



Sentencia C-295/19

Referencia: Expediente OG-164

Control de constitucionalidad en el trámite de objeciones gubernamentales al Proyecto de Ley 113 de 2016 Cámara y 257 de 2017 Senado, *“Por la cual se establece la caracterización integral de la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal”*

Magistrada Ponente:
DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241.8. C.P. y cumplidos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Registro de las objeciones gubernamentales

1. El 18 de octubre de 2018, el Secretario General del Senado de la República remitió a la Corte Constitucional copia del expediente del Proyecto de Ley 113

de 2016 Cámara y 257 de 2017 Senado, “*Por la cual se establece la caracterización integral de la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal*”. Lo anterior, por cuanto que el Gobierno Nacional presentó objeciones por razones de inconstitucionalidad.

2. El 26 de octubre de 2018, la Secretaría General de la Corte envió el expediente OG-164 al Despacho de la Magistrada Sustanciadora, en cumplimiento del reparto efectuado por la Sala Plena¹ y junto con el concepto rendido por el Procurador General de la Nación.

2. El Proyecto de Ley objetado

3. A continuación, se transcribe el texto del Proyecto de Ley 113 de 2016 Cámara y 257 de 2017 Senado, el cual fue objetado en su totalidad por el Gobierno Nacional:

“Ley No. _____

Por la cual se establece la caracterización integral de la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal

El Congreso de la República
DECRETA

Artículo 1°. *Objeto.* *La presente ley tiene por objeto la realización, por parte del Gobierno nacional, de una caracterización integral de la totalidad de la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal.*

Parágrafo 1°. *Dicha caracterización será llevada a cabo por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), en el marco del XVIII Censo Nacional de Población y II de Vivienda.*

Parágrafo 2°. *Esta caracterización se realizará periódicamente con el Censo Nacional de Población y Vivienda.*

Artículo 2°. **Componentes de la caracterización.** *La caracterización con enfoque diferencial de que trata la presente ley comprenderá de manera detallada las dimensiones sociales, económicas y culturales de la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal, en aspectos tales como: salud, vivienda, educación, empleo, participación política, medio ambiente, entre otros, que den cuenta de su condición socioeconómica.*

Parágrafo. *Para el diseño de los protocolos y de los indicadores sociales, económicos, ambientales y culturales, se hará convocatoria amplia, publicitada y abierta a las diferentes organizaciones de la sociedad civil que representen los intereses de la comunidad negra, afrocolombiana, palenquera y raizal para que participen en la construcción de los mismos.*

¹ De acuerdo con el sorteo realizado en la sesión ordinaria de la Sala Plena celebrada el 24 de octubre de 2018.

Artículo 3°. *El resultado de dicha caracterización, objetiva y con criterio científico, será el insumo fundamental y obligatorio para el diseño e implementación de políticas públicas para la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal en el orden nacional, departamental y municipal.*

Parágrafo. *El Gobierno nacional, en concurso con las organizaciones de la sociedad civil que representen los intereses de la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal, establecerá el Plan Decenal de Política Pública para la Población Negra, Afrocolombiana, Palenquera y Raizal.*

En este plan decenal se incluirán estrategias puntuales de carácter educativo para combatir y enfrentar toda forma de discriminación racial o discriminación por pertenecer a determinada región del territorio nacional.

Artículo 4°. *Como resultado de la caracterización ordenada en la presente ley, el Gobierno nacional y el Congreso de la República establecerán, en un plazo no mayor a un (1) año, los mecanismos legislativos y ejecutivos que garanticen y promuevan el acceso de la comunidad negra, afrocolombiana, palenquera y raizal a los espacios de elección popular y al empleo público en justa proporcionalidad, como estrategia de resarcimiento a la exclusión histórica a la que ha sido sometida esta población.*

Artículo 5°. *La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias”.*

3. Las objeciones del Gobierno nacional

4. El Presidente de la República, el Ministro del Interior y el Director del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), objetaron el Proyecto de Ley 113 de 2016 Cámara y 257 de 2017 Senado, por razones de inconstitucionalidad y de inconveniencia. La Corte Constitucional solo es competente para conocer las primeras, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 241 (8) de la Carta Política.

5. El Gobierno formula una única objeción de rango constitucional contra el referido Proyecto: la violación del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades negras, afrocolombianas, palenquera y raizal. Según su parecer, en este caso resultaba indispensable adelantar el proceso de consulta previa por tratarse de una afectación directa a estas comunidades. En efecto, “*al revisar el artículo 1° del proyecto de ley, es claro que el objeto y destinatario de la medida legislativa es única y exclusivamente la comunidad negra, afrocolombiana, raizal y palenquera*”².

6. Agrega que, si bien es cierto que el DANE adelantó un proceso de consulta con el Espacio Nacional de Consulta Previa para la elaboración del XVIII

² Cuaderno 1, folio 122.

Censo Nacional de Población, “no es menos cierto que el texto del proyecto de ley en examen, nunca fue sometido a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras”³. En este punto, el Gobierno enfatiza que la caracterización que busca el Proyecto de Ley “desborda el alcance y aplicación dado en los acuerdos de protocolización [del XVIII Censo Nacional] pues se ordena impulsar temas como salud, vivienda, educación, empleo, participación política, medio ambiente, dando la posibilidad de ampliar a otros temas”⁴.

4. Insistencia del Congreso de la República

7. Los senadores Alexander López Maya y Everth Bustamante García, así como los representantes Santiago Valencia González y Álvaro Hernán Prada, fueron designados para elaborar el informe sobre las objeciones gubernamentales. Los congresistas solicitaron a las plenarias de ambas cámaras no acogerlas.

8. Hay cuatro argumentos que desvirtúan la supuesta violación esgrimida por el Gobierno nacional. En primer lugar, afirman los Congresistas, no era necesario adelantar la consulta, debido a que se trata de una medida legislativa que, lejos de “afectar” -en una acepción negativa- a las comunidades afrodescendientes, las beneficia:

“De esta forma y con la redacción del articulado, se evitó que el proyecto consagrara algún tipo de afectación directa a la comunidad negra, afro, palenquera o raizal, logrando que el objetivo del proyecto sea la realización de una caracterización integral para conocer la cantidad de la población y así poder identificar cuáles son las problemas que están sufriendo, y de esta manera en ningún momento se estaría provocando una “afectación irreversible de las prácticas tradicionales de las comunidades diferenciadas”⁵.

[...] No prevé la explotación y exploración de los recursos naturales, mucho menos afecta directamente la equidad de la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal ni tampoco genera un grave impacto ambiental. [Lo que busca el proyecto] es realizar una caracterización integral que sirva de insumo para avanzar con fundamentos técnicos y cifras reales en el diseño de planes, programas y proyectos que favorezcan este importante grupo poblacional⁶”.

9. En segundo lugar, sugieren que hay una coincidencia entre la consulta que adelantó el DANE para el XVIII Censo Nacional y la caracterización que propone el Proyecto de Ley. De ahí que los acuerdos alcanzados con el DANE serían garantía suficiente del consentimiento de las comunidades para esta nueva caracterización:

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibid.* Folio 123.

⁵ *Sentencia C-366 de 2011*.

⁶ Cuaderno 1, folios 169-170.

“El gobierno analiza el objetivo de la consulta previa realizada por el DANE, afirmando que su objetivo principal es el derecho a ser bien contados, a beneficiarse de una información estadística diferenciada que sirva de base para el diseño de una política nacional que favorezca la protección, preservación, respeto, defensa y reconocimiento de la integridad étnica y cultural de los pueblos que lo constituyen y su participación en cada una de las fases censales. En este aspecto existe una coherencia directa entre lo que buscó el DANE y lo que pretende el Proyecto de Ley objetado // No es cierto [que el Proyecto de Ley desborde el marco del Censo Nacional] puesto que como se evidencia, el proyecto solo pretende, además de identificar la cantidad total de la citada población, las especiales características en las que se encuentran, para que con posterioridad se puedan realizar políticas públicas en favor de estas comunidades”⁷.

10. En tercer lugar, los congresistas consideran que la omisión de consultar puede entenderse como subsanada, teniendo en cuenta que se trata de un Proyecto de iniciativa de un Representante de la bancada *afro*, que recibió un amplio apoyo -aprobación unánime- en su trámite y aprobación⁸.

11. Por último, argumentan que el propio Proyecto de Ley ordena, que tanto el diseño de los protocolos de caracterización (artículo 2º, párrafo), como la elaboración del Plan Decenal de Política Pública (artículo 3º), se realizarán en concurso con las organizaciones de la sociedad civil que representen los intereses de la población negra.

12. En resumen, el Congreso de la República insistió en la constitucionalidad de la medida. Para ello esgrimió, como argumento principal, que (i) no es obligatorio adelantar el proceso de consulta previa cuando la medida beneficia a las comunidades étnicas. De forma subsidiaria, señaló que, en caso de ser necesaria la consulta, (ii) la misma se entiende satisfecha con el ejercicio de consulta adelantando por el DANE en el marco del XVIII al Censo Nacional; (iii) y subsanada por el amplio respaldo que recibió la iniciativa en su trámite en el Congreso de la República, incluyendo el apoyo de la bancada *afro*. Finalmente, aduce que (iv) el Proyecto de Ley prevé espacios de participación cuando se ponga en marcha el proceso de caracterización.

II. TRÁMITE ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

13. El 26 de octubre de 2018, la Secretaría General de la Corte envió el Expediente OG-164 al despacho de la Magistrada Sustanciadora. Una vez revisado el expediente, se encontró que la documentación enviada por el

⁷ *Ibid.* Folios 169-170.

⁸ “el presente proyecto de ley no solo es de iniciativa de un miembro de la bancada *afro*, sino que además contó con todos los votos favorables de la bancada *afro* tanto en comisiones primeras, como en las respectivas plenarios. [I]gualmente, el proyecto, durante su discusión y votación, recibió un apoyo no solo mayoritario, sino que recibió una votación unánime, toda vez que ni en comisión, ni en plenaria obtuvo un solo voto negativo, recibiendo de esta forma el apoyo y el respaldo total del Congreso, autoridad, como lo dijo la Corte Constitucional, revestida por la Constitución de legitimidad democrática en donde tienen asiento los representantes del pueblo, elegidos por voto popular”. *Ibid.* Folio 172.

Congreso de la República no contenía la totalidad de las pruebas necesarias para emitir una decisión de fondo.

14. Como consecuencia, el 29 de octubre se profirió auto de pruebas⁹ solicitando al Congreso aportar los documentos que permitieran revisar la legalidad del trámite surtido. Igualmente se ofició al DANE y al Ministerio del Interior para que precisaran cuál había sido el objetivo específico, los temas abordados y los acuerdos alcanzados dentro del proceso de consulta que antecedió al XVIII Censo Nacional de población y VII de vivienda. Finalmente, se fijó en lista el Proyecto objetado para que los ciudadanos que así lo quisieran se pronunciaran y, en particular, se invitó al Espacio Nacional de Consulta Previa de las Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras para que participara.

15. Ante la información incompleta aportada por el Congreso de la República, la Sala Plena dispuso, mediante Auto 722 del 07 de diciembre de 2018, abstenerse de decidir sobre el expediente OG-164. Allí mismo, se apremió a los secretarios generales del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, para que acopiaran todos los documentos requeridos y los enviaran a este Tribunal. En cumplimiento de lo anterior, la Cámara de Representantes envió toda la información requerida, pero no ocurrió lo mismo con el Senado de la República. Por ello, mediante Auto del 06 de diciembre y del 22 de mayo de 2019 se insistió al Secretario General del Senado de la República para que enviara la información restante, de modo que pudiera incorporarse físicamente al expediente.

16. Durante este intervalo, y teniendo en cuenta que el Congreso de la República aún no había completado la solicitud probatoria, se aprovechó para invitar al Proceso de Comunidades Negras, al Observatorio de Discriminación Racial, a DeJusticia, al Movimiento Cimarrón, a la Universidad Nacional sede Bogotá, a la Universidad Tecnológica del Chocó, a la Universidad de los Andes y a la Universidad del Valle, para que allegaran un concepto sobre la norma bajo análisis¹⁰. Ninguna de estas entidades se pronunció.

17. Finalmente, y luego de varios requerimientos¹¹, el Secretario General del Senado de la República envió la información restante sobre el trámite legislativo surtido; a través del Oficio SGE-CS-1780-2019, que fue recibido por el despacho de la Magistrada Sustanciadora el 17 de junio de 2019.

III. INTERVENCIONES

1. Delegados del Espacio Nacional de Consulta Previa

18. Cinco delegados¹² ante el Espacio Nacional de Consulta Previa

⁹ Cuaderno 2, folio 17-18.

¹⁰ Auto del 29 de mayo de 2019.

¹¹ Auto del 29 de octubre de 2018; Auto 722 del 07 de noviembre de 2018; Auto del 06 de diciembre de 2018; y Auto del 22 de mayo de 2019.

¹² Ronald José Valdés Padilla, Yolanda García Luango, Yomaira Olivo Pérez, Humberto Sinisterra Congolino e Idalmy Minotta Terán. Cuaderno 2, folio 29.

presentaron conjuntamente una intervención, solicitando acoger la objeción gubernamental. En su parecer, el Congreso de la República violó el derecho fundamental a la consulta previa, al no haber convocado al Espacio Nacional de Consulta Previa que, aseguran, es el único interlocutor legítimo en virtud de lo dispuesto en la Sentencia T-576 de 2014 y el Auto 392 de 2016.

19. Sostienen que con el referido Proyecto se adoptan decisiones sustanciales, con el potencial de afectarles directamente, sin reconocerles siquiera un espacio de diálogo¹³. Luego de citar algunas sentencias de esta Corporación, advierten que la iniciativa legislativa “*coloca en estado de alto riesgo de daño irreparable el derecho fundamental a la consulta previa*”¹⁴. En consecuencia, piden declarar la violación de los derechos de las comunidades étnicas, y ordenar al Congreso de la República convocar, a través del Gobierno Nacional, al Espacio Nacional de Consulta Previa, para allí discutir la iniciativa legislativa.

20. Por otro lado, el Ministerio del Interior remitió un documento suscrito por el señor Dionisio Rodríguez Paz, quien asegura ser Delegado ante el Espacio Nacional de Consulta Previa, y actuar a nombre propio. Este advierte sobre “*la necesidad imperiosa*” de mantener el proyecto de ley, por cuanto “*las comunidades Negras, Afrocolombianas, Palenqueras y Raizales solo aparecemos de manera diferencial en los documentos de conceptos teóricos de la administración pública. Nuestra interculturalidad es diversa, bien diferenciada y las políticas públicas no reflejan esa diversidad*”. Señala igualmente que, aunque el Espacio Nacional de Consulta Previa es la única herramienta que tienen las comunidades para defender sus derechos, “*no es cierto que este escenario supla nuestros derechos de la real participación política en la nacionalidad colombiana*”¹⁵.

21. Teniendo en cuenta que no se recibió un pronunciamiento oficial del Espacio Nacional de Consulta Previa, sino dos intervenciones a nombre propio, y en sentido aparentemente contrario, mediante Auto del 29 de Mayo de 2019, se requirió nuevamente a esta Entidad para que se pronunciara de forma unificada sobre el Proyecto de Ley en estudio. Sin embargo, no se recibió ninguna comunicación adicional.

2. Ministerio del Interior

22. De acuerdo con la Oficina Jurídica del Ministerio del Interior “*no resulta admisible que el Honorable Congreso de la República haya aprobado un proyecto de ley que afecta de manera directa a las comunidades y que no haya surtido el trámite de consulta previa*”¹⁶. Remite siete actas que dan cuenta del mecanismo de consulta previa que se adelantó en el marco del XVIII Censo Nacional de Población Civil y VII de Vivienda a cargo del DANE. Entre los documentos, se observa un informe interno, suscrito el 20 de febrero de 2018,

¹³ Cuaderno 2, folio 26.

¹⁴ *Ibid.* Folio 25.

¹⁵ *Ibid.* Folio 65.

¹⁶ *Ibid.* Folio 31.

en el que se respalda la decisión de objetar el Proyecto de Ley. Allí se explica que si bien es cierto que, de manera paralela y separada, el DANE adelantó un proceso de consulta previa sobre la aplicación del Censo Nacional, el texto del Proyecto de Ley 113 de 2016 Cámara y 257 de 2017 Senado, nunca fue sometido a consideración de las comunidades afectadas¹⁷.

3. Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)

23. El Director del DANE explicó el proceso de consulta adelantado con las comunidades negras y que finalmente concluyó con la puesta en marcha del Censo Nacional de 2018. Desde el año 2016 se iniciaron los acercamientos a través de reuniones con líderes, representantes y autoridades de la población afrocolombiana en diferentes zonas del país. Esto permitió que posteriormente se realizaran 3 reuniones de Espacio Nacional, 9 reuniones con la Comisión VII -Comunicaciones, Tics, Censos, Estadísticas, Innovación, Ciencia y Tecnología-, 1 espacio autónomo, 33 asambleas departamentales y acciones para el fortalecimiento organizacional y la asistencia operativa técnica¹⁸. De acuerdo con el DANE, este ejercicio de diálogo permitió llegar a acuerdos en dos temas centrales: (i) el cuestionario censal y (ii) el proceso censal.

24. Con respecto al cuestionario, se definió conjuntamente una pregunta de pertenencia étnica que emplea criterios tanto culturales como fenotípicos¹⁹. También se incluyeron preguntas que indagan sobre el espacio, para así lograr la ubicación de los territorios colectivos de comunidades negras de manera declarativa²⁰. Por último, la pregunta referente a la lengua, facilita la identificación de las comunidades hablantes de las lenguas criollas (creole y palenquero), o de quienes hablan más lenguas nativas²¹.

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

25. El Procurador General de la Nación, en ejercicio de las competencias previstas en el artículo 278 de la Constitución y en el artículo 32 del Decreto 2067 de 1991, rindió concepto dentro del asunto de la referencia. Solicita declarar fundada la objeción constitucional, por cuanto es “*evidente que el proyecto de Ley debió ser consultado, puesto que toca aspectos centrales de la definición de la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal*”²².

26. Argumenta que la medida se refiere directamente a la *identidad* de los grupos afrocolombianos, pues su objeto de análisis son los factores o variables que definen, en buena parte, la identidad de estos grupos y su reconocimiento

¹⁷ *Ibid.* Folio 62.

¹⁸ *Ibid.* Folio 100.

¹⁹ El componente “*racial*” incluye la posibilidad de auto reconocerse por medio de los atributos físicos, de tal manera que se facilita la visibilización de la población que no se reconoce culturalmente como “*comunidad negra*”, pero que sí lo hace por su color de piel o rasgos físicos.

²⁰ En este sentido, las comunidades tienen la oportunidad de manifestar que sus viviendas se encuentran en territorios ancestrales, así no estén aún titulados como tales.

²¹ *Ibid.* Folio 102.

²² *Ibid.* Folio 12.

como tales²³. Agrega que la caracterización incidirá significativamente en la vida de las comunidades afrodescendientes, pues los resultados serán la base para la formulación de políticas públicas en materia de salud, vivienda, educación, empleo, participación política, medio ambiente, entre otros²⁴.

27. Por último, rechaza el argumento del Congreso de la República, según el cual es suficiente con que el proyecto ordene la consulta previa al momento de ejecutar el plan de caracterización. De acuerdo con la Vista Fiscal, *“las medidas concurrentes para efectuar la caracterización, y con criterios previamente establecidos, no supone de ninguna manera una consulta previa”*²⁵.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

28. La Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente sobre las objeciones presentadas por el Gobierno nacional, según lo disponen los artículos 167 y 241 numeral 8° de la Constitución Política²⁶.

2. Presentación del caso, problema jurídico y esquema de la decisión

29. Corresponde a esta Corporación estudiar la objeción de orden constitucional que formuló el Gobierno Nacional contra el Proyecto de Ley 113 de 2016 Cámara, 257 de 2017 Senado, *“Por la cual se establece la caracterización integral de la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal”*.

30. De acuerdo con el Gobierno, la iniciativa legislativa debió haber surtido el proceso de consulta previa, al representar una afectación directa a dichas comunidades²⁷. El Congreso de la República, sin embargo, insistió en la validez

²³ “La caracterización supone, al menos, los siguientes elementos: (i) la determinación de los medios de producción y la relación de las comunidades con los recursos naturales y su incidencia productiva, así como su relación con la tierra y la existencia de propiedad colectiva (dimensión económica); (ii) la determinación de la historia y las tradiciones materiales e inmateriales, así como la existencia [...] de rasgos sociales y culturales (dimensiones sociales y culturales)” *Ibid.* Folio 13.

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ Conforme al artículo 167 de la C.P., “El proyecto de ley objetado total o parcialmente por el Gobierno volverá a las Cámaras a segundo debate. // El Presidente sancionará sin poder presentar objeciones el proyecto que, reconsiderado, fuere aprobado por la mitad más uno de los miembros de una y otra Cámara. // Exceptúase el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucional. En tal evento, si las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Constitucional para que ella, dentro de los seis días siguientes decida sobre su exequibilidad. El fallo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si lo declara inexecutable, se archivará el proyecto. // Si la Corte considera que el proyecto es parcialmente inexecutable, así lo indicará a la Cámara en que tuvo su origen para que, oído el Ministro del ramo, rehaga e integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el dictamen de la Corte. Una vez cumplido este trámite, remitirá a la Corte el proyecto para fallo definitivo”. Por su parte, al tenor del artículo 241.8 C.P., “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...) 8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”.

²⁷ Como ya ha explicado esta Corporación las variantes entre comunidades negras, palenqueras y raizales son intensas y sus saberes culturales son diversos (Sentencia SU-011 de 2018. MMPP. Diana Fajardo Rivera y

del Proyecto de Ley argumentando que: (i) no es obligatorio adelantar la consulta previa cuando la medida beneficia a las comunidades. Y aún si la misma fuese necesaria, (ii) se entiende satisfecha con el ejercicio de consulta adelantando por el DANE en el marco del XVIII Censo Nacional de Población; (iii) y subsanado por el amplio respaldo que recibió la iniciativa en su trámite ante el Congreso de la República. Finalmente, señala que (iv) el Proyecto de Ley prevé espacios de plena de participación para las comunidades étnicas cuando se ponga en marcha el proceso de caracterización.

31. El concepto del Procurador General y la mayoría de intervenciones coinciden con la objeción formulada. Para la Vista Fiscal, el Proyecto de Ley toca aspectos centrales de la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal, que definen su propia identidad. Posición que comparte el Ministerio del Interior quien, además, asegura haber advertido al Congreso de la República sobre la necesidad de adelantar la consulta, cuando el proyecto recién comenzaba su trámite.

32. Durante el término de intervenciones, no se recibió un comunicado oficial del Espacio Nacional de Consulta Previa, pero sí dos documentos suscritos a nombre propio por algunos delegatorios. El primero pide acoger la objeción gubernamental, pues de lo contrario se pondría en entredicho la vigencia del mecanismo de consulta previa. El segundo apoya el Proyecto de Ley tal y como fue formulado.

33. A la luz de lo anterior, le corresponde a la Sala Plena resolver el siguiente problema jurídico: ¿es constitucionalmente admisible un proyecto de ley para caracterizar a la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal, sin haberse surtido el mecanismo de consulta previa, bajo el argumento que la medida busca beneficiar a dichas comunidades y que, en todo caso, se contemplan otros escenarios de participación simultáneos y posteriores?

34. Para solucionar este problema, (i) se examinará, de forma previa, si se cumplió con el trámite legal que requieren las objeciones gubernamentales. En caso afirmativo, se entrará al análisis de fondo, para lo cual (ii) se retomará el desarrollo jurisprudencial sobre el derecho fundamental a la consulta previa; también (iii) se estudiará la importancia de los procesos censales desde una perspectiva de derechos humanos. A partir de lo anterior, (iv) se analizarán las objeciones presentadas por el Gobierno y las razones del Congreso de la República para insistir en su validez material.

3. Cuestión previa: la Presidencia de la República y el Congreso de la República cumplieron con el trámite previsto para las objeciones gubernamentales

35. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el examen formal

Gloria Stella Ortiz Delgado). Sin embargo, en esta providencia, y por efectos prácticos, se utilizarán los términos “comunidades negras” o “afrocolombianos”, para referirse, de forma general, a los individuos y pueblos negros, afrocolombianos, palenqueros y raizales que integran nuestro país. Ver también Sentencia C-253 de 2013. MP. Mauricio González Cuervo.

en los expedientes de objeciones gubernamentales “*se sujeta a la verificación de las etapas básicas de resolución de las objeciones, sin incluir las generalidades de trámite de la ley objetada, pues este último queda abierto a las acciones de inconstitucionalidad que por vicios de procedimiento puedan presentarse dentro del año siguiente a su promulgación (Art. 242.3 C.P.)*”²⁸.

36. Básicamente, se requiere el cumplimiento de algunos tiempos, solemnidades, quórums y mayorías que, en buena medida, reflejan el trámite legislativo ordinario, con ciertas particularidades propias de la objeción gubernamental²⁹. En resumen, hay seis requisitos que deben ser satisfechos: (i) oportunidad en la presentación de las objeciones; (ii) publicación de las objeciones gubernamentales; (iii) conformación de la comisión accidental y publicación del informe a las objeciones; (iv) anuncio previo a la discusión y votación de las objeciones; (v) votación del informe de objeciones según las mayorías constitucionales; y (vi) congruencia.

37. A continuación, la Sala verificará estos requisitos en el proceso de formulación de las objeciones y la aprobación de la insistencia por el Congreso de la República, respecto del Proyecto de Ley 113 de 2016 Cámara y 257 de 2017 Senado.

38. *Oportunidad*: De acuerdo con el artículo 166 de la C.P., “*el Gobierno dispone del término de seis días para devolver con objeciones cualquier proyecto cuando no conste de más de veinte artículos*”. Según la jurisprudencia, este término es hábil y se cuenta a partir del día siguiente a aquél en que el proyecto de ley fue recibido para la correspondiente sanción presidencial. El proyecto ha de ser devuelto a la cámara en que tuvo origen y, en tanto constituye un acto de Gobierno³⁰, es necesario que las objeciones sean firmadas por el Presidente de la República y el ministro del ramo. En este caso concreto, las objeciones fueron suscritas por el Presidente de la República, el Ministerio del Interior y el Director del DANE. Dado que el Proyecto de Ley fue remitido a la Presidencia de la República el 14 de febrero de 2018, y que las objeciones fueron radicadas de vuelta en la Cámara de Representantes³¹ el 22 de febrero, se encuentra satisfecho este requisito.

39. *Publicación*. Una vez recibido el Proyecto sin sanción presidencial y con observaciones en la Cámara en la cual tuvo origen, las objeciones deben ser publicadas. Este trámite se cumplió con la Gaceta 64 del 23 de febrero de 2018, donde se publicaron íntegramente las objeciones del Gobierno.

40. *Conformación de la comisión accidental y publicación del informe a las objeciones*. Corresponde al Congreso conformar una comisión accidental para

²⁸ Sentencia C-051 de 2018. MP. Diana Fajardo Rivera. Sobre el particular, en la Sentencia C-985 de 2006. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, se señaló: “[e]n primer lugar debe la Corte advertir que (...) se limitará a examinar el trámite dado en el Congreso (...) a las objeciones presidenciales y a la insistencia del Congreso de la República. Por tanto, omitirá el análisis del todo el proceso legislativo anterior, teniendo en cuenta que el mismo es susceptible de (...) demandas ciudadanas”.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Sentencia C-196 de 2009. MP. Clara Elena Reales Gutiérrez (e).

³¹ Cámara donde tuvo origen el Proyecto de Ley 113 de 2016.

hacer el estudio de las objeciones y presentar un informe que proponga si las acoge o las rechaza. Este informe, a su vez, debe ser publicado, a efectos de que sea conocido por el pleno de las dos corporaciones legislativas. En el expediente bajo estudio, se tiene que la Comisión Accidental fue integrada por los senadores Alexander López Maya, Everth Bustamante García y los representantes a la Cámara Santiago Valencia González y Álvaro Hernán Prada. Estos presentaron informe el 12 de junio de 2018, el cual fue debidamente publicado en la Cámara de Representantes (Gaceta 419 de 2018) y en el Senado de la República (Gaceta 406 de 2018).

41. *Anuncio previo a la discusión y votación de las objeciones.* En atención a lo dispuesto por el artículo 160 Superior, la deliberación y votación de todo proyecto de ley debe ser anunciada por parte de la Presidencia de cada una de las cámaras, de forma precedente a la sesión en la que tendrá lugar. Para este caso concreto, en la Cámara de Representantes se anunció, durante la sesión ordinaria del 18 de junio de 2018, que el mencionado proyecto de caracterización de las comunidades negras, se votaría en “*la sesión plenaria del día martes 19 de junio de 2018*”³²; fecha en la que efectivamente se discutió y aprobó³³. De igual forma, el anuncio previo en el Senado se realizó el 13 de junio señalando que se votaría en la “*próxima sesión*”³⁴, la cual ocurrió el 18 de junio³⁵.

42. *Votación del informe de objeciones.* Conforme a lo dispuesto en los artículos 145 y 167 de la Constitución, la votación del informe de insistencia, en la plenaria de cada una de las cámaras, supone la previa deliberación con al menos una cuarta parte de los miembros. Así mismo, la decisión debe tomarse con la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva Corporación y ser aprobado por la mitad más uno de los miembros de una y otra Cámara. Requisito que se encuentra satisfecho según las constancias aportadas por las secretarías de ambas cámaras legislativas. En la Cámara de Representantes, se tiene que el día acordado asistieron al inicio de la sesión 151 congresistas, y la aprobación del informe de objeciones se realizó con un respaldo de 90 votos por el *Sí* y 12 votos por el *No*, depositados a través del sistema de voto nominal y público³⁶. En el Senado, por su parte, asistieron al inicio de la sesión 91 congresistas, y la aprobación del informe de objeciones se realizó con un respaldo de 68 votos por el *Sí* y 0 votos por el *No*, depositados a través del sistema de voto nominal y público³⁷.

43. *Congruencia.* Por último, la Sala constata que el texto del Proyecto de Ley

³² Según consta en la Acta número 294 de la sesión ordinaria del 18 de junio de 2018, contenida en la Gaceta del Congreso No. 725 de 2018.

³³ Según consta en la Acta número 295 de la sesión ordinaria del 19 de junio de 2018, contenida en la Gaceta del Congreso No. 981 de 2018.

³⁴ Según consta en la Acta número 068 de la sesión ordinaria del 13 de junio de 2018, contenida en la Gaceta del Congreso No. 902 de 2018.

³⁵ Según consta en la Acta número 069 de la sesión ordinaria del 18 de junio de 2018, contenida en la Gaceta del Congreso No. 962 de 2018.

³⁶ Constancia del Secretario General de la Cámara de Representantes. Cuaderno 2, folio 97. Ver también Gaceta del Congreso 981 de 2018.

³⁷ Constancia del Secretario General del Senado de la República. Cuaderno 2, folios 109-111. Ver también Gaceta del Congreso 962 de 2018.

objetado es el mismo en el cual el Congreso insistió, de modo que se cumple la exigencia de congruencia entre los dos contenidos. Aunque este no es un requisito expresamente establecido por la Constitución, la Sala Plena ha considerado que es una exigencia consustancial al trámite de las objeciones gubernamentales, en el entendido que “*la reedición de este segundo debate parlamentario se encuentra circunscrita a los puntos objeto de discrepancia y, por consiguiente, la insistencia del Congreso que activa la competencia de la Corte debe versar, total o parcialmente, sobre el mismo texto objetado*”³⁸.

44. Se concluye entonces que el procedimiento gubernamental y legislativo para el trámite de las objeciones al Proyecto de Ley 113 de 2016 Cámara y 257 de 2017 Senado, ha sido respetuoso de la Constitución. Pasa entonces la Sala Plena a realizar algunas consideraciones sustanciales que serán el fundamento para analizar posteriormente el caso concreto.

4. El derecho fundamental a la consulta previa en la jurisprudencia constitucional

45. La consulta previa ocupa un lugar destacado en el diseño constitucional colombiano. Se desprende de que Colombia se define como una república democrática, participativa y pluralista (C.P. Art. 1), que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural como un valor constitucional (C.P. Arts. 7 y 70) y que las comunidades étnicas gozan de plenos derechos constitucionales fundamentales³⁹.

46. Desde sus inicios, la Corte ha reconocido la riqueza cultural del país, pero también ha sido testigo de lo difícil que resulta hacer compatibles *saberes* distintos y *formas de vivir y sentir* radicalmente diversas. A través del mecanismo de la consulta previa, la Corte ha encontrado una herramienta idónea para promover un diálogo sincero; un diálogo que, aunque no siempre conduzca a acuerdos, debe tener vocación de consenso y proceder con la buena fe de ambas partes. A lo largo de estas casi tres décadas, la Corte ha explicado que la Carta Política propugna “*por un modelo de Estado que se reconoce como culturalmente heterogéneo*”⁴⁰; en donde el proceso de consulta no ha de ser percibido como un obstáculo o un mero trámite administrativo, sino como un espacio genuino de interacción y una oportunidad para pensar otros mundos posibles.

47. La naturaleza flexible⁴¹ de la consulta previa ha llevado a la Corte a adoptar una metodología de análisis casuística⁴²; lo que no equivale a caprichosa, pues la Corte ha avanzado suficientemente en la descripción de los principios generales que guían este diálogo intercultural. Al punto de que “[e]xiste una línea jurisprudencial clara, sólida y consistente”⁴³ que consagra

³⁸ Sentencia C-051 de 2018. MP. Diana Fajardo Rivera.

³⁹ Sentencia SU-123 de 2018. MMPP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

⁴⁰ Sentencia C-366 de 2011. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴¹ Ver, entre muchas otras, las sentencias SU-383 de 2003. MP. Álvaro Tafur Galvis; C-030 de 2008. MP. Rodrigo Escobar Gil; y SU-011 de 2018. MMPP. Diana Fajardo Rivera y Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴² Sentencia C-317 de 2012. MP. María Victoria Calle Correa.

⁴³ *Ibidem*.

los criterios generales para identificar en qué casos se activa el deber de consulta previa y cómo debe adelantarse.

48. Para resolver la objeción al Proyecto de Ley 113 de 2016 Cámara y 257 de 2017 Senado, es preciso desarrollar tres temas centrales: (i) los principios constitucionales sobre los que reposa el derecho fundamental a la consulta previa; (ii) los criterios para identificar los escenarios de afectación directa que activan el deber de consulta; y (iii) las condiciones mínimas del trámite de consulta, especialmente en el contexto de medidas legislativas.

4.1. La consulta previa es la materialización del principio democrático y del carácter pluralista que definen la República de Colombia

49. En su artículo primero, la Carta Política enuncia los principios fundamentales que definen a la República de Colombia como Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista⁴⁴. Este es el punto de partida para la fundamentación del derecho a la consulta previa: la confluencia del principio democrático, el derecho a la participación y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación⁴⁵. Son precisamente estos atributos los que han permitido desarrollar el mecanismo de consulta previa a nivel interno⁴⁶.

50. La Carta Política de 1991 significó un “giro radical dentro del sistema constitucional del Estado colombiano”⁴⁷, a partir del principio de ***democracia participativa***. Esta orientación también se refleja en el artículo segundo que establece como una de las finalidades del Estado, la de facilitar la participación de todos, en las “*decisiones que los afectan*”; y en el artículo 40, que reconoce el derecho fundamental a participar en la “*conformación, ejercicio y control del poder político*”. La imperiosa necesidad de promover la intervención ciudadana en la toma de decisiones supuso una extensión e incremento de los espacios de participación, más allá del proceso electoral y de los foros tradicionales de representación⁴⁸.

51. La participación ciudadana supone la “*posibilidad de incidir realmente en la existencia, desenvolvimiento y decisiones del Estado*”⁴⁹. Ello requiere “*una deliberación suficiente, lo que a su vez implica la garantía de canales efectivos y adecuados para expresar la participación de los agentes sociales*”⁵⁰. Y la deliberación, por su parte, exige “*el aseguramiento de una interacción efectiva y constante entre los ciudadanos y la actividad del Estado*”⁵¹. Solo un proceso eficaz, participativo y deliberativo garantiza la toma de decisiones legítimas.

⁴⁴ Constitución Política, Art. 1°.

⁴⁵ Sentencia C-366 de 2011. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁶ A nivel internacional, el Convenio No. 169 de la OIT es el referente que ha permitido situar en la agenda global la importancia de consultar y entrar en diálogo sincero con las comunidades indígenas y demás pueblos tribales.

⁴⁷ Sentencia C-643 de 2000. MP. Álvaro Tafur Galvis.

⁴⁸ Sobre la naturaleza expansiva y universal del principio democrático, ver sentencias C-150 de 2015. MP. Mauricio González Cuervo y C-179 de 2002. MP. Margo Gerardo Monroy Cabra.

⁴⁹ Sentencia C-891 de 2002. MP. Jaime Araujo Rentería.

⁵⁰ Sentencia C-366 de 2011. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵¹ Sentencia C-175 de 2009. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

52. Tratándose de medidas legislativas, debe prestarse aún mayor atención al principio de democracia participativa pues, de otra forma, podría pensarse que el Congreso de la República -como institución democrática por excelencia- es suficiente para representar los intereses de todos los colombianos, incluidos los pueblos étnicos, quienes además cuentan con curules específicas dentro del Congreso. En este punto, la Corte ha señalado que “*para el caso particular de las comunidades indígenas y afrodescendientes, el derecho a la participación en la deliberación democrática cobra un significado distinto y reforzado*”⁵².

53. Precisamente, un segundo giro que trajo consigo la Carta Política de 1991 fue el **reconocimiento y la exaltación de la diversidad**. El artículo 2º superior señala que uno de los fines esenciales del Estado es promover la participación en la vida cultural de la Nación. El artículo 7º, por su parte, evita una concepción homogeneizadora del concepto de “cultura”, al reconocer y proteger la diversidad de la Nación. En esta misma dirección, el artículo 70 exalta la igualdad y la dignidad de todas las culturas que conviven en el país. Del artículo 71, por último, se desprende la obligación de incluir en los planes de desarrollo medidas para el fomento de la cultura⁵³. A la luz de estas disposiciones, la Corte ha declarado una “*Constitución Cultural*”⁵⁴.

54. Siguiendo este marco normativo, es preciso advertir que las tradiciones culturales que sobreviven en nuestro país no pueden ser relegadas al olvido, ni asumidas como una carga que frena el progreso y el desarrollo. Los saberes tradicionales y alternos son también portadores de inestimables contribuciones, de las que una sociedad no debería privarse; sino más bien, apreciar la riqueza en la diversidad, como propuso la comunidad internacional reunida en la Declaración de Durban (Sudáfrica) contra la discriminación:

“Reafirmando que la diversidad cultural es un valioso elemento para el adelanto y el bienestar de la humanidad en general, y que debe valorarse, disfrutarse, aceptarse auténticamente y adoptarse como característica permanente que enriquece nuestras sociedades”⁵⁵.

55. Ante la tentación de imponer un único modelo válido de cultura, la jurisprudencia ha recordado que la Constitución colombiana “*rechaza posturas universalistas y de asimilación de la diferencia, basadas en la homogeneidad en la comprensión de los derechos*”⁵⁶. Esta diversidad se manifiesta de

⁵² Sentencia C-366 de 2011. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵³ Sentencia C-434 de 2010. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵⁴ “*Como manifestación de la diversidad de las comunidades, como expresión de la riqueza humana y social de los pueblos y como instrumento para construir sociedades organizadas que aprenden a manejar sus relaciones adecuadamente, la cultura fue reconocida en la Constitución de 1991 como un pilar fundamental que requiere especial protección, fomento y divulgación del Estado. En efecto, es amplio el conjunto de normas constitucionales que protegen la diversidad cultural como valor esencial de nuestra Nación, de tal manera que dicho bloque normativo, que también se ha denominado por la doctrina como la Constitución Cultural, entiende la cultura como valor, principio y derecho que deben impulsar las autoridades*” (énfasis fuera del original). Sentencia C-742 de 2006. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. Ver también Sentencia C-434 de 2010. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵⁵ Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia [Declaración de Durban]. Consultada el 28 de octubre de en http://www.un.org/es/events/pastevents/cmcr/durban_sp.pdf

⁵⁶ Sentencia C-366 de 2011. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

múltiples maneras, desde el lenguaje y las tradiciones, hasta la forma misma en que una comunidad decide organizarse social, jurídica y económicamente⁵⁷. La diversidad amplía las posibilidades de elección y abre caminos a fuentes alternativas de bienestar y desarrollo, “entendido no solamente en términos de crecimiento económico, sino también como medio de acceso a una existencia intelectual, afectiva, moral y espiritual satisfactoria”⁵⁸. Ello, sin embargo, no significa una apuesta por un relativismo absoluto “que niegue sentido a los principios y derechos fundamentales previstos en la Carta”⁵⁹. De lo que se trata, más bien, es de alcanzar un delicado “régimen de conservación de la diversidad en la unidad”⁶⁰, en la que el juez constitucional asume una compleja labor de ponderación:

“La Corte ha entendido que la consagración del principio de diversidad étnica y cultural, del cual se derivan los derechos fundamentales antes mencionados, se encuentra en una relación de tensión con el sistema de derechos fundamentales consagrado en la Constitución, toda vez que, mientras el primero persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e, incluso, contrarios a los postulados de una ética universal de mínimos, el segundo se funda en normas transculturales y universales que permitirían la convivencia pacífica entre las naciones. Sin embargo, esta tensión valorativa no exime al Estado de su deber de preservar la convivencia pacífica (C.P., artículo 2°), motivo por el cual está obligado, a un mismo tiempo, a garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanas y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos. En esta labor de equilibrio, el Estado debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo pues, de lo contrario, atentaría contra el principio pluralista (C.P., artículos 1° y 2°) y contra la igualdad que debe existir entre todas las culturas_(C.P., artículos 13 y 70).

En consecuencia, la Corporación ha considerado que, frente a la disyuntiva antes anotada, la Carta Política colombiana ha preferido una posición intermedia, toda vez que no opta por un universalismo extremo, pero tampoco se inclina por un relativismo cultural incondicional. Según la Corte, “sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural”, afirmación que traduce el hecho de que la diversidad étnica y cultural (C.P., artículo 7°), como principio general, sólo podrá ser limitada cuando su ejercicio desconozca normas constitucionales o legales de mayor entidad que el principio que se pretende restringir (C.P., artículos 246 y

⁵⁷ “De otra parte, la diversidad cultural está relacionada con las representaciones de vida y concepciones del mundo que la mayoría de las veces no son sincrónicas con las costumbres dominantes o el arquetipo mayoritario en la organización política, social, económica, productiva o incluso de religión, raza, lengua, etc. Lo cual refuerza la necesidad de protección del Estado sobre la base de la protección a la multiculturalidad y a las minorías”. Sentencia T-129 de 2011. MP. Jorge Iván Palacio Palacio. Reiterada en Sentencias T-425 de 2014. MP. Andrés Mutis Vanegas y T-307 de 2018. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁵⁸ UN. Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural. Consultado el 31 de octubre en http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

⁵⁹ Sentencia C-063 de 2010. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶⁰ Sentencias T-405 de 1993. MP. Hernando Herrera Vergara; T-254 de 1994. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-383 de 2003. MP. Álvaro Tafur Galvis.

330)⁶¹.

56. Desafortunadamente, tan anhelado equilibrio ha sido esquivo en varias ocasiones. En la Sentencia T-576 de 2014, por ejemplo, la Corte dio cuenta del enorme desafío que significó para algunos delegados de la Asamblea Nacional Constituyente⁶² superar postulados según los cuales cualquier manifestación ajena al imaginario de “*Nación mestiza*” debía ser asimilada o suprimida⁶³. Situación que se vuelve aún más preocupante respecto a los pueblos afrodescendientes, en tanto que su presencia y aportes, tanto en la historia colonial como en el presente republicano, han sido invisibilizados.

57. Es en este contexto de exclusión y profunda marginalización que la consulta previa adquiere plena relevancia. El Convenio OIT 169 de 1989 implica un paso definitivo hacia “*el abandono del enfoque asimilacionista o integracionista de la relación del Estado con los pueblos indígenas, hacia uno basado en el respeto por la diferencia y la maximización de la autonomía de las comunidades y pueblos étnicamente diferenciados*”⁶⁴. A su base se encuentra el reconocimiento de las “*minorías étnicas como portadoras de unas formas de vida y de unos saberes diversos que merecen ser protegidos y conservados*”⁶⁵.

58. La consulta previa se erige así como un mecanismo de vital importancia para el principio democrático y participativo, y como una salvaguarda de la diversidad cultural que enriquece a todos los colombianos. Es la posibilidad que tienen los distintos saberes de entablar un diálogo sincero, en condiciones de igualdad, para aprender del otro e intentar llegar a consensos⁶⁶. Es un valioso mecanismo para incidir realmente en el proceso de toma de decisiones y, a través de ello, alcanzar un anhelado equilibrio que preserve y promueva la diversidad, como lo ordena la Constitución.

4.2. El deber de consultar se activa cuando haya una medida con el potencial de afectar directamente a una comunidad, independientemente de sus efectos positivos o negativos

59. El Convenio No. 169 de la OIT traza una diferencia entre el derecho a la consulta previa que tienen las comunidades frente a las medidas que puedan *afectarles directamente*; y el derecho general de participación respecto de las

⁶¹ Sentencia SU-383 de 2003. MP. Álvaro Tafur Galvis. Ver También, Sentencia C-463 de 2014. MP. María Victoria Calle Correa.

⁶² Sentencia T-576 de 2014. MP. Luis Ernesto Vargas Silva. Ver también Arocha, Jaime. *Cultura afrocolombiana, entorno y derechos territoriales*. Universidad Nacional de Colombia. Disponible en <http://bdigital.unal.edu.co/1441/5/04CAPI03.pdf> Universidad Pontificia Javeriana. América Negra, número 3: Bogotá, 1992. Disponible en <https://www.javeriana.edu.co/ins-genetica/investigacion/publicaciones/libros/america-negra>

⁶³ Sentencia T-576 de 2014. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶⁴ Sentencia SU-011 de 2018. MMPP. Diana Fajardo Rivera y Gloria Stella Ortiz Delgado

⁶⁵ Sentencia C-077 de 2017. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶⁶ *El derecho de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera a la consulta y al consentimiento previo libre e informado: Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos*. Segunda edición, 2015. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, con apoyo del GIZ. pág.135.

decisiones que les *conciernen*⁶⁷. Esta distinción ha sido retomada por la jurisprudencia constitucional⁶⁸. De ahí que cuando se trata asuntos que les *conciernen* a las comunidades indígenas pero que no las afectan directamente, debido a que tienen incidencia equivalente en toda la población, se activa el deber general⁶⁹ de garantizar la existencia de instituciones y medios de participación suficientes⁷⁰, pero no el deber de consulta previa⁷¹.

60. Algo distinto ocurre cuando la medida *afecta directa o desproporcionadamente* a las comunidades, pues es entonces cuando se activa el deber de consulta previa. La pregunta que surge enseguida es qué se entiende por afectación directa. Aunque el Convenio No. 169 de la OIT señala algunos casos puntuales en los que resulta obligatoria la consulta⁷², no agota la descripción de todos los escenarios susceptibles de afectar a los pueblos indígenas y tribales. Ha sido la jurisprudencia constitucional la que, para el contexto colombiano, ha venido fijando el alcance de este derecho fundamental. La obligación de adelantar un “*procedimiento distinto a los escenarios generales y concretos de participación*”⁷³ resulta exigible judicialmente “*cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos*”⁷⁴; esto se ha entendido como el *ethos* de las comunidades indígenas y afrodescendientes⁷⁵. Recientemente, la Sala Plena resumió que existe una afectación directa cuando:

(i) La medida que regula se trata de aquellas contempladas constitucionalmente en el artículo 330, es decir, cuando se refieren al territorio ancestral, al uso del suelo o a la extracción de recursos

⁶⁷ Convenio OIT 169, artículo 6°.

⁶⁸ Sentencias C-290 de 2017. MP. Alejandro Linares Cantillo; C-077 de 2017. MP. Luis Ernesto Vargas Silva; C-366 de 2011. MP. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras.

⁶⁹ Convenio OIT 169 artículo 6.1.b.

⁷⁰ Esto se traduce “(1) en la posibilidad que sus integrantes tienen de concurrir, en igualdad de condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; (2) en el hecho de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, pueden conocer las iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos, solicitar audiencias (...) y, (3) en las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales”. Sentencia C-030 de 2008. MP. Rodrigo Escobar Gil.

⁷¹ “aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están prima facie sujetas al deber de consulta” Sentencia C-175 de 2009. MP. Luis Ernesto Vargas.

⁷² Sentencia C-077 de 2017. MP. Luis Ernesto Vargas Silva: “117. Aunque el Convenio 169 indica que los pueblos indígenas y tribales deben ser consultados “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”, contempla, también, un catálogo de medidas respecto de las cuales la consulta debe agotarse siempre. Dentro de ese catálogo se encuentran aquellas que: i) involucran la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales ; ii) las que implican su traslado o reubicación de las tierras que ocupan ; iii) las relativas a su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir sus derechos sobre estas fuera de su comunidad ; iv) las relacionadas con la organización y el funcionamiento de programas especiales de formación profesional ; v) la determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno y vi) las relacionadas con la enseñanza y la conservación de su lengua”.

⁷³ Sentencia C-175 de 2009. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Sentencias C-175 de 2009. MP. Luis Ernesto Vargas Silva; C-366 de 2011. MP. Luis Ernesto Vargas Silva y C-073 de 2018. MP. Cristina Pardo Schlesinger.

*naturales*⁷⁶;

*(ii) Se trata de una disposición que está vinculada con el ethos o la identidad étnica de alguna comunidad étnica, luego altera negativa o positivamente su vida política, económica, social y cultural como elementos definitorios de su identidad*⁷⁷;

*(iii) Impone cargas o atribuciones de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica*⁷⁸;

*(iv) El objeto principal de la regulación es una o varias comunidades étnicas o pueblos tribales o el desarrollo específico de un derecho previsto en el Convenio 169 de 1989 de la OIT*⁷⁹; y

*(v) “Cuando a pesar de tratarse de una medida general, (a) ésta tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que en el resto de la población, o (b) regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de dichas comunidades, por lo que puede generarse bien una posible afectación, un déficit de protección de sus derechos o una omisión legislativa relativa que las discrimine”*⁸⁰ (Subrayado fuera del original).

61. Esta enumeración no constituye un listado acabado y exhaustivo. Pero sí es el resumen de más de dos décadas de desarrollo jurisprudencial en torno a la institución de la consulta previa. La Corte ha venido identificado -tanto en sede de tutela como de control abstracto de constitucionalidad- tipos de medidas que, aunque en apariencia son neutrales, afectan desproporcionadamente a las comunidades étnicas y tienen el potencial de menoscabar su autonomía y erosionar sus formas propias de vida.

62. Llegados a este punto es pertinente detenerse en un aspecto relevante para la resolución del presente asunto. Como se lee en los numerales (ii) y (iii) del listado transcrito, es indiferente el carácter -*supuestamente*- positivo o negativo que tenga una medida. Tomarse en serio la consulta previa como un diálogo entre iguales, pero con distintos saberes y sentires, implica reconocer que son

⁷⁶ Constitución Política, artículos 329 y 330 (parágrafo); Sentencia C-068 de 2013. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁷⁷ Sentencias C-389 de 2016. MP. María Victoria Calle Correa; C-196 de 2012. MP. María Victoria Calle Correa; C-366 de 2011. MP. Luis Ernesto Vargas Silva; C-175 de 2009. MP. Luis Ernesto Vargas Silva; C-030 de 2008. MP. Rodrigo Escobar Gil.

⁷⁸ Sentencia C-077 de 2017. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷⁹ Sentencia C-077 de 2017, MP. Luis Ernesto Vargas Silva: “Aunque el Convenio 169 indica que los pueblos indígenas y tribales deben ser consultados “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”, contempla, también, un catálogo de medidas respecto de las cuales la consulta debe agotarse siempre. Dentro de ese catálogo se encuentran aquellas que: i) involucran la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales ; ii) las que implican su traslado o reubicación de las tierras que ocupan ; iii) las relativas a su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir sus derechos sobre estas fuera de su comunidad ; iv) las relacionadas con la organización y el funcionamiento de programas especiales de formación profesional ; v) la determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno y vi) las relacionadas con la enseñanza y la conservación de su lengua”.

⁸⁰ Sentencia C-073 de 2018. MP. Cristina Pardo Schlesinger, reiterando las sentencias C-068 de 2013. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez; C-366 de 2011 y C-175 de 2009. MP. Luis Ernesto Vargas Silva; C-063 de 2010. MP. Humberto Antonio Sierra Porto; C-030 de 2008. MP. Rodrigo Escobar Gil.

las comunidades quienes construyen su propio concepto de *buen vivir*. En palabras de la Corte:

“La afectación directa se da independientemente de que sea positiva o negativa, aspecto que compete resolver precisamente en consulta con los pueblos afectados: *“procede la consulta, cuando la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa de los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta”*⁸¹.

63. Incluso cuando el Estado o los particulares pretenden actuar de buena fe, corren el riesgo de malinterpretar lo que resulta “beneficioso” para un pueblo, al guiarse únicamente por sus propios parámetros de *corrección* o *desarrollo*. Y, paradójicamente, se presentan como benefactores de unas comunidades, a las que simultáneamente desconocen su identidad y la diversidad en sus preocupaciones, sus saberes y sus intereses. La consulta previa es, entonces, *“un medio en cabeza de las comunidades étnicas para definir sus prioridades de vida y desarrollo y así llevarlas al diálogo intercultural con la sociedad mayoritaria, siempre bajo los supuestos de igualdad de culturas (Art. 70 C.P.) y buena fe (Art. 83 C.P.)”*⁸². De ahí que el Convenio No. 169 disponga que *“[l]os pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo”*⁸³; como parte esencial de su derecho a la *“auto-determinación interna”*⁸⁴.

64. La Corte ha explicado que *“en la Constitución se halla tácitamente proscrita la superioridad de una u otra perspectiva, cosmogonía, ideología, forma de vida o sistema de conocimiento determinado”*⁸⁵. Una postura paternalista que se arrogue la potestad para definir unilateralmente lo beneficioso para una comunidad, es, sin lugar a duda, una trasgresión grave a la protección que requiere la diversidad cultural:

“[S]e hace evidente una particular contradicción en asuntos relativos a los pueblos indígenas y otras minorías étnicas, lo cual convoca no pocas voces que critican la supremacía de la denominada *“sociedad de conocimientos”* que pretende justificar la primacía de sus idearios y fundamentos en una supuesta homogénea noción de desarrollo, basada en los principios de eficacia, eficiencia y crecimiento económico, de la cual dimana un marcado sentido paternalista hacia las minorías”⁸⁶.

65. Recientemente, esta Corporación avaló la constitucionalidad del artículo 6 del Acto Legislativo No. 02 de 2015, por medio del cual se otorgó una curul adicional a la comunidad raizal, sin que se hubiera surtido el correspondiente

⁸¹ Ver sentencias C-290 de 2017. MP. Alejandro Linares Cantillo; C-077 de 2017. MP. Luis Ernesto Vargas Silva; y C-317 de 2012. MP. María Victoria Calle Correa.

⁸² Sentencia C-017 de 2018. MP. Diana Fajardo Rivera. Ver también Sentencia SU-383 de 2003. MP. Álvaro Tafur Galvis y OIT, Convenio No. 169. Art. 7°.

⁸³ OIT, Convenio No. 169. Art. 7°.

⁸⁴ Sentencia SU-123 de 2018. MMPP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

⁸⁵ Sentencia C-891 de 2002. MP. Jaime Araujo Rentería.

⁸⁶ *Ibid.*

proceso de consulta. En Sentencia C-290 de 2017⁸⁷, la Sala Plena reconoció que se trataba de una medida que claramente implicaba una afectación directa y que por lo mismo debió ser objeto de consulta previa. Sin embargo, en esta ocasión puntual, la Corte decidió mantener en el ordenamiento la reforma constitucional. El mismo fallo advierte la excepcionalidad de la situación y cómo es posible armonizarlo con el precedente constitucional, de manera que no se convierta en una excusa para subvertir la doctrina de la Corte que, como ya se reseñó, ha sido pacífica y consistente en defender el derecho de las comunidades a ser consultadas de toda medida que les afecte en su vida política, económica, social y cultural, sea de forma negativa o positiva⁸⁸.

66. Como la propia Sentencia expone, se trató de una “*hipótesis excepcional*”, en la que la Corte se limitó a “*toma[r] nota de una reivindicación histórica a cuyo reconocimiento no se opuso, en el proceso de constitucionalidad, ninguna de las comunidades titulares del derecho a la consulta previa*”⁸⁹. La Corte no pretendió definir –ni podía hacerlo– qué es *bueno* o *beneficioso* para el pueblo raizal, sino que únicamente sirvió de canalizador de un reclamo histórico de las propias comunidades. Un reclamo que incluso ha quedado positivizado en el bloque de constitucionalidad, en particular, el literal 6.1.b. del Convenio 169 de la OIT⁹⁰. Debe tenerse en cuenta, igualmente, que la norma demandada hacía parte de una reforma constitucional –con las exigencias de trámite legislativo que ello supone– que no delimitaba el alcance de este derecho, sino que defería, en una ley posterior, la implementación del mismo; habilitando así un espacio en el que las comunidades afectadas debían ser consultadas para precisar el alcance de este derecho de participación política⁹¹.

67. Ante este escenario tan especial, una decisión de inexecutable resultaría desproporcionada, en detrimento de un reclamo histórico, legal y expreso de la propia comunidad raizal⁹². Se trató entonces de un evento excepcional en el que

⁸⁷ MP. Alejandro Linares Cantillo.

⁸⁸ En sentencia C-702 de 2010. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte estudió una demanda contra el Acto Legislativo 01 de 2009, que al parecer incluía algunas disposiciones beneficiosas para que las minorías étnicas pudieran avalar candidatos más fácilmente. Sin embargo, la Sala Plena declaró inexecutable la norma argumentando que: “*Así las cosas, sin considerar si las nuevas reglas afectan positiva o negativamente a dichas minorías, asunto de conveniencia que no es de la incumbencia de esta Corporación, la Sala detecta que la norma superior cuyo trámite de adopción ahora examina sí afecta en forma directa a las comunidades étnicas, por lo cual ha debido ser sometida a consulta previa, en las condiciones explicadas por la jurisprudencia de esta Corporación antes expuestas*”.

⁸⁹ Sentencia C-290 de 2017. MP. Alejandro Linares Cantillo.

⁹⁰ “Artículo 6:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán [...] // (b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan.”

⁹¹ Acto Legislativo 02 de 2015, Art. 6: “*Cada departamento y el Distrito capital de Bogotá, conformará una circunscripción territorial. Habrá dos representantes por cada circunscripción territorial y uno más por cada 365.000 habitantes o fracción mayor de 182.500 que tengan en exceso sobre los primeros 365.000. La circunscripción territorial conformada por el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, elegirá adicionalmente un (1) Representante por la comunidad raizal de dicho departamento, de conformidad con la ley*” (subrayado fuera del original).

⁹² “*una decisión de inexecutable desconocería (i) la importancia que tiene para promover la participación real de la comunidad raizal (arts. 1, 2, 3 y 40 C.P) y su coincidencia con un reclamo histórico de dicha comunidad; (ii) su alineación con los propósitos del convenio 169 de la OIT y, en particular con el mandato de establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, en la adopción de decisiones en instituciones electivas responsables de políticas y programas que les conciernan; (iii) lo establecido en el artículo 35 del*

la Corte advirtió la trasgresión del derecho fundamental a la consulta previa, pero aun así mantuvo la norma, en función de respaldar: (i) una reivindicación histórica, lo suficientemente documentada por la propia comunidad interesada; (ii) de un derecho que encuentra respaldo claro en la Constitución, incluido el bloque de constitucionalidad; y (iii) que se materializa en una norma general, lo suficientemente amplia, para preservar la participación de la comunidad afectada en la delimitación de su alcance e implementación; (iv) sin que se hubiera presentado durante el trámite legislativo o ante la Corte Constitucional un rechazo de la medida por las propias comunidades afectadas, que desvirtuara con ello la supuesta reivindicación histórica que se buscaba atender.

68. Con todo y esto, hay que reiterar la especial prudencia con que deben proceder las autoridades al proponer medidas que atañen a las comunidades étnicas, así busquen su mayor beneficio. Siempre está latente el riesgo de imponer, con vocación de universalidad, concepciones personales sobre el bienestar y el progreso; pero tal actitud, *“ciega para la comprensión de otras formas de vida y otras cosmovisiones, es incompatible con la filosofía pluralista que informa la normatividad básica de 1991”*⁹³.

69. Ni siquiera la Corte Constitucional, en su función de guardiana de la Carta Política, está autorizada para fijar unilateralmente lo que resulta beneficioso para una comunidad y, mucho menos, para apropiarse de su historia y de sus reivindicaciones, sin caer en un paternalismo inaceptable. De ahí la trascendencia del mecanismo de consulta previa, en la medida que aboga por un diálogo intercultural y genuino entre iguales; a partir del reconocimiento del otro como un interlocutor válido, y no simplemente como un “afectado”, objeto de consideración. La consulta es el espacio para entender que hay otras formas de sentir, pensar, y vivir⁹⁴, que deben coexistir bajo *“un modelo de gobernanza, en el que la participación es un presupuesto indispensable para garantizar los demás derechos e intereses de las comunidades”*⁹⁵.

4.3. Las condiciones en que debe surtirse el trámite de consulta previa, especialmente tratándose de medidas legislativas

70. Uno de los desafíos que supone el deber de consulta previa es la ausencia de un modelo único y universal de ejecución. Si bien la jurisprudencia ha venido formulando algunas directrices sobre su puesta en práctica, también ha reconocido la necesidad de mantener un amplio margen de *flexibilidad*⁹⁶, pues *“cada proceso es único, en cuanto a la materia, el volumen de normas y otros*

Convenio de la OIT al indicar que no puede interpretarse dicha convención de una forma que pueda menoscabar los derechos garantizados a las comunidades étnicas; (iv) los precedentes que se desprenden de las sentencias C-862 de 2013 y C-150 de 2015, y (v) el carácter expansivo del principio democrático”. Sentencia C-290 de 2017. MP. Alejandro Linares Cantillo.

⁹³ Sentencia C-139 de 1996. MP. Carlos Gaviria Díaz.

⁹⁴ Esta idea se plasma bellamente en la traducción del inciso segundo del artículo 70 de la Carta Política a la lengua nativa Inga: *“En este territorio hay muchas personas con otra forma de pensamiento y otra forma de vida; también esas personas son de la madre tierra” Achka iachag panga = Constitución Política de Colombia de 1991 en Inga*. Bogotá: Uniandes, 1994.

⁹⁵ Sentencia SU-123 de 2018. MP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

⁹⁶ OIT, Convenio No. 169, Art. 34: *“La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”*.

*aspectos que hacen necesario que para cada caso sea pertinente establecer una metodología específica*⁹⁷.

71. La jurisprudencia constitucional ha hecho hincapié en que la consulta no se reduzca a un simple acto informativo o notificación de la medida⁹⁸. Ello requiere unas condiciones mínimas y una disposición de ambas partes, basadas en el “*mutuo respeto y la buena fe entre los voceros representativos de los pueblos indígenas y tribales y las autoridades públicas*”⁹⁹. Esta disposición de los intervinientes resulta indispensable para forjar un ambiente de diálogo, y no uno de confrontación, a pesar de las obvias diferencias que puede haber. Recientemente, la Sala Plena resumió los principios que rigen la realización de las consultas en los siguientes términos:

“ 6.2. [E]sta Corte ha explicado que el objetivo de la consulta es intentar genuinamente lograr un acuerdo con las comunidades indígenas y afro descendientes sobre medidas que las afecten directamente (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.). Así mismo se ha decantado que el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta y que por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Sobre este tópico la jurisprudencia ha explicado que el significado de la participación activa es que no pueda admitirse como tal a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas. Que esa participación sea efectiva significa que el punto de vista de los pueblos debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas

6.3. La Corte igualmente ha señalado que la consulta constituye un proceso de diálogo intercultural *entre iguales*, en el entendido de que esto significa que ni los pueblos indígenas tienen un derecho de veto que les permita bloquear decisiones estatales, ni el Estado tiene un derecho a la imposición sobre los pueblos indígenas para imponerles caprichosamente cualquier decisión sino que opera un intercambio de razones entre culturas que tiene igual dignidad y valor constitucional (CP art 70). Esto no significa que, desde el punto de vista fáctico, los pueblos indígenas o las comunidades afro descendientes tengan un igual poder a los particulares o al Estado en este proceso de consulta pues usualmente se encuentran en una situación de desventaja frente a ellos por la discriminación a que han sido sometidos. Por eso el Estado tiene el deber de tomar las medidas compensatorias necesarias para reforzar la posición de estos pueblos en estos procesos de consulta para que efectivamente opere ese diálogo intercultural entre iguales.

6.4. La jurisprudencia también ha indicado que la consulta debe ser flexible de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, sin que esto se pueda desconocer con la simple alusión del interés general, pues debe atenderse a la diversidad de los pueblos indígenas y de las comunidades afro descendientes. Además, la consulta debe ser informada,

⁹⁷ Sentencia C-073 de 2018. MP. Cristina Pardo Schlesinger.

⁹⁸ Sentencia C-175 de 2009. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹⁹ *Ibid.*

por lo cual no puede tratarse de un asunto de mero trámite formal sino de un esfuerzo genuino del Estado y los particulares implicados por conocer las perspectivas de los pueblos afectados y por efectivamente lograr un acuerdo. Es entonces imperativo respetar la diversidad étnica y cultural lo que permitirá encontrar mecanismos de satisfacción para ambas partes”¹⁰⁰.

72. Si fuera necesario resumir estos principios bajo una sola idea, quizá lo más adecuado sería emplear el concepto de *buena fe*¹⁰¹. Para su éxito, la consulta requiere de las autoridades, los particulares involucrados y de las comunidades, una disposición a reconocer al otro como un interlocutor válido; una disposición a escuchar, sinceramente, saberes, preocupaciones, intereses y propuestas alternativas. Es estar abierto a intercambiar ideas y con el “*deseo sincero de alcanzar un acuerdo*”¹⁰². La actitud contraria sería la de quien simplemente ve en la consulta un trámite a superar o una oportunidad de beneficio personal; también es la actitud de quien busca imponerse en el espacio de consulta desde una perspectiva de confrontación o manipulación.

73. Pero aun cuando se siguen los criterios de consulta, ello no es garantía de llegar a consensos. Ante el desacuerdo, la Corte ha recordado a las comunidades, que no tienen un poder de veto sobre el curso legislativo ordinario; pero también le ha advertido al Congreso de la República y al Gobierno Nacional, que la falta de acuerdos finales no significa una autorización para que las autoridades públicas impongan cualquier tipo de medidas. En estos escenarios, si bien el Estado conserva su competencia para adoptar una decisión final, también es cierto que:

*“el ejercicio de esa potestad carece de naturaleza omnimoda, sino que debe (i) estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo; (ii) fundarse en parámetros de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad en cuanto al grado de afectación de los intereses de las comunidades tradicionales; (iii) contemplar instrumentos idóneos para mitigar el impacto de la medida en dichos intereses, tanto en el plano individual como colectivo, todo ello con miras a salvaguardar las prácticas que conforman la diversidad étnica y cultural”*¹⁰³.

74. En síntesis, es responsabilidad de la Corte verificar que, pese a la flexibilidad en la que se enmarca el proceso de consulta previa, la misma se realice con sujeción al principio de buena fe y con una disposición sincera de ambas partes a dialogar. También le corresponde velar, en casos de desacuerdo, por que las políticas finalmente aprobadas por las autoridades prevean

¹⁰⁰ Sentencia SU-123 de 2018. MMPP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes. Cita original con pies de página. Ver también las sentencias SU-097 de 2017. MP. María Victoria Calle Correa; SU-011 de 2018. MMPP. Diana Fajardo Rivera y Gloria Stella Ortiz Delgado; T-693 de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-129 de 2011, MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁰¹ Convenio OIT 169, Art. 6.2. “*Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas*”.

¹⁰² OIT (2019). Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales 1989 (núm.169). *Observación General 2019*. Pág.3.

¹⁰³ Sentencias C-073 de 2018. MP. Cristina Pardo Schlesinger y C-175 de 2009. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

limitaciones proporcionales a los derechos de las comunidades afectadas¹⁰⁴.

5. El censo y la importancia de ser contados, desde una perspectiva de derechos humanos

75. Los censos de población y vivienda se han consolidado desde el siglo pasado como una “*condición imprescindible para la toma de decisiones*”¹⁰⁵ de cualquier Estado. Siendo el capital humano lo más importante que una sociedad pueda tener es necesario indagar ¿cuántos somos? ¿quiénes somos? ¿dónde vivimos? y ¿cómo vivimos?¹⁰⁶ Pese a la apariencia sencilla y objetiva de estas preguntas, la medición estadística de una población no es un asunto fácil ni completamente neutral, como bien ejemplifica el caso colombiano¹⁰⁷.

76. La medición y su resultado más concreto, la cifra, es una de la herramienta fundamental de gobernanza y constituye, en la actualidad, el mecanismo predilecto para dar cuenta de la *realidad*. Pese a su vocación de objetividad y neutralidad, algunos autores han reprochado cómo el “*dato cuantificado en la cifra se mistifica hasta el punto de constituirse en una realidad en sí misma [que] sirve para esconder los procesos políticos, sociales, culturales y económicos que están detrás de su producción histórica*”¹⁰⁸. Si no fuera por su repercusión en los derechos fundamentales de personas y colectivos concretos, esta sería una mera discusión en torno al paradigma científico. Pero como bien lo muestra la caracterización de la población étnica en nuestro país, y especialmente de las comunidades negras, la medición es un asunto de derechos humanos y un escenario de profundas discusiones y reivindicaciones sociales.

77. Según ha explicado la Corte, “*la exactitud de la información estadística [...] es fundamental para el diseño de políticas públicas y programas sociales*”¹⁰⁹. De hecho, dentro del seguimiento específico al *Estado de Cosas Inconstitucional* producto del desplazamiento forzado, la primera falencia identificada fue justamente la “*precariedad de la información para caracterizar a la población afro colombiana afectada por el desplazamiento*”¹¹⁰.

78. Ser contado y cómo ser contado, importa en términos de derechos. Es el reconocimiento legal al que aspiran algunas comunidades, es el derecho a vivir

¹⁰⁴ Sentencia C-175 de 2009. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰⁵ *Principios y recomendaciones para los censos de población y habitación*. Naciones Unidas: Nueva York, 2010. ST/ESA/STAT/SER.M/67/Rev.2. Consulta el 15 de noviembre en https://unstats.un.org/unsd/publication/seriesm/seriesm_67rev2s.pdf

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *El Proceso de Comunidades Negras (PCN) y el censo de 2005: La lucha en contra de la “invisibilidad” estadística de la gente negra en Colombia*. Luis Carlos Castillo, Libia Grueso, Carlos Rosero y Konty Bikila Cifuentes Consultado el 9 de noviembre de 2018 en https://sarweb.org/media/files/sar_press_otros_saberes_ch6.pdf p.137

¹⁰⁸ Más allá de la cifra: actores, estrategias e identidades en la pregunta étnico-racial del Censo 2005. Oscar Quintero. EN ICANH (2011). *La multiculturalidad estatalizada: indígenas, afrodescendientes y configuraciones de estado*. Compiladora Margarita Chaves. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH), 2011. P. 93.

¹⁰⁹ Sentencia C-748 de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, al revisar la constitucionalidad de la Ley estatutaria de *habeas data*.

¹¹⁰ Auto 005 de 2009. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

una identidad que se autorreconoce como diferente, es la forma de evaluar los avances o retrocesos del Estado frente a patrones de discriminación y exclusión. En palabras de un líder afro, “*el derecho a ser negro*” es el principio de toda reivindicación¹¹¹. En una sociedad tecnificada, además, esta información constituye el insumo principal en que se soporta el diseño de cualquier política pública.

79. A la luz de lo anterior, este capítulo (i) hace una breve introducción a la institución de los censos poblacionales y su importancia para el Estado moderno, especialmente en términos de derechos humanos; y luego (ii) profundiza en los debates y logros que ha tenido la caracterización de los pueblos afrodescendientes en Colombia.

5.1. El censo como un instrumento de control y de seguimiento al goce efectivo de los derechos fundamentales

80. Los censos son “*la operación estadística más grande, compleja y de mayor importancia que se realiza en cualquier país. Son la columna vertebral del sistema nacional de información y estadística, y el pilar de un sistema integrado de información socioeconómica y demográfica*”¹¹². Para muchas personas, el censo es quizá la única ocasión en que el Estado se acerca para preguntarles algo¹¹³. Sus datos son el soporte principal para la asignación de recursos públicos, para la organización del sistema electoral y, la formulación y evaluación de políticas públicas¹¹⁴. Además, en las últimas décadas se ha reconocido su importancia para evaluar los avances o retrocesos en el goce efectivo de los derechos.

81. Históricamente, ha existido un interés de las sociedades en tener un inventario de sus bienes y recursos, y particularmente de los residentes en el territorio¹¹⁵. En un principio, sin embargo, estos conteos no tenían como propósito central formular políticas públicas para materializar derechos, sino más bien hacer exigibles obligaciones de carácter tributario o militar. Tal vez el antecedente más remoto registrado de la aplicación de censos sea el ordenado por el emperador Yao en la China, región en la que se levantaban censos generales unos 2.200 años antes de la era cristiana¹¹⁶. También entre los pueblos precolombinos pudo haber sistemas censales, aunque no escritos. Los Incas, por ejemplo, empleaban el “*quipu*”, una forma de medición que permitía hacer un seguimiento del crecimiento demográfico, para así realizar una distribución más eficiente de las tierras de cultivo¹¹⁷.

82. Los censos de población se han venido complejizando, en función de los

¹¹¹ *El Proceso de Comunidades Negras (PCN) y el censo de 2005. Op. Cit. p.140.*

¹¹² DANE. Historia de los Censos en Colombia. Bogotá: 2012. Prólogo.

¹¹³ *Principios y recomendaciones para los censos de población y habitación.* Naciones Unidas. *Op. Cit.* p. 1.

¹¹⁴ En palabras de un asesor del DANE que participó dentro del proceso de consulta previa para el Censo de 2018, la “*información estadística [sirve] para sustentar técnicamente la capacidad de negociación de las comunidades [étnicas]*”. David Pinilla, Asesor para grupos étnicos. Acta de consulta previa para el XVII Censo Nacional de Población, realizada en Cali, el 7 y 8 de octubre de 2016. Cuaderno de Revisión, folio 39.

¹¹⁵ DANE. Historia de los Censos en Colombia *Op. Cit.* p.17.

¹¹⁶ *Ibid.* p.19.

¹¹⁷ *Ibid.* p.21.

crecientes requerimientos de información de los estados modernos y de los avances en la estadística e instrumentos tecnológicos disponibles. De los recuentos más elementales de la población, paulatinamente se ha ampliado la indagación por aspectos demográficos, económicos y culturales, tales como la fecundidad, la mortalidad, escolaridad, situación laboral, nivel de ingresos, y autorreconocimiento étnico, entre otros¹¹⁸.

83. La información obtenida con los censos se ha convertido así en la “*condición imprescindible para la toma de decisiones*”¹¹⁹. Estos datos tienen cuatro usos principales, al servir como insumo para la: (i) formulación y evaluación de políticas públicas; (ii) delimitación de las circunscripciones electorales y fijación del umbral; (iii) asignación del presupuesto público a través del Sistema General de Participaciones; y (iv) evaluación del cumplimiento de los derechos humanos. Para efectos de esta providencia, es pertinente profundizar en este último uso.

84. Las cifras que arrojan los censos, o que se construyen a partir de estos, permiten establecer indicadores que dan cuenta de la calidad de vida de las personas; con ello, es posible hacer seguimiento al goce efectivo de los derechos. Es por esto que la obtención de cifras actualizables, desagregadas y comparables ha adquirido una importancia creciente en la práctica de los derechos humanos, especialmente en el monitoreo que realizan los órganos especializados del sistema internacional. Ya no basta con proferir normas; es necesario, además, constatar su implementación y efectos en la vida de las personas.

85. Aunque el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -DESC- (1966)¹²⁰ no incluye una referencia expresa a la información estadística, su Comité de seguimiento precisó, desde muy temprano, la importancia de contar con un diagnóstico certero de la situación real de los DESC en cada país:

“Un segundo objetivo es garantizar que el Estado Parte vigile de manera constante la situación real con respecto a cada uno de los derechos y, por consiguiente, se mantenga al corriente de la medida en que todos los individuos que se encuentran en su territorio o bajo su jurisdicción disfrutan, o no disfrutan, de los diversos derechos. De la experiencia adquirida hasta ahora por el Comité se deduce claramente que este objetivo no puede alcanzarse limitándose a preparar estadísticas o estimaciones nacionales de carácter general, sino que exige también prestar especial atención a las regiones o zonas menos favorecidas, así como a determinados grupos o subgrupos que parezcan hallarse en situación particularmente vulnerable o desventajosa. Por eso, el primer paso indispensable para promover la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales

¹¹⁸ *Ibid.* p.22.

¹¹⁹ *Principios y recomendaciones para los censos de población y habitación*. Naciones Unidas. *Op. Cit.*p.1.

¹²⁰ Aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

es el diagnóstico y conocimiento de la situación existente”¹²¹.

86. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem do Pará) de 1994¹²² constituye un hito en el cuerpo normativo internacional al consagrar, por primera vez y de forma expresa, el deber de recopilación estadística, con miras a identificar las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, así como la eficacia de las medidas adoptadas por los Estados¹²³. En la misma dirección, la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad (2006)¹²⁴ dispuso que cada Estado parte debe recopilar “*información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que les permita formular y aplicar políticas, a fin de dar efecto a la presente Convención*”.¹²⁵ Esto servirá, además, para “*evaluar el cumplimiento por los Estados Partes de sus obligaciones*”¹²⁶.

87. El sistema internacional de monitoreo, del cual hace parte Colombia, ha llegado a la conclusión que para avanzar en el goce efectivo de los derechos no basta con enunciar la producción normativa de un país, sino que hay que “*indicar cómo se reflejan esos instrumentos jurídicos en la realidad económica, política, social y cultural y en las condiciones generales existentes en el país*”¹²⁷. Y para ello, los censos constituyen una herramienta idónea, pues los informes que presentan los Estados deben proporcionar “*datos estadísticos pertinentes desglosados por sexo, edad y grupos de población*”¹²⁸.

88. El deber de registrar información desagregada adquiere una importancia adicional tratándose del derecho a la igualdad y a la no discriminación. El Comité responsable de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1965)¹²⁹ ha reafirmado la necesidad de contar con datos desagregados, pues solo así es posible obtener información pertinente de las condiciones de especial vulnerabilidad que tiene un grupo poblacional con respecto a la sociedad mayoritaria¹³⁰:

“Las características étnicas de la población, en particular las que son resultado de una mezcla de culturas, revisten especial importancia en

¹²¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general N° 1. Presentación de informes por los Estados Partes (1989).

¹²² Aprobada mediante Ley 248 de 1995 y revisada por la Corte en Sentencia C-408 de 1996. MP. Alejandro Martínez Caballero.

¹²³ “Artículo 8. Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:[...] h. garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios”.

¹²⁴ Aprobada mediante Ley 1346 de 2009, y revisada por la Corte Constitucional, en la sentencia C-293 de 2010. MP. Nilson Pinilla.

¹²⁵ Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, artículo 31 (1).

¹²⁶ *Ibid.* inciso 2°.

¹²⁷ Compilación de directrices relativas a la forma y el contenido de los informes que deben presentar los estados partes en los tratados internacionales de derechos humanos. Informe del Secretario General. HRI/GEN/2/Rev.6. 3 de junio de 2009. Párrafo 25.

¹²⁸ *Ibid.* Párrafo 26.

¹²⁹ Aprobada mediante Ley 22 de 1981.

¹³⁰ Recomendación general N° XXIV relativa al artículo 1 de la Convención. A/54/18, anexo V. (1999)

relación con la Convención¹³¹. En el documento básico común deberán facilitarse indicadores para evaluar la efectividad de los derechos humanos, incluso indicadores demográficos. Si esa información no se ha incluido en el documento básico común, deberá proporcionarse en el documento específico para el Comité // Muchos Estados consideran que, al realizar un censo, no deben destacar factores como la raza para que esto no refuerce las divisiones que desean superar o afecte normas relativas a la protección de datos personales. Para evaluar los progresos alcanzados en la eliminación de la discriminación basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico (en adelante discriminación racial), es necesario que el documento específico para el Comité contenga alguna indicación sobre el número de personas que podrían ser tratadas de manera menos favorable a causa de esas características. Por consiguiente, se pide a los Estados que no reúnen información sobre esas características en sus censos que aporten información sobre las lenguas maternas que se hablan habitualmente u otros indicadores de la diversidad étnica, junto con cualquier información sobre la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico que se obtenga mediante encuestas sociales”¹³².

89. Más recientemente, la *Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*¹³³ confirmó, en el marco del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la importancia que revisten los datos estadísticos para la efectiva protección de los pueblos indígenas:

“La Comisión reitera que disponer de datos estadísticos fiables sobre la población indígena, su localización y sus condiciones socio-económicas constituye una herramienta esencial para definir y orientar eficientemente las políticas relativas a los pueblos indígenas, así como para monitorear el impacto de las acciones emprendidas. Lo anterior también es indispensable para que los gobiernos puedan tomar las medidas apropiadas para reconocer, proteger y valorar la identidad social y cultural, las costumbres y las tradiciones de los pueblos indígenas”¹³⁴.

90. En resumen, los censos son una labor fundamental para los estados modernos. Permiten recoger información básica sobre la composición demográfica, económica y cultural de un país, para luego diseñar, a partir de estos datos, políticas públicas idóneas. Adicionalmente, la información estadística se ha convertido, pese a sus limitaciones¹³⁵, en un aliado del discurso

¹³¹ Véanse las Recomendaciones generales Nº 16 (1993), relativa a la aplicación del artículo 9 de la Convención; Nº 8 (1990), relativa a la interpretación y la aplicación de los párrafos 1 y 4 del artículo 1 de la Convención; y Nº 24 (1999), relativa al artículo 1 de la Convención.

¹³² Directrices relativas al documento específicamente destinado al comité para la eliminación de la discriminación racial que deben presentar los estados partes de conformidad con el párrafo 1 del artículo 9 de la convención. CERD/C/2007/1. 13 de junio de 2008. Párrafo10-11.

¹³³ La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) es un órgano independiente cuya función es realizar una evaluación imparcial y técnica de la aplicación de las normas internacionales del trabajo de la OIT, por los Estados miembro.

¹³⁴ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (2019). *Op. Cit.* pág.2.

¹³⁵ Más que revelar la “verdad” de las cosas, los indicadores construyen una representación particular; pero detrás del aura de objetividad y autoridad científica con que se proyectan los datos cuantitativos, existe un componente interpretativo que determina los mecanismos de conteo y condiciona el análisis de la información obtenida. Para una explicación más detallada sobre las complejas dinámicas que rodean el diseño de indicadores

de los derechos humanos, pues permite evaluar los avances o retrocesos en el cumplimiento de las obligaciones, más allá de la simple expedición formal de normas.

5.2. La caracterización de los pueblos afrodescendientes en Colombia: una labor aún en construcción

91. Una de las principales formas de discriminación ha sido, históricamente, la “invisibilidad” de la gente negra¹³⁶. Durante la Colonia, la población esclavizada¹³⁷ era registrada simplemente como mercancía, y no como mujeres y hombres, libres e iguales en derechos. Luego de la independencia, y a lo largo de buena parte de la vida Republicana, el Estado colombiano omitió en sus registros a la población negra, en aras de homogenizar el supuesto ideal del “hombre nacional”¹³⁸. Situación que solo comenzó a remediarse -aunque con serias dificultades- en el Censo de 1993, el primero efectuado en vigencia de la nueva Constitución. Si bien hay que destacar los esfuerzos que ha venido realizando el DANE para concertar con las comunidades involucradas una metodología incluyente y acorde con sus necesidades y prioridades, este es un proceso complejo aún en construcción.

92. Alrededor de 1600, comenzó la trata masiva de africanos esclavizados al Nuevo Reino de Granada. Para tal efecto, era necesario registrarlos en las estadísticas oficiales, donde se consignaba: nombre de la embarcación, fecha en que zarpó la nave, nombre del dueño del “cargamento”, edad, sexo y características físicas. De estos datos dependía su precio en el mercado¹³⁹. Sin embargo, estas cifras no resultan confiables por los altos niveles de contrabando que existía en los puertos de las Américas.

93. Entre 1777 y 1778, se realizó el II Censo de Población, considerado como uno de los mejores elaborados en el Virreinato. Sus resultados arrojaron la siguiente distribución: 80% de la población conformada por mestizos y blancos, 15% correspondiente a indígenas y el 5% restante a población negra. El bajo número de indígenas ya era indicativo de la abrupta merma de la población aborígen luego de la llegada de los españoles. Y con respecto a la población negra, análisis actuales han criticado el hecho de haberse equiparado la categoría de “libre” a la de “mestizo”; lo que trajo como consecuencia borrar de las estadísticas a los negros libres, es decir, a los ex esclavizados y su descendencia, así como a los cimarrones que forjaron por su cuenta el camino

y ejercicios de conteo, así como sus limitaciones en el campo de los derechos humanos, ver. Engle Merry, Sally (2016). *The seductions of quantification: measuring human rights, gender violence and sex trafficking*. The University of Chicago Press: Estados Unidos, 2016.

¹³⁶ *El Proceso de Comunidades Negras (PCN) y el censo de 2005*. Op. Cit. p.128.

¹³⁷ En este proyecto se prefiere empelar el término persona esclavizada, en vez de esclavo o esclava, siguiendo la Aclaración de Voto que hizo la Magistrada María Victoria Calle Correa en la sentencia C-931 de 2009 MP. María Victoria Calle Correa “*En su lugar, se empleará la expresión ‘persona esclavizada’*. *Dos razones, al menos, hay para hacerlo; por respeto a sus actuales descendientes y, ante todo, en homenaje a sus ancestros, a todas aquellas mujeres y hombres provenientes del África que durante años, a pesar de las cadenas a las que se les quiso someter, mantuvieron su dignidad y su libertad –espiritual y física–, hasta donde les fue posible*”. Idea que luego es retomada por la Sala Plena en Sentencia SU-097 de 2017. MP. María Victoria Calle Correa.

¹³⁸ DANE (1993). *Los grupos étnicos de Colombia en el censo de 1993*. DANE. p.30.

Consultado el 15 de noviembre en <http://biblioteca.dane.gov.co/biblioteca/books/140/>

¹³⁹ *Ibid.* p.13.

a la libertad. Ello contribuyó a invisibilizar y marginalizar la población negra, al asociarla únicamente con los esclavos¹⁴⁰.

94. Después de la Independencia, en el transcurso del siglo XIX, las comunidades indígenas y la población negra fueron incluidas en las estadísticas oficiales de la naciente República de Colombia. Sin embargo, se conservaron categorías discriminatorias de clasificación, que tenían como resultado excluir simbólicamente estos “*otros*” del territorio nacional y del ideal de ciudadano¹⁴¹.

95. En el siglo XX, extrañamente, los negros dejaron de contarse y los indígenas fueron registrados separadamente, en función únicamente de los resguardos reconocidos. Durante el siglo pasado, y antes de proferirse la Constitución Política de 1991, sólo un censo (el de 1918) recabó información sobre la identidad negra de los colombianos¹⁴². Así puede observarse en el siguiente cuadro elaborado por el DANE, y que evidencia la ausencia, casi total, de la población afrocolombiana en los ejercicios estadísticos del siglo XX. Situación que solo comenzó a remediarse, parcialmente, con la entrada en vigencia de la nueva Constitución.

Año	Total	Indígenas	%	Negros o afrocolombianos	%	Rom (Gitanos)	%	Criterio de identificación
1905	4.355.477	-	-	-	-	-	-	Ninguno
1912	5.072.604	344.198	6,79	322.499	6,36	-	-	Raza
1918	5.855.077	158.428	2,71	351.305*	6,00	-	-	Rasgos físicos por percepción del empadronador
1928	7.851.110	-	-	-	-	-	-	Ninguno
1938	8.701.816	100.422	1,15	-	-	-	-	Preguntas y asociaciones del entrevistador, por el tipo de lengua y la ubicación rural

¹⁴⁰ *El Proceso de Comunidades Negras (PCN) y el censo de 2005. Op. Cit. p.134-135.*

¹⁴¹ “En 1835, se realizó, durante la presidencia de Francisco de Paula Santander, el II Censo de la República. El dato aproximado de indígenas independientes fue de 111.130, arrojando el censo total, una cifra de 1'686.035 habitantes (Trejos. 1985: 167), dentro de los cuales estaban apenas estimados los indígenas de “Cartajena: tribus errantes de indígenas jentiles: se ignoran sus nombres y su probable número. Casanare: . . . belicosos i sanguinarios (Sic). . . Pasto: .feroces i belicosos (Sic)... Socorro: indígenas bárbaros (Sic)” DANE (1993). *Los grupos étnicos de Colombia en el censo de 1993. Op. cit. p.17.* En 1842 miembros del Senado y la Cámara de Representantes firmaron un decreto para realizar varios censos de la población esclava, por sexo y grupos de edad: uno, general y otro, de los nacidos libres, por grupos de edad, especificando los menores de 40, de 40 a 50, de 50 a 60 y mayores de 60 años. Y un tercer censo, de los esclavos cimarrones que iba acompañado de una aclaración hecha por parte de sus amos, del “... delito cometido por cada cimarrón o fugitivo, su vicio público dominante”.

¹⁴² Universidad de los Andes (2009). *Raza y derechos humanos en Colombia: Informe sobre discriminación racial y derechos de la población afrocolombiana.* César Rodríguez Garavito, Tatiana Alfonso Sierra, Isabel Cavelier Adarve; investigadores: Eliana Fernanda Antonio Rosero... [et al.]. -- Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Sociojurídicas, CIJUS, Ediciones Uniandes, 2009. p.44.

19 51	11.548 .172	157.79 1	1, 37	-	-	-	-	-
19 64	17.484 .508	119.18 0	0, 68	-	-	-	-	-
19 73	20.666 .920	383.62 9	1, 86	-	-	-	-	Indígena es la persona perteneciente a un grupo caracterizado por rasgos culturales de origen prehispánico y con una economía de autoconsumo, en áreas previamente establecidas.
19 85	30.062 .200	237.75 9	0, 79	-	-	-	-	Criterio de autorreconocimiento y de pertenencia a la gente indígena y a la consideración de vivir en un territorio específico de la comunidad o grupo.
19 93	33.109 .840	532.23 3	1, 61	502.343	1,52	-	-	Autorreconocimiento como rasgo de identidad. Pertenencia a un pueblo indígena etnia o comunidad negra
20 05	41.468 .384	1.392. 623	3, 40	4.311.757	10,6 0	4.858	0,0 1	Autorreconocimiento cultural (costumbres y tradiciones) o por los rasgos físicos. Pertenencia a indígenas, rom, raizales del Archipiélago de San Andrés, palenqueros de San Basilio, y afrocolombianos, negros, mulatos o afrodescendientes

* Valor estimado de acuerdo con la información en (Ruiz,2000) Fuentes:

(Uribe:1998) y DANE, Censo General 2005.¹⁴³

96. La promulgación de la Carta Política de 1991 significó una ruptura en la forma de identificarnos como Nación, e indirectamente en la manera de contarnos. La definición de Colombia como un Estado pluralista, que enaltece la diversidad de la Nación¹⁴⁴, llevó a que el Censo de 1993, por primera vez, formulara una pregunta general sobre la pertenencia étnica, a partir del autorreconocimiento cultural. Pese al loable propósito, la metodología suscitó agudas controversias entre los pueblos afrodescendientes pues según cifras oficiales, representaban únicamente el 1,52% de la población. La manera como se formuló la pregunta¹⁴⁵ llevó a que solo algunos grupos tradicionales del Pacífico colombiano se identificaran como “*comunidades negras*”, mientras que la población afro urbana quedó invisibilizada. En efecto, siglos de exclusión y marginalización han penetrado la conciencia de la población negra, haciendo que muchos prefieran no reconocerse a sí mismos como “*comunidad negra*”, debido a la carga negativa que para algunos aún conserva esta categoría:

“[A] diferencia de los indígenas, para las comunidades negras, debido a una historia caracterizada fundamentalmente por la desestructuración de las sociedades africanas, la despersonalización dada por su conversión en cautivos, luego en esclavos y más tarde en mercancía, la desterritorialización y la ruptura de alianzas, sea difícil hablar de autorreconocimiento o sentido de pertenencia étnica a partir de una memoria y unos soportes que fueron fragmentados y subestimados”¹⁴⁶.

97. Conscientes de que la pertenencia étnica afrocolombiana no es aún tan fuerte y que ello conduce inevitablemente a la subestimación en los registros oficiales¹⁴⁷, el movimiento afro entró en contacto con el DANE para reformular la metodología de identificación. Como producto de este diálogo, en el Censo de 2005 (ver cuadro *supra*) se emplearon simultáneamente un criterio cultural y otro fenotípico: “*La inclusión de los rasgos físicos en el fraseo de la pregunta se hizo para posibilitar la visibilización estadística de la población negra que no se reconoce culturalmente, lo cual fue expresado como una sentida necesidad por los integrantes de sus organizaciones*”¹⁴⁸. Fue así como el porcentaje de la población negra en Colombia se incrementó significativamente en los dos últimos censos oficiales, al pasar de 1,52% a 10,60% del total de la población.

98. Pese a los avances en la visibilización de los grupos étnicos en los registros oficiales, el Censo de 2005 también fue objeto de duras críticas por parte las

¹⁴³ DANE (2005) *La visibilización estadística de los grupos étnicos colombianos*. DANE: Bogotá, 2005. Consultado el 15 de noviembre de 2018 en https://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/visibilidad_estadistica_etnicos.pdf

¹⁴⁴ Constitución Política, art. 1 y 7. Para una explicación más detallada de lo que esto significa ver capítulo 4.1. de esta providencia.

¹⁴⁵ *¿Pertenece ... a alguna etnia, grupo indígena o comunidad negra? Sí ¿a cuál?*. DANE (1993) *Los grupos étnicos de Colombia en el censo de 1993*. Op. Cit. p.61.

¹⁴⁶ *Ibid.* p.33.

¹⁴⁷ ICANH (2011). *La multiculturalidad estatalizada*. Op. Cit. p.77.

¹⁴⁸ DANE (2005). *La visibilización estadística de los grupos étnicos colombianos*. Op. Cit. p.13.

comunidades¹⁴⁹. Incluso, fue denunciado por algunos líderes afro como un “*genocidio estadístico*”¹⁵⁰, pues no incluyó categorías con que las personas negras suelen identificarse, tales como “*moreno*”, ante el estigma que aún carga la palabra “*negro(a)*” en algunas regiones del país¹⁵¹.

99. Por último, en el año 2018 tuvo lugar el XVIII Censo de Población y VII de Vivienda. Al momento de elaboración de esta sentencia, solo hay reportes preliminares¹⁵². Pero, a partir de la intervención del DANE en el presente trámite, se sabe que por primera vez se adelantó el proceso de consulta previa con las comunidades negras, palenqueras y raizales organizadas en el Espacio Nacional de Consulta Previa. Aunque no es posible aún concluir sobre los avances de este último censo en materia étnica, cabe destacar que se haya llegado a acuerdos puntuales en relación con (i) el cuestionario y (ii) el proceso censal.

100. Junto con las representantes de las comunidades, se definió una nueva

¹⁴⁹ “El cambio de última hora [que excluyó los términos “moreno” y “trigueño”] no sólo desconoció los compromisos jurídicos y políticos, nacionales e internacionales del Estado colombiano sobre el diálogo con las organizaciones afrodescendientes para la producción de cifras transparentes y precisas, sino que también excluyó denominaciones comunes con las cuales se reconocen sectores de la población afrocolombiana que prefieren no identificarse con el término “negro” por su connotación histórica negativa. En particular, la exclusión del término “moreno” fue en contravía de lo pedido por el movimiento afrocolombiano y eliminó la opción con la que se habría identificado parte de esta población, en especial en la Costa Atlántica (Castillo 2007). A las falencias del proceso se unieron las de la ejecución del operativo censal. Las fallas no se limitan a la pregunta étnico-racial, sino a la improvisación y errores técnicos del censo en general, como lo han denunciado numerosos expertos que incluyen al ex Director del DANE que lo había preparado y fue relevado poco antes de su ejecución. Para los efectos del tema de este informe, resaltan dos fallas que han sido documentadas por el ODR en sus entrevistas y grupos focales alrededor del país. En primer lugar, el DANE no dedicó esfuerzos ni financiación suficientes para cumplir sólo el compromiso hecho con las organizaciones afrocolombianas en el sentido de hacer o facilitar campañas amplias de información sobre los cambios en el cuestionario (PCN 2006) // En segundo lugar, líderes y docentes entrevistados por el ODR alrededor del país coinciden en afirmar que la pregunta étnico-racial fue sacrificada con frecuencia en medio del afán y las improvisaciones de la ejecución del operativo censal. En varios casos documentados por el ODR, la pregunta parece haber sido respondida por el propio encuestador con base en su percepción de la identidad étnico-racial del encuestado. En otros casos, líderes de barrios y comunidades negras marginadas y con altos índices de violencia sostienen que los encuestadores optaron por diligenciar los formularios ellos mismos (véase también PCN 2006)” Universidad de los Andes (2009). *Raza y derechos humanos en Colombia*. Op. cit. p.48. Para el DANE, sin embargo, los términos trigueño y moreno tienen un significado ambiguo cuando se trata de captar la pertenencia étnica de las personas.

¹⁵⁰ *El Proceso de Comunidades Negras (PCN) y el censo de 2005*. Op. Cit. p. 148.

¹⁵¹ “22. Se alega que el censo adoleció de falencias que afectaron los datos obtenidos, tales como las categorías de identificación y el grado de capacitación de los encuestadores. Se ha hecho referencia específica a la exclusión de denominaciones como “moreno”, con las cuales se auto identifican sectores de la población afrocolombiana que prefieren no identificarse con el término “negro”, por su connotación histórica negativa. Asimismo, se ha alegado que el DANE incumplió parcialmente con el compromiso adquirido con las organizaciones afrocolombianas de facilitar campañas de información sobre el cuestionario del censo. Asimismo, a fin de lograr la ejecución del censo, la pregunta étnico-racial fue omitida con frecuencia y, de acuerdo con testimonios, algunos encuestadores habrían respondido a la pregunta con base en su propia percepción de la identidad étnico-racial del encuestado o por cuestiones de seguridad no habrían visitado barrios y comunidades marginadas, con altos índices de violencia.

23. En sus observaciones, el Estado reconoció que el módulo de pertenencia étnica del censo no incluyó ciertas categorías de identificación usualmente empleadas, como es el caso de “moreno”. Señaló que el DANE emplea ciertas categorías siempre que exista un uso generalizado y más o menos unívoco en todo el territorio nacional, de manera que no genere confusiones al entrevistado y por esa vía una mala estimación. Considera que las categorías “negro”, “mulato” o “afrocolombiano” no generarían confusión, mientras que la categoría “moreno” es empleada indistintamente, incluso por personas que no reconocen una ascendencia africana”. Observaciones preliminares de la CIDH tras la visita del Relator sobre los Derechos de los Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial a la República de Colombia (2009), párrafos 25 y 26. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/ColombiaAfrodescendientes.sp/ColombiaAfros2009indice.sp.htm>

¹⁵² Según se observa en la página web del DANE <https://www.dane.gov.co/> consultada el 21 de junio de 2019.

pregunta de pertenencia étnica que emplea criterios culturales y fenotípicos¹⁵³. Cabe destacar que la misma fue formulada a todos los colombianos, y que toma el autorreconocimiento como el criterio definitorio de identidad. Adicionalmente, se acordaron otras medidas operacionales para fortalecer el proceso de levantamiento de datos, desde una perspectiva respetuosa e incluyente de las distintas comunidades. Por ejemplo, estableciendo una participación mínima del 10% de la población negra afrocolombiana, raizal y palenquera en el personal operativo del censo (censistas y supervisores); así como la definición de un presupuesto para el desplazamiento de personal a consejos comunitarios y poblaciones alejadas, que con anterioridad no habían sido debidamente incluidas por las estadísticas oficiales. La jornada final de protocolización de los acuerdos al XVIII Censo de Población demostró la importancia del diálogo intercultural con las comunidades negras, y confirmó que es posible llegar a acuerdos¹⁵⁴.

101. Este recuento de la ausencia y presencia de la población negra en los censos oficiales evidencia la complejidad del asunto. Más que un simple ejercicio estadístico, los censos de población implican la toma de decisiones; decisiones que repercuten en la vida de grupos poblaciones y en el goce de sus derechos fundamentales, siendo el primero de estos, el derecho a existir de forma diferenciada y según su propio reconocimiento.

102. Como el mismo DANE ha reconocido, los censos “*no siempre han estado exentos de dificultades para su realización y sus resultados en algunas oportunidades no han sido las mejores*”¹⁵⁵. Pero la experiencia nacional también es muestra de un esfuerzo institucional progresivo por visibilizar, de la manera más fidedigna, la composición pluralista de la República de Colombia. Con este objetivo, las autoridades administrativas han comprendido que no solo tiene la obligación legal de concertar con los grupos étnicos toda medida que los afecte, sino que la participación de estos “*es fundamental para*

¹⁵³ Según las pruebas aportadas por el DANE, la pregunta finalmente adoptada fue la siguiente: // *De acuerdo con su cultura, pueblo, o rasgos físicos es o se autorreconoce como:*

1. *Indígena?*
 - a. *A cuál pueblo indígena pertenece?*
 - b. *A cuál clan pertenece?*
2. *Gitana(o) o Rroom?*
 - a. *A cuál Vitsa pertenece?*
3. *Raizal del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina?*
4. *Palenquero(a) de San Basilio*
5. *Negro(a), Mulato(a), Afrodescendiente, Afrocolombiano(a)*

¹⁵⁴ En palabras del Director del DANE: “*Lo primero que quiero decir es que el DANE ha acumulado experiencias durante muchos años, en otros censos de población y vivienda. De ese camino recorrido el DANE como institución ha aprendido múltiples lecciones. En este punto soy fiel a la sabiduría Aymara y Maorí, dos culturas milenarias que entienden que caminamos con el pasado delante de nuestros ojos para guiarnos, y que, en cambio, avanzamos con el futuro a en las espaldas, porque nadie puede verlo. Es decir que el pasado es importante porque trae las lecciones que permiten moldear el presente para no cometer errores pasados // Desde mediados de los noventa ustedes han reivindicado el derecho a ser bien contados, conocemos su serio llamado de atención con respecto a las estadísticas. Entendemos y estamos de acuerdo con ustedes en que el país necesita políticas incluyentes y que esas políticas, a su vez, necesitan estadísticas incluyentes y plurales. Por eso, este censo será construido con ustedes, en un proceso de diálogo multicultural, basado en la buena fe, en la simetría de relaciones, en el acceso oportuno, y la información completada y adecuada, y en el derecho de ustedes a incidir en las decisiones y medidas que los impacten de forma directa*”. Acta de Protocolización de la consulta previa para el XVIII Censo de Población. Elaborada el 19 de febrero de 2017 en Cali.

¹⁵⁵ DANE (2012). *Historia de los Censos en Colombia*. Op. Cit. Prólogo.

*obtener información de calidad y con muy buena cobertura*¹⁵⁶. Es en este punto donde se entrelaza el derecho fundamental a la consulta previa, con la implementación exitosa de los censos, pues lo que está en discusión es la existencia misma de estos pueblos y su visibilidad en los registros oficiales.

6. Caso concreto: el proyecto de ley objetado desconoció el derecho fundamental a la consulta previa de la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal

103. A la luz de las consideraciones plasmadas en los capítulos anteriores, es claro que las comunidades afrocolombianas han reivindicado su derecho a una identidad propia, y a ser reconocidas como tales en los registros oficiales. Su invisibilización ha sido uno de los instrumentos más poderosos de discriminación y de exclusión social. Sin embargo, la existencia de esta problemática no supone una habilitación general para que las autoridades formulen, de manera inconsulta, políticas o programas para remediarla.

104. A continuación, entra la Corte a resolver el caso concreto. Para ello, responderá a cada uno de los cuatro argumentos que expuso el Congreso de la República para defender la constitucionalidad del Proyecto de Ley 113 de 2016 Cámara y 257 de 2017 Senado. La Sala Plena explicará por qué estos son insuficientes para excusar la omisión del mecanismo de consulta previa, y cómo el proyecto legislativo, pese a su finalidad legítima, trasgrede el derecho fundamental de las comunidades étnicas a participar efectivamente en las decisiones que les atañen.

6.1. La -aparente- bondad de las medidas legislativas no excusa el deber de consultar los proyectos que produzcan una afectación directa

105. Como ya se explicó¹⁵⁷, la consulta previa es obligatoria siempre que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de *afectar directamente* a las comunidades. Aunque existen casos difíciles en los que el juez constitucional debe revisar con mayor detenimiento cómo una medida, en apariencia general, puede afectar desproporcionadamente a un grupo étnico, el Proyecto de Ley 113 de 2016 Cámara y 257 de 2017 Senado es un caso fácil en este sentido, en tanto tiene por destinatario único a la población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera¹⁵⁸.

106. El Congreso de la República reconoce esto, pero argumenta que el impacto sobre las comunidades será positivo, pues “*produciría un excelente beneficio al conocer realmente donde se encuentran y cuáles son los principales problemas socioeconómicos que los afectan para posteriormente adelantar medidas tendientes a evitar la discriminación, segregación o muchas veces olvido de las que han sido víctimas*”¹⁵⁹. Si bien la Corte encuentra que el contexto que impulsó esta medida legislativa, ocasionado por la insuficiente

¹⁵⁶ DANE (2005). *La visibilización estadística de los grupos étnicos colombianos*. Op. Cit. p.14.

¹⁵⁷ Ver el capítulo 4.2.

¹⁵⁸ Sentencia C-073 de 2018. MP. Cristina Pardo Schlesinger.

¹⁵⁹ Ponencia para primer debate. Cuaderno 1, folio 30.

caracterización de las comunidades negras, es una problemática real y que merece atención, no puede este Tribunal convalidar una solución impuesta, sin haberles consultado primero. Dicho proceder terminaría por trasgredir los mismos derechos que dice proteger.

107. La invisibilización de las comunidades negras en la historia¹⁶⁰ y presente¹⁶¹ nacional; el rechazo a ciertas “razas”, en ocasiones incluso con el beneplácito legal¹⁶²; el olvido estatal que las ha condenado a sobrevivir en las periferias del llamado “progreso”¹⁶³; el latente racismo que subsiste en la cotidianidad¹⁶⁴, y la despiadada forma en la que el conflicto golpea estos pueblos¹⁶⁵, han sido ampliamente documentados por la jurisprudencia constitucional.

108. La preocupación en torno a la identidad y el reconocimiento oficial de los pueblos afrocolombianos en su diversidad, no es exclusiva del ordenamiento nacional. A finales de 2013, la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución número A/RES/68/237¹⁶⁶ proclamó el Decenio Internacional de los Afrodescendientes, a partir del 1° de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2024, con el lema “*Afrodescendientes: reconocimiento, justicia y desarrollo*”. Esta fórmula no es un simple enunciado retórico, sino que confirma que el reconocimiento de la identidad es el primer derecho que debe guiar el comportamiento de los Estados que están comprometidos con superar los escenarios de discriminación.

109. El Comité responsable de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de la cual Colombia hace parte¹⁶⁷, ha señalado, de tiempo atrás, el deber de los Estados de

¹⁶⁰ Ver capítulo 5.5.2. de esta providencia.

¹⁶¹ Ver Universidad de los Andes (2009). *Raza y derechos humanos en Colombia: Informe sobre discriminación racial y derechos de la población afrocolombiana*. Op. Cit. Es muy dicente al respecto el hecho que Juan José Nieto, hasta el momento el único presidente negro en la historia de Colombia, no hubiese tenido su retrato en el Salón de ex Presidentes de la Casa de Nariño. Incluso se envió su imagen a Europa para “blanquearlo”, pues no se pensaba acorde con la tradición de gobernantes blancos y mestizos. Por 157 años, su existencia fue relegada al olvido hasta que en 2018 fue rescatado y situado en el lugar que le corresponde. Ver <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-45167630>

¹⁶² La Ley 114 de 1922, sobre inmigración y colonias agrícolas, era un ejemplo patético. Para el “*desarrollo económico e intelectual del país y al mejoramiento de sus condiciones étnicas, tanto físicas como morales*”, buscaba únicamente la inmigración “*de individuos y de familias que por sus condiciones personales y raciales no puedan o no deban ser motivo de precauciones respecto del orden social*” (Art. 1°); prohibiendo “*la entrada al país de elementos que por sus condiciones étnicas, orgánicas o sociales sean inconvenientes para la nacionalidad y para el mejor desarrollo de la raza*” (Art.11).

¹⁶³ Ver Sentencia T-376 de 2012. MP. María Victoria Calle Correa, que protegió el derecho de la comunidad negra de La Boquilla a ser consultada sobre la concesión de un sector de la playa en el que sus integrantes pescaban, realizaban sus celebraciones tradicionales y otras actividades asociadas a la prestación de servicios turísticos; y Sentencia T-348 de 2012. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub que conoció la tutela de una asociación de pescadores de las playas de Comfenalco, en Cartagena, que se vieron afectados por la ejecución del proyecto Anillo Vial Malecón de Crespo.

¹⁶⁴ Ver, entre otras, Sentencia T-691 de 2012. MP. María Victoria Calle Correa, donde la Corte estudió si un profesor universitario había vulnerado los derechos a la educación y a la igualdad de uno de sus alumnos al utilizar una expresión que este consideró discriminatoria; Sentencia T-1090 de 2005. MP. Clara Inés Vargas Hernández que revisó el caso de una mujer afrocolombiana a la que se le restringió el acceso a un establecimiento de comercio debido a su color de piel

¹⁶⁵ Ver Sentencia T-025 de 2004. MP. Manuel José Cepeda Espinosa y Auto 005 de 2009. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁶⁶ Disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/68/237>

¹⁶⁷ Adoptada a nivel interno mediante la Ley 22 de 1981.

implementar medidas “con miras a identificar las comunidades de afrodescendientes que viven en sus territorios, especialmente mediante la compilación de datos desglosados de la población”¹⁶⁸. Para ello, ha formulado directrices a través de las Recomendaciones Generales del Comité, en particular: la número 4 (1973) sobre la composición demográfica de la población¹⁶⁹; la número 8 (1990) sobre la manera en que se define la condición de miembro de un determinado grupo o grupos raciales o étnicos a partir del autorreconocimiento¹⁷⁰, y la número 24 (1999) relativa a la presentación de informes sobre las personas pertenecientes a diferentes razas, grupos nacionales/étnicos o poblaciones indígenas¹⁷¹.

110. Al referirse a la situación puntal de Colombia, el Comité ha manifestado su intranquilidad ante “la persistente discriminación estructural e invisibilidad que enfrentan las y los afrocolombianos”¹⁷². Y reiteradamente ha exhortado a las autoridades a que “sigan mejorando su compilación de información sobre la situación de los grupos étnicos en los ámbitos económico, social y cultural”, ante la considerable disparidad existente en la información disponible sobre el porcentaje de la población que se identifica como afrocolombiana y los resultados de los censos nacionales¹⁷³. Precisamente, en su última evaluación sobre el cumplimiento del Estado colombiano, señaló lo siguiente:

“El Comité nota con preocupación la falta de información que refleje de manera apropiada la composición demográfica de la población del Estado parte, en particular de indicadores socioeconómicos que permitan evaluar los progresos realizados para la igual realización de los derechos contenidos en la Convención. Además, el Comité nota con preocupación la discrepancia entre los datos oficiales del Estado parte y los datos proporcionados por otras fuentes sobre los pueblos indígenas y las comunidades negra, palenquera y raizal (pueblos afrocolombianos) // Recordando su recomendación general núm. 4 (1973) relativa a la presentación de informes por los Estados partes, sobre la composición

¹⁶⁸ Recomendación general N° 34 aprobada por el Comité: sobre Discriminación racial contra afrodescendientes. CERD/C/GC/34. Distribuida el 3 de octubre de 2011. Párrafo 9.

¹⁶⁹ “Invita a los Estados Partes a que hagan cuanto esté a su alcance por incluir, en sus informes en virtud del artículo 9, la información pertinente sobre la composición demográfica de la población mencionada en las disposiciones del artículo 1 de la Convención.” Recomendación general N° 4 relativa a la presentación de informes por los Estados Partes (artículo 1 de la Convención) 1973.

¹⁷⁰ “Habiendo examinado los informes de los Estados Partes sobre la manera en que se define la condición de miembro de un determinado grupo o grupos raciales o étnicos, Opina que esa definición, si nada justifica lo contrario, se basará en la definición hecha por la persona interesada” Recomendación general N° 8 relativa a la interpretación y la aplicación de los párrafos 1 y 4 del artículo 1 de la Convención. 1990.

¹⁷¹ “El Comité recuerda la Recomendación general N° IV, que aprobó en su octavo período de sesiones celebrado en 1973, y el párrafo 8 de las directrices generales relativas a la forma y el contenido de los informes que deben presentar los Estados Partes de conformidad con el párrafo 1 del artículo 9 de la Convención (CERD/C/70/Rev.3), en que se invita a los Estados Partes a que se esfuercen por incluir en sus informes periódicos la información pertinente sobre la composición demográfica de su población, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención, es decir, el suministro, según proceda, de información relativa a la raza, el color, el linaje y el origen nacional o étnico”. Recomendación general N° 24 relativa al artículo 1 de la Convención. A/54/18, anexo V. (1999).

¹⁷² Examen de los informes periódicos 15 y 16. CERD/C/COL/CO/15-16. Documento del 25 de septiembre de 2015. Párrafo 9.

¹⁷³ Examen de los informes periódicos 10 a 14. CERD/C/COL/CO/14. Documento del 28 de agosto de 2009. Párrafo 24.

demográfica de la población, así como sus anteriores observaciones finales, el Comité reitera su recomendación e insta al Estado parte a recopilar y proporcionar al Comité datos estadísticos fiables, actualizados y completos sobre la composición demográfica de la población, así como indicadores socioeconómicos desglosados por etnia, género, edad, regiones, zonas urbanas y rurales, inclusive las más remotas¹⁷⁴.

111. La Corte no puede entonces sino compartir la preocupación que motivó la elaboración del Proyecto de Ley de la referencia, el cual buscaba contar con un instrumento fidedigno de visibilización y caracterización, al tiempo que promover instrumentos de política pública para remediar los contextos históricos de discriminación y de violencia¹⁷⁵. Pero de la existencia de una problemática real no se desprende, automáticamente, una autorización general para que el legislador formule e implemente medidas inconsultas. Tal conducta terminaría por desconocer los mismos derechos que se busca proteger. El diálogo entre iguales que promueve la consulta previa exige tomar en serio las voces de las comunidades, reconocerles como interlocutores válidos en su diversidad y no simplemente como objeto de consideración.

112. Las “*buenas intenciones*” no son suficientes en este campo, pues abren la compuerta hacia un paternalismo cultural que no es compatible con la filosofía pluralista que orienta la Carta Política. El afán por encontrar soluciones a problemáticas reales y graves trae consigo el riesgo de sacrificar, ante la premura, el diálogo intercultural, y así, desatender la comprensión de otras formas de vida y quizá, de soluciones más efectivas¹⁷⁶. Lo anterior incide negativamente en la eficacia de las medidas que se tomen, pues estas podrían no resultar idóneas para un determinado contexto, o caer en desuso al no contar con el acompañamiento de los directamente involucrados¹⁷⁷.

113. “*La diversidad cultural es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos*”¹⁷⁸, y su preservación, igual de

¹⁷⁴ Examen de los informes periódicos 15 y 16. CERD/C/COL/CO/15-16. Documento del 25 de septiembre de 2015. Párrafos 7 y 8.

¹⁷⁵ Es más, dentro del seguimiento al *Estado de Cosas Inconstitucional* que produjo el desplazamiento forzado interno, una de las falencias identificadas por esta Corporación fue precisamente la “*precariedad de la información para caracterizar a la población afro colombiana afectada por el desplazamiento*” (Auto 005 de 2009. MP. Manuel José Cepeda Espinosa). Por ello, se dispuso la “*implementación de un plan de caracterización de los territorios colectivos y ancestrales habitados mayoritariamente por la población afrocolombiana*”. Este debió haber culminado el 1 de julio de 2010, sin que a la fecha haya resultados satisfactorios. Mediante Auto 359 de 2015. MP. Myriam Ávila Roldán, la Sala de Seguimiento determinó que tan solo se había avanzado parcialmente en el proyecto piloto denominado “*Diseño e implementación de una metodología para el plan de caracterización de los territorios colectivos y ancestrales*”. El panorama no ha mejorado significativamente a la fecha. El Auto 266 de 2017. MP. Gloria Stella Ortiz, concluyó que “*el Gobierno Nacional continúa sin aportar información atinente a la caracterización*”. Es cierto que esta orden se formuló originalmente en relación con los territorios colectivos y ancestrales de las comunidades negras, especialmente aquellas más expuestas a las dinámicas del conflicto interno; pero dicho mandato confirma una preocupación más general: el olvido estatal de un importante segmento de la población que se materializa, en primera instancia, con su insuficiente caracterización.

¹⁷⁶ Sentencia C-139 de 1996. MP. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁷⁷ La eficacia de estas políticas puede verse menoscabada desde el comienzo, pues la omisión en la consulta previa “*lleva siempre a situaciones conflictivas en que [las comunidades] manifiestan su cólera y su desconfianza*”. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/12/34. 15 de julio de 2009

¹⁷⁸ UN. Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural. Consultada el 31 de octubre de 2011. http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

frágil en ambos casos. Por ello, se impone una especial prudencia al momento de tomar decisiones que, de forma negativa o positiva, impacten sobre las comunidades étnicas. En ocasiones, las afectaciones se presentan “*en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad*”¹⁷⁹; podría hablarse casi de una barrera epistemológica que desde la sociedad mayoritaria lleva a convencernos que nuestro camino es el único posible, y nuestras herramientas, las más adecuadas. La definición misma de lo “*beneficioso*” para una comunidad no es un asunto pacífico, y precisamente para ello está el escenario de consulta. De ahí que la jurisprudencia ha sido especialmente celosa de salvaguardar el derecho fundamental a la consulta previa, pues obliga a entrar en diálogo, en condiciones de mutuo reconocimiento, al tiempo que incentiva la adopción de decisiones por consenso¹⁸⁰.

114. Por las razones expuestas, no prospera el argumento principal del Congreso de la República para defender la constitucionalidad del Proyecto de Ley de la referencia. No es cierto que las medidas *beneficiosas* para las comunidades estén automáticamente exentas del trámite de consulta previa.

6.2. La omisión en la consulta previa no puede subsanarse con el ejercicio adelantando por el DANE en el marco del XVIII Censo Nacional

115. Otra de las razones que esgrime el Congreso para insistir en la constitucionalidad del Proyecto de Ley es la supuesta “*coherencia directa entre lo que buscó el DANE y lo que pretende el proyecto de ley objetado*”¹⁸¹. Según este argumento, el Proyecto no desbordaría el marco conceptual previsto por el Censo Nacional y, por lo tanto, no haría falta realizar un nuevo proceso de consulta con las comunidades, pues el DANE ya habría completado este ejercicio para la realización del XVIII Censo Nacional de Población.

116. De aceptarse la equiparación total entre el Proyecto de Ley objetado y el Censo Nacional de Población, es cierto que no habría que surtir un procedimiento adicional de consulta previa; pero de ser así, no tendría sentido entonces la promulgación del nuevo proyecto de caracterización. Resultaría inocuo e irresponsable fiscalmente repetir un costoso plan de levantamiento de información para recolectar datos que ya fueron obtenidos mediante el censo general de población. Esta no podía ser la intención del Legislador al proponer el Proyecto de Ley. Así consta en la exposición de motivos y en el artículo primero donde se defendió la necesidad de una “*caracterización integral*”¹⁸² que permitiera complementar la información básica que ya ofrece el censo general de población.

117. El más reciente Censo Nacional a cargo del DANE buscó realizar una caracterización con enfoque diferencial, a partir de las dimensiones correspondientes a salud, vivienda, educación, actividad realizada, fecundidad,

¹⁷⁹ Sentencia T-576 de 2014. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁸⁰ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/12/34. 15 de julio de 2009. Ver también C-175 de 2009. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁸¹ Cuaderno 2, Folios 169-170.

¹⁸² Exposición de motivos. Gaceta del Congreso 633 de 2016.

limitaciones permanentes, migración interna, pirámides poblacionales por sexo y edad¹⁸³. Si bien este ejercicio de conteo nacional coincide, en parte, con el proyecto de caracterización propuesto por el Congreso, este último va más allá. Además de las variables sociodemográficas que prevé el Censo Nacional, el Proyecto de Ley objetado se refiere de forma amplia a las dimensiones “*económicas, culturales y sociales*”, donde incluye variables adicionales como “*participación política, medio ambiente, entre otros*”¹⁸⁴.

118. El Proyecto de Ley objetado también contiene otras disposiciones que superan el ejercicio de caracterización en sentido estricto. El artículo 3° consagra, por ejemplo, el Plan Decenal de Política Pública para la Población Negra, Afrocolombiana, Palenquera y Raizal, y exige medidas puntuales para combatir el racismo. El artículo 4°, por su parte, ordena medidas para promover el acceso a “*espacios de elección popular y al empleo público en justa proporcionalidad*”. Acierta el Gobierno nacional, entonces, cuando señala que el proyecto de caracterización propuesto “*desborda el alcance y aplicación dado en los acuerdos de protocolización [del XVII Censo Nacional]*”¹⁸⁵.

119. Por lo anterior, no le asiste razón al Congreso de la República cuando intenta hacer pasar el nuevo proyecto de caracterización como una simple extensión del Censo Nacional de Población; y así, subsanar la falta de consulta previa. Argumento que resulta contradictorio con la exposición de motivos mediante la cual se justificó la necesidad de esta iniciativa legislativa. Supondría también actuar de forma contraria al principio de buena fe, que exige “*la participación activa y efectiva en la toma de la decisión*”¹⁸⁶, pues implicaría aceptar que la consulta previa surtida para el Censo General de Población, habilita cualquier ejercicio posterior de caracterización, independientemente de su alcance. Si bien el Proyecto de Ley objetado comparte algunos rasgos importantes con el Censo Nacional, también es cierto que la “*caracterización integral*” de la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal trasciende el marco conceptual del Censo, tanto por las variables de análisis que adiciona, como por las otras medidas de política pública que señala para combatir el fenómeno de la discriminación.

6.3. El amplio respaldo del Proyecto de Ley por parte de los Congresistas no suplanta ni subsana el derecho de las comunidades negras a ser consultadas

120. En el informe a las objeciones que finalmente fue aprobado por el Congreso de la República, se sugiere que la omisión en la consulta previa puede subsanarse teniendo en cuenta que se trata de un proyecto de iniciativa de un representante de la bancada *afro* y que, además, recibió un amplio apoyo en su trámite y aprobación. Esto, en opinión de los congresistas, debería ser suficiente para enmendar la irregularidad producto de no haberse agotado el proceso de

¹⁸³ Concepto DANE. Radicado 20171210155841. Mauricio Perfetti, Director General del DANE. 31 de agosto de 2017. Cuaderno 2, folio 95.

¹⁸⁴ Proyecto de Ley 113 de 2016 Cámara y 257 de 2017 Senado, “*Por la cual se establece la caracterización integral de la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal*”. Art. 2°.

¹⁸⁵ Objeción gubernamental, folio 123.

¹⁸⁶ Sentencia C-073 de 2018. MP. Cristina Pardo Schlesinger.

consulta previa¹⁸⁷.

121. El foro por excelencia de deliberación democrática es el Congreso de la República¹⁸⁸. La Cámara de Representantes, en particular, propugna por una composición regional equitativa y dispone, además, de dos circunscripciones especiales para las comunidades afrodescendientes¹⁸⁹, y una adicional para la comunidad raizal de San Andrés, Providencia y Santa Catalina¹⁹⁰. De ahí la importancia y legitimidad del Congreso como paradigma de institución democrática. Pero ello no significa que la deliberación parlamentaria reemplace el derecho fundamental a la consulta previa, ni que el foro democrático se agote en el recinto del Congreso¹⁹¹.

122. El carácter expansivo del principio democrático¹⁹² implica la superación del diseño tradicional que lo reducía al proceso electoral para la designación de representantes¹⁹³. De tiempo atrás, la Corte ha insistido en su ampliación, “*conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia*”¹⁹⁴. Propósito que adquiere mayor relevancia tratándose de las comunidades étnicas, cuyos saberes y aspiraciones, no necesariamente son compartidas, ni visibilizadas lo suficiente, dentro de los órganos de composición mayoritaria. Por ello, la Corte ha señalado que “*para el caso particular de las comunidades indígenas y afrodescendientes, el derecho a la participación en la deliberación democrática cobra un significado distinto y reforzado*”¹⁹⁵.

123. El diálogo genuino e intercultural al que invita la consulta previa no puede subsumirse en el proceso parlamentario. La subregla jurisprudencial es clara en el sentido que: “*La existencia de instancias simplemente representativas de las comunidades étnicas en los organismos del Estado no sufre el deber estatal de llevar a cabo la consulta previa de los proyectos de ley con los grupos étnicos potencialmente afectados por ellos en forma directa y específica*”¹⁹⁶.

124. Aunque en este caso concreto resulte significativo que el Proyecto objetado tuviese origen en Representantes a la Cámara que se autodenominan

¹⁸⁷ “*el presente proyecto de ley no solo es de iniciativa de un miembro de la bancada afro, sino que además contó con todos los votos favorables de la bancada afro tanto en comisiones primeras, como en las respectivas plenarios. [I]gualmente, el proyecto, durante su discusión y votación, recibió un apoyo no solo mayoritario, sino que recibió una votación unánime, toda vez que ni en comisión, ni en plenaria obtuvo un solo voto negativo, recibiendo de esta forma el apoyo y el respaldo total del Congreso, autoridad, como lo dijo la Corte Constitucional, revestida por la Constitución de legitimidad democrática en donde tienen asiento los representantes del pueblo, elegidos por voto popular*”. Cuaderno 2, folio 172.

¹⁸⁸ Sentencia C-251 de 2002. MMPP. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández. Reiterado en Sentencia C-150 de 2015. MP. Mauricio González Cuervo.

¹⁸⁹ Constitución Política. Art. 176.

¹⁹⁰ *Ibid.* A partir de lo dispuesto en el Acto Legislativo 02 de 2015.

¹⁹¹ “[La] proyección del principio de democracia participativa y sus derechos adscritos no se agota en las instancias políticas tradicionales –o en los escenarios exclusivamente representativos– sino que tienen la vocación de actualizarse, ampliarse, ajustarse o corregirse en tanto su optimización se encuentra ordenada”. Sentencia C-150 de 2015. MP. Mauricio González Cuervo.

¹⁹² Ver Sentencias C-089 de 1994. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-150 de 2015. MP. Mauricio González Cuervo.

¹⁹³ Sentencia C-643 de 2000. MP. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁹⁴ Sentencia C-089 de 1994. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁹⁵ Sentencia C-366 de 2011. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁹⁶ Sentencia C-702 de 2010. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

como miembros de la bancada *afro*, ello no es suficiente para entender que las comunidades negras, afrodescendientes, palenqueras y raizales dieron su consentimiento a la medida, ni que sus opiniones fueron fielmente atendidas. También vale aclarar en este punto que el Proyecto de Ley en discusión no fue presentado por los representantes de las circunscripciones especiales de las comunidades afro, sino por algunos parlamentarios de la región¹⁹⁷.

125. En consecuencia, no es admisible el argumento según el cual el origen de la iniciativa y el amplio respaldo por parte de los congresistas, reemplazan el derecho de las comunidades a ser consultadas. Esto desconocería el precedente constitucional¹⁹⁸ que exige que el proceso de consulta se adelante “*con los representantes legítimos del pueblo o comunidad interesada*”¹⁹⁹, el cual, en este caso, corresponde al “Espacio Nacional de Consulta Previa”.

6.4. Los espacios de participación que contempla el proyecto de ley no son oportunos ni suficientes

126. El último argumento que presenta el Congreso de la República se basa en que el Proyecto de Ley prevé espacios de participación para las comunidades étnicas, una vez se ponga en marcha el proceso de caracterización. No obstante, el espacio de participación al que se refiere el parágrafo del artículo 2º, se limita a la etapa de “*diseño de los protocolos y de los indicadores*”. De esta forma, las comunidades negras, palenqueras y raizales que no fueron consultadas para definir la necesidad del proyecto de caracterización, sus objetivos, y mucho menos su alcance; serían convocadas únicamente para elaborar los protocolos e indicadores de ejecución.

127. De aceptarse este argumento, el margen de maniobra de los pueblos interesados se reduciría a un mínimo, al punto que los consensos que llegaren a adoptarse entre las autoridades competentes y dichas comunidades sobre los indicadores y protocolos de implementación, resultarían inanes frente a todo lo que significa la política pública de caracterización y reparación histórica²⁰⁰. En efecto, el Proyecto de Ley objetado ya consagró, de forma unilateral, un marco conceptual y unas directrices de acción que definen aspectos sustanciales del proceso de caracterización, tales como: (i) quién será el responsable del ejercicio de conteo, (ii) con qué frecuencia se realizará, (iii) bajo qué criterios se adelantará; (iv) cómo se evaluará el plan de caracterización y se propondrán los ajustes necesarios; y (v) cuál será la finalidad y los usos que se dará a la información recolectada. Aspectos claves que debieron haberse consultado.

¹⁹⁷ La exposición de motivos al Proyecto de Ley 113 de 2016 Cámara y 257 de 2017 Senado, “Por la cual se establece la caracterización integral de la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal” fue presentada por Wilson Córdoba Mena (Representante a la Cámara por Antioquia, del Centro Democrático); Carlos Alberto Cuero (Representante a la Cámara por el Valle del Cauca, del Centro Democrático); José Bernardo Flórez Asprilla (Representante a la Cámara por Chocó, del Partido de la U); y Santiago Valencia (Representante a la Cámara por Antioquia, del Centro Democrático).

¹⁹⁸ En Sentencia C-175 de 2009. MP. Luis Ernesto Vargas Silva, se rechazó un argumento similar que defendía la constitucionalidad de la norma en razón a “*la participación activa del Senador por Comunidades Indígenas*” dentro del trámite legislativo.

¹⁹⁹ Ver sentencias SU-097 de 2017. MP. María Victoria Calle Correa y SU-011 de 2018. MMPP. Diana Fajardo Rivera y Gloria Stella Ortiz Delgado.

²⁰⁰ Para un caso similar en el que el espacio de participación era abiertamente insuficiente, ver Sentencia C-366 de 2011. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

128. Para empezar, el artículo 1º define quién es el *responsable* del proceso de caracterización, así como la *periodicidad* de este. En este sentido, delega en el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) dicho mandato, y dispone que su realización se hará de forma conjunta con el Censo Nacional de Población y Vivienda.

129. El artículo 3º, por su parte, señala que el proceso de caracterización se fundamenta en los *supuestos metodológicos* de “*objetiv[idad] y criterio científico*”. Ello resulta problemático pues uno de los conceptos básicos para cualquier ejercicio de caracterización étnica es el reconocimiento que cada persona hace de sí misma, como criterio definitorio de identidad. La historia de los censos en nuestro país da cuenta de lo importante que es contar con un criterio subjetivo de *autorreconocimiento*²⁰¹, el cual no necesariamente es compatible con categorías “*objetivas*”, materialmente verificables por parte de un agente externo. De lo contrario podría, equivocadamente, excluirse a algunas personas cuando su fenotipo no coincide con el imaginario que tiene el entrevistador sobre una persona negra²⁰².

130. Si bien es legítimo que un ejercicio demográfico analice conjuntamente criterios objetivos y subjetivos, no debe perderse de vista que la conciencia de la propia identidad constituye un criterio fundamental²⁰³. Sin embargo, tal y como fue formulado este artículo, sacrificaría completamente el modelo de autorreconocimiento, en función de criterios objetivos y supuestamente científicos. Luego, establecer unilateralmente que uno de los principios rectores del proceso de caracterización es su aplicación “*objetiva*” podría derivar en malentendidos, e incluso en la violación del derecho fundamental a la identidad, si antes no se concierta con las comunidades involucradas la pertinencia y el alcance del concepto de “*objetividad*”.

131. Algo similar ocurre con el “*criterio científico*” al que hace referencia el proyecto objetado. Aunque lo científico reviste una importancia indiscutible para el funcionamiento de los Estados modernos, y los datos se han convertido en un insumo indispensable para la formulación de políticas públicas, el

²⁰¹ “Actualmente, la forma más acertada de obtener la información censal relacionada con los grupos étnicos es usar el criterio de autorreconocimiento de todas las personas, ya que es el único que parte del reconocimiento del otro y no de una mirada desde la sociedad hegemónica hacia los grupos étnicos. Además de minimizar el parecer del empadronador, permite que cada uno decida su identidad, es decir, su pertenencia a un determinado colectivo social” Bodnar, Y. (2005). Pueblos indígenas de Colombia: apuntes sobre la diversidad cultural y la información sociodemográfica disponible. Notas de población 79, 231-262. Sin embargo, el mismo autor advierte que para el caso de los afrodescendientes pueden presentarse dificultades adicionales, puesto que su “*conciencia étnica actual no es tan fuerte*”. Urrea, Fernando. “Contar y ser contados” EN ICANH (2011). *La multiculturalidad estatalizada: indígenas, afrodescendientes y configuraciones de estado*. Compiladora Margarita Chaves. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH), 2011. Pág.77.

²⁰² En esta misma dirección, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sostuvo en una de sus recomendaciones generales que: “*Habiendo examinado los informes de los Estados Partes sobre la manera en que se define la condición de miembro de un determinado grupo o grupos raciales o étnicos, Opina que esa definición, si nada justifica lo contrario, se basará en la definición hecha por la persona interesada*”. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (1990). *Recomendación general N° VIII relativa a la interpretación y la aplicación de los párrafos 1 y 4 del artículo 1 de la Convención*. Disponible en <http://www.mre.gov.py/SimorePlus/Adjuntos/Informes/CERD%20N%C2%BA%208.pdf>

²⁰³ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (2019). *Op. Cit.* p. 1.

concepto de lo científico no está desprovisto de dificultades y juicios de valor. Justamente, las comunidades negras en nuestro país han reivindicado la existencia de *otros saberes* que no necesariamente se ajustan a los cánones científicos, pero no por ello deben ser desechados²⁰⁴.

132. No se trata con esto de rechazar la validez y ventajas que ofrece el método científico en las ciencias sociales, sino de reconocer que este se soporta sobre algunas premisas epistemológicas que no necesariamente son compartidas por todos, y que, en algunos contextos, quizá no sean la única ni la mejor herramienta disponible. Vale mencionar en este punto que uno de los acuerdos a los que llegó el DANE con las comunidades negras respecto a la estrategia de comunicación para la realización del XVIII Censo Nacional, incluyó mecanismos de sensibilización a través de herramientas no convencionales, como el uso de perifoneo, talleres, canciones y coplas. Aunque la eficacia de estos mecanismos quizá no tengo una evidencia científica en los registros censales de otras latitudes, fue uno de los acuerdos al que, en el marco del diálogo entre iguales, llegaron las comunidades con los expertos técnicos del DANE.

133. Finalmente, en lo que respecta a las *finalidades* del proceso de caracterización, de los artículos 4° y 5° del proyecto objetado se desprenden tres objetivos centrales: (i) servir como “*el insumo fundamental y obligatorio para el diseño e implementación de políticas públicas para la población negra*”; (ii) ayudar a formular estrategias contra la “*discriminación racial o discriminación por pertenecer a determinada región del territorio nacional*”; y (iii) promover “*el acceso de la comunidad negra, afrocolombiana, palenquera y raizal a los espacios de elección popular y al empleo público en justa proporcionalidad, como estrategia de resarcimiento a la exclusión histórica a la que ha sido sometida esta población*”.

134. De esta forma, el proyecto define, de antemano, las finalidades con que serán empleados los datos que arroje la caracterización de la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal. Aunque esta Corporación no reprocha *per se* tales finalidades, sí cuestiona el hecho de que hayan sido establecidas unilateralmente por el Congreso de la República, sin antes haber consultado con los afectados su alineación con tales aspiraciones, ni haber otorgado una oportunidad para debatir, por ejemplo, si el resarcimiento adecuado a la exclusión histórica en que se han visto relegadas estas comunidades es a través del acceso a cargos públicos, o si hay otros caminos de reparación más idóneos.

²⁰⁴ “La noción de *Otros Saberes* está precedida de una amplia reflexión crítica que organizaciones, movimientos sociales y académicos han venido desarrollando sobre la producción de conocimientos. Una de las ideas centrales de esta reflexión es que la producción de conocimientos en América Latina es un campo dominado en el que se han impuesto los diseños coloniales e imperiales bajo el principio de que el saber europeo es la verdad científica con lo que otras epistemes se “*invisibilizan*” y “*subalternizan*.” De esta manera, el pensamiento fronterizo y los otros saberes que son producidos por pueblos, organizaciones y movimientos sociales que no siguen la lógica de la producción del conocimiento científico han sido históricamente ignorados y sepultados”. Luis Carlos Castillo, Libia Grueso, Carlos Rosero y Konty Bikila Cifuentes. *El Proceso de Comunidades Negras (PCN) y el censo de 2005: La lucha en contra de la “invisibilidad” estadística de la gente negra en Colombia*. Consultado el 9 de noviembre de 2018 en https://sarweb.org/media/files/sar_press_otros_saberes_ch6.pdf

135. Así las cosas, se hace evidente que los espacios de participación que trae la medida son *tardíos*, pues no permiten la consulta previa con las comunidades, sino la discusión posterior en torno a la implementación de unas cláusulas ya fijadas por el Proyecto de Ley. También son *insuficientes*, dado que han quedado establecidos de antemano los responsables, los tiempos, los supuestos metodológicos y las finalidades de la caracterización; dejando únicamente la posibilidad de concertar aspectos puntuales, como los indicadores y protocolos de implementación.

7. Síntesis de la decisión

136. La Corte concluye que le asiste razón a la objeción por inconstitucionalidad que elevó el Gobierno nacional en contra del Proyecto de Ley 113 de 2016 Cámara y 257 de 2017 Senado, “*Por la cual se establece la caracterización integral de la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal*”. Es violatorio del derecho fundamental a la consulta previa, aprobar un proyecto de ley para caracterizar integralmente a la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal, sin haber ofrecido espacios suficientes y adecuados de participación a las comunidades.

137. Contrario a lo que sostuvo el Congreso de la República, la jurisprudencia constitucional es clara al señalar que el deber de consultar se activa con independencia del presunto carácter benéfico de la medida; y no se subsana por la representatividad que ostenta el Congreso de la República, ni con escenarios de participación posteriores e insuficientes, que solo permiten concertar aspectos tangenciales de la política pública.

138. La consulta previa exige que sean las comunidades quienes construyan su propio concepto de *buen vivir*, el cual no puede ser impuesto por las autoridades estatales, aun estando estas guiadas por las mejores intenciones. Un diálogo genuino entre iguales implica llegar a cuestionarse conceptos que, ya sea por el auspicio del modelo científico, por la fuerza de las mayorías o por el peso de la tradición, se dan por sentados, al punto de parecer neutrales, objetivos e indiscutibles. La consulta previa habilita este espacio de reflexión y de ahí su importancia para el Estado Social y Democrático de Derecho.

139. Aunque la Sala Plena reconoce que este Proyecto de Ley buscaba atender una problemática real y grave, ocasionada por la insuficiente visibilización y caracterización de las comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales en los registros oficiales, ello no justifica diseñar e implementar medidas legislativas de forma inconsulta.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada dentro del presente proceso.

SEGUNDO.- DECLARAR FUNDADA la objeción gubernamental por inconstitucionalidad, formulada al Proyecto de Ley 113 de 2016 Cámara y 257 de 2017 Senado, “*Por la cual se establece la caracterización integral de la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal*”.

TERCERO.- DECLARAR INCONSTITUCIONAL la totalidad del Proyecto de Ley 113 de 2016 Cámara y 257 de 2017 Senado, “*Por la cual se establece la caracterización integral de la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal*”, por violación al derecho fundamental de consulta previa. Y, en consecuencia, **ORDENAR EL ARCHIVO** del Proyecto de Ley mencionado.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase y publíquese.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Presidenta

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada
Con salvamento parcial de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General