artículo 55 transitorio de la Constitución Política y de la expresión “comunidades negras”.

5.2.1.1. La Constitución Política consagró el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, inaugurando un nuevo orden jurídico que contrastaba con la visión culturalmente hegemónica de la Constitución de 1886 en la que solo se reconocía una lengua y una cultura[6].

En varios artículos constitucionales se precisa el alcance de la protección especial del

Estado colombiano con respecto a los grupos étnicos. Por ejemplo, en el artículo 10 se establece el castellano como idioma oficial, pero se reconoce que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son oficiales en sus territorios; el artículo 63 determina que las tierras comunales de grupos étnicos son inalienables, imprescriptibles e inembargables; el artículo 68 dispone que los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural; el artículo 72 establece que la ley reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica; en temas electorales, el artículo 108 reconoce el régimen excepcional para las circunscripciones de minorías étnicas y políticas y el artículo 176 señala que la ley determinará una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas.

En la Constitución también se consagran diversas disposiciones referidas exclusivamente a las comunidades indígenas[7], mientras que el artículo 55 transitorio se ocupa específicamente de las “comunidades negras”.

5.2.1.2. Al convocarse la Asamblea Nacional Constituyente, la comunidad afrocolombiana conformó la “Coordinadora de comunidades negras” que tenía como fin buscar candidatos negros y que promovió debates en todo el país acerca de los derechos que debía consagrar la nueva Constitución. Sin embargo, ningún candidato resultó elegido, situación que dio pie a una movilización para que se reconocieran derechos específicos a las comunidades negras en la nueva Carta Política. De este modo, surgieron iniciativas la del “telegrama negro” con la que se reunieron 10.000 firmas en una campaña denominada “Los Negros existimos”, y que consistía entre otros, en enviar telegramas a los constituyentes para que estos incluyeran en la nueva Constitución derechos específicos para las comunidades negras[8]. Así, si bien en la Asamblea Constituyente no se contó con la representación de los miembros de las comunidades afrocolombianas, los representantes indígenas y de la Alianza Democrática M-19 lograron incluir el artículo 55 transitorio en la nueva Constitución.

5.2.1.3. Durante la Asamblea Constituyente se utilizó el término “negros” en diferentes oportunidades, con el ánimo de incluir a estas comunidades y garantizar sus derechos. Es el caso de la exposición general, en la que el constituyente Francisco Rojas Birry, en la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente del 20 de febrero de 1991, señaló que

“paralela a nuestra historia, también ha corrido la de los negros, cazados y arrancados de sus territorios ancestrales como animales y luego subastados al mejor postor. Los negros que llegaron a este país son la raíz de casi tres millones de descendientes que hoy existen, porque desde sus palenques lograron asegurar su supervivencia. Estas comunidades afrocolombianas reclaman un lugar digno en la vida de Colombia. Nosotros somos sus hermanos de sufrimiento y su voz ante ustedes”[9]. En la propuesta de “La Colombia que queremos”, se planteó la necesidad de reconocer en la nueva Constitución el carácter multicultural y pluricultural de la Nación, y se solicitó la inclusión de un capítulo especial dedicado a los derechos de los grupos étnicos nacionales, “indios, negros e isleños raizales”.

También se propusieron artículos en los que se reconocía explícitamente una circunscripción electoral especial de carácter nacional tanto para la minoría indígena como para la negra. En la exposición de motivos del artículo 12, se indicó “que es conveniente que la Constitución establezca la participación en el órgano legislativo para las minorías indígena y negra. Estamos proponiendo que la minoría indígena tenga 4 curules y la negra otras 4 curules. Este número nos representa más del cinco por ciento del órgano legislativo que se consagre. Ello no impedirá, por supuesto, que indígenas y negros pudieran también ser elegidos en las listas de los movimientos políticos o sociales”[10].

5.2.1.4. El artículo 55 transitorio finalmente incluido en las Gacetas 114 y 116 de la Asamblea Nacional Constituyente, representa un logro en términos de reconocimiento político de las comunidades afrocolombianas, resultante de las luchas y movilizaciones que se venían gestando desde los años ochenta en particular en la región del Pacífico Colombiano y de la exigencia de los campesinos negros de esas zonas para que se les reconociera la titularidad colectiva de la tierra[11]. Con el artículo 55 transitorio se consolidó el discurso de la “alteridad de la comunidad negra” antes centrado en el Pacífico chocoano, como auto-reconocimiento en relación con un territorio y unos usos y costumbres propios y se contribuyó al proceso de etnización y al reconocimiento de la misma como un sujeto político en el imaginario nacional[12].

5.2.2. La utilización de la expresión “comunidades negras” en otras normas y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

5.2.2.1. Tal y como se mencionó anteriormente, la expresión “comunidades negras” no solo está contemplada en la Constitución, sino también en otras leyes estatutarias, como la Ley 649 de 2001.

En dicha ley estatutaria se establece que la circunscripción especial constará de cinco curules de las cuales dos corresponderán a las comunidades negras, una a las comunidades indígenas, una a las minorías políticas y una para los colombianos residentes en el exterior. El artículo 3º de la Ley 649 de 2001 determina que los aspirantes a ser representantes de las comunidades negras “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”.

Así, se trata de una ley que pretende consagrar el reconocimiento a las comunidades étnicas para promover su activa participación política en el Congreso de la República.

5.2.2.2. En otros instrumentos internacionales también se han reconocido los derechos de las comunidades étnicas entre las cuales se incluyen las comunidades negras.

En el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989 aprobado por medio de la Ley 21 de 1991, se establece la definición de pueblo tribal y los deberes de los Estados partes en la promoción de sus derechos. Si bien dicha Convención no se refiere a las comunidades negras, la Corte en la sentencia C-169 de 2001 consideró que el término “tribal” no podía entenderse desde el sentido restringido de una “tribu” por lo cual señaló que dicha expresión debía interpretarse en un sentido más amplio incluyendo a los “pueblos indígenas”, “minorías étnicas indígenas” y “grupos tribales” los cuales representan a grupos sociales que comparten una identidad cultural distinta a la de la sociedad dominante. Incluso en la Ley 1381 de 2010 “por la cual se desarrollan los artículos 7º, 8º, 10 y 70 de la Constitución Política, y los artículos 4º, 5º y 28 de la Ley 21 de 1991 (que aprueba el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales), y se dictan normas sobre reconocimiento, fomento, protección, uso, preservación y fortalecimiento de las lenguas de los grupos étnicos de Colombia y sobre sus derechos lingüísticos y los de sus hablantes”, se establece que en la gestión de la protección de las lenguas nativas, participarán la Mesa Nacional de Concertación de pueblos indígenas y la

Consultiva de Alto Nivel de las Comunidades Negras.

De otro lado, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada por la Naciones Unidas en 1965, ratificada por Colombia en 1981 y aprobada mediante la Ley 22 de 1981, no mencionó el término “comunidades negras”, sin embargo se definió la discriminación como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”. Dicha Convención, así como la Declaración Universal de Derechos Humanos[13], la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de la Persona[14], y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[15], ha sido citada en sentencias de la Corte sobre discriminación, como en la T-1090 de 2005 en la que se examinó el caso de una mujer afrocolombiana a la que se le impidió entrar a una discoteca debido a su color de piel, o en la sentencia T-375 de 2006 en la que se le negó un cupo universitario a una estudiante que alegaba pertenecer a una comunidad negra.

5.2.2.3. Informes de organismos internacionales también han empleado la expresión “comunidades negras” como el “Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia”[16] en el que se hizo referencia a “las denuncias formuladas por ciudadanos colombianos negros y corroboradas por varios estudios sociológicos realizados en los últimos años hacen referencia a una discriminación sistemática, oficial y no oficial. Con respecto a esta última, los estereotipos ofensivos que utilizan los medios, las artes y la cultura popular tienden a perpetuar una actitud negativa hacia los negros y estas opiniones, con frecuencia inconscientes, se reflejan comúnmente en la política pública, cuando el Gobierno, a los distintos niveles, distribuye los limitados recursos del Estado”.

5.3. La utilización de la expresión “comunidades negras” en la jurisprudencia constitucional.

5.3.1. La Corte se ha referido a la expresión “comunidades negras” en numerosas sentencias de constitucionalidad y de tutela[17], en las que ha reproducido el término utilizado en el artículo 55 transitorio.

5.3.2. En muchas de estas providencias la Corte ha fijado qué se entiende por comunidades negras y quiénes la conforman, para lo cual ha interpretado el sentido de “grupo tribal” del Convenio 169 de la OIT, estableciendo las características de dichas comunidades como sujetos colectivos titulares de derechos.

Es el caso de la sentencia C-169 de 2001, en la que se examinó la constitucionalidad de la Ley estatutaria 649 de 2001. En dicha providencia la Corte reconoció que las comunidades negras se ubican bajo el supuesto normativo del Convenio 169 de la OIT al definirse como un grupo étnico con una identidad cultural diferente a la de la sociedad dominante. Asimismo, recalcó que el régimen de protección de la cultura y de la identidad de dichas comunidades, resulta de un progresivo reconocimiento jurídico a partir de un proceso social que se ha generado y desarrollado en varias regiones del país, a “saber, la consolidación de un grupo poblacional que se autodenomina “negro”, a partir de distintos tipos de organizaciones locales que, partiendo de la base de unas condiciones compartidas de existencia y de una creciente identidad colectiva, han resuelto darse a la tarea de promover mancomunadamente la defensa de sus intereses, históricamente desconocidos, cuando no vulnerados frontalmente, por la sociedad mayoritaria.” (subrayado fuera del texto). En aquella ocasión, se aclaró sin embargo que el reconocimiento de derechos especiales no se hacía con base en la “raza” sino en el estatus de grupo étnico de las comunidades negras titulares de una identidad propia “y no del color de la piel de sus integrantes”. Adicionalmente, se puntualizó claramente que la expresión “comunidades negras” en consonancia con la Constitución y la Ley 70 de 1993, “son aquellas que habitan en la Cuenca del Pacífico colombiano, como a las que estén ubicadas en otros puntos del territorio nacional y cumplan con los dos elementos reseñados. Asimismo, a falta de una mención expresa, se deben entender incluidas dentro de las dichas “comunidades negras”, para todo lo relacionado con la circunscripción especial que se estudia, a las agrupaciones raizales del Archipiélago de San Andrés y Providencia, las cuales no sólo comparten con las primeras un origen histórico común en las raíces africanas que fueron transplantadas a América, sino que han sido reconocidas por esta corporación, en consonancia con el artículo 310 de la Carta, como un grupo étnico titular de derechos especiales”. En este sentido, en el reconocimiento de los derechos de estas comunidades, debe primar una fisonomía cultural común, en los términos de la sentencia SU-510/98, es decir, la conciencia de una identidad, historia, tradiciones y costumbres comunes, mas no unos rasgos fisonómicos compartidos.

En la sentencia T-375 de 2006[18], se reiteró el criterio de la sentencia anteriormente citada y se afirmó que el color de piel no es un factor determinante del reconocimiento de un sujeto como perteneciente a una comunidad étnica y de la consiguiente protección de sus derechos. Así, se considera que, “al momento de determinar la inclusión de un sujeto en una de las comunidades étnicas cobijadas y favorecidas por la pluralidad, prima la conciencia de la pertenencia a tal comunidad, sus manifestaciones culturales, su historia y su proyección presente. Esto implica que, si bien se puede seguir teniendo en cuenta el aspecto racial para determinar la pertenencia de una persona a un grupo étnico específico, tal factor no es definitivo ni prioritario. Hablar de protección de la comunidad negra, de manera exclusiva y excluyente por su color de piel es un acto discriminatorio”.

En la sentencia T-955 de 2003[19], la Sala Octava de Revisión de la Corte se refirió al derecho al territorio colectivo, a la identidad cultural asociada al mismo y a las prácticas tradicionales de producción de las comunidades negras que ocupan las zonas rurales ribereñas de la Cuenca del Pacífico, reconociendo que estas “constituyen una cultura propia generada en procesos únicos de adaptación, asociados a prácticas extendidas de producción, fundadas en el parentesco y reconocidas en los artículos 1°, 7°, 58 y 55 T. de la Carta Política”. Se señaló que el Convenio 169 de la OIT sirve para reivindicar el derecho de las comunidades negras a ser consideradas como “pueblos” atendiendo a sus costumbres, tradiciones y a las condiciones sociales, culturales y económicas que las distinguen del resto de la población.

5.3.3. En otras sentencias, además de resaltar a estas comunidades como sujetos colectivos titulares de derechos de diversa índole, se les han extendido diferentes disposiciones constitucionales inicialmente reservadas a los pueblos indígenas.

En la sentencia C-461 de 2008[20], la Corte precisó que las comunidades afrodescendientes, al igual que los pueblos indígenas, tienen derecho a la subsistencia de acuerdo con sus formas y medios tradicionales de producción dentro de sus territorios porque de esta manera se realiza y hace efectivo su derecho a la integridad cultural, social y económica. Así, tanto para los pueblos indígenas como para las comunidades negras, la consulta previa se erige como derecho fundamental en tanto que representa el mecanismo necesario para garantizar el respeto de sus derechos como el de la subsistencia.

De igual manera, la sentencia C-702 de 2010[21], reiteró el derecho fundamental de las comunidades étnicas a ser consultadas y a participar en la adopción de las decisiones que directamente las afectan[22]. Citando la sentencia C-461 de 2008, se recordó que los grupos étnicos titulares del derecho a la consulta previa no sólo incluyen a los grupos indígenas sino también a “las comunidades afrodescendientes constituidas como tal bajo el régimen legal que les es propio”. Dichas comunidades, agregó el fallo, son “grupos étnicos titulares de los derechos constitucionales fundamentales a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, al uso, conservación y administración de sus recursos naturales, y a la realización de la consulta previa en caso de medidas que les afecten directa y específicamente”.

En la sentencia T-955 de 2003[23], se resaltó el hecho de que, si bien la Carta en algunas de sus disposiciones, solo se refiere a los grupos indígenas, en realidad debe entenderse a partir de los artículos 5°, 13, 16, 63, 68, 70, 72, 79 y 176 superiores, que los derechos consagrados para estos últimos se extienden a los primeros.

5.3.4. En algunas providencias, la Corte se ha referido a las comunidades negras, subrayando sus derechos, pero también diferenciando los mecanismos constitucionales de protección de las mismas, de las acciones afirmativas de la población afrodescendiente que no hace parte de dichas comunidades. Por ejemplo, en la sentencia T-422 de 1996[24], la Sala Tercera de Revisión de la Corte consideró que las acciones afirmativas para la población negra en Colombia podían dirigirse tanto a las “comunidades” así definidas por la Ley 70 de 1993, como para quienes teniendo ese origen no hacen parte de una colectividad étnica en los términos señalados por la citada ley. En ese sentido, se precisó la importancia de la definición de “comunidades negras” como sujeto colectivo en el marco del desarrollo del artículo 55 transitorio, y, de otro lado, de la población negra en general cuyas acciones afirmativas se fundamentan en el artículo 13 de la Constitución, y responden a una situación de marginación social que le ha impedido acceder adecuadamente a las oportunidades de desarrollo económico, social y cultural. Así, justifica la Corte que, “si la ley utiliza el criterio racial que, en principio está proscrito en la Constitución, lo hace con el único propósito de introducir una diferenciación positiva que, a juicio de la Corte, es admisible”.

En la sentencia C-605 de 2012, reiterando la sentencia C-530 de 1993, la Corte recordó la

importancia de la protección constitucional de los derechos lingüísticos de las comunidades afrodescendientes, negras, palenqueras o raizales, teniendo en cuenta que “la cultura de los raizales de las Islas es diferente de la cultura del resto de los colombianos, particularmente en materia de lengua, religión y costumbres, que le confieren al raizal una cierta identidad. Tal diversidad es reconocida y protegida por el Estado (art. 7°) y tiene la calidad de riqueza de la Nación (art. 8°)”. En la citada sentencia, se señaló como el reconocimiento de las particularidades y de los derechos propios de estas comunidades, se dirigen en definitiva a garantizar su dignidad y la de sus miembros. Este reconocimiento, que supone la protección patrimonio pluriétnico y multicultural de la Nación, se realiza a través de acciones afirmativas que el legislador adopta a favor de comunidades minoritarias o tradicionalmente discriminadas de la sociedad.

En la sentencia T-1090 de 2005[25], se consideró que la tutela es el mecanismo adecuado para remediar actos de discriminación, por comportar una lesión directa del derecho a la igualdad, precisando que “la segregación de orden racial supone el desconocimiento específico de otros valores superiores e instrumentos internacionales y legales”. En dicha providencia se señala que “conforme a la definición de categorías o criterios sospechosos (supra 6.1.), esta Sala considera que es necesario resaltar que en varias oportunidades y por medios diferentes, las autoridades de la República aceptan que la población afrocolombiana o afrodescendiente ha sido objeto de sometimiento histórico, de menosprecio cultural y de abandono social”. Asimismo, cita estudios que demuestran que la sociedad actual mantiene la estratificación social de la colonia, ocupando los afrodescendientes el último eslabón de dicha jerarquía. La marginación y discriminación de la población negra se traduce en la dificultad en el acceso a los diversos bienes materiales de la sociedad, así como en el rechazo y la falta de reconocimiento de su propia identidad. Reitera pronunciamientos de la Corte como la sentencia C-169 de 2001 y la T-422 de 1996, en las que se considera que la exclusión de la comunidad negra es insostenible a la luz de la Constitución, por desconocer tanto la igualdad como el interés general. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluyó que en el caso concreto que examinaba, se habían desconocido los derechos y libertades de la accionante, en razón a su raza, lo cual se traducía en desconocimiento a los ideales democráticos y en el “quebrantamiento de los designios de convivencia plural, diversidad étnica y cultural, igualdad, paz y justicia”.

En este sentido, sentencias como la T-558 de 2003[26] y la T-909 de 2009[27], han

emitido órdenes a las entidades estatales para que protejan a estas comunidades y para que tomen medidas efectivas de prevención y atención para amparar su derecho al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural y amparar los derechos fundamentales de los miembros de las mismas. De otro lado, la Sala la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, emitió el Auto 005 de 2009 en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004, reconoció la necesidad de un enfoque diferencial que reconozca la diversidad de los desplazados afrodescendientes. En dicho auto, se reiteró la condición de sujetos de especial protección de esta comunidad, lo cual impone a las autoridades estatales a todo nivel, especiales deberes de prevención, atención y salvaguarda de sus derechos individuales y colectivos. Igualmente, el Auto 092 de 2008, la misma Sala ordenó que los programas prevención y atención del desplazamiento debían incorporar un enfoque sub-diferencial complementario de etnia, edad y discapacidad dentro del enfoque diferencial de género, teniendo en cuenta que estos factores inciden en las mujeres desplazadas dependiendo de su edad, de su pertenencia a una comunidad indígena o afrodescendiente, o de la presencia de una discapacidad.

5.3.6. Este repaso de algunas sentencias de la Corte Constitucional en las que se ha utilizado o se ha hecho referencia a la expresión “comunidades negras”, pone en evidencia lo siguiente: (i) el citado término es el mismo que utiliza la Constitución en el artículo 55 transitorio; (ii) la expresión ha sido usada en sentencias relacionadas con la exigencia de la consulta previa, en tutelas referidas a conductas discriminatorias o al desconocimiento del derecho a la igualdad, en la ley estatutaria de circunscripción especial para las comunidades negras, entre otras; (iii) la Corte ha empleado el término “comunidades negras” en sentencias y autos relativos a víctimas de la violencia y del desplazamiento forzado para ordenar a las entidades competentes la protección de los derechos de las víctimas que pertenecen a estas comunidades; (iv) siempre el uso de la expresión “comunidades negras” ha sido utilizado por la Corte de acuerdo con los valores y principios constitucionales, para fomentar la integración de estas comunidades o de la población afrocolombiana y defender sus derechos constitucionales, y en ningún caso puede evidenciarse un sentido peyorativo o negativo en la utilización de dicha expresión.

5.4. Uso constitucional del lenguaje jurídico.

5.4.1. La jurisprudencia constitucional ha examinado en varias ocasiones la utilización del lenguaje por parte de las normas legales, reiterando que este debe ajustarse a la dignidad humana y a los principios y valores constitucionales. El Alto Tribunal ha resaltado que el lenguaje no es un medio neutral de comunicación y que, por el contrario, tiene un enorme poder instrumental y simbólico[28]. En este sentido, puede ser modelador de la realidad o reflejo de la misma, proyectándose en el lenguaje jurídico y constituyéndose así en un factor potencial de inclusión o exclusión social[29].

5.4.2. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de numerosas expresiones contenidas en varias disposiciones legales. Considerando el “potencial transformador del lenguaje jurídico y de la cultura jurídica”[30], e identificando cargas valorativas contrarias a la Constitución, han sido expulsadas del ordenamiento jurídico, palabras y expresiones, en especial del Código Civil, que en su momento no tenían un sentido negativo pero que, en el presente y luego de proclamada la Constitución Política de 1991, se revelaban obsoletas y con una fuerte carga peyorativa y despectiva. Es el caso de las sentencias que declararon la inexecutableidad de expresiones tales como “amo-sirviente” o “criado”[31], “si la locura fuere furiosa” o “loco”[32], “furiosos locos”, “mantecatos”, “imbecilidad idiotismo y locura furiosa”, “casa de locos” [33], “tuviere suficiente inteligencia para la administración de sus bienes”[34], hijo “legítimo”[35], “cómplice” de la mujer adúltera[36], entre otras.

5.4.3. Se justificó la intervención de la Corte en estos casos, considerando que “el uso emotivo de las palabras utilizadas por el legislador al formular una regla de derecho determinada puede interferir derechos fundamentales de las personas y por ello el juez constitucional se halla legitimado para resolver los problemas constitucionales que se deriven de ello y que le sean planteados en ejercicio de la acción pública e informal de inconstitucionalidad. Y cuando el juez constitucional asume esta función, lejos de incurrir en excesos, está cumpliendo, de manera legítima, con la tarea que se le ha encomendado: Defender la integridad y supremacía de la Carta Política”[37].

Asimismo la Corte ha destacado que se requiere la intervención del juez constitucional en los casos en los que el lenguaje jurídico o institucional se constituye en un acto discriminatorio, o bien en una “conducta, actitud o trato que pretende – consciente o inconscientemente – anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con

frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales”[38].

5.4.4. La Corte ha establecido que el juicio para determinar el impacto del lenguaje sobre la constitucionalidad de ciertos textos legales trasciende el análisis lingüístico y toma en consideración factores históricos, sociológicos y el simple uso del idioma para examinar si determinadas expresiones contravienen el marco axiológico de la C.P. aún cuando la finalidad buscada por la norma que las contiene no sea contraria a las disposiciones superiores[39].

5.4.5. En algunas sentencias, es posible identificar el procedimiento para fundamentar la eventual inconstitucionalidad de expresiones contrarias a la Constitución a través de: (i) La contextualización de las expresiones demandadas en las normas; (ii) La realización de un análisis de las diferentes acepciones de las palabras o expresiones acusadas, teniendo en cuenta la evolución histórica en su utilización; (iii) Haciendo un examen sobre la posible contradicción con la norma superior; (iv) considerando la necesidad de adecuar los efectos de la declaratoria de inexequibilidad de la expresión demandada y la finalidad constitucionalmente válida que pudiera tener la norma.

5.4.6. En síntesis, la Corte ha considerado legítimo declarar inconstitucionales expresiones contenidas en normas legales que, luego de un análisis lingüístico, histórico y social, resulten despectivas, discriminatorias y con una carga valorativa claramente contraria a la dignidad humana y a la C.P. En otras palabras, es inconstitucional el lenguaje que genera diferencias entre las personas, especialmente cuando se utilizan categorías sospechosas[40].

5.5. Análisis del cargo.

5.5.1. Pretende el demandante, que la expresión “comunidades negras” sea declarada inconstitucional porque posee una connotación negativa y racista que desconoce los derechos de la población afrocolombiana.

5.5.2. Como se anotó anteriormente, la expresión “comunidades negras” contenida en la Ley 70 de 1993 y en el Decreto 2374 de 1993 se inscribe en un contexto normativo cuyo objetivo es reconocer y proteger a esta población. En efecto y como se puso de presente:

(i) En la Ley 70 de 1993, se establecen los principios de reconocimiento, protección de la autonomía, participación y protección del medio ambiente en los lugares donde habitan las comunidades negras. Además se regula lo relativo al derecho a la propiedad colectiva, el uso de la tierra y los recursos naturales, y los derechos económicos, políticos y culturales de las comunidades afrocolombianas;

(ii) Por su parte, el Decreto 2374 de 1993 se orienta a fomentar la realización de programas, proyectos de desarrollo cultural y social e investigaciones de las culturas afrocolombianas por parte del ICANH, con el fin de contribuir a su preservación.

5.5.3. En ninguna de estas disposiciones, el legislador emplea la expresión “comunidades negras” de manera despectiva o peyorativa, ni con el ánimo de discriminar a los afrocolombianos. No se evidencia de esta manera discriminación alguna ni un accionar racista derivado de la utilización de la expresión acusada, en los términos de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, porque no se realiza ninguna distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico con el objetivo de “anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública” de estas comunidades. Por el contrario, el ánimo del legislador ha sido el de fomentar políticas de reconocimiento, inclusión y protección de las comunidades afrocolombianas.

Lo anterior, parte precisamente del reconocimiento de la historia de marginación a las que fueron sometidas estas poblaciones, por lo cual no ha pretendido el legislador invisibilizarlas sino reivindicar sus derechos teniendo en cuenta los preceptos constitucionales que definen nuestra Nación como pluralista y respetuosa de la diversidad étnica y cultural.

5.5.4. Es importante destacar que la lengua representa un hecho social e histórico, en términos de Fernando de Saussure[41], que se representa en la unión de imágenes verbales y conceptos, aprendida y compartida por los individuos de una comunidad, quienes no pueden modificarla individualmente. La lengua se concibe también como un sistema de valores y, por consiguiente, es el resultado del consenso social.

En este orden de ideas, es factible que en el pasado, fuera socialmente aceptado que la palabra “negro” se asociara con significados negativos. Sin embargo, en el nuevo contexto histórico global, y en particular en Colombia después de promulgada la C.P. de 1991, el término negro o comunidades negras asociado con la raza, se vio desprovisto de connotaciones racistas, y adquirió un sentido de reivindicación de los derechos de un grupo étnico marginado en el pasado. Otras relaciones paradigmáticas entre la expresión “negro” y acepciones negativas de este término, exceden los límites del control constitucional.

5.5.5. Al margen de lo anterior, es de fundamental importancia resaltar que la citada expresión en las normas acusadas, se limita a transcribir el término empleado en el artículo 55 transitorio de la Constitución. La propia Corte Constitucional ha utilizado esta expresión en múltiples sentencias, que como se señaló arriba, pretendían amparar y reivindicar los derechos de las comunidades negras y de los afrocolombianos en general. De este modo, la Corte no podría declarar inconstitucional la expresión “comunidades negras” porque estaría invalidando el contenido mismo de la norma superior. En este punto cabe reiterar que “el legislador no puede ser sindicado de violar la Constitución cuando se limita a reiterar sus mandatos. Aceptar lo contrario implica desfigurar, de manera peligrosa y grave, el sentido y los alcances de la acción pública de inconstitucionalidad, de la cual, en casos como el que se considera, abusan algunos ciudadanos, pretendiendo que, por la vía del control de constitucionalidad, esta Corte ejerza una función constituyente que no le es propia”[42].

5.5.6. No obstante, y con el ánimo de profundizar un poco más en el sentido del término que reprocha el demandante, cabe resaltar que las palabras por sí mismas no son inconstitucionales ya que todo depende del contexto y la intención con la que son empleadas.

El término “negro” tal y como lo advierte el demandante, fue utilizado en un momento histórico determinado, de manera despectiva, para referirse a los esclavos traídos del África a América. Se encuentran definiciones que señalan que esta palabra deriva del latín, y se utilizó desde la época de los griegos para hacer referencia a los individuos originarios de África que tenían piel morena[43].

Sin embargo, las palabras pueden adquirir nuevas significaciones a lo largo del tiempo. Es

este punto, cabe considerar el asunto de los etnónimos, es decir de la denominación de los grupos étnicos. Si bien en la historia pasada el nombre “negro” fue asignado por los españoles y colonizadores y por ende fue más precisamente un exónimo, con una evidente carga peyorativa, como lo reconocen algunos estudiosos del tema, hoy en día, puede afirmarse que ese término no es utilizado por el Estado de manera negativa.

Por lo menos una parte significativa de los afrocolombianos, se autodenominan e identifican como “negros” lo cual se comprueba al revisar los nombres de los grupos y organizaciones sociales y políticas en el territorio nacional. La palabra “negro” o “comunidades negras” ha sido resignificado por los afrocolombianos hasta el punto que algunos miembros de las comunidades negras desean ser llamados así y a través de la palabra “negro” reivindican sus derechos y su pertenencia a este grupo étnico. No de otra manera se explicaría que muchos se agrupen en organizaciones que llevan este nombre. Precisamente en este proceso, la Corte invitó a participar a grupos como la Asociación de Comunidades Negras (ASOCONE), a la Federación de Comunidades Negras de Antioquia (FECONDA), a la Corporación por Defensa de las Comunidades Negras de Bolívar (BIKO), a la Fundación para el Desarrollo y la Democracia de las Comunidades Negras de la Costa Atlántica (FUNDECONA), al Movimiento Nacional de Comunidades Negras Palenque Afrocolombiano (MNCH-PA), a la Fundación Cultural Colombia Negra (F.C.C.N.). Sin contar con el Proceso de Comunidades Negras -PCN- conformado por 120 organizaciones étnicas en todo el territorio nacional que en su momento participaron en la redacción de la Ley 70 de 1993 y que hoy en día busca fortalecer el reconocimiento de los derechos de estas comunidades[44]. También en la etapa de la Preasamblea Constituyente, la población se reunió en la “Coordinadora de Comunidades Negras”.

Las reivindicaciones como comunidad “negra” quedaron documentadas incluso en el proceso constituyente. Tal y como lo consigna la sentencia T-955 de 2003, el Movimiento Nacional Cimarrón dirigió a la Asamblea Nacional Constituyente una petición de varios puntos, entre los que se incluyó el reconocimiento de su “derecho ancestral de propiedad y usufructo que han adquirido las comunidades negras e indígenas sobre las tierras que ocupan”[45](negrillas fuera del texto). Cuando se eligieron los miembros de la Asamblea, las organizaciones negras conformaron una Mesa de Trabajo[46] para el reconocimiento de los derechos de estas comunidades y señalaron que “(...) el pueblo negro aspira a que se le reconozca la propiedad ancestral sobre sus territorios tradicionales, muchos de los cuales

han sido compartidos históricamente con los pueblos indígenas. Para ello se necesitaría un régimen especial de posesión y manejo del territorio, acorde con las prácticas culturales de los negros, con lo cual se evitaría la devastación de los recursos naturales de las zonas como el Pacífico, donde hoy se pretende desarrollar grandes proyectos que desconocen la existencia de pobladores negros e indígenas, los cuales han habitado y poseído el territorio durante más de tres siglos /comunicado de Prensa de Mayo 10 de 1991)”[47] (negrillas fuera del texto).

5.6.1. Puede concluirse que si bien la expresión que reprocha el demandante efectivamente pudo ser utilizada de manera negativa, hoy en día el Estado y en particular el Legislador, no le confiere esa connotación. La Corte no puede entonces juzgar una palabra aislada del contexto en el que se examina la inconstitucionalidad. Las normas que se acusan fueron luego de promulgada la Constitución de 1991 la cual pretendió reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación proclamando los derechos de los grupos étnicos entre los que se incluyen los pueblos indígenas y las comunidades negras. El legislador, por su parte, desarrolló el mandato constitucional en disposiciones que consagran acciones afirmativas para promover la integración de estas comunidades. La palabra no se utiliza pues en un contexto de exclusión, ni de invisibilización, ni de desconocimiento de la dignidad humana de los afrocolombianos, sino por el contrario, en un marco normativo que reconoce sus derechos sociales, políticos y económicos. En otras palabras, la utilización de la expresión “comunidades negras” en la Constitución, las leyes y la jurisprudencia, expande el principio de dignidad humana en el marco de la igualdad material otorgando mayores garantías a estos grupos por encima del resto de la población.

5.6.2. Eliminar de las disposiciones acusadas la expresión “comunidades negras” sería, como lo anotan algunas de las intervenciones, silenciar la lucha de una parte importante de la población afrocolombiana que se identifica como negra, y que desea ser denominada de esta manera. En otras palabras, no es precisamente eliminando la expresión acusada en disposiciones legislativas que se favorece a determinado grupo étnico, que se erradica el racismo y se proscribe la discriminación.

5.6.3. De lo anterior se desprende lo siguiente: (i) siempre será necesario contextualizar en cada caso el sentido y significado de las palabras en el plano jurídico, histórico y social; (ii) los términos contenidos en disposiciones de menor jerarquía, que transcriben expresiones

consagradas en la Constitución, no son inconstitucionales; (iii) las palabras o términos que sean empleados para denominar un determinado grupo étnico no son contrarios a la Constitución cuando el mismo grupo se autodenomina de esa manera y lo hace en aras de su propia reivindicación histórica; (iv) las expresiones empleadas por el Legislador para designar a un grupo titular de ciertos derechos o para promover acciones afirmativas a su favor, son concordantes con la Constitución.

5.6.4. Así, no advierte la Corte que la expresión “comunidades negras” contenida en las disposiciones acusadas, se inscriba en un contexto normativo que promueva la discriminación racial o que denigre a los afrocolombianos. Por consiguiente, la declarará exequible.

6. Cargo 2º: el desconocimiento del derecho a la consulta previa de los miembros de las comunidades afrocolombianas, por no haber concertado la expresión “comunidades negras” en las normas acusadas.

6.1. Concepto de inconstitucionalidad de la demanda.

La expresión “comunidades negras” en las normas acusadas desconoce el derecho a la consulta previa de los afrocolombianos, por no haberse previsto su participación en la decisión que terminó por denominarlos “comunidades negras”.

De acuerdo con lo anterior, la Corte establecerá la procedencia y obligatoriedad de la consulta previa respecto de disposiciones legislativas que datan de hace veinte años, como la Ley 70 de 1993 y el Decreto 2374 de 1993, revisando la jurisprudencia en esta materia.

6.2. Examen jurisprudencial sobre consulta previa. Primera etapa: antecedentes de la construcción del parámetro de control.

6.2.1. El derecho a la consulta previa de medidas administrativas y legislativas ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte a través de sentencias de tutela y de constitucionalidad que han venido consolidando el precedente en esta materia.

6.2.3. La primera vez que la Corte evaluó la necesidad de realizar una consulta previa para expedir medidas legislativas fue en la sentencia C-169 de 2001 la cual examinó el proyecto

de ley estatutaria 025/99 Senado y 217/99 Cámara, “por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”, que se convertiría en la Ley 649 de 2001. En dicha providencia, la Corte consideró que la consulta previa no había sido prevista ni por la Constitución ni por la Ley para medidas legislativas relativas al tema regulado por la disposición examinada. En efecto, el artículo 330 de la Carta así como la Ley 99 de 1993, solo establecen esta obligación en el caso de la explotación de recursos naturales en los territorios de grupos étnicos. De otro lado, la Ley 70 de 1993 prevé este tipo de consultas en tres casos: a) 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 (art. 22); b) 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 (art. 38); y c) 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 (art. 58). En este orden de ideas, se estableció que la Corte no podía proscribir como obligatorio un procedimiento que no se contemplaba en el ordenamiento jurídico, menos aún tratándose de una ley estatutaria cuyas características y requisitos se encuentran taxativamente numerados en los artículos 153 a 157 de la Carta.

6.2.4. Más adelante, en la sentencia C-891 de 2002, en la que se examinó la constitucionalidad de varios artículos del Código de Minas, se consideró que la participación de los pueblos indígenas a través de la consulta previa adquiere rango de derecho fundamental al relacionarse con la integridad étnica, especialmente cuando se encuentran de por medio regulaciones de temas ambientales en territorios ancestrales. En aquella ocasión se adujo que, en estos contextos, el principio participativo consagrado en el artículo 2º superior, adquiere matices más intensos cuando se relaciona con los pueblos indígenas. Teniendo en cuenta lo anterior, y considerando el principio de buena fe que debe regir este tipo de procesos, la Corte realizó un análisis de la manera como había sido socializado el proyecto de ley entre las comunidades indígenas antes de su radicación, y concluyó que si bien no se llegó a un acuerdo con respecto al contenido del mismo, se cumplió el requisito de la consulta previa porque la participación fue real y efectiva, y se relacionó directamente con los temas que afectaban a estas comunidades. En efecto, en aquella ocasión se estableció que “antes de radicar el proyecto de ley en el Congreso de la

República, a lo largo de un periodo de más de un año el Gobierno Nacional fomentó diversos mecanismos de participación que se desarrollaron en diversas etapas, así: (i) divulgación del proyecto de ley, enviado por correo a las distintas organizaciones indígenas; (ii) ilustración y exposición detallada del articulado del proyecto ante las comunidades y discusión preliminar entre las entidades gubernamentales y estas últimas, a través de los talleres informativos previos, diseñados como mecanismos preparatorios para la Mesa Nacional de Concertación; (iii) organización y celebración -en dos oportunidades- de la Mesa Nacional de Concertación, donde no se llegó a acuerdo alguno, pero por causas no imputables al Gobierno, pues éste siempre demostró su voluntad de realizar la consulta y la concertación en torno al proyecto de ley”. De este modo, se determinó que el Gobierno tiene el deber de propiciar mecanismos efectivos, razonables, suficientes y apropiados de participación pero en el caso en el que no se llegare a un acuerdo, no se debe frenar el proceso legislativo cuando se trate de asuntos de interés general como los temas mineros. Además, se resaltó que el escenario previo a la radicación del proyecto no es el único espacio deliberativo en el que los grupos étnicos pueden participar ya que también en el Congreso se pueden seguir debatiendo los temas de interés de estas comunidades a través de las personas que hayan sido elegidas como sus legítimos representantes en esta instancia.

La importancia de esta sentencia, radica en el hecho de incorporar las sub-reglas jurisprudenciales en materia de consulta previa que se venían desarrollando en sede de tutela, y en profundizar la interpretación del derecho a la participación contenido tanto en las disposiciones constitucionales como en el Convenio 169 de la OIT, con el fin de examinar a la luz de estos postulados el procedimiento de la consulta antes de la radicación del proyecto de ley en el Congreso. Aún cuando ni el Convenio 169 de la OIT ni la Constitución previeron un procedimiento para la realización de la consulta, en esta sentencia la Corte empieza a establecer los presupuestos básicos de la consulta previa en relación con la expedición de medidas legislativas, en particular considerando la importancia de garantizar una efectiva participación de los grupos étnicos, que no se limita a una simple labor de información, sino a propiciar espacios de real concertación con estas comunidades en los asuntos que los afectan.

6.2.5. Este tipo de análisis se reiteran en otras sentencias relativas a medidas legislativas. En la sentencia C-620 de 2003 en la que se examinó la Ley 773 de 2002 “por la cual se

dictan normas relativas a la administración, fabricación, transformación, explotación y comercialización de las sales que se producen en las salinas marítimas ubicadas en el municipio de Manaure, Guajira y Salinas de Zipaquirá y se dictan otras disposiciones”, la Corte estimó que la adopción del artículo 1° de la Ley bajo examen, resultó de un largo proceso de concertación llevado a cabo entre el Gobierno Nacional y la comunidad indígena Wayúu asentada en el área de las Salinas de Manaure. En todo caso, se estableció que no era necesario realizar un “examen rígido del procedimiento” que empleó el Gobierno para llegar a la fórmula de la concertación teniendo en cuenta que ni el Convenio 169 de la OIT ni la Constitución lo prevén, y porque para la ejecución de la ley se requería una nueva aprobación por parte de las comunidades indígenas.

También en la sentencia C-207 de 2007, que estudió la constitucionalidad del Decreto 1278 de 2002, “Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente”, se reiteró que la consulta debía ser previa a la radicación del proyecto de ley, y que debía preverse un procedimiento de pre-consulta concertada con los miembros de las comunidades afectadas para establecer los criterios de orientación. Al final, la Corte decidió inaplicar las disposiciones generales del Decreto demandado para el caso de las comunidades indígenas debido a que en los temas relativos al ingreso, ascenso y retiro de los docentes y directivos docentes de las comunidades nativas, los miembros de las comunidades quedaron sometidos a las reglas y condiciones establecidas para la educación dominante o tradicional, sin haber sido consultadas previamente.

6.2.6. De este modo, los criterios generales reiterados por la jurisprudencia en relación con la consulta previa de medidas legislativas hasta el 2007, se pueden resumir en los siguientes puntos: (1) reconocimiento de la inexistencia de un procedimiento establecido en el Convenio 169 de la OIT y en la Constitución para realizar la consulta; (ii) la importancia de tener en cuenta el principio de buena fe y la flexibilidad que exigen este tipo de procedimientos, de lo cual se desprende que la participación de las comunidades en la adopción de las medidas legislativas que las afecten debe ser oportuna, efectiva y suficiente y no puede reducirse a un mero trámite informativo; (iii) la necesidad de realizar una pre-consulta en la que el Gobierno y las comunidades establezcan la manera en la que se realizará la consulta; (iv) el que no se llegue a un acuerdo con las comunidades, no exime a las autoridades de adoptar una ley siempre que el trámite haya garantizado la real y efectiva participación de las comunidades; (v) la participación de los grupos étnicos

no culmina con la radicación del proyecto sino que continúa en el Congreso con los representantes legítimamente elegidos por dichas comunidades; (vi) cuando para la aplicación de las medidas establecidas en una ley se requiere de ulteriores procesos de consulta, el examen del requisito de consulta previa para la disposición legislativa es más flexible.

Cabe destacar que en dichas sentencias no se estudiaron leyes anteriores al año 2001, ni se declararon inexecutable leyes o proyectos de ley por omisión del deber de consulta previa. Además, todos los casos, a excepción de la sentencia C-208 de 2007, se refirieron a la necesidad de consulta previa de medidas legislativas sobre temas ambientales.

6.3. Examen jurisprudencial sobre consulta previa: estructuración del parámetro de control constitucional.

6.3.1. Teniendo en cuenta este precedente, la sentencia C-030 de 2008, que examinó la constitucionalidad de la Ley 1021 de 2006 “Por la cual se expide la Ley General Forestal”, sistematizó los criterios que la jurisprudencia había venido desarrollando y amplió los ámbitos de aplicación de la consulta previa. La citada sentencia también avanzó en la definición del contenido y el alcance de la consulta previa como mecanismo de participación de los grupos étnicos cuando se trate de medidas legislativas no circunscritas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios (CP art. 330) o a la delimitación de esos mismos territorios (CP art. 229).

6.3.2. Con base en lo anterior, se definieron tres elementos fundamentales de la consulta:

(1) Con respecto a la obligatoriedad de la misma, se estableció que la consulta no procede para todas las medidas legislativas, sino solamente para aquellas susceptibles de afectar directa y específicamente a los grupos étnicos, independientemente de que el efecto en las comunidades sea positivo o negativo.

(2) En cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar para la realización de la consulta, la sentencia reiteró que si bien ni el Convenio ni la Constitución definen el procedimiento aplicable, este deberá atender a criterios de flexibilidad y al principio de buena fe. Así, el Estado está llamado a establecer las condiciones para efectuar consultas efectivas y

conducentes, “sin términos perentorios ni condiciones ineludibles”. La idea de la consulta es posibilitar la concertación de manera oportuna para que las intervenciones sean útiles, y con voceros representativos. La oportunidad de la consulta es claramente anterior a la radicación del proyecto, sin embargo el proceso participativo continúa en el Congreso con los representantes elegidos por las comunidades. En cualquier caso es responsabilidad del Gobierno promover la consulta en casos que sean de su iniciativa o ponerla en conocimiento de los órganos representativos competentes de las comunidades cuando no sean proyectos propios.

(3) La consecuencia de omitir el deber de consulta previa se traduce en el incumplimiento del compromiso internacional asumido por el Estado con el Convenio 169 de la OIT; igualmente supone el desconocimiento de la Constitución y por ello puede solicitarse el amparo de este derecho mediante la acción de tutela. Tratándose de leyes, la omisión de la consulta previa produce la declaración de inconstitucionalidad de una ley, o la declaratoria de constitucionalidad condicionada excluyendo de su ámbito de aplicación los grupos étnicos afectados, o la declaración de una omisión legislativa por no haber previsto medidas orientadas a estas comunidades.

Habiendo sistematizado el alcance y requisitos de la consulta, la Corte declaró inexecutable la Ley Forestal luego de comprobar que el proceso de socialización del proyecto con los grupos étnicos afectados, no fue específico, ni suficiente y porque no se propiciaron espacios de concertación adecuados antes de la radicación del proyecto de ley en el Congreso.

6.3.3. La Corte considera que, si bien antes de la sentencia C-030 de 2008 la jurisprudencia había desarrollado claros criterios de procedibilidad de la consulta previa de medidas legislativas, la citada sentencia constituye el precedente más relevante en esta materia. En efecto, no solo se amplió la posibilidad de la consulta a otras medidas legislativas diferentes a las relacionadas con explotación de recursos naturales en territorios de los grupos étnicos, sino que se sistematizaron los requisitos y criterios para su implementación y, lo más importante, se definieron claramente los efectos, o bien la inexecutable, exequibilidad parcial o declaración de omisión legislativa, en los casos en los que no se efectuara la consulta. La reiteración de este precedente en sentencias posteriores pone de manifiesto la relevancia del mismo.

6.3.4. Después de la sentencia C-030 de 2008, la Corte examinó numerosas medidas legislativas aplicando el citado precedente[48]. Entre las más representativas se encuentran, por ejemplo, la C-461 de 2008 que analizó la constitucionalidad de la Ley 1151 de 2007, contentiva del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, declarando exequible la ley pero suspendiendo la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma con potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realizara en forma integral y completa la consulta previa específica. Asimismo, la sentencia C-175 de 2009, que declaró inexecutable la Ley 1152 de 2007, “por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones” considerando que los debates y acercamientos que propició el Gobierno con los grupos étnicos no fueron oportunos por iniciarse con posterioridad a la radicación del proyecto de ley y porque no se efectuó la pre-consulta.

Además de examinar el requisito de la consulta previa con respecto a leyes, la Corte ha ido ampliando este análisis a las leyes estatutarias[49] -cambiando el precedente de la sentencia C-169 de 2001-, a tratados[50] y a actos legislativos[51]. Sin embargo, en todos los casos se ha reiterado el precedente sentado por la sentencia C-030 de 2008. Ninguna de las medidas legislativas analizadas en estas providencias es anterior al año 2006[52]. En dichas sentencias se afinan los criterios de afectación directa, específica y particular de las medidas legislativas con relación a los grupos étnicos, que hacen exigible la consulta y se examinan leyes referidas a asuntos no siempre circunscritos a las materias contenidas en el artículo 330 constitucional.

6.3.5. Habiendo repasado el precedente jurisprudencial sobre la exigibilidad de la consulta previa en el caso de medidas legislativas que afecten directa y específicamente a los grupos étnicos, la Corte concluye que es la sentencia C-030 de 2008 la que re-conceptualiza la línea jurisprudencial y avanza en el establecimiento de los requisitos y características de la consulta. Esto es, se erige en el precedente principal en esta materia, ya que consolida el parámetro de control que consiste en la realización de la consulta previa en el proceso de formación de las leyes, como garantía de la realización del derecho de dichas comunidades de participar en las decisiones que las afectan directamente.

6.3. Reglas relativas al cambio de precedente constitucional.

6.3.1. La importancia de mantener un precedente, en particular cuando este ha sido sentado por las Altas Cortes, en las que se unifica la jurisprudencia sobre diferentes materias, responde a la necesidad de garantizar la igualdad, la seguridad jurídica, la coherencia y el control de las decisiones judiciales. La falta de certeza sobre las decisiones de los jueces impide a los ciudadanos conocer el contenido y alcance de sus derechos y obligaciones, y genera caos y anarquía. No obstante lo anterior, el ordenamiento jurídico evoluciona y no puede petrificarse[53]. Por ello, se ha reconocido la existencia de circunstancias taxativas excepcionales, que pueden dar lugar a un cambio de precedente en la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre.

6.3.2. Las reglas sobre cambio de precedente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, han sido reiteradas en numerosas sentencias y se asocian con tres condiciones básicas[54]:

(1) En primer lugar, cuando la legislación se modifica, se justifica un cambio de jurisprudencia, para evitar contravenir la voluntad del legislador, y de esta manera, promover la colaboración armónica entre las ramas del poder y contribuir al principio democrático de soberanía popular[55].

(2) De otro lado, se ha admitido el cambio de precedente cuando transformaciones en la situación social, política o económica vuelvan inadecuada la interpretación que la jurisprudencia había hecho sobre determinado asunto. Es este el caso, por ejemplo, del cambio de precedente en relación con los derechos de las parejas del mismo sexo que ocurrió en la jurisprudencia de la Corte a partir de la sentencia C-075 de 2007. En estos eventos, es necesario replantear la jurisprudencia fundamentando cuidadosamente el cambio en principios y reglas reformuladas.

(3) Pero también puede suceder que cierta doctrina jurisprudencial resulte contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico, caso en el cual será necesario sentar un nuevo precedente. Sin embargo, para justificar un cambio jurisprudencial de esta naturaleza es imperativo que se argumenten razones fundadas en relación con la decisión que se pretende cambiar y que primen sobre el principio de seguridad jurídica e igualdad que sustentan el principio esencial del respeto del precedente[56].

6.3.3. Tal y como lo describe la sentencia SU-047 de 1999, “el respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas-.”

6.4. Nueva regla jurisprudencial en relación con la exigibilidad de la consulta previa para medidas legislativas.

6.4.1. Como se estableció anteriormente, el cambio de precedente se justifica, entre otros, cuando éste contradice los valores, objetivos, principios y derechos establecidos en la Constitución. En el presente caso, encuentra la Corte que la exigibilidad de la consulta previa para medidas legislativas anteriores a la sentencia C-030 de 2008, que consolidó la regla jurisprudencial en esta materia, se opone a principios fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico, tales como la seguridad jurídica, la legalidad y el principio democrático.

6.4.2. Tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia[57], la consulta previa es un derecho sustantivo fundamental de participación, que se garantiza y concreta a través de un procedimiento. En otras palabras, se trata de una “garantía de orden procedimental encaminada a respetar los derechos a la subsistencia y la integridad cultural de los grupos étnicos”[58]. Lo anterior supone que al examinar la constitucionalidad de una ley por el cargo de omisión de consulta previa, la Corte verifica que se haya cumplido ese procedimiento antes de la radicación del proyecto de ley.

6.4.3. Sin embargo, tal y como se ha reiterado en todas las sentencias sobre esta materia, el ordenamiento jurídico no consagra reglas procedimentales en este sentido. De un lado, la Constitución no contempla este requisito ni el procedimiento de consulta previa en las normas relativas a la formación de las leyes ordinarias, ni para el trámite de leyes estatutarias. Tampoco la Ley 5ª de 1992 regula este supuesto. Por su parte, el Convenio 169 de la OIT, solo fija algunos principios generales que deben regir la consulta como la flexibilidad y la buena fe pero no desarrolla ningún procedimiento específico.

6.4.4. Las reglas sobre consulta previa fueron establecidas de manera general por la sentencia C-030 de 2008. En dicha sentencia se fijaron las consecuencias y los efectos de la omisión de la consulta, o bien la declaratoria de inexecuibilidad total, o exequibilidad condicionada de una ley o la declaración de omisión legislativa relativa. De lo anterior se desprende que a partir de la sentencia C-030 de 2008, le es exigible al Legislador la obligación de realizar un procedimiento no previsto en la Constitución ni en la Ley Orgánica del Congreso, como requisito para tramitar medidas legislativas.

6.4.5. Exigir al legislador el cumplimiento de un trámite no regulado en el ordenamiento jurídico antes de que se desarrollara el alcance de ciertas reglas procedimentales por vía jurisprudencial, significaría el desconocimiento de principios de especial relevancia constitucional y democrática.

(i) En primer lugar, se violaría el principio de seguridad jurídica entendido como la exigencia de certeza, consistencia, confiabilidad y previsibilidad del derecho, gracias al cual se generan expectativas legítimas fundadas en la aplicación e interpretación de las medidas legislativas. En estos términos, se erosiona el principio de seguridad jurídica al establecer como parámetro de control de constitucionalidad, un requisito inexistente en el momento en el que se tramitaron las leyes. En efecto, esta situación produce un alto nivel de incertidumbre no solo para el legislador, sino entre los propios ciudadanos, en torno a la validez de las leyes tramitadas con el lleno de los requisitos constitucionales y legales existentes en determinado momento.

(ii) Lo anterior se encuentra íntimamente relacionado con el principio de legalidad de acuerdo con el cual “no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en

la ley”[59]. En particular cuando se trata de reglas de procedimiento, es imprescindible que estas sean claras y ciertas en el momento de tramitar una ley. Dado que solo hasta la sentencia C-030 de 2008 se fijaron las consecuencias posibles de la omisión de consulta previa en las medidas legislativas, el Congreso no podía prever antes de ese momento que una ley pudiera ser declarada inexecutable o executable condicionada por no incluir un trámite cuyo procedimiento y alcance fue establecido en una sentencia posterior.

(iii) Asociado al principio de legalidad, se advierte el desconocimiento del principio democrático, fundamentado a su vez en los principios de participación y representación política, base del Estado Social y Democrático de Derecho ya que, al admitir la exigibilidad de una regla procedimental inexistente en el momento de la expedición de una medida legislativa, se estaría invalidando la decisión mayoritaria del Congreso. El debate democrático exige reglas de juego previas, las cuales deben ser conocidas por todos y positivizadas ya sea en la Constitución o en la Ley orgánica del Congreso. Dichas reglas previas al debate otorgan legitimidad al debate y validan el resultado de la misma deliberación.

6.4.6. El procedimiento de la consulta previa, que no fue configurado ni en la Constitución ni en el Convenio 169 de la OIT, ni en la ley orgánica del Congreso, pero que fue desarrollado por la sentencia C-030 de 2008, se aplicó a leyes que fueron tramitadas antes de la publicación de la citada providencia. Así, se examinó con base en este nuevo parámetro de control constitucional la Ley Forestal – Ley 1021 de 2006, y de ahí en adelante la Ley 1151 de 2007 contentiva del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 (C-461 de 2008), el Estatuto de Desarrollo Rural – Ley 1152 de 2007 (C-175 de 2009), la Ley 1122 de 2007 que modifica el sistema de seguridad social en salud (C-063 de 2010), así como leyes aprobatorias de tratados tales como la Ley 1143 de 2007 (C-750 de 2008), la Ley 1214 de 2008 (C-615 de 2009) y la Ley 1254 de 2008 (C-027 de 2011).

6.4.7. La Corte nunca abordó ni hizo explícito el problema de la aplicación retroactiva de las reglas sobre el procedimiento de la Consulta Previa consolidadas y desarrolladas en la sentencia C-030 de 2008 para medidas legislativas relativas a todos los asuntos que afectaran directa y específicamente a los grupos étnicos. Se trataba en esos casos de enfrentar situaciones límite en las que se aplicó la regla jurisprudencial en precisas materias donde era evidente la afectación a los derechos de los grupos étnicos, tal y como sucedió

en el caso de la Ley Forestal y del Estatuto de Desarrollo Rural.

6.4.8. Sin embargo, y a pesar de tratarse de un precedente reiterado en múltiples ocasiones por la Corte, el hecho de que no se haya planteado el problema de la aplicación de un procedimiento inexistente en el ordenamiento jurídico pero desarrollado por vía jurisprudencial con posterioridad al trámite y expedición de ciertas medidas legislativas, hace imperativo que la Corte defina en esta ocasión la exigibilidad de este requisito para las leyes ordinarias, estatutarias o aprobatorias de tratados, y en actos legislativos que se hayan tramitado –no expedido–, después de la sentencia C-030 de 2008. En efecto, resulta desproporcionado e irrazonable, el que un procedimiento no contemplado en el ordenamiento jurídico como la consulta previa, pueda ser exigible para medidas legislativas posteriores al establecimiento de reglas procedimentales en esta materia por vía jurisprudencial y de interpretación del Convenio 169 de la OIT. Lo anterior supone la imposibilidad de juzgar o reprochar las actuaciones del Congreso con base en un parámetro de control de constitucionalidad, fundamentado en reglas inexistentes en el momento de tramitar una ley o acto legislativo. Sin embargo, consolidado el precedente en el 2008 el Legislador ciertamente no puede ignorar la existencia de este parámetro de control de constitucionalidad de las leyes y debe ir más allá incorporándolo en la Ley orgánica del Congreso o a través de una ley estatutaria.

6.4.9. En consecuencia y por las razones aludidas, la Corte adoptará una línea jurisprudencial en materia de exigibilidad de la consulta previa, respecto de medidas legislativas o administrativas anteriores a la sentencia C-030 de 2008. En adelante, este parámetro de control de constitucionalidad, se aplicará exclusivamente a aquellas leyes y medidas tramitadas con posterioridad a la citada sentencia.

7. Razón de la decisión.

7.1. El demandante acusó la expresión “comunidades negras” contenida en Ley 70 de 1993, la Ley 649 de 2001, el Decreto 1332 de 1992, el Decreto 2374 de 1993, por considerar que la misma se asocia con prácticas excluyentes y discriminatorias y por haberse desconocido el derecho a la consulta previa en la medida en la que no se contempló la participación de la población afrocolombiana en la decisión de denominarla “comunidades negras”.

7.2. Con respecto al primer cargo, la Corte considera que no desconoce la Constitución, el

haber incluido la expresión “comunidades negras” en las normas acusadas porque: (i) el contexto en el que se emplea la citada expresión no es excluyente ni pretende invisibilizar o denigrar a los afrocolombianos, sino por el contrario regular mecanismos de integración y acciones afirmativas; (ii) se trata de una expresión que el Legislador extrae de la propia Constitución y específicamente del artículo 55 transitorio; (iii) la expresión -“comunidades negras”- ha sido apropiada por muchos movimientos y numerosas organizaciones de afrocolombianos como un concepto autodenominatorio y autoidentificadorio.

7.3. En relación con el segundo cargo, no advierte la Corte violación del derecho a la consulta previa, puesto que las reglas de procedimiento en materia de consulta para la expedición de medidas legislativas fueron desarrolladas por vía jurisprudencial con posterioridad al trámite de la Ley 70 de 1993 y del Decreto 2374 de 1993, razón por la cual, no resultaban exigibles en ese momento para el Legislador.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo anterior, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- Declarar EXEQUIBLE, en relación con el cargo de discriminación, la expresión “comunidades negras” contenida en la Ley 70 de 1993 “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política” y en el Decreto 2374 de 1993, “Por el cual se adiciona el Decreto 2128 de 1992 y se dictan otras disposiciones”.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE, en relación con el cargo de omisión de consulta previa a las comunidades afrocolombianas, la expresión “comunidades negras” contenida en la Ley 70 de 1993 “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política” y en el Decreto 2374 de 1993, “Por el cual se adiciona el Decreto 2128 de 1992 y se dictan otras disposiciones”.

Tercero.- Estarse a lo resuelto en la sentencia C-169 de 2001 con respecto a la expresión “comunidades negras” contenida en la Ley 649 de 2001 “Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Presidente

Con salvamento parcial de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Con aclaración de voto

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA M.

Magistrado

Con aclaración de voto

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Ausente con permiso

ALEXEI JULIO ESTRADA

Magistrado (E)

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA C-253/13

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION DE CONSULTA PREVIA EN NORMAS QUE

SE REFIEREN A COMUNIDADES NEGRAS-Improcedencia por no mediar afectación directa de esas comunidades (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-9305

Demanda de inconstitucionalidad contra la expresión “comunidades negras” contenida en la Ley 70 de 1993 “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”; la Ley 649 de 2001, “Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”; el Decreto 1332 de 1992, “Por el cual se crea la Comisión especial para las comunidades negras, de que trata el artículo transitorio número 55 de la Constitución Política, sobre el reconocimiento de los derechos territoriales y culturales, económicos, políticos y sociales del pueblo negro de Colombia; y se establecen las funciones y atribuciones de la misma”; el Decreto 2374 de 1993, “Por el cual se adiciona el Decreto 2128 de 1992 y se dictan otras disposiciones”

Magistrado Ponente:

Mauricio González Cuervo

Si bien comparto la decisión de la mayoría, en cuanto declaró la exequibilidad de la expresión “comunidades negras” de que trata la Ley 70 de 1993 y el Decreto 2374 de 1993, me permito aclarar mi voto en relación con los argumentos que sustentaron la improcedencia del segundo cargo planteado por el demandante, esto es, el relativo a la omisión de la consulta previa en la adopción de dichas normas, según lo dispone el Convenio 169 de la OIT. Lo anterior, por las razones que a continuación se precisan.

El primer cargo contra los preceptos censurados se contrae a que la referida expresión desconoce los artículos 1º, 2º, 4º, 7º, 13º, 17º y 93º superiores, por cuanto configura una discriminación hacia las “comunidades negras”.

Sobre el particular, la Sala precisó, en esta sentencia, que no es procedente admitir ese argumento, por lo que tal discriminación no existe, si se tiene en cuenta que el contexto en que se emplea el calificativo enunciado no es excluyente, ni pretende hacer invisibles o denigrar a los afrocolombianos; que fue extraído por el legislador de la propia Constitución, específicamente del artículo 55 transitorio y; que ha sido apropiado por muchos

movimientos y numerosas organizaciones de afrocolombianos como un concepto que los determina y define.

Considero que ese mismo razonamiento es fundamento más que suficiente para concluir que no hay una afectación directa a esa población, que amerite, de conformidad con la línea jurisprudencial vigente de esta Corporación, la consulta previa de que trata el Convenio 169 de 1989 de la OIT, que fue aprobado por la Ley 21 de 1991.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

A LA SENTENCIA C-253/13

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION DE CONSULTA PREVIA EN NORMAS QUE SE REFIEREN A COMUNIDADES NEGRAS-Procedencia de la inhibición por ineptitud sustantiva de la demanda (Salvamento parcial de voto)

Si bien la mayoría de la Sala Plena consideró que la forma como fue planteado el cargo relacionado con el desconocimiento del derecho a la consulta previa de los afrocolombianos en los trámites de la Ley 70 de 1993 y del Decreto 2374 de ese mismo año, permitía que la Corte adelantara el estudio de constitucionalidad de las normas acusadas y emitiera un pronunciamiento de fondo sobre este particular; a mi juicio, como lo expresé en el curso de los debates en la Sala Plena, esta acusación no cumplía con los requisitos previstos en la ley y precisados en la jurisprudencia para que fuera posible que la Corte efectuara el pronunciamiento solicitado, en particular, por la falta de especificidad y suficiencia con la que ella fue planteada.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION DE CONSULTA PREVIA EN NORMAS QUE SE REFIEREN A COMUNIDADES NEGRAS-Improcedencia por no mediar afectación

directa de esas comunidades (Salvamento parcial de voto)

Tal y como lo ha indicado esta Corte, para que pueda hablarse de la existencia de un derecho a la consulta previa es presupuesto fundamental que se esté frente a normas que consagran medidas que generan una afectación directa de un grupo étnico, esto es, que establezcan reglas que alteren “el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”. En el presente caso, el demandante no expuso de qué manera se cumplían esos presupuestos, ni fueron señaladas las supuestas medidas contenidas en las normas acusadas, ni mucho menos la forma como ellas podían llegar a constituir una afectación directa de la comunidad afrodescendiente, aspectos que, sin duda, resultaban imprescindibles como elemento de juicio para el análisis constitucional del tema planteado.

Ref. Expediente D-9305

Demanda de inconstitucionalidad parcial contra la expresión “comunidades negras” contenida en la Ley 70 de 1993 “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”, la Ley 649 de 2001 “Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”, el Decreto 1332 de 1992 “Por el cual se crea la comisión especial para las comunidades negras, de que trata el artículo transitorio número 55 de la Constitución Política, sobre el reconocimiento de los derechos territoriales y culturales; económicos, políticos y sociales del pueblo negro de Colombia; y se establecen las funciones y atribuciones de la misma”, y el Decreto 2374 de 1993 “Por el cual se adiciona el Decreto 2128 de 1992 y se dictan otras disposiciones”.

Magistrado Ponente

Mauricio González Cuervo

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, me permito exponer las razones que me llevaron a salvar parcialmente el voto en el proceso de la referencia, específicamente frente a lo resuelto en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia con la que se puso fin a este asunto.

La mayoría de la Sala Plena consideró que la forma como fue planteado el cargo relacionado con el desconocimiento del derecho a la consulta previa de los afrocolombianos en los trámites de la Ley 70 de 1993 y del Decreto 2374 de ese mismo año, permitía que la Corte adelantara el estudio de constitucionalidad de las normas acusadas y emitiera un pronunciamiento de fondo sobre este particular.

No obstante, a mi juicio y como lo expresé en el curso de los debates en la Sala Plena, esta acusación no cumplía con los requisitos previstos en la ley y precisados en la jurisprudencia para que fuera posible que la Corte efectuara el pronunciamiento solicitado, en particular, por la falta de especificidad y suficiencia con la que ella fue planteada.

En efecto, el demandante fundó este reproche en la única consideración de que, en su criterio, las comunidades afrocolombianas debieron haber sido consultadas sobre si consideraban “adecuado denominarlas ‘negros’ o ‘negras’ en las disposiciones acusadas, situación que afecta directamente a estas comunidades por los estereotipos y prejuicios que genera la referida expresión”[60].

Sin embargo, esta acusación no fue concretada en relación con las normas demandadas, de manera que el planteamiento del cargo resultaba a tal punto vago y abstracto que era imposible desarrollar en torno a él la discusión propia del juicio de constitucionalidad. Ello constituye una falta de especificidad en las razones aducidas en la demanda, requisito que, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, exigía la definición con claridad de “la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través ‘de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada’”[61].

Pero, además, las alegaciones planteadas en relación con este asunto resultaban también insuficientes toda vez que el demandante no expuso debidamente “todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche”[62].

Tal y como lo ha indicado esta Corte, para que pueda hablarse de la existencia de un derecho a la consulta previa es presupuesto fundamental que se esté frente a normas que consagran medidas que generan una afectación directa de un grupo étnico, esto es, que establezcan reglas que alteren “el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea

porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”[63].

Sin embargo, en este caso el demandante no expuso, como le correspondía, de qué manera se cumplían esos presupuestos. Así, ni fueron señaladas las supuestas medidas contenidas en las normas acusadas, ni mucho menos la forma como ellas podían llegar a constituir una afectación directa de la comunidad afrodescendiente, aspectos que, sin duda, resultaban imprescindibles como elemento de juicio para el análisis constitucional del tema planteado.

No desconoce el suscrito magistrado, el hecho de que es posible que el lenguaje que se usa al momento de definir normas jurídicas genere afectaciones o perturbaciones en determinados grupos sociales. No obstante, en tal caso la oposición con la Constitución surgiría de la inadecuación de los términos y de su incompatibilidad con principios y valores constitucionales como el de la dignidad, y no de la falta de consulta, la cual, como se ha dicho, solo está llamada a tener lugar cuando quiera que se pretenda establecer medidas que comporten una afectación directa de comunidades étnicas.

En consecuencia, y por las razones atrás expuestas, estimo que en relación con este asunto la demanda resultaba inepta, de manera que lo que correspondía era que la Corte se declarara inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo.

Fecha ut supra,

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA C-253/13

Referencia: Expediente D-9305

Demanda de inconstitucionalidad contra la expresión “comunidades negras” contenida en la Ley 70 de 1993, la Ley 649 de 2001, el Decreto 1332 de 1992 y el Decreto 2374 de 1993,

Magistrado Ponente:

Mauricio González Cuervo

Con el respeto que merecen las decisiones de esta Corporación, me permito manifestar mi disenso parcial en relación con lo decidido por la Sala en el asunto de la referencia.

La posición mayoritaria de la Corporación no advirtió violación del derecho a la consulta previa, ya que las reglas de procedimiento en esta materia fueron desarrolladas por vía jurisprudencial con posterioridad al trámite de la Ley 70 de 1993 y del Decreto 2374 de 1993, razón por la cual, no resultaban exigibles en ese momento para el legislador.

Sin embargo, considero que la Corte debió declararse inhibida en relación con el cargo propuesto. La acusación hecha por el señor Palacios Agresot carecía de la especificidad y de la suficiencia requeridas para estructurar un verdadero reproche constitucional y, por ende, no cumplía con los requisitos previstos en la ley y en la jurisprudencia para su estudio de fondo[64].

En esta ocasión el demandante se limitó a señalar que “la expresión ‘comunidades negras’ en las normas acusadas desconoce el derecho a la consulta previa de los afrocolombianos, por no haberse previsto su participación en la decisión que terminó por denominarlos ‘comunidades negras’”. Así las cosas, su acusación resultaba vaga y abstracta, sin que le fuera posible a esta Corte adelantar un verdadero juicio de constitucionalidad. El demandante no expuso de qué manera las supuestas medidas contenidas en las normas demandadas podían configurar una afectación directa a las comunidades afrodescendientes, carga argumentativa que resultaba indispensable para poder desarrollar el estudio del cargo. Por último, en este punto las razones de la demanda no expusieron todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para desencadenar el estudio de constitucionalidad, tal y como lo ha exigido la jurisprudencia de esta

Corporación.

En consecuencia, reitero, en relación con este aspecto la demanda era inepta y le correspondía a la Corte declararse inhibida.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA C-253/13

CONSULTA PREVIA EN EL AMBITO MEDIDAS LEGISLATIVAS-Apartamiento de jurisprudencia consolidada sobre su exigibilidad siempre que se demuestre afectación directa a pueblos indígenas, comunidades negras, o a la población raizal y rom (Salvamento parcial de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Ineptitud sustantiva respecto del cargo por omisión de consulta previa (Salvamento parcial de voto)

DERECHOS DE LAS MINORIAS ETNICAS-Incumplimiento de cargas argumentativas para cambio de precedente (Salvamento parcial de voto)/PRECEDENTE JUDICIAL-Jurisprudencia constitucional (Salvamento parcial de voto)

Con el respeto acostumbrado por las sentencias de la Corte, manifiesto las razones que me llevaron a apartarme de la decisión adoptada por la mayoría en la sentencia C-253 de 2013, por la cual se declaró exequible la expresión “comunidades negras” contenida en la Ley 70 de 1993 y otro conjunto de disposiciones normativas de carácter legal y reglamentario[65].

1. En esa decisión (C-253 de 2013), la Sala Plena de la Corte Constitucional se pronunció sobre una demanda que planteaba dos cargos contra ese amplio conjunto de leyes y decretos. El primero, por violación al principio de igualdad, señalando que la expresión “comunidades negras” y más exactamente el citado adjetivo, comportaba una violación a la prohibición de discriminación; el segundo, por desconocimiento al derecho fundamental a la consulta previa, debido a que ninguna de las normas demandadas fueron objeto de consulta, con el propósito de establecer si las comunidades afrodescendientes realmente se identifican como “negras”.

2. Consideró la Corporación, de manera unánime, que la expresión comunidades negras no ha sido utilizada de manera discriminatoria en las leyes y decretos citados, sino que su uso obedece a tres razones legítimas desde el punto de vista constitucional: (i) buena parte del movimiento de reivindicación de los derechos de las personas y comunidades afrodescendientes utiliza la citada expresión como instrumento de reivindicación de sus derechos; (ii) también existe un conjunto amplio de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que se refieren explícitamente a los derechos de las comunidades negras; y (iii) el propio constituyente la incorporó a la Carta Política en el artículo 55 transitorio, que ordenó la expedición de una ley estatutaria que desarrollara el alcance de sus derechos. Estas son las conclusiones presentadas en la sentencia C-253 de 2013 sobre ese punto:

“Puede concluirse que si bien la expresión que reprocha el demandante efectivamente pudo ser utilizada de manera negativa, hoy en día el Estado y en particular el Legislador, no le confiere esa connotación. La Corte no puede entonces juzgar una palabra aislada del contexto en el que se examina la inconstitucionalidad. Las normas que se acusan fueron luego de promulgada la Constitución de 1991 la cual pretendió reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación proclamando los derechos de los grupos étnicos entre los que se incluyen los pueblos indígenas y las comunidades negras. El legislador, por su parte, desarrolló el mandato constitucional en disposiciones que consagran acciones afirmativas para promover la integración de estas comunidades. La palabra no se utiliza pues en un contexto de exclusión, ni de invisibilización, ni de desconocimiento de la dignidad humana de los afrocolombianos, sino por el contrario, en un marco normativo que reconoce sus derechos sociales, políticos y económicos. En otras palabras, la utilización de la expresión ‘comunidades negras’ en la Constitución, las leyes y la jurisprudencia, expande

el principio de dignidad humana en el marco de la igualdad material otorgando mayores garantías a estos grupos por encima del resto de la población.

(...) eliminar de las disposiciones acusadas la expresión ‘comunidades negras’ sería, como lo anotan algunas de las intervenciones, silenciar la lucha de una parte importante de la población afrocolombiana que se identifica como negra, y que desea ser denominada de esta manera. En otras palabras, no es precisamente eliminando la expresión acusada en disposiciones legislativas que se favorece a determinado grupo étnico, que se erradica el racismo y se proscribe la discriminación”.

3. En relación con el segundo cargo, la Sala Plena -por decisión mayoritaria- sentenció que no hubo violación al derecho a la consulta previa de las comunidades afrodescendientes en la expedición de ese conjunto de leyes y decretos, porque este requisito solo debe ser observado por el Legislador desde que se profirió la sentencia C-030 de 2008. En concepto de la mayoría, solo hasta esa decisión se sentaron las reglas generales para adelantar la consulta, así que exigirla como requisito de constitucionalidad de leyes anteriores implica desconocer el principio de legalidad.

Con base en ese argumento, la Sala Plena dejó a un lado jurisprudencia consolidada (e incluso citada en la sentencia C-253 de 2013) sobre la exigibilidad de la consulta en el ámbito de las medidas legislativas, siempre que se demuestre que afectan directa a los pueblos indígenas, las comunidades negras, o la población raizal y rom.

3. En la discusión inicialmente sostenida en la Sala Plena, propuse declarar la ineptitud del segundo cargo, por no cumplir el requisito argumentativo de suficiencia, el cual alude a que los argumentos presentados en una demanda de inconstitucionalidad tengan la capacidad de generar una duda sobre la regularidad de la norma demandada con la Carta Política.

En mi concepto, como la violación al derecho a la consulta previa requiere demostrar, caso por caso o norma por norma, cómo un enunciado normativo produce una afectación directa en los pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y la población raizal o rom, estimo que los actores de la demanda debían presentar los argumentos que permitieron asumir ese estudio en relación con cada una de las leyes y decretos demandados, en lugar de atacar una expresión aislada en un amplio conjunto de leyes y decretos con fuerza de

ley, sin detenerse a demostrar la afectación directa y la consecuente necesidad de consulta.

4. La mayoría rechazó ese argumento. Inició el análisis de fondo y, al hacerlo, emprendió un delicado cambio de precedente en una materia trascendental para los derechos de las minorías étnicas. Ese cambio consistió en establecer que, a partir de la sentencia que motiva este voto disidente (C-253 de 2013) no puede analizarse un cargo de inconstitucionalidad contra una ley por violación al derecho fundamental a la consulta previa, si se trata de una norma expedida antes de la adopción de la sentencia C-030 de 2008.

“6.4.4. Las reglas sobre consulta previa fueron establecidas de manera general por la sentencia C-030 de 2008. En dicha sentencia se fijaron las consecuencias y los efectos de la omisión de la consulta, o bien la declaratoria de inexecutable total, o executable condicionada de una ley o la declaración de omisión legislativa relativa. De lo anterior se desprende que a partir de la sentencia C-030 de 2008, le es exigible al Legislador la obligación de realizar un procedimiento no previsto en la Constitución ni en la Ley Orgánica del Congreso, como requisito para tramitar medidas legislativas.

6.4.5. Exigir al legislador el cumplimiento de un trámite no regulado en el ordenamiento jurídico antes de que se desarrollara el alcance de ciertas reglas procedimentales por vía jurisprudencial, significaría el desconocimiento de principios de especial relevancia constitucional y democrática.

(i) En primer lugar, se violaría el principio de seguridad jurídica entendido como la exigencia de certeza, consistencia, confiabilidad y previsibilidad del derecho, gracias al cual se generan expectativas legítimas fundadas en la aplicación e interpretación de las medidas legislativas. En estos términos, se erosiona el principio de seguridad jurídica al establecer como parámetro de control de constitucionalidad, un requisito inexistente en el momento en el que se tramitaron las leyes. En efecto, esta situación produce un alto nivel de incertidumbre no solo para el legislador, sino entre los propios ciudadanos, en torno a la validez de las leyes tramitadas con el lleno de los requisitos constitucionales y legales existentes en determinado momento.

(ii) Lo anterior se encuentra íntimamente relacionado con el principio de legalidad de

acuerdo con el cual “no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley”[59]. En particular cuando se trata de reglas de procedimiento, es imprescindible que estas sean claras y ciertas en el momento de tramitar una ley. Dado que solo hasta la sentencia C-030 de 2008 se fijaron las consecuencias posibles de la omisión de consulta previa en las medidas legislativas, el Congreso no podía prever antes de ese momento que una ley pudiera ser declarada inexecutable o executable condicionada por no incluir un trámite cuyo procedimiento y alcance fue establecido en una sentencia posterior.

5. Esta Corporación ha señalado en un amplio número de pronunciamientos que el respeto por el precedente judicial es una consecuencia directa del principio de igualdad de trato, y constituye una herramienta indispensable para dotar de eficacia otros principios jurídicos, tales como la confianza legítima, la seguridad jurídica y la unidad de interpretación en la jurisprudencia (Ver, por todas, las sentencias C-836 de 2001, C-539 de 2011 y C-634 de 2011). Por ello, una modificación legítima de la jurisprudencia debe obedecer a la necesidad de brindar una nueva respuesta constitucional ante cambios sociales, jurídicos o incluso axiológicos de especial trascendencia, que condicionan la interpretación constitucional y hacen indispensable asumir esa alteración en el camino decisional previamente trazado.

Además, según lo ha definido este Tribunal, todo cambio de jurisprudencia debe representar no solo una decisión que se considera -bajo algún criterio interpretativo- “mejor” que la anterior, sino que debe asumir el costo que representa afectar los cuatro principios superiores que se satisfacen mediante el respeto por el precedente. Ello implica que los motivos que den lugar a un cambio de ese tipo deben ser trascendentales desde el punto de vista del razonamiento constitucional.

6. En esta oportunidad, las cargas argumentativas para el cambio de precedente no se cumplieron. Si bien se trató de una decisión transparente, las razones que lo motivaron no son suficientes. Más aún, no son acertadas.

6.1. Así, la carga de transparencia para el abandono del precedente se constata porque en el considerando 6 de la providencia se hizo referencia a siete sentencias en las que se

había analizado si el Legislador cumplió el requisito de consulta previa frente a medidas legislativas expedidas antes de la sentencia C-030 de 2008[66].

6.2. Sin embargo, la argumentación presentada para apartarse de la doctrina consolidada en esas decisiones es insuficiente, pues no representa una lectura más adecuada de la Constitución, ni asume el costo y las consecuencias que tendrá para los derechos de los pueblos y comunidades afectados. Concretamente, mediante este cambio de jurisprudencia se legitiman todas las leyes previas a la sentencia C-030 de 2008 que no fueron consultadas, a pesar de afectarlos directamente. La carga de suficiencia se hacía más rigurosa si se toma en cuenta que la Sala Plena no identificó solo un precedente aislado, sino una línea constante y uniforme, acorde con el concepto de jurisprudencia en vigor[67].

7. En ese contexto, paso a exponer las razones por las que la nueva posición no satisface el requisito de suficiencia, ni es acertada como una lectura correcta de la Constitución Política, en el estado actual de desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades negras, y la población raizal y rom.

Primero, porque no es cierto que la sentencia C-030 de 2008 haya impuesto una obligación inexistente en la Constitución y la Ley al Congreso de la República, previa la aprobación de las leyes. La obligación se encuentra en un Convenio de derechos humanos integrante del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, en la propia Constitución Política. Se trata del Convenio 169 de 1989 de la OIT, cuyo contenido el Legislador conoce plenamente, pues fue incorporado como Ley de la República en el año 1991 (Ley 21 de 1991).

Segundo, porque antes de la sentencia C-030 de 2008 ya la Corte había indicado que una norma legal debía ser consultada si afectaba directamente a tales comunidades. (Sentencias C-418 de 2002, C-891 de 2002 y C-208 de 2007[68]). Así las cosas, no es cierto que solo hasta la sentencia C-030 de 2008 la Corporación explicó la existencia de esa obligación.

Tercero, porque la consulta previa es un derecho fundamental. En consecuencia, equipararlo con un procedimiento legislativo que debía estar plenamente definido en la Ley Orgánica del Congreso o la Constitución Política para ser exigible en el trámite de una ley no es acertado. El Legislador debe respetarlo aun en ausencia de regulación, como debe

respetar toda norma de jerarquía superior a la Ley.

Cuarto, porque si bien este derecho fundamental no requiere una reglamentación absoluta para su aplicación, sí existían antes de la sentencia C-030 de 2008 parámetros amplios sobre las obligaciones que la consulta previa impone al Estado colombiano Estado, establecidos en el ya citado Convenio 169 de 1989 (aprobado por Ley 21 de 1991), y en la jurisprudencia constitucional, que destaca como elemento esencial de la consulta, la existencia de un espacio apropiado para adelantar una discusión guiada por el principio de buena fe entre el Gobierno y los pueblos indígenas y determina las condiciones que deben cumplirse para lograr ese cometido.

Quinto, porque la sentencia C-030 de 2008 no constituye una reglamentación general del derecho a la consulta previa de medidas legislativas, como se indicó en la sentencia. En virtud del principio de separación de funciones entre las ramas del poder público, esta Corporación no efectúa ese tipo desarrollo normativo.

Lo que sí corresponde a la Corte es definir el alcance de los derechos fundamentales, y las obligaciones de respeto, protección y garantía que estos imponen a los Estados. En esa sentencia, como en muchas otras, solo se sentaron subreglas, es decir, parámetros, principios y reglas de naturaleza amplia, pero no procedimientos legislativos, como lo sostuvo la mayoría en la sentencia de la cual me aparto parcialmente (C-253 de 2012). Y si bien las subreglas establecidas en la sentencia C-030 de 2008 constituyen un marco de especial importancia para avanzar en el conocimiento y efectividad del derecho constitucional a la consulta previa, lo cierto es que ya antes de su adopción, la Sala Plena de la Corte había sentado parámetros similares desde la sentencia SU-039 de 1997, los cuales podían y debían ser observados por el Legislador, si, como agente del poder Estatal, deseaba ajustar el ejercicio de sus funciones a los compromisos adquiridos por Colombia en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

En efecto, en esa decisión de unificación la Corte sentenció que la consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas, que consiste en adelantar un diálogo de buena fe, con el propósito de llegar a acuerdos entre los pueblos indígenas, comunidades negras y población raizal y rom sobre medidas de cualquier índole susceptibles de afectarlos directamente. También se dejó en claro desde esa oportunidad que si esos

acuerdos no se alcanzan, las comunidades no gozan de un derecho de veto, pero el Estado tampoco puede imponer arbitrariamente las medidas que desea implementar, sino que debe actuar de manera razonable, y tomando en consideración los intereses de los pueblos afectados, así como los puntos de vista por ellos expuestos en el proceso de consulta.

Por todo lo expuesto, puede concluirse que en la sentencia C-030 de 2008 se desarrollaron con mayor precisión esos parámetros, pero la consulta previa no era una “novedad” normativa introducida repentinamente por la Corte Constitucional al sistema jurídico colombiano como se pretende presentar; ni, desde una orilla opuesta, puede considerarse que ese fallo contiene una reglamentación general de un procedimiento legislativo.

Sexto, porque las decisiones de la Corte no pueden considerarse constitutivas del derecho a la consulta previa. Este, según se explicó está plenamente definido en normas del DIDH y se desprende de diversas cláusulas constitucionales, como derecho innominado. Por lo tanto, no puede inferirse, como lo propone la mayoría de la Sala en la sentencia C-253 de 2013 (objeto de este salvamento), que la obligación de consultar medidas legislativas fue creada por la sentencia C-030 de 2008.

8. Ahora bien, es oportuno mencionar que la sentencia C-253 de 2013 representa el segundo cambio de jurisprudencia en relación con la consulta previa de medidas legislativas. En el año 2001 (sentencia C-169/01), la Corte sostuvo que la consulta de este tipo de decisiones resultaba deseable pero no obligatoria, y a partir del año 2002 comenzó a abrirse paso el cambio de jurisprudencia que alcanzó su pleno desarrollo en el año 2008[69]. Hoy, la Sala Plena decide cerrar la puerta a las eventuales demandas de normas legislativas previas a la sentencia C-030 de 2008, con argumentos similares a los que se expusieron en el año 2001, sin tomar en cuenta el proceso de construcción jurisprudencial ocurrido durante los últimos 12 años, el principio de progresividad -también aplicable en los mecanismos de acceso a la justicia (C-372 de 2011)-, y el criterio pro homine, norma de interpretación que ordena escoger, entre distintas interpretaciones posibles de las normas constitucionales, aquella que satisfaga en un grado más alto la eficacia de los derechos fundamentales.

Fecha ut supra,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Aclaración de voto de la Magistrada

María Victoria Calle Correa a la

Sentencia C-253/13

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE DENOMINACION DE “COMUNIDADES NEGRAS” CONTENIDA EN LEY 70 DE 1993, LEY 649 DE 2001 Y DECRETO 2374 DE 1993-Juez no debe determinar la constitucionalidad de las palabras en abstracto, sino en las acciones concretas que con ellas se hagan (Aclaración de voto)

UTILIZACION DE LA EXPRESION “COMUNIDADES NEGRAS”-Representa una conquista dentro de la lucha política por la protección y reivindicación de las minorías étnicas en Colombia (Aclaración de voto)

UTILIZACION DE LA EXPRESION “COMUNIDADES NEGRAS”-Cuando una comunidad ha logrado posicionar una expresión para identificarse y reconocerse social y culturalmente, la Corte Constitucional, lejos de prohibirle al legislador su uso, debe garantizarle y protegerle su decisión de emplearla (Aclaración de voto)

CONSULTA PREVIA-Improcedencia por no mediar afectación directa de comunidades (Aclaración de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION DE CONSULTA PREVIA EN NORMAS QUE SE REFIEREN A COMUNIDADES NEGRAS-Todo lo que la sentencia dice respecto a la manera cómo ha de ser comprendido el derecho de consulta previa cuando se trata de una norma previa a la época en la que la Corte fijo su jurisprudencia al respecto, es un mero dicho de paso, un obiter dicta (Aclaración de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE DENOMINACION DE “COMUNIDADES NEGRAS” CONTENIDA EN LEY 70 DE 1993, LEY 649 DE 2001 Y DECRETO 2374 DE 1993-Declarar exequible la expresión “comunidades negras” en relación con el cargo de omisión

de consulta previa a comunidades afrocolombianas, se justifica por el hecho de que tales normas no debían ser objeto de consulta, en tanto no hay afectación directa o indirecta de gravedad e impacto grave para la comunidad (Aclaración de voto)

Referencia: Expedientes acumulados D-9305[70]

Magistrado Sustanciador:

Mauricio González Cuervo

Protección ¿pero sólo de palabra?[71]

En la sentencia C-253 de 2013 la Corte Constitucional resolvió negar los cargos presentados por la acción de inconstitucionalidad de la referencia, según la cual la expresión ‘comunidades negras’, contenida en artículos de varias leyes y decretos acusados (Ley 70 de 1993, Ley 649 de 2001, Decreto 1332 de 1992 y Decreto 2374 de 1993), es inconstitucional por dos razones: primera, porque la expresión se asocia con prácticas excluyentes y discriminatorias y, segunda, por haberse desconocido el derecho a la consulta previa, pues no se contempló la participación de la población afrocolombiana en la decisión de denominarla ‘comunidades negras’. [72]

Aunque estoy de acuerdo con el sentido de las dos decisiones adoptadas por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia C-253 de 2013, por cuanto el uso de la expresión ‘comunidades negras’ en las normas legales y reglamentarias que desarrollan los derechos constitucionales de dichas comunidades, no viola la Carta Política, debo aclarar mi voto para indicar que no estoy de acuerdo con un dicho de paso (obiter dicta) que se hace en la sentencia, ni con el valor jurídico que se le pretende dar.

1. En primer término, como dije, debo insistir en que estoy de acuerdo con la primera y principal decisión adoptada por la sentencia C-253 de 2013.

1.1. La Sentencia advierte que las normas acusadas no desconocen la Constitución al usar la expresión ‘comunidades negras’ por tres razones: (1) porque “el contexto en el que se emplea la citada expresión no es excluyente ni pretende invisibilizar o denigrar a los afrocolombianos, sino por el contrario regular mecanismos de integración y acciones afirmativas”; (2) porque “se trata de una expresión que el Legislador extrae de la propia

Constitución (art. tran. 55, CP) y (3) porque “la expresión -‘comunidades negras’- ha sido apropiada por muchos movimientos y numerosas organizaciones de afrocolombianos como un concepto autodenominatorio y autoidentificadorio.” En otras palabras se trata de una expresión que identifica y describe una determinada comunidad colombiana (1) en una norma cuyo objetivo es proteger a dicha comunidad, (2) que se emplea en la propia Constitución Política y (3) que la emplean muchos grupos de esa comunidad como manera de autodefinición y autodeterminación de su identidad.

1.2. Como lo señala la Sala Plena de la Corporación, no es posible analizar una expresión, como ‘comunidades negras’ en abstracto, de manera descontextualizada. La justicia constitucional no tiene por objeto evaluar la constitucionalidad de las expresiones del lenguaje de forma aislada, esto es, ‘la constitucionalidad de las palabras’, consideradas en sí mismas. Lo que le corresponde a la justicia constitucional es controlar el ejercicio del poder. Verificar que éste se ejerza y se aplique de acuerdo a la Constitución. Por tanto, al juez constitucional le corresponde evaluar los usos que se hagan del lenguaje en ejercicio de algún poder público o privado. Lo que importa pues, como lo han señalado importantes filósofos del lenguaje, es el uso de las palabras.[73] Lo que ha de interesar al juez respecto a las expresiones y palabras es cómo se empleen y para qué, en qué condiciones y con qué propósito. Es decir, el juez no debe determinar la constitucionalidad de las palabras consideradas en abstracto, sino en las acciones concretas que con ellas se hagan.

1.3. Aunque es respetable que algunas personas no compartan el uso de la expresión ‘comunidades negras’ para autodefinirse, también es respetable que algunas personas sí compartan y usen tales expresiones para definirse. Como lo advierten en el proceso varias de las agencias estatales, el uso de la expresión ‘comunidades negras’ representa una conquista dentro de la lucha política por la protección y reivindicación de las minorías étnicas en Colombia. El uso de esas expresiones proviene del propio proceso de participación y acción política de las comunidades negras. Es por eso que fueron reconocidas como tales en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente. De hecho, muchas de las normas acusadas en la acción de inconstitucionalidad de la referencia tienen por objeto central, desarrollar la especial protección que la Constitución Política, expresa y explícitamente, demanda del Estado para las comunidades negras.

1.4. En conclusión, cuando una comunidad ha logrado posicionar una expresión para

identificarse y reconocerse social y culturalmente (como 'comunidades negras'), la Corte Constitucional, lejos de prohibirle al legislador su uso, debe garantizarle y protegerle su decisión de emplearla.

2. El segundo cargo contra el uso de la expresión 'comunidades negras' se fundaba en el reclamo de una garantía procesal que había sido omitida: no haber realizado una consulta previa en la que se preguntara exclusivamente si se quería que se usara o no la expresión.

2.1. Es cierto, como lo señalaron algunos Magistrados en el debate en Sala y en su texto de salvamento o aclaración de voto, que la demanda presentada tenía problemas en cuanto al segundo de sus cargos. Los problemas de suficiencia de los argumentos, en principio, deberían haber dado lugar a que la Corte se inhibiera de hacer un pronunciamiento de fondo, tal como ellos lo propusieron a la Sala Plena. Pero considero que en razón al principio pro actione, era razonable que se aceptara el estudio de la cuestión y se le diera alguna respuesta. La demanda fue presentada en defensa de los derechos de una minoría poblacional que es sujeto de especial protección constitucional, a la cual pertenece el ciudadano accionante. Es razonable que la Corte diera una respuesta de fondo, y no meramente formal, a la demanda ya admitida, que tan sólo esperaba sentencia.

2.2. Ahora bien, al igual que lo manifestó el Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo al aclarar su voto a la sentencia, consideró que el razonamiento acerca del carácter no discriminatorio de la expresión 'comunidades negras' es un fundamento más que suficiente para concluir que no hay una afectación directa a las 'comunidades negras' y, por tanto, no existía la obligación de realizar ningún tipo de consulta previa.[74] Hasta este punto y este nivel de argumentación ha debido llegar la sentencia y no tratar de resolver un problema que, en realidad, el caso no lo propone.

2.3. En efecto, la sentencia pretende concluir que "las reglas de procedimiento en materia de consulta para la expedición de medidas legislativas fueron desarrolladas por vía jurisprudencial con posterioridad al trámite de la Ley 70 de 1993 y del Decreto 2374 de 1993, razón por la cual, no resultaban exigibles en ese momento para el Legislador". Tal afirmación sería la respuesta a la siguiente pregunta: ¿tenía el legislador la obligación de llevar a cabo una consulta previa (tal como se estipula en el Convenio 169 de 1989 de la

OIT -aprobado por la Ley 21 de 1991-) en 1993, teniendo en cuenta que parte de su desarrollo jurisprudencial fue posterior a esta fecha? El asunto es que tal problema jurídico no se planteó y, en tal medida, la Corte carecía de competencia para resolverlo.

Justamente, la pregunta que pretendió resolver la Corte sobre la aplicación de ciertas reglas sobre consulta previa durante el trámite de una ley en el año 1993 parte de un supuesto: que la ley debía someterse a consulta. En efecto, para preguntarse si la consulta de una norma debía hacerse de determinada manera, lo primero que se requiere establecer es que la norma debía consultarse. Al haber concluido la Corte en la sentencia C-253 de 2013 que la expresión ‘comunidades negras’ no afecta ni discrimina a ninguna persona sino que, por el contrario, la identifica y le reconoce su lucha por un lugar plenamente digno en la sociedad colombiana, es preciso concluir que no es de aquellas normas que debía ser consultada.

2.4. La respuesta que la sentencia C-253 de 2013 da de paso a un problema jurídico que el caso no plantea, obviamente no es producto de un proceso judicial en el que las diferentes partes hayan expuesto los diferentes argumentos en torno a la cuestión y los jueces hayan podido considerarlos y ponderarlos. En la medida en que nadie planteó el tema propuesto por la sentencia, nadie lo debatió realmente. Adicionalmente, debe resaltarse que en el presente caso, frente a la cuestión de la consulta previa, sólo participaron entidades del Gobierno, la Procuraduría General de la Nación y entidades académicas. Ninguna entidad o comunidad que represente los derechos de las comunidades negras, afros, raizales o palenqueras participó en el proceso que dio lugar a la sentencia C-253 de 2013.

2.5. Por tanto, todo lo que la sentencia C-253 de 2013 dice respecto a la manera cómo ha de ser comprendido el derecho de consulta previa cuando se trata de una norma previa a la época en la que la jurisprudencia fijó su jurisprudencia al respecto, es un mero dicho de paso, un obiter dicta.

Declarar exequible la expresión “comunidades negras” contenida en la Ley 70 de 1993 “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política” y en el Decreto 2374 de 1993, “Por el cual se adiciona el Decreto 2128 de 1992 y se dictan otras disposiciones”, en relación con el cargo de omisión de consulta previa a las comunidades afrocolombianas, se justifica por el hecho de que tales norma no debían ser objeto de

consulta, en tanto no hay una afectación directa o indirecta de gravedad e impacto grave para la comunidad.

La pregunta respecto a sí se debían atender procesos de consulta previa en la expedición de una norma que fueron establecidos por la jurisprudencia constitucional con posterioridad a la expedición de la norma en cuestión, es una pregunta que deberá resolverse cuando la Corte esté ante ese caso, el de una norma que sí ha debido ser consultada. Pero como eso no ocurría en el presente proceso, es una cuestión que no podía ser objeto de decisión y que por tanto es un dicho de paso que no establece jurisprudencia. Esta es pues, la razón de la aclaración de mi voto a la sentencia C-253 de 2013.

Fecha ut supra,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

[1] Debido a la extensión de las normas demandadas estas se transcribirán en el anexo de la presente sentencia.

[2] C-049 de 2012

[3] A pesar de que la descrita ha sido la posición dominante en relación con el examen de constitucionalidad posterior de las leyes estatutarias, cabe resaltar posiciones como la del doctor Eduardo Montealegre Lynett quien, en salvamento parcial de voto a la Sentencia C-292 de 2003, manifestó su desacuerdo con la doctrina de la cosa juzgada en leyes estatutarias. Teniendo en cuenta los diferentes efectos que la jurisprudencia otorga a la revisión de objeciones presidenciales y de leyes estatutarias, no obstante fundamentarse ambas en el art. 241-8 superior, y después de citar ejemplos a nivel internacional, concluye que “el control previo debe ser interpretado de forma tal que incluya tanto los vicios materiales como los de procedimiento en la formación del proyecto (criterio integral), y debe también considerarse su carácter definitivo, pero circunscrito a los asuntos que fueron efectivamente analizados en la sentencia”.

[4] Reiterada entre otras por las sentencias C-443 de 2011, C-029 de 2009, C-238 de 2006 y en el Auto 158 de 2009.

[5] Decreto 3770 de 2008

[6] AV C-484 de 1996: “En la Asamblea Constituyente de 1991 prevaleció la convicción de que las minorías étnicas y los grupos discriminados y marginados debían ser objeto de protección especial. Por ello, el artículo 7 de la Carta establece que “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”.

[7] Se cuentan por ejemplo, el artículo 96 relativo a la nacionalidad; el artículo 171 con respecto a los escaños para senadores en la circunscripción especial indígena; el artículo 246 sobre las funciones jurisdiccionales de las autoridades de los pueblos indígenas; los artículos 286, 321, 329, 330, 356 y 56 transitorio que regulan temas varios sobre el carácter de entidad territorial de los territorios indígenas.

[8] Walsh Catherine, León Edizon, Restrepo Eduardo. Movimientos sociales afro y políticas de identidad en Colombia y Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, 2005.

[9] Exposición general del constituyente Francisco Rojas Birry en la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente del 20 de febrero de 1991, Página 7. Gaceta n. 29 del 30 de marzo de 1991.

[10] Proyecto de acto reformativo de la Constitución Política de Colombia n° 103. Reforma Constitucional. Por Gustavo Roldan. Gaceta n. 25 del 21 de marzo de 1991.

[11] Restrepo Eduardo. “Políticas de alteridad: etnización de “comunidad negra” en el Pacífico sur colombiano”. Artículo “The Colombian Pacific in Perspective”. En: Journal of Latin American Anthropology. ISSN 1085-7052, Vol. 7 (2): 34-59, 2002. en el citado artículo, se resalta el discurso etnicista como referente organizativo de los movimientos constituidos en la región del Pacífico chocoano.

[12] Ibídem.

[13] Artículo 2. “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

“Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

[14] Artículo 2: “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

[15] Artículo 13: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz”.

[16] Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos. 26 de febrero de 1999.

[17] Ver entre muchas otras las sentencias C-530 de 1993, C-262 de 1996, C-1022 de 1999, C-169 de 2001, C-620 de 2003, C-702 de 2010, C-461 de 2008, C-605 de 2012, T-098 de 1993, T-422 de 1996, T-955 de 2003, T-375 de 2006, Auto 095 de 2010, Auto 079 de 2011.

[18] En esta sentencia, la Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte, examinó y amparó el derecho de una mujer que solicitó un cupo especial para los integrantes de las comunidades negras, establecido en un Acuerdo de la Universidad de Magdalena. Los directivos de la Universidad le negaron su ingreso por cupo especial, pues consideraron que la accionante no pertenecía a la comunidad negra porque su fisonomía no encajaba en ésta.

[19] En esta sentencia, los accionantes, miembros de la Junta Directiva del Consejo Mayor de la Cuenca del Río Cacarica demandan a las entidades públicas por supuestamente

tolerar, permitir y contratar la explotación de maderas en su territorio colectivo, sin respetar los derechos que la Carta Política reconoce a las comunidades negras, y sin considerar el daño ecológico que la actividad extractiva maderera ha ocasionado y ocasiona en su territorio, alegando el desconocimiento de sus derechos fundamentales a la integridad étnica, social, económica y cultural, a la subsistencia, a no ser sometidos a desaparición forzada, así como los derechos a la participación y debido proceso.

[20] Examinó si el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 debía ser declarado inconstitucional por no haberse realizado la consulta previa

[21] En esa ocasión se examinó si el Acto Legislativo N°1 de 2009 era inconstitucional por haber omitido el requisito de la consulta previa.

[22] Reiterando entre otras a las sentencias C-175 de 2009, T-382 de 2006, C-418 de 2002, C-030 de 2008, C-461 de 2008.

[24] Estudia la acción de tutela interpuesta por un representante de los afrocolombianos de Santa Marta contra el Departamento Administrativo de Servicio Educativo Distrital de esa misma ciudad – “Dased”. Se alegaba que el hecho de que la entidad accionada no hubiese designado en la Junta Distrital de Educación, al representante de las comunidades negras, con el argumento de la ausencia comprobada de la comunidad negra en Santa Marta, desconocía su derecho a la igualdad, el acceso a la cultura y el principio de respeto a la diversidad cultural y étnica sobre el que se fundamenta el Estado colombiano.

[25] EN este caso, la Sala Novena de revisión de Tutelas, examinó el caso de una mujer de raza negra a la que se le impidió el ingreso a unas discotecas de Cartagena en razón de su color de piel.

[26] En dicha ocasión se analizó la procedencia de la acción de tutela para hacer efectivas las medidas cautelares decretadas por la CIDH en un caso de desaparición forzada cometido por miembros del Estado colombiano.

[27] En este caso, se examinó si desconoce el debido proceso administrativo incurrir en una dilación injustificada en el trámite administrativo que, de conformidad con la Constitución, con la ley y con el reglamento, deben adelantar las autoridades estatales competentes a fin

de determinar lo concerniente a la titulación colectiva del territorio ancestral de una Comunidad Afrodescendiente. Además, se buscaba determinar si este desconocimiento lleva a la vulneración del derecho al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Comunidad Afrodescendiente y a la vulneración de otros derechos constitucionales fundamentales de las personas que integran la Comunidad Afrodescendiente.

[28] C-804 de 2006: “El lenguaje es a un mismo tiempo instrumento y símbolo. Es instrumento, puesto que constituye el medio con fundamento en el cual resulta factible el intercambio de pensamientos entre los seres humanos y la construcción de cultura. Es símbolo, por cuanto refleja las ideas, valores y concepciones existentes en un contexto social determinado. El lenguaje es un instrumento mediante el cual se configura la cultura jurídica. Pero el lenguaje no aparece desligado de los hombres y mujeres que lo hablan, escriben o gesticulan quienes contribuyen por medio de su hablar, escribir y gesticular a llenar de contenidos las normas jurídicas en una sociedad determinada”.

[29] Ver entre otras C-804 de 2006, C-1235 de 2005, C-1088 de 2004, C-478 de 2003, C-037 de 2006, C-320 de 1997, C-983 de 2002, C-105 de 1994, C-082 de 1999, C-800 de 2000, C-595 de 1996 y C-007 de 2001. La sentencia C-804 de 2006, señaló que “A partir de lo expresado hasta este lugar puede decirse que el lenguaje como fenómeno social, cultural e institucional de primer orden, se proyecta de manera directa en el ámbito jurídico: “[e]l Derecho se manifiesta, se funda y se expresa por medio de palabras”[29]. El lenguaje jurídico refleja y también contribuye a perpetuar formas de pensamiento. El lenguaje ni la cultura permanecen estáticos sino que se transforman de manera profunda, aún cuando a veces imperceptible, con el paso del tiempo. Así, como los cambios sociales pueden tener incidencia en los cambios del lenguaje y de los contenidos de las definiciones construidas a partir del mismo, también el lenguaje y la manera como éste sea utilizado para establecer contenidos, puede producir una variación en la percepción de los fenómenos sociales”.

[30] C-804 de 2006.

[31] C-1235 de 2005. Demanda contra la expresión contenida en el artículo 2349 del Código Civil.

[32] C-1088 de 2004. Demanda de inconstitucionalidad contra la expresión contenida en el

artículo 548 del Código Civil.

[33] C-478 de 2003. Demanda de inconstitucionalidad parcial de los artículos 140 numeral 3, 545, 554, 560 del Código Civil.

[34] C-983 de 2002. Demanda de inconstitucionalidad parcial contra los artículos 62, 432 y 1504 del Código Civil.

[35] C-105 de 1994, C-595 de 1996, C-800 de 2000.

[36] C-082 de 1999. Demanda contra la expresión contenida en el artículo 140 del Código Civil.

[37] C-1088 de 2004.

[38] T-098 de 1994.

[39] C-1235 de 2005.

[40] Humberto A. Sierra Porto. Lenguaje jurídico y discriminación. En: El lenguaje: un elemento estratégico en la construcción de la igualdad. Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, República de Colombia

[41] Fernando de Saussure. Escritos sobre lingüística general. Barcelona, Gedisa, 2004.

[42] C-561 de 1995.

[43] Humberto Triana y Antorvenza. Léxico documentado para la historia del negro en América. Tomo VI: N-O. Instituto Caro y Cuervo. Bogotá, 2005

[44] <http://www.renacientes.org/>

[45] Derechos e Identidad, obra citada página 184. La comunidades negras no tuvieron representante en la Asamblea Nacional Constituyente, no obstante, a raíz de las ocupaciones de la Catedral de Quibdó, de las oficinas del INCORA en este mismo municipio, como también de la embajada de Haití, en Bogotá, el 22 de mayo de 1991, “los constituyentes Lorenzo Muelas y Rojas Birry, “dijeron al país que no firmarían la

Constitución si no se consideraba su pliego de peticiones. Así incluyeron el Transitorio” (entrevista con Esperanza y Bazán)”-Derechos e Identidad, página 185.

[46] La Mesa de trabajo estuvo conformada por ACIA, ACABA, ACADESAN, OBAPO, CIMARRON, entre otras organizaciones, “e inició una campaña de presión denominada “El Telegrama Negro”, invitando a dirigirse a la Asamblea reclamando “la inclusión de los negros, como realidad étnica dentro de la Reforma Constitucional”. Idem.

[47] Idem, p. 85.

[48] C-063 de 2010, C-937 de 2011, C-331 de 2012, C-398 de 2012, C-641 de 2012, C-862 de 2012, C-943 de 2012, C-068 de 2013.

[49] C-490 de 2011, C-748 de 2011, C-765 de 2012.

[50] C-750 de 2008, C-615 de 2009, C-608 de 2010, C-915 de 2010, C-941 de 2010, C-027 de 2011, C-187 de 2011, C-196 de 2012, C-293 de 2012, C-767 de 2012, C-822 de 2012.

[51] C-702 de 2010, C-882 de 2011, C-317 de 2012

[52] A excepción de la sentencia C-937 de 2011 en la que se demandó la Ley 115 de 1994, en la que la decisión de la Corte fue inhibitoria por ineptitud del cargo.

[53] SU-047 de 1999

[54] Ver entre otras C-836 de 2001, C-266 de 2002, C-539 de 2011, C-634 de 2011, C-898 de 2011, SU-047 de 1999, T-292 de 2006.

[55] C-836 de 2001

[56] SU-047 de 1999

[57] C-030 de 2008, C-461 de 2008, C-702 de 2010.

[58] C-461 de 2008

[59] C-710 de 2001

[60] Numeral 2.3 del acápite segundo de la Sentencia C-253 de 2013.

[61] Sentencia C-1052 de 2001.

[62] Ibídem.

[63] Sentencia C-030 de 2008.

[64] Ver sentencia C-1052 de 2001.

[65] Específicamente, la demanda se dirigió contra la Ley 70 de 1993 “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”; la Ley 649 de 2001 “Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”; el Decreto 1332 de 1992, “Por el cual se crea la comisión especial para las comunidades negras, de que trata el artículo transitorio número 55 de la Constitución Política, sobre el reconocimiento de los derechos territoriales y culturales; económicos, políticos y sociales del pueblo negro de Colombia; y se establecen las funciones y atribuciones de la misma”; el Decreto 2374 de 1993 “Por el cual se adiciona el Decreto 2128 de 1992 y se dictan otras disposiciones”; el Decreto 2313 de 1994 “Por el cual se adiciona la estructura interna del Ministerio de Gobierno con la Dirección de Asuntos para las Comunidades Negras y se le asignan funciones”; el Decreto 2314 de 1994 “Por el cual se crea la Comisión de Estudios para la formulación del Plan de Desarrollo para las Comunidades Negras”; el Decreto 2663 de 1994 “Por el cual se reglamentan los capítulos X y XIV de la Ley 160 de 1994, en lo relativo a los procedimientos de clarificación de la situación de las tierras desde el punto de vista de la propiedad, de delimitación o deslinde de las tierras del dominio de la Nación y los relacionados con los resguardos indígenas y las tierras de las comunidades negras”; el Decreto 2248 de 1995 “Por el cual se establecen los parámetros para el Registro de Organizaciones de las Comunidades Negras”; el Decreto 2249 de 1995 “Por el cual se crea la Comisión Pedagógica de las Comunidades Negras”; el Decreto 851 de 1996 “Por el cual se modifica y adiciona el artículo 1º del Decreto 2249 de 1995”; el Decreto 1627 de 1996 “Por el cual se reglamenta el artículo 40 de la Ley 70 de 1993”; el Decreto 2344 de 1996 “Por el cual se subroga el artículo 12 del Decreto 2248 de 1995, relativo a las Secretarías de las Comisiones Consultivas Regionales, Departamentales y Distrital de Bogotá”; el Decreto 1122 de 1998 “por el cual se expiden normas para el desarrollo de la Cátedra de Estudios Afrocolombianos, en todos los establecimientos de educación formal

del país y se dictan otras disposiciones”; el Decreto 2253 de 1998 “Por el cual se crea la Comisión de Estudios para formular el Plan de Desarrollo de las Comunidades negras”; el Decreto 3050 de 2002 “Por el cual se reglamenta el artículo 57 de la Ley 70 de 1993”; el Decreto 1523 de 2003 “Por el cual se reglamenta el procedimiento de elección del representante y suplente de las comunidades negras ante los consejos directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales y se adoptan otras disposiciones”; el Decreto 3323 de 2005 “Por el cual se reglamenta el proceso de selección mediante concurso para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente, se determinan criterios para su aplicación y se dictan otras disposiciones”; el Decreto 4007 de 2006 “Por el cual se modifican los artículos 2º, 3º y 6º y se deroga el artículo 4º del Decreto 3050 de 2002”; el Decreto 1720 de 2008 “por el cual se modifica la estructura del Ministerio del Interior y de Justicia y se dictan otras disposiciones” y el Decreto 3770 de 2008 “Por el cual se reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras; se establecen los requisitos para el Registro de Consejos Comunitarios y Organizaciones de dichas comunidades y se dictan otras disposiciones”.

[66] Con ese argumento, se modificó jurisprudencia consolidada en la materia, con base en la cual se analizó la constitucionalidad de, entre otras, las siguientes normas: la Ley Forestal (Ley 1021 de 2006), la Ley 1151 de 2007 (contentiva del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010), mediante sentencia C-461 de 2008), el Estatuto de Desarrollo Rural (Ley 1152 de 2007, en sentencia C-175 de 2009, la Ley 1122 de 2007 que modifica el sistema de seguridad social en salud, sentencia C-063 de 2010, y las leyes aprobatorias de tratados 1143 de 2007 (Sentencia C-750 de 2008), 1214 de 2008 (Sentencia C-615 de 2009) y 1254 de 2008 (C-027 de 2011).

[68] Esto no significa que el remedio judicial adoptado haya sido siempre el mismo. Así, en algunas decisiones la Sala ha considerado que debió consultarse la ley, en otras ha declarado la constitucionalidad condicionada a que la consulta se efectúe al momento de desarrollar determinados aspectos de la ley, y en una oportunidad confirió efectos diferidos a su decisión (C-366 de 2011). Sin embargo, ya desde el año 2002, el cumplimiento del requisito de consulta hacía parte del análisis de constitucionalidad de leyes y decretos con fuerza de ley. Actualmente, se ha incorporado al estudio previo de leyes estatutarias y leyes aprobatorias de tratado, y también se ha exigido previa la aprobación de actos legislativos. Lo que se desea resaltar, sin embargo, es que la sentencia C-030 de 2008 no tiene el

carácter constitutivo del derecho, que le confiere la mayoría en la sentencia C-253 de 2013, de la cual me aparto en lo atinente a la modificación jurisprudencial sobre la consulta previa de medidas legislativas.

[69] Nuevamente, no fue una creación de la sentencia C-030 de 2008, sino un complejo proceso de interpretación que, si bien se consolida en 2008, tiene sus bases en la sentencia C-418 de 2002.

[70] Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 70 de 1993 “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”, la Ley 649 de 2001 “Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”, el Decreto 1332 de 1992, “Por el cual se crea la comisión especial para las comunidades negras, de que trata el artículo transitorio número 55 de la Constitución Política, sobre el reconocimiento de los derechos territoriales y culturales; económicos, políticos y sociales del pueblo negro de Colombia; y se establecen las funciones y atribuciones de la misma”, el Decreto 2374 de 1993 “Por el cual se adiciona el Decreto 2128 de 1992 y se dictan otras disposiciones”.

[71] Poner nombre a una aclaración o a un salvamento de voto es una suerte de homenaje al Magistrado Ciro Angarita Barón (F), quien acostumbraba a hacerlo. Entre otros, cabe recordar ‘En defensa de la normalidad que los colombianos hemos decidido construir’ (a la sentencia C-004 de 1992), ‘Palabras, palabras ¿flatus vocis?’ (a la sentencia T-407 de 1992), ‘Del dicho al hecho’ (a la sentencia T-418 de 1992), ‘Palabras inútiles’ (a la sentencia T-438 de 1992), ‘Otro escarnio irrefragable’ (a la sentencia T-462 de 1992), ‘Justicia constitucional y formalismo procesal’ (a la sentencia T-614 de 1992).

[72] Corte Constitucional, sentencia C-253 de 2013 (MP Mauricio González Cuervo; AV María Victoria Calle Correa).

[73] Wittgenstein, Ludwig (1958) Investigaciones Filosóficas. UNAM. México, 2007.

[74] Posición presentada por el Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y recogida en el texto de su aclaración de voto a la sentencia C-253 de 2013.